

Sygn. akt: KIO 347/13

WYROK

z dnia 4 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 luty 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2013r. przez **wykonawcę:** "Solver" Sp. z o.o. ul. Zagórska 167; 42-600 Tarnowskie Góry w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Gmina Mszana Dolna ul. Spadochroniarzy 6; 34-730 Mszana Dolna

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie, nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty po uprzednim wezwaniu Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. ul. Wybickiego 71; 32-400 Myślenice w trybie art.26 ust.3 ustawy PZP do uzupełnienia tabeli Wykazu osób odpowiedzialnych za kierowanie robotami o brakującą podstawę dysponowania osobami
2. kosztami postępowania obciąża Gmina Mszana Dolna ul. Spadochroniarzy 6; 34-730 Mszana Dolna i:
3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 **zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez "Solver" Sp. z o.o. ul. Zagórska 167; 42-600 Tarnowskie Góry tytułem wpisu od odwołania,

4. zasądza od Gmina Mszana Dolna ul. Spadochroniarzy 6; 34-730 Mszana Dolna na rzecz "Solver" Sp. z o.o. ul. Zagórska 167; 42-600 Tarnowskie Góry kwotę 23.600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

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 Nowym Sączu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w procedurze otwartej przez „zamawiającego” to jest Gminę Mszana Dolna.

Zamawiający nadal sprawie numer referencyjny: SOL 1/2012.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 15.09.2012r. pod poz. 2012/S 178-292584 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na dostawie i montażu 2 152 instalacji solarnych dla budynków mieszkalnych na terenie gminy Mszana Dolna oraz gmin partnerskich oraz 6 instalacji w budynkach użyteczności publicznej.

Odwołanie dotyczy wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. zwanego dalej „wykonawcą wybranym” i zostało złożone przez wykonawcę Solver Sp. z o.o. zwanego dalej „odwołującym”.

Wartość najkorzystniejszej oferty wynosi 22.704.372,94 zł. netto.

W odwołaniu sformułowano następujące zarzuty pod adresem firmy Skorut:

1. Naruszenia zasady jawności postępowania w sprawie zamówienia publicznego poprzez nieuprawnioną odmowę wykonawcy Solver Sp. z o.o. dostępu do oferty Skorut, która to oferta została wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Bowiem według odwołującego Solver dokumenty objęte tajemnicą nie mogą takiej tajemnicy stanowić w myśl art. 11 ust.4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003r. Nr 153 poz. 1503 z późn. zm.). Dane te również nie zostały uznane przez zamawiającego za objęte

tajemnicą przedsiębiorstwa o czym świadczy pismo zamawiającego z dnia 18 stycznia 2013 roku.

2. Zaniechaniu odrzucenia oferty firmy Skorut pomimo, że powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 i pkt 2 ustawy PZP.
3. Zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Skorut pomimo, że w ofercie złożył nieprawdziwe informacje co do kwalifikacji osób zaproponowanych w jego ofercie w Wykazie co wypełnia przesłankę z art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy PZP.
4. Zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Skorut z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 mimo, że wykonawca ten nie przedłożył prawidłowego wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie, opisanych w rozdziale 5 pkt 4 SIWZ
5. Wyborze oferty firmy Skorut, mimo że oferta tego wykonawcy powinna być odrzucona.
6. Zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Solver mimo, że spełnia wszelkie warunki i powinna być wybrana jako najkorzystniejsza.

Swoim postępowaniem zamawiający naruszył:

1. Art.8 ust.1 w zw. z art.8 ust.3 ustawy PZP poprzez zaniechanie odtajnienia oferty wykonawcy wybranego w zakresie w jakim informacje w niej zawarte nie spełniają definicji tajemnicy przedsiębiorstwa;
2. Art.24 ust.2 pkt 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego mimo, że w ofercie złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, polegające na oświadczeniu w Wykazie osób, iż wszyscy kierownicy brygad posiadają odpowiednie kwalifikacje wymagane przez zamawiającego, co ma wpływ na zaniechanie wykluczenia wykonawcy, a nadto brygady nie posiadające wykwalifikowanych kierowników są wskazane w harmonogramie, jako przypisane do wykonania zadań w konkretnych gminach;
3. Art.24 ust.2 pkt 4 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego poprzez nie wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, polegających na wykazaniu dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym niezbędnym do realizacji zamówienia;

