

WYROK

z dnia 27 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2012r. przez wykonawcę **EKOINSTAL sp.j J. S..... A. S....., ul. M. Skłodowskiej Curie 118, 96-100 Skierniewice** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kroczyce, ul. Batalionów Chłopskich 29, 42-425 Kroczyce,**

przy udziale wykonawcy **Wachelka INERGIS S.A., ul. Kisielewskiego 18/28B, 42-215 Częstochowa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża EKOINSTAL sp.j J. S..... A. S....., ul. M. Skłodowskiej Curie 118, 96-100 Skierniewice i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **EKOINSTAL sp.j J. S..... A. S....., ul. M. Skłodowskiej Curie 118, 96-100 Skierniewice** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **EKOINSTAL sp.j J. S..... A. S.....**, ul. **M. Skłodowskiej Curie 118, 96-100 Skierniewice** na rzecz **Gminy Kroczyce, ul. Batalionów Chłopskich 29, 42-425 Kroczyce** kwotę **3 836 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset trzydzieści dwa złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Kroczyce, ul. Batalionów Chłopskich 29, 42-425 Kroczyce, (dalej: „zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane „Zaprojektowanie, zakup i montaż kompletnych instalacji solarnych w ramach realizacji zadania pn. „Kompleksowa poprawa stanu powietrza na terenie gminy Kroczyce poprzez montaż instalacji kolektorów słonecznych”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

6 sierpnia 2012 r. w formie faksu zamawiający poinformował wykonawcę EKOINSTAL sp. j J. S..... A. S....., ul. M. Skłodowskiej Curie 118, 96-100 Skierniewice (dalej: „odwołujący” lub „EKOINSTAL”) o wyniku prowadzonego postępowania oraz o odrzuceniu jego oferty. Za najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę wykonawcy Wachelka INERGIS S.A., ul. Kisielewskiego 18/28B, 42-215 Częstochowa (dalej: „przystępujący” lub „INERGIS”).

10 sierpnia 2012 r. EKOINSTAL wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu wykonanie w prowadzonym postępowaniu czynności niezgodnie z przepisami ustawy. Odwołujący twierdził, że zamawiający naruszył:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, przez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji a także wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy;
- 2) art. 25 ust. 1 Pzp, przez żądanie oświadczeń i dokumentów niebędących niezbędnymi dokumentami i oświadczeniami do przeprowadzenia postępowania, zmierzając tym samym i sugerując rozwiązania techniczne (wybór kolektora słonecznego) bez rzeczywistego zachowania warunków równoważności i ograniczając uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, w tym poprzez żądanie certyfikatu SOLAR KEYMARK lub innego certyfikatu, który jest bez znaczenia dla postępowania;
- 3) art. 26 ust. 4 Pzp, przez zaniechanie wezwania odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie mocy oferowanego kolektora VITOSOL 200T SP2 2m² oraz

informacji w zakresie złożenia dokumentacji wskazanego kolektora słonecznego, pomimo wątpliwości co do złożenia przez odwołującego dokumentów potwierdzających wymagania w tym zakresie;

- 4) art. 29 ust. 1-3 Pzp, przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, który miał wpływ na ocenę oferty odwołującego;
- 5) art. 30 ust. 1, 4 i 6 Pzp, przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia bez zachowania Polskich Norm przenoszących normy europejskie oraz określenie wymaganych parametrów technicznych nie mających uzasadnienia w postępowaniu bez zachowania realnej możliwości zachowania równoważności, w tym poprzez zawężenie wymaganych parametrów do rozwiązań nie mających żadnego uzasadnienia technicznego i funkcjonalnego dla zamawiającego, a powodujących realny brak możliwości zastosowania innych rozwiązań niż sugerowane przez zamawiającego w postępowaniu;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez bezprawne odrzucenie oferty odwołującego, pomimo braku rzeczywistych i uzasadnionych przesłanek do odrzucenia oferty EKOINSTAL;
- 7) § 5 ust. 1 pkt. 3-5 oraz ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej: „rozporządzenie w sprawie dokumentów”), przez brak uznania wykazania przez odwołującego spełnienia wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”) w tym poprzez bezzasadne żądanie certyfikatów, które nie stanowią jedynej źródła informacji dla zamawiającego mogącego potwierdzić spełnienie postawionych wymagań.