4. Art.89 ust.1 pkt 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego z uwagi na jej niezgodność z przepisami ustawy PZP z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa co do informacji, które nie spełniają definicji tajemnicy przedsiębiorstwa (sprzeczność z art.8 ust.1 i ust.3 ustawy oraz art.11 ust.4 ustawy o zakazie nieuczciwej konkurencji) oraz sprzeczności oferty z art.82 ust.1 ustawy PZP w zakresie, w jakim wykonawca wybrany wskazał kilka różnych rozwiązań sprzętowych bez doprecyzowania, jakie konkretnie rozwiązanie oferuje, co stanowi złożenie dwóch różnych ofert w postępowaniu;
5. Art.89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego z uwagi na jej niezgodność z wymogami SIWZ, w której zaoferowane urządzenia nie odpowiadają wymogom zamawiającego postawionym w SIWZ, a nie ma możliwości ich uzupełnienia chociażby w trybie art.26 ust.3 ustawy art.91 ust.1 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty nie będącej najkorzystniejszą spośród złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert niepodlegających odrzuceniu;
6. Art.7 ust.1 ustawy PZP poprzez nierówne traktowanie wykonawców i niezachowanie uczciwej konkurencji podczas czynności badania i oceny oferty i dokonanie wyboru wykonawcy z pokrzywdzeniem odwołującego.

W związku z tak sformułowanymi zarzutami odwołujący zażądał:

1. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. Nakazanie ponownej oceny ofert,
3. Nakazanie zamawiającemu udostępnienia dokumentów wykonawcy wybranego w zakresie w jakim nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów ustawy o zakazie nieuczciwej konkurencji,
4. Nakazanie zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy wybranego na podstawie art.89 ust.1 pkt 1 i pkt 2 ustawy PZP
5. nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy wybranego z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3 i pkt 4 ustawy PZP,
6. nakazanie zamawiającemu dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty odwołującego,
7. zasądzenie kosztów postępowania na rzecz odwołującego, w tym kosztów zastępstwa prawnego zgodnie z fakturą przedłożoną na rozprawie.

Odwołujący wskazał na swój interes do wniesienia odwołania. Podkreślił, że jest drugim wykonawcą i jego oferta jest prawidłowa, czego nie można powiedzieć o ofercie wykonawcy wybranego. Jego oferta jest dostępna a oferta wykonawcy wybranego jest zastrzeżona przez tajemnicę i odwołujący nie może dokonać pełnej jej weryfikacji. Bowiem jedynie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej nakazujący odtajnienie niesłusznie utajnionej oferty może spowodować dostęp do oferty wykonawcy wybranego.

Szczegółowy opis streszczonego powyżej odwołania co do zarzutów, naruszeń prawa, żądań, interesu znajduje się na stronach 1-4 odwołania.

W uzasadnieniu odwołania przedstawiono następującą argumentację.

Co do naruszenia zasady jawności postępowania.

Według odwołującego w sposób nieuprawniony zamawiający odmówił wglądu w dokumentację wykonawcy wybranego, czym naruszył art.11 ust.4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 1993r. Nr 47, poz. 211 z późn. zm.), ponieważ dokumenty te nie powinny być objęte tajemnicą.

Odwołujący wymienił w odwołaniu (str.5) pełen katalog informacji zawartych w ofercie wykonawcy wybranego, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w łącznej liczbie 25 pozycji.

Odwołujący przywołał swoje pismo z dnia 7 stycznia 2013r., w którym zwrócił się do zamawiającego o odtajnienie części informacji zastrzeżonych przez wykonawcę wybranego i o zwrócenie się do wykonawcy wybranego o uzasadnienie utajnienia części oferty. Kolejnym pismem z dnia 9 stycznia 2013r.odwołujący zwrócił się do zamawiającego o odtajnienie dokumentów oferty wykonawcy wybranego, ze wskazaniem w jakich pozycjach wymienione dokumenty nie powinny być zastrzeżone w ofercie wykonawcy wybranego.

Odwołujący przyznał, że zamawiający w tym samym dniu to jest w dniu 9 stycznia 2013r. wystąpił do wykonawcy wybranego wymieniając pozycje zastrzeżonych dokumentów jak żądał odwołujący z wezwaniem wykonawcy wybranego do uzasadnienia utajnienia dokumentów.