Wobec powyższego odwołujący wnosił o unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na bezprawnym odrzuceniu jego oferty oraz nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego w celu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W treści uzasadnienia odwołujący podnosił, że jego oferta została odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako nie spełniająca wymagań zawartych w siwz w następującym zakresie:

- 1) ilości rur kolektora próżniowego - zdaniem zamawiającego wymaganiem objęte było 10 rur,
- 2) zapewnienia temperatury stagnacji kolektora na poziomie nie wyższym niż 190°C,
- 3) braku przedstawienia przez odwołującego się wraz z ofertą sprawozdania z badań,

raportu oraz certyfikatu Solar Keymark lub równoważnego dla oferowanych kolektorów z czego wynika także brak możliwości określenia zdaniem zamawiającego mocy kolektora VITOSOL 200T SP2 2m².

W zakresie ww. kwestii odwołujący szczegółowo wyjaśniał:

Ad 1)

EKOINSTAL podnosił, że wymaganiem objęto zupełnie abstrakcyjną wartość nie mającą uzasadnienia w potrzebach zamawiającego zawężając możliwość zastosowania kolektora do rozwiązań zaledwie kilku producentów. Podkreślał, że w ramach realizacji zamówienia przewidywano wykonanie 648 instalacji składających się odpowiednio z 196 instalacji obejmujących 2 kolektory oraz zbiornik 200l, 318 instalacji obejmujących 3 kolektory oraz 300l zbiornik; 122 instalacje obejmujące 4 kolektory oraz 12 największych instalacji obejmujących 5 kolektorów i zbiornik o pojemności 500 l. Z powyższego wywodził, że zamawiający nie przewidywał zastosowania pojedynczego kolektora składającego się z 10 rur, ale rozwiązania obejmujące co najmniej połączenie dwóch kolektorów 10 rurowych, czyli minimalną ilość 20 rur. Zdaniem odwołującego nie ma więc żadnego uzasadnienia stawienie wymogu posiadania przez kolektor ilości rur w liczbie 10 skoro przewiduje się jego łączenie. Mniejszy kolektor połączony z drugim kolektorem powoduje dodatkowe straty na instalacji, co jest oczywiste, ponieważ wydłużone zostają połączenia. Nie ma to też żadnego uzasadnienia pod względem serwisowania, ponieważ w kolektorach próżniowych rurowych w przypadku awarii kolektora, potrzeby wymiany glikolu, utraty szczelności wymieniane są pojedyncze rury, a nie cały kolektor oraz nie trzeba wypompowywać glikolu z instalacji do czynności serwisowych. Zwracał uwagę, że w tym przypadku, to możliwość zastosowania kolektorów 20 rurowych oraz 30 rurowych (zgodnie z ofertą odwołującego) spełnia wymagania funkcjonalne zamawiającego ponieważ zamiast kolektorów 2x10 rur zastosowane zostaną kolektory 20 rurowe, zamiast 3x10 rur - 30 rurowe, zamiast 4x10 rur, dwa kolektory 20 rurowe, a zamiast 5x10 rur jeden kolektor 30 rurowy oraz jeden kolektor 20 - rurowy. Zamawiający nie wskazał przy tym długości rur, co mogłoby mieć istotne znaczenie, ale nie podlega ocenie i tylko na podstawie ilości rur określa wymagania możliwe do spełnienia pod tym względem przez niewielką ilość producentów. EKOINSTAL podnosił, że warunki udziału w postępowaniu w tym te potwierdzające spełnienie wymagań zamawiającego powinny być określone w sposób celowy nie utrudniający uczciwej konkurencji. Stosowanie warunków, bez żadnego uzasadnienia podważa sens zamówień publicznych w których przez dopuszczenie rozwiązań równoważnych żądanym zmierza się do osiągnięcia określonego celu funkcjonalnego również poprzez dopuszczenie uczciwej konkurencji opartej na obiektywnych kryteriach oceny.