W dniu 15 stycznia 2013r. wykonawca wybrany odniósł się do wezwania zamawiającego ale w sposób bardzo ogólny i powierzchowny i nie odnosząc się do wykazania przesłanek występujących w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający pismem z dnia 07.01.2013r. wezwał wykonawcę wybranego do uzupełnienia oferty. Wykonawca wybrany dokonując uzupełnienia oferty zastrzegł tajemnicę na przedłożone dokumenty to jest: instrukcja obsługi kolektora słonecznego, oświadczenie DIN CERTO, certyfikat Solar Keymark wraz z jego tłumaczeniem.

Odwołujący kolejnym pismem z dnia 15 stycznia 2013r. wskazał zamawiającemu, iż informacje określone przez wykonawcę wybranego jako tajemnica przedsiębiorstwa wskazane w pkt 15-20 oraz 22-24 nie spełniają przesłanek zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający w piśmie z dnia 18 stycznia 2013r. skierowanym do odwołującego, poinformował jakie dokumenty uznał za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, wymieniając je co do rodzaju. W pozostałym zakresie zamawiający wskazał, że pozostałe dokumenty mają charakter jawny.

Ze zdziwieniem odwołujący dowiedział się w dniu 8 lutego 2013r. podczas wizyty u zamawiającego, że nie otrzyma do wglądu dokumentów, które według niego nie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, ponieważ w piśmie z dnia 18 stycznia 2013r. co do pozostałych dokumentów zamawiający wyraził się: „pozostałe dokumenty mają charakter jawny”. Również z niezrozumiałych względów zamawiający nie udostępnił dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący przywołując orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz Krajowej Izby Odwoławczej stwierdza, że skoro zamawiający dokonał weryfikacji w zakresie, które dokumenty należy odtajnić, a które należy nie odtajnić to powinien swojej decyzji w tym zakresie przestrzegać.

Dodatkowo odwołujący stwierdza, że część dokumentów nadal utajnionych powinno być odtajnionych i w tym zakresie przywołuje dokumenty dotyczące sterownika TECH ST 402 N. Powołuje się na inne postępowanie gdzie wykonawca wybrany nie utajnił informacji na temat tego samego sterownika produkcji firmy TECH i wskazał powiat suski. Informacje dotyczące tego sterownika są dostępne na stronach internetowych tego producenta.

Podobnie informacje dotyczące węży solarnego, zaworów antyskażeniowych oraz wymienników c.u.w. nie spełniają przesłanek uzasadniających ich utajnienie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Informacje dotyczące tych urządzeń są ogólnodostępnymi informacjami.

Na potwierdzenie swojego stanowiska odwołujący przywołuje szereg orzecznictwa KIO z którego generalnie wynika, że przedsiębiorca powinien podjąć działania w celu zachowania poufności informacji technicznych, technologicznych organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą. Poza tym, że nie można objąć tajemnicą przedsiębiorstwa sprzętu jaki oferuje się do wykonania zamówienia, jeżeli jest on powszechnie dostępny na rynku.

Odwołujący w związku z nie udostępnieniem jemu informacji a właściwie wglądu do treści oferty wykonawcy wybranego uniemożliwił ocenę czy treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ. Przez co uniemożliwia się odwołującemu skorzystanie w pełni ze środków ochrony prawnej. Podejrzenia co do niezgodności treści oferty wykonawcy wybranego z treścią SIWZ, odwołujący wywodzi z informacji ogólnodostępnych.

Zaistniała sytuacja powoduje konieczność weryfikacji podejrzeń odwołującego przez Krajową Izbę Odwoławczą, ponieważ odwołujący przy ograniczeniu dostępu do oferty, nie może ocenić jej prawidłowości.

Odwołujący podnosi, że zamawiający nie udostępniając odwołującemu wskazanych w odwołaniu dokumentów naruszył przepis art.8 ust.1 i 3 ustawy PZP, stanowiący o jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a co w konsekwencji łamie zasadę uczciwej konkurencji między wykonawcami.

Na koniec odwołujący stwierdza, że niezależnie od dokonanych zastrzeżeń o tajności informacji w ofercie wykonawcy wybranego, które powinny być udostępnione to jednoznacznie można stwierdzić niezgodność treści oferty wykonawcy wybranego z treści SIWZ co do parametrów i cech technicznych elementów przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaistnienie podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP.

Szczegółowy opis powyżej streszczonego zarzutu - Naruszenia zasady jawności postępowania - znajduje się na stronach 4-9 odwołania.

Zarzuty co do przedmiotu zamówienia – jego niezgodności z treścią SIWZ

II Co do zarzutu niezgodności sterownika ST 402 N produkcji firmy TECH z wymogami SIWZ.