Odwołujący podkreślał, że zamawiający poprzez niespójności w dokumentacji oraz brak konkretnego opisu, pomimo licznych pytań wykonawców zgłoszonych do siwz w istocie dopuścił stosowanie kolektorów o liczbie większej niż 10 rur. Zwracał uwagę, że dokumentacja postępowania i wymogi w niej zawarte w istocie przeczą rozstrzygnięciu zamawiającego, które odnosi się do odrzucenia oferty odwołującego także ze względu na „mniejszą ilość rur niż wymagana - 10”. W opinii EKOINSTAL wynika to z następujących faktów: Program funkcjonalno – użytkowy (dalej „PFU”) w rozdziale V ust. 2 tabela, prezentuje minimalne parametry kolektora, jakie zostały uznane za spełniające wymagania zamawiającego. Określenie minimalne odnosi się w tym przypadku także do ilości rur, których wskazano 10 sztuk. W odpowiedzi na pytania wykonawców zgłoszone do siwz - pytanie nr 5 - odpowiedź zamawiającego nie zmienia tej wartości ponieważ przy ilości rur wpisano słowo „TAK”. Zdaniem odwołującego zamawiający nie dokonał skutecznej modyfikacji warunku. Nie wiadomo co oznacza owo stwierdzenie („TAK”), ale niespójności i wątpliwości w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz wymagań zamawiającego nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy. Zamawiający nie wskazał przy użyciu słów dookreślających, czy wartość 10 jest nadal wartością minimalną, czy maksymalną oraz poprzez użycie słów np. „dokładnie”, „wymagana liczba rur” nie wskazał na precyzyjne swoje żądanie. Wobec tego EKOINSTAL uznał, że de facto utrzymany został wymóg minimalnej liczby rur próżniowych w kolektorze wskazany w PFU, a zatem oferta odwołującego spełnia wymagania siwz.

Ad 2)

Zdaniem EKOINSTAL zamawiający nie wskazał żadnych przesłanek dlaczego akurat temperatura stagnacji na poziomie 190°C jest dla niego ważna i istotna, a w ocenie odwołującego powinien to zrobić. Wobec powyższego w ocenie EKOINSTAL określenie temperatury stagnacji na poziomie 190°C nie jest podyktowane żadną cechą funkcjonalną tego wymagania i nie ma dla zamawiającego żadnego znaczenia. Podnosił, że zamawiający nie wyjaśnił co rozumie poprzez odwołanie się do poziomu maksymalnej temperatury stagnacji, dlatego też pojęcie to powinno być interpretowane zgodnie z normą PN - EN 12975:2 2006, co do której hipotetycznie odnosił swoje wymagania zamawiający. Zdaniem odwołującego nie jest zrozumiałe dlaczego zamawiający ogranicza możliwość zastosowania kolektorów bardziej wytrzymałych oraz zrobionych z lepszej jakości materiałów żądając rozwiązań gorszych, nie zapewniających tak dużego bezpieczeństwa użytkownikom. Wymóg dotyczący temperatury stagnacji poprzez jej ograniczenie jest więc wymogiem chybionym, niekorzystnym dla zamawiającego, ale i nie mającym większego znaczenia w pracy układu solarnego. Ponadto tego rodzaju postanowienie zawarte w siwz przez zamawiającego utrudnia i ogranicza uczciwą konkurencję.

Ad 3)

Brak certyfikatu Solar Keymark lub równoważnego, a także sprawozdania z badań dla kolektora Vitosol 200T 2m².

Odwołujący wyjaśniał, że zamawiający jako jedną z trzech wskazanych przyczyn odrzucenia jego oferty określił brak złożenia wraz z ofertą żądanych certyfikatów SOLAR KEYMARK lub równoważnych oraz brak załączenia do oferty sprawozdania z badań dla kolektora VITOSOL 200 T 2m² co ma rzekomy wpływ na brak określenia mocy tego kolektora.

Odpowiadając na te zarzuty EKOINSTAL odwołał się do z § 5 ust. 1 pkt 3) i 4) oraz ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Podnosił, że wraz z ofertą przedstawił sprawozdanie z badań na zgodność z normą EN 12795 - 2 dla obu wskazanych kolektorów w którym, w przeciwieństwie do samego certyfikatu Solar Keymark wskazano wszystkie badane parametry kolektorów, których żądał zamawiający. Wyjaśniał, że sam certyfikat Solar Keymark jest dokumentem - tzw. okładkowym, który może zostać nazwany również w przenośni dyplomem, zaświadczeniem potwierdzającym przeprowadzenie badań kolektora na zgodność z normą. Instytut, który wykonywał badania jest jednym z najbardziej uznanych na świecie instytutów w zakresie badania kolektorów i w zasadzie wszystkie certyfikaty SOLAR KEYMARK prezentowane na polskim rynku są potwierdzeniem badań przeprowadzonych przez ten instytut. Zdaniem odwołującego ust. 2 prezentowanego wyżej przepisu wprost dopuszcza możliwość przedstawienia również równoważnych zaświadczeń potwierdzających tak samo, że badany wyrób jest zgodny z odpowiednią normą, tym bardziej więc należy uznać, że każde sprawozdanie, które jest też zaświadczeniem o przeprowadzeniu badania spełnia postawione wymogi. Podkreślał, że zamawiający nie wskazał, żadnej przyczyny dla której oprócz sprawozdania z badań potwierdzającego zgodność z normą żąda certyfikatów. W ocenie odwołującego sugeruje to, że sam certyfikat nie ma dla zamawiającego żadnego znaczenia. Miałoby to jedynie znaczenie wówczas, gdyby sam wykonawca lub producent kolektora zgodnie z przepisami ustawy o wyrobach budowlanych według odpowiedniego opisanego w tej ustawie systemu oceny zgodności dokonywał we własnych laboratoriach badania i potwierdzał zgodność z normą nadając wyrobowi budowlanemu znak CE. Wówczas brak byłoby dla takiego sprawozdania przymiotu niezależności. Zwracał uwagę, że zamawiający otrzymał wraz z ofertą sprawozdanie z badania kolektora, wykonane przez DIN CONCERTO podmiot całkowicie niezależny od producenta kolektora i wykonawcy, który niezależnie i obiektywnie dokonał zbadania kolektora na zgodność z normą oraz przedstawił szczegółowe wyniki tego badania w sprawozdaniu.

Wyjaśniał również, że certyfikat np. SOLAR KEYMARK stanowi w istocie wyciąg ze sprawozdania z badań, jest dokumentem ogólnie dostępnym w przeciwieństwie do sprawozdania z badań, które w wersji pełnej otrzymuje tylko producent. Certyfikat SOLAR KEYMARK jest więc wyciągiem ze sprawozdania o przeprowadzonym badaniu na zgodność z normą.

EKOINSTAL wskazywał, że zgodnie z przepisem art. 25 ust. 1 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Użycie w przepisach ustawy określenia wyłącznie oznacza, że nawet otwarty katalog dokumentów o którym mowa w § 5 rozporządzenia w sprawie dokumentów nie może być rozszerzany do woli i bez uzasadnienia. Zdaniem odwołującego ustawa zawęża zakres żądanych dokumentów i oświadczeń do tych, które są niezbędne dla przeprowadzenia postępowania, ograniczając zakres możliwych dokumentów do tych które są konieczne dla zweryfikowania spełnienia wymagań.

W ocenie odwołującego żądanie certyfikatu SOLAR KEYMARK lub innego równoważnego (przy nie sprecyzowaniu co ma potwierdzać certyfikat) przy jednoczesnym żądaniu przedstawienia sprawozdania z badań na zgodność z normą wykonanego przez niezależną jednostkę jest nadmiernym wymogiem nie służącym celowi tego konkretnego postępowania. Postępowanie zamawiającego zmierzające do odrzucenia oferty EKOINSTAL z powodu niespełnienia nadmiernych, wygórowanych wymagań ograniczających konkurencję w opinii odwołującego narusza przepisy art. 7 ust. 1 oraz 25 ust. 1 ustawy Pzp przez co nie może korzystać z ochrony ustawodawcy.

Ponadto odwołujący oświadczył, że sprawozdanie z badań kolektora Vitosol 200T SP2 3m² złożone wraz z ofertą w postępowaniu potwierdza wymagania zawarte w siwz również dla kolektora VITOSOL 200T SP2 2m².

Odwołujący wskazywał również, iż zamawiający dysponując sprawozdaniem z badań posiada możliwość dokonania oceny wydajności kolektora, a ilość rur nie jest w tym przypadku elementem decydującym do oceny mocy uzyskiwanej z kolektora. Moc kolektora może być oceniana wyłącznie w odniesieniu do powierzchni absorbera lub powierzchni apertury, ponieważ tylko tą wartość zamawiający określił w PFU. Wszystkie niezbędne dane do obliczenia żądanej mocy znajdują się w sprawozdaniu z badań. Średnica, długość rur próżniowych i powierzchnia wymiany (absorpcji) może być różna w zależności od producenta kolektorów. Tak więc nie ma żadnej gwarancji, że kolektory o tej samej ilości rur próżniowych będą miały tą samą powierzchnię absorpcji a tym samym tą samą zdolność do przetwarzania energii. Kolejną kwestią wpływającą na osiągi kolektora jest rodzaj i jakość