Odwołujący co prawda przyznaje, że dane dotyczące sterownika są zastrzeżone w ofercie odwołującego, ale jest to model powszechnie znany i przez to są dostępne jego parametry techniczne. Poza tym odwołujący przywołuje okoliczności przedstawienia tego rodzaju sterownika w postępowaniu prowadzonym w powiecie suskim, gdzie wykonawca wybrany nie zastrzegł danych technicznych jako poufne. Sterownik ten według wiedzy odwołującego nie spełnia wymagań technicznych podanych w SIWZ. Przede wszystkim nie jest spełniony dokładny pomiar prędkości przepływu płynu solarnego. Do wskazanego sterownika nie ma możliwości podłączenia przepływomierza

elektronicznego, z uwagi na brak wejścia impulsowego umożliwiającego podłączenie takiego przepływomierza. Poza tym sterownik nie spełnia płynnej regulacji pracy pompy solarnej od min.30% wydajności maksymalnej. Dla tego sterownika minimum robocze pompy to 50% wydajności maksymalnej czyli znacznie więcej niż wymagane 30 %. Poza tym w oferowanym przez wykonawcę wybranego sterownika brak jest funkcji sygnalizowania niepożądanego zjawiska grawitacyjnego unoszenia ciepła z kolektorów słonecznych – co wynika z braku stosownych informacji w instrukcji. Reasumując oferowany sterownik nie spełnia powyższych wymogów.

III.Co do niezgodności podgrzewacza biwalentnego producenta Galmet typ; SGW (S) B. Według wiedzy odwołującego oferowany podgrzewacz nie spełnia wymagań SIWZ w zakresie pożądaných parametrów przez zamawiającego. Z projektu wykonawczego między innymi wynika, że zbiornik 300 litrów powinien posiadać dolną węzownicę (solarną) o powierzchni 1.55 m². Natomiast mając na względzie powszechnie dostępne informacje o tym podgrzewaczu jednoznaczny jest, że zbiornik 300l. ma węzownicę o powierzchni 1,4m² co stoi w jawnej sprzeczności z SIWZ.

IV. Co do niezgodności stacji solarnej Tacanowa model:TacoSolCirc ZR Skorut z wymogami SIWZ.

I tutaj również odwołujący nie ma dostępu do informacji technicznych oferty, ale na tyle zna rynek producentów poszczególnych elementów systemów solarnych, że jest pewien o braku możliwości, by producent Tacanowa zmienił na potrzeby jednego postępowania całą linię produkcyjną w fabryce stacji solarnych, w ten sposób aby spełnić wymogi zamawiającego. Po pierwsze zawór bezpieczeństwa oraz manometr umieszczane są na zasilaniu (po stronie gorącej) zamiast na powrocie (po stronie zimnej), co pozostaje sprzeczności z wymogami opisanymi w SIWZ. Drugą zasadniczą różnicą jest brak przepływomierza elektronicznego żądanego przez zamawiającego.

V Co do niezgodności kolektora słonecznego SUN WING Alu 2,5, zaoferowanego w ofercie Skorut Systemy Solarne Sp.z o.o. z wymogami zamawiającego.

Odwołujący przywołał postanowienia SIWZ zgodnie z którymi zamawiający wymagał zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że oferowane kolektory słoneczne przeszły badania potwierdzające ich pełną zgodność z zakresem normy wymienionej w SIWZ (pkt.9.1. SIWZ).

Producent kolektorów słonecznych T.W.I. uzyskał certyfikat Solar Keymark dla tzw. rodziny 3 kolektorów słonecznych: SUN WING T4 Alu, SUN WING T4 Alu 2,5 oraz SUN WING T4 Alu 2,6. Zgodnie z zapisem w certyfikacie kolektor słoneczny SUN WING T4 Alu 2,5 nie był pobierany do badań, a zatem nie spełnia wymogu postawionego przez zamawiającego.

Powyżej przedstawiono w syntetyczny sposób opis argumentacji zarzutów odwołania od zarzutu II do V). Szczegółowy opis argumentacji do zarzutów znajduje się na stronach 9-14 odwołania. Odwołujący wywodzi zarzuty na podstawie dostępnych informacji na temat parametrów oferowanych urządzeń.

VI Zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia wykonawcy wybranego z postępowania.

Oprócz powyżej przedstawionych zarzutów odwołujący podniósł zarzut naruszenia z art. 22 ust.2 pkt 3 i 4 ustawy PZP w oparciu o zapis 5.4.5.SIWZ .