powłoki absorbera, która ma istotne znaczenie dla osiągniętej mocy. Dlatego właśnie jedynym miarodajnym sposobem na określenie mocy wytwarzanej przez kolektor jest zbadanie parametrów jego pracy w ścisłym powiązaniu z jego faktycznymi parametrami fizycznymi (powierzchnia absorbera, apertury, rodzaj powłoki). Próba określania wydajności kolektora na podstawie tylko i wyłącznie ilości rur jest pozbawiona sensu ze względu na pominięcie w tej ocenie wielu ww. czynników, które dla tej oceny mają fundamentalne znaczenie. Zamawiający mając wątpliwości, jaka jest moc w zakresie przedstawionego przez odwołującego kolektora dwudziestorurowego lub trzydziestorurowego (pomimo wskazanego w PFU sposobu jego obliczania i niezbędnych danych w sprawozdaniu z badań) miał po pierwsze możliwość żądania udzielenia wyjaśnień, a po drugie mógł samodzielnie obliczyć moc na podstawie danych ze sprawozdania.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu z zachowaniem terminu zawartego w art. 180 ust. 5 Pzp.

13 sierpnia 2012 r. z poszanowaniem art. 185 ust 2 Pzp w formie pisemnej zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył INERGIS.

W toku rozprawy zamawiający złożył w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie w treści której wskazał na bezzasadność zarzutów odwołania. W związku z tym wnosił o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania wyrażone w pismach i rozprawie a także dowody złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania po odwoławczego wykonawcy INERGIS wskazując, że wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wypełnił prawidłowo przesłanki zawarte w art. 185 ust. 2 Pzp.

Po zbadaniu całokształtu okoliczności oraz materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przede wszystkim wskazać należy, że zarzuty zawarte w odwołaniu, tj. naruszenia:

- art. 29 ust. 1-3 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz
- art. 30 ust. 1, 4 i 6 Pzp - przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia bez zachowania Polskich Norm przenoszących normy europejskie oraz określenie wymaganych parametrów technicznych nie mających uzasadnienia w postępowaniu bez zachowania realnej możliwości zachowania równoważności, w tym poprzez zawężenie wymaganych parametrów do rozwiązań nie mających żadnego uzasadnienia technicznego i funkcjonalnego dla zamawiającego, a powodujących realny brak możliwości zastosowania innych rozwiązań niż sugerowane przez zamawiającego w postępowaniu
- nie mogą stanowić przedmiotu rozpoznania, gdyż zgodnie z treścią art. 180 ust. 2 Pzp, w przypadku zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, wykonawcy nie przysługuje środek ochrony prawnej w postaci odwołania dotyczącego ww. czynności zamawiającego.

Następnie Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 25 ust. 1 Pzp - przez żądanie oświadczeń i dokumentów niebędących niezbędnymi dokumentami i oświadczeniami do przeprowadzenia postępowania, zmierzając tym samym i sugerując rozwiązania techniczne (wybór kolektora słonecznego) bez rzeczywistego zachowania warunków równoważności i ograniczając uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców; w tym poprzez żądanie certyfikatu SOLAR KEYMARK lub innego certyfikatu, który jest bez znaczenia dla postępowania – jest zarzutem wniesionym z uchybieniem terminu, gdyż winien być zgłoszony z poszanowaniem przepisu art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp, który stanowi, że odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Przekładając powyższe rozważania na stan faktyczny rozpoznawanej sprawy nie budzącym wątpliwości jest, że zgłaszanie przez odwołującego tego rodzaju zarzutów odnoszących się do postanowień specyfikacji po upływie terminu wskazanego w art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp (w tym przypadku już po wyborze najkorzystniejszej oferty) należy uznać za spóźnione, a tym samym niedopuszczalne.

Zatem Izba rozpoznała zarzut dotyczący odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z treścią specyfikacji i stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

1. Wymóg siwz dotyczący ilości rur kolektora próżniowego

Z ustaleń Izby wynika, że zamawiający w PFU na str. 7 zamawiający określił minimalne wymagania techniczne i jakościowe, jakim powinny odpowiadać zamawiane w postępowaniu próżniowe kolektory słoneczne wraz z osprzętem dodatkowym. W tabeli nr 6 – Dane techniczne próżniowego kolektora słonecznego – w kolumnie „Ilość rur” podano: „10 szt.”.

Następnie zamawiający pismem z dnia 27 czerwca 2012 r. odpowiadając na pytania wykonawców do siwz zmodyfikował treść siwz. W odpowiedzi na pytanie 5 zamawiający posłużył się następującym stwierdzeniem „Niniejszą odpowiedzią na pytanie Zamawiający dokonuje modyfikacji SIWZ wskazując poniżej dopuszczalne odchylenia parametrów technicznych próżniowego kolektora słonecznego, określonych w PFU – tabela 6: Dane techniczne próżniowego kolektora słonecznego. Poniżej zamawiający określa parametry, których dotrzymanie decyduje o uznaniu oferowanego produktu za równoważny”. W tabeli zamieszczonej w piśmie w wierszu „Ilość rur 10 szt.” podano „TAK”. Również w piśmie z dnia 29 czerwca 2012 r. stanowiącym odpowiedź na pytania wykonawców w zakresie treści specyfikacji zamawiający w odpowiedzi na pyt. 4 („Zamawiający w odpowiedzi na pytania z dnia 27.06.2012 r. określił ilość rur – 10 szt. w kolektorze jako parametr, którego dotrzymanie decyduje o uznaniu oferowanego produktu za równoważny wobec czego prosimy o wyjaśnienie czy Zamawiający dopuści w postępowaniu kolektor o innej ilości rur z zachowaniem sumarycznej ich liczby oraz powierzchni apertury poszczególnych zestawów. (...)” – poinformował, że postanowienia w tym zakresie pozostają bez zmian.

Nie jest spornym między stronami, że EKOINSTAL zaoferował kolektory o większej ilości rur, tj. kolektory 20 i 30-rurowe.

Osią sporu jest rozstrzygnięcie, czy zamawiający powołaną powyżej treścią siwz wymagał zaoferowania kolektorów 10-rurowych, czy też dopuszczalnym było zastosowanie kolektorów 20 i 30-rurowych ?

W rozpoznawanej sprawie Izba uznała za zasadne zwrócenie uwagi, że specyfikacja jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne. W tej

kwestii Izba w pełni podziela stanowisko Izby prezentowane w wyroku z dnia 30 marca 2012 r. sygn. akt KIO 510/12 w stwierdzono: „(...) z jednej strony określa wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymagania, które mają spełniać oferty, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Z tego względu badając i oceniając oferty zamawiający zobowiązany jest interpretować siwz tak, jak wskazuje na to jej brzmienie i okoliczności. Trzeba bowiem podkreślić zasadnicze reguły, którymi zobowiązany jest kierować się zamawiający dokonując oceny ofert. Przede wszystkim nie wolno mu oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie na podstawie kryteriów oceny ofert zawartych w siwz. Jednocześnie podkreślić trzeba, iż zamawiający nie jest uprawniony, aby na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom siwz inne, niż pierwotnie ustalone, znaczenie. (...)”

Biorąc pod uwagę powyższe oczywistym jest, że zamawiający dokonując badania i oceny ofert winien kierować się postanowieniami specyfikacji, które zostały ustanowione przez zamawiającego określając ramy jego działania. W rozpoznawanym stanie faktycznym Izba stanęła na stanowisku, że o ile w pierwotnej wersji siwz zamawiający określił minimalne wymagania techniczne i jakościowe, jakim powinny odpowiadać zamawiane w postępowaniu próżniowe kolektory słoneczne wraz z osprzętem dodatkowym (str. 7 PFU) to odpowiedzią na pytanie 5 zawartą w piśmie z dnia 27 czerwca 2012 r. zmodyfikował w omawianym zakresie treść specyfikacji w ten sposób, że dla ilości rur kolektora słonecznego określił wartość sztywną na poziomie 10 szt. Powyższe zostało również potwierdzone w kolejnym piśmie zamawiającego z dnia 29 czerwca 2012 r. opisanym powyżej, gdzie zamawiający w odpowiedzi na pytanie 4, które dotyczyło ilości rur kolektora wprost wskazał, że postanowienia siwz w tym zakresie pozostają bez zmian.

Tym samym treść oferty odwołującego, który zaoferował kolektory 20 i 30-rurowe nie odpowiada treści siwz, w której zamawiający zawarł wymóg stosowania kolektorów 10-rurowych. Zatem zasadnym był odrzucenie przez zamawiającego oferty EKOINSTAL na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

2. Wymóg siwz dotyczący temperatury stagnacji kolektora na poziomie nie wyższym niż 190°C

Nie jest spornym między stronami, że zamawiający w siwz określił temperaturę stagnacji kolektora na poziomie nie wyższym niż 190°C, jak również, że zaoferowane przez odwołującego kolektory VITOSOL 200T SP2 posiadają temperaturę stagnacji na poziomie 280°C.