Podstawę do skonstruowania zarzutu stanowi wymóg dla kierowników brygad posiadania autoryzacji do montażu zestawów solarnych przez producenta montowanych kolektorów słonecznych.

Według odwołującego w wykazie załączonym do oferty wykonawca wybrany podał nieprawdziwe informacje odnośnie spełnienia przez kierowników tych brygad wymogu jak również dysponowania na dzień składania ofert lub w przyszłości wskazanymi osobami. Wykonawca wybrany załączył certyfikaty firmy T.W.I. zaświadczający o przejściu szkolenia w zestawach solarnych i kolektorach T.W.I. .Certyfikaty wydano 01.10.2012r. a więc w terminie, kiedy kolektory słoneczne nie posiadały certyfikatu Solar Keymark nadany w dniu 13.12.2012r. ani zakończonych badań raport z dnia 06.12.2012r.

Ponadto wykonawca wybrany w kolumnie „sposób dysponowania osobami przy pomocy, których będzie wykonywał zadanie” nie wypełnił formy dysponowania pozostawiając pustą kolumnę.

Ponadto odwołujący wskazał, że już raz wykonawca wybrany był wzywany do uzupełnienia wykazu osób w dniu 21.12.2012r. Pismem z dnia 27.12.2012r. wykonawca wybrany uzupełnił dokument, jednak nie w sposób wskazujący na podanie wszystkich niezbędnych informacji. W związku z tym w myśl obowiązującego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej nie może być ponownie wzywany do uzupełnienia dokumentu.

Szczegółowa argumentacja zawarta jest na stronach 14-17 odwołania.

VII Co do zarzutu niezgodności oferty z treścią SIWZ w zakresie harmonogramu realizacji zadania.

Harmonogram wykonania zamówienia przedstawiony w ofercie wykonawcy wybranego zawiera tylko datę początkową i końcową. Powoduje to niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, co powinno skutkować odrzuceniem oferty.

Powyższe w ocenie odwołującego narusza postanowienia SIWZ to jest załącznika nr 8, zgodnie z treścią którego „Wykonanie prac należy określić w taki sposób, aby odbywały się one w układzie kwartalnym podanym w SIWZ proporcjonalnie do procentowego udziału Gmin w projekcie”.

Przywołał odpowiedź zamawiającego z dnia 24 października 2012r. gdzie wskazał, że ”dopuszczalna jest zmiana kolejności wykonywania robót w poszczególnych gminach, wymaga jednak by prace były wykonywane w każdej z gmin z zachowaniem udziału procentowego w każdy kwartale określone w załączniku nr 8 do SIWZ”.

Odwołujący przyznaje, że strony na etapie podpisywania umowy uzgodniły harmonogram, jednak załącznikiem do umowy jest oferta a wraz z nią harmonogram załącznik nr 8 do SIWZ.

Patrząc na powyższy zarzut oferta wykonawcy wybranego powinna być odrzucona.

Szczegółowa argumentacja zawarta jest na stronach 17-19 odwołania.

W tym stanie rzeczy odwołujący popiera odwołanie w całości.

Pismem z dnia 26.02.2013r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zarzut I.

Co do naruszenia zasady odtajniania dokumentów to zdaniem zamawiającego, odwołujący miał prawo wglądu w dokumenty, oczywiście, które były nie zastrzeżone. Obie strony to jest odwołujący i wykonawca wybrany zastrzegły znaczną część złożonych dokumentów do oferty. Sytuacja podlegała badaniu przez zamawiającego i odwołujący został poinformowany o jej wyniku. Według zamawiającego obydwie firmy korzystały z możliwości utajnienia i były wzywane na wniosek konkurentów do wytłumaczenia powodów utajnienia dokumentów. Po wyjaśnieniach zamawiający podjął stosowne decyzje, nie uprzywilejując żadnego z wykonawców. Natomiast z odwołującym wystąpił następujący incydent w związku z dostępem do oferty wykonawcy wybranego. Odwołujący był proszony o stawienie się w godzinach przedpołudniowych, a stawił się w godzinach po południowych, kiedy nie było decydentów u zamawiającego. Poza tym

odwołujący w zaistniałej sytuacji konieczności oczekiwania na podjęcie decyzji co do okazania dokumentacji wykonawcy wybranego opuścił siedzibę zamawiającego nie chcąc czekać na podjęcie decyzji przez zamawiającego co do możliwości okazania żądanych dokumentów z oferty wykonawcy wybranego. Poza tym zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, że po podjętej decyzji dnia 18.01.2013r. co do tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca wybrany udzielając odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie miał prawa zrobić kolejnego utajnienia dokumentów doręczonych na wezwanie.

Szczegółowa argumentacja zamawiającego zawarta jest na str. 5-7 odpowiedzi na odwołanie.

Zarzut II.

Co do zarzutu niezgodności sterownika ST 402 N produkcji firmy TECH z wymogami SIWZ.

Sam odwołujący przyznaje, że swoje twierdzenia co do nie spełnienia wymogów SIWZ opiera na danych dotyczących innego rodzaju sterownika.

Z postępowania wyjaśniającego wynika, że wykonawca wybrany oferuje sterownik wykonywany indywidualnie na zlecenie wykonawcy i spełnia wszelkie wymogi określone przez zamawiającego w SIWZ i dokumentach towarzyszących.

Zarzut III.

Co do niezgodności podgrzewacza biwalentnego producenta Galmet typ; SGW (S) B.

Tutaj zamawiający przedstawił podobną argumentację jak powyżej. Wykonawca wybrany oferuje urządzenie dedykowane przez producenta pod wymogi przedmiotowego zamówienia.

Zarzut IV.

Co do niezgodności stacji solarnej Tacanowa model:TacoSolCirc ZR Skorut z wymogami SIWZ.

Zamawiający nie zgadza się z argumentacją odwołującego, ponieważ posiada oświadczenie producenta co do zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami zamawiającego.

Zarzut V.

Co do niezgodności kolektora słonecznego SUN WING Alu 2,5, zaoferowanego w ofercie Skorut Systemy Solarne Sp.z o.o. z wymogami zamawiającego.

Zamawiający jest w posiadaniu pełnego kompletu badań kolektorów. Ponadto odnosząc się do wywodów odwołującego co do odmowy udostępniania dokumentów dodatkowo wyjaśnia, że tajemnicą objęte są protokoły badań ale nie certyfikaty jako dokumenty ogólnie dostępne.

Co do niezgodności kolektora słonecznego SUN WING Alu 2,5, zaoferowanego w ofercie Skorut Systemy Solarne Sp.z o.o. z wymogami zamawiającego.

Szczegółowa argumentacja zamawiającego co do zarzutów od II do V zawartych w odwołaniu zawarta jest na str. 7-9 odpowiedzi na odwołanie.

Zarzut VI

Co do zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy wybranego z postępowania.

Według zamawiającego nie ma podstaw do łączenia zagadnień nadania certyfikatu a szkolenia w zakresie produktu dla osób mających się zajmować ich montażem. W ocenie zamawiającego jest to sztuczne tworzenie problemów. Co do zarzutu, że wykonawca nie podał podstawy dysponowania wymienionymi osobami to nie znajduje on potwierdzenia w całości dokumentacji przedłożonej przez wykonawcę. Jako załącznik do oferty złożył oświadczenie, iż dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Ponadto złożył wykaz osób przeznaczonych do wykonania zamówienia. Według zamawiającego wystarczające jest przedstawienie przez wykonawcę samego wykazu tych osób. Reasumując swoje wywody zamawiający stwierdza, „nie wypełnienie rubryk w odniesieniu do części brygad nie może być traktowane jako brak oferty.”

Szczegółowa argumentacja zamawiającego co do zarzutu VI zawartego w odwołaniu mieści się na str. 9-12 odpowiedzi na odwołanie.

Zarzut VII

W ocenie zamawiającego zarzut jest chybiony, ponieważ w myśl §1 ust.6 projektu umowy "Strony na etapie podpisywania umowy uzgodnią harmonogram realizacji projektu, który za zgodą stron może być aktualizowany w trakcie realizacji umowy."

W ocenie zamawiającego załączony harmonogram do oferty ma charakter orientacyjny i stanowi element negocjacyjny przy podpisywaniu umowy.

Szczegółowe uzasadnienie stanowiska znajduje się na stronach 12-14 odpowiedzi na odwołanie.

W tym stanie rzeczy zamawiający wnosi o oddalenie odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Co do interesu do wniesienia odwołania.

Z protokołu postępowania zamawiającego wynika, że w przedmiotowym postępowaniu złożono dwie oferty to jest oferta odwołującego na kwotę 24.771.614,93 zł. i oferta wykonawcy