Zatem biorąc pod uwagę treść oferty złożonej przez odwołującego stwierdzić należy, że jest ona wprost sprzeczna z treścią specyfikacji, gdyż temperatura stagnacji kolektorów zaoferowanym przez wykonawców nie mogła przekraczać wartości 190°C. Tym samym zaoferowane przez EKOINSTAL kolektory VITOSOL 200T SP2 posiadające temperaturę stagnacji na poziomie 280°C nie spełniają wymagań siwz. Wobec tego ofertę odwołującego jako niezgodną z treścią siwz zamawiający prawidłowo odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W tym stanie rzeczy bez znaczenia pozostaje przedłożona przez odwołującego na rozprawie opinia A..... M..... z której wynika, że kolektory słoneczne posiadające wysoką wartość temperatury stagnacji nie powinny być negatywnie oceniane w porównaniu z rozwiązaniami o niższej temperaturze stagnacji.

3. Brak przedstawienia przez odwołującego się wraz z ofertą sprawozdania z badań, raportu oraz certyfikatu Solar Keymark lub równoważnego dla oferowanych kolektorów

Z ustaleń Izby wynika, że zamawiający w siwz w rozdziale III sprecyzował, że w celu potwierdzenia, że oferowane kolektory słoneczne odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego w PFU wymagał załączenia do oferty sprawozdania (test, raport) z badań kolektorów słonecznych próżniowych wydanego przez niezależne akredytowane jednostki badawcze zgodnie z normą EN 12975 potwierdzonego przez niezależne jednostki certyfikatem np. Solar Keymark lub równoważnym – potwierdzające spełnienie wymagań określonych w PFU (pkt 3).

Odwołujący wraz z ofertą nie złożył wymaganych przez zamawiającego dokumentów, a więc zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 Pzp pismem z dnia 13 lipca 2012 r. wezwał EKOINSTAL do przedłożenia m. in. sprawozdania (test, raport) z badań kolektorów słonecznych próżniowych wydanego przez niezależne akredytowane jednostki badawcze zgodnie z normą EN 12975 potwierdzonego przez niezależne jednostki certyfikatem np. Solar Keymark lub równoważnym – potwierdzające spełnienie wymagań określonych w PFU.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący przedłożył zamawiającemu m. in.:

- deklarację zgodności wydaną przez VIESSMANN Werke GmbH&Co KG (producent urządzeń) opatrzoną datą 1 marca 2010 r. W treści deklaracji producent oświadczył, że wyroby VITOSOL 200-T i 300-T są zgodne z normami DIN 1055 oraz EN 12975 zgodnie ze znakiem Solar-KEYMARK.

- sprawozdanie z badań osiągow krytych kolektorów słonecznych wg EN 12975 sporządzone przez Instytut Badań nad Energią Solarną Sp. z o.o. o nr 36-11/KD z dnia 6 maja 2011 r. dla kolektora typu: Vitosol 200 T SP2 3m². W pkt 8 – Wyznaczanie temperatury stagnacji – podano: „Temperaturę stagnacji wyznaczono w ramach badania mocy, na kolektorze typu Vitosol 200-T SP2 2m². (...). Kolektor Vitosol 200-T SP2 2m² różni się od kolektora Vitosol 200-T SP2 3m² tylko liczbą rur próżniowych”. Natomiast w pkt. 14 sprawozdania – Zastrzeżenia jednostki badającej – podano: „Sprawozdanie ważne jest dla kolektora typu Vitosol 200 T SP2 3m² (opis patrz punkt 2) o numerze fabrycznym 7438414000247101”.

Izba w poczet materiału dowodowego włączyła:

- kopię przedłożonego przez odwołującego certyfikatu wydanego przez DIN CERRTO z siedzibą w Berlinie z dnia 22 września 2010 r. W treści certyfikatu potwierdzono dla VIESSMANN Werke GmbH&Co. KG - dla produkowanych kolektorów słonecznych typu Vitosol 200-T SP2 – zgodność z: DIN EN 12975-1:2006-06, DIN EN 12975-2:2006-06, zasadami programu CEN-KEYMARK dla produktów techniki solarnej wersja 11.04 (stan: 2009-12). Certyfikat posiadał datę ważności do 30 września 2015 r.

Po zbadaniu całokształtu materiału dowodowego oraz uwzględniając stanowiska stron i przystępującego Izba uznała zgłoszony przez odwołującego zarzut za chybiony.

Na wstępie zaznaczyć należy, że zamawiający treścią siwz nałożył na wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia złożenie wraz z ofertą sprawozdania (test, raport) z badań kolektorów słonecznych próżniowych wydanego przez niezależne akredytowane jednostki badawcze zgodnie z normą EN 12975, potwierdzonego przez niezależne jednostki certyfikatem np. Solar Keymark lub równoważnym. Powyższe wymaganie nie był kwestionowane przez odwołującego na etapie publikacji siwz, a także nie zostało zmienione przez zamawiającego w toku postępowania. Zatem należy uznać jest za wiążące wykonawców w rozpoznawanym postępowaniu.

Niespornym jest, że odwołujący nie złożył ww. dokumentów wraz z ofertą. Wobec tego w sposób uprawniony zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 Pzp zażądał ich przedłożenia przez EKOINSTAL na kolejnym etapie postępowania.

Izba wskazuje, że odwołujący co prawda na wezwanie zamawiającego przedłożył określone dokumenty, jednakże biorąc pod uwagę ich charakter oraz treść nie można uznać, że są one wystarczające do potwierdzenia wymagań zamawiającego określonych treścią siwz w prowadzonym postępowaniu. Po pierwsze, przedłożonej przez EKOINSTAL deklaracji zgodności z dnia 1 marca 2010 r., wydanej przez producenta, tj. VIESSMANN Werke GmbH&Co. KG nie można uznać za dokument równoważny certyfikatu Solar Keymark, a właśnie przedłożenia certyfikatu tego podmiotu lub równoważnego żądał zamawiający. Zdaniem Izby producenta urządzenia w żaden sposób nie można uznać za niezależną jednostkę badawczą, podczas gdy zamawiający żądał dokumentu wydanego przez tego rodzaju podmiot.

Istnienie aktualnego certyfikatu wydanego przez niezależną jednostkę badawczą, tj. DIN CERRTO z siedzibą w Berlinie dla produkowanych kolektorów słonecznych typu Vitosol 200-T SP2 w zakresie zgodności z: DIN EN 12975-1:2006-06, DIN EN 12975-2:2006-06, zasadami programu CEN-KEYMARK dla produktów techniki solarnej wersja 11.04 (stan: 2009-12) udowodnił EKOINSTAL przedkładając ww. certyfikat podczas rozprawy. Jednak z całą stanowczością zaznaczyć należy, że złożenie ww. dokumentu na rozprawie jest spóźnione, ponieważ dla jego uznania odwołujący winien był załączyć powyższy certyfikat do oferty lub też uzupełnić na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W zakresie uznania sprawozdania z badań osiągow krytych kolektorów słonecznych wg EN 12975 sporządzonego przez Instytut Badań nad Energią Solarną Sp. z o.o. o nr 36-11/KD z dnia 6 maja 2011 r. dla kolektora typu: Vitosol 200 T SP2 3m² za właściwe również dla kolektora typu: Vitosol 200 T SP2 2m² Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko prezentowane przez zamawiającego, że odwołujący winien był dla kolektora typu Vitosol 200 T SP2 2m² przedstawić odrębne sprawozdanie z badań, gdyż treść pkt 14 ww. sprawozdania wynika, że sprawozdanie ważne jest tylko dla kolektora typu Vitosol 200 T SP2 3m² (opis patrz punkt 2) o numerze fabrycznym 7438414000247101. Zatem z powyższego wynika wprost, że treści opisanego powyżej sprawozdania nie można odnieść do kolektora Vitosol 200 T SP2 2m². Twierdzenia odwołującego, jakoby treść pkt 8 ww. sprawozdania („Kolektor Vitosol 200-T SP2 2m² różni się od kolektora Vitosol 200-T SP2 3m² tylko liczbą rur próżniowych”) uprawniała do możliwości posłużenia się treścią sprawozdania w stosunku do kolektora Vitosol 200-T SP2 2m² Izba uznała za niezasadne, ponieważ przywołane stwierdzenie zostało zamieszczone w konkretnej części sprawozdania, tj. w punkcie dotyczącym wyznaczanie temperatury stagnacji. Zatem powyższe znajduje zastosowanie ale jedynie w ściśle określonym zakresie i kontekście. Niewłaściwe jest rozciąganie wniosków wypływających z przywołanego powyżej stwierdzenia w kontekście

zastrzeżenia zawartego w pkt 14 opisanego sprawozdania.

Konkludując, Izba po rozpoznaniu zarzutów zawartych w odwołaniu nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W konsekwencji powyższego Izba nie stwierdziła również naruszenia art. 26 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba na podstawie przedłożonych rachunków uwzględniła koszty zamawiającego na kwotę 3.836 zł związane z wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz koszty dojazdu na rozprawę.

Przewodniczący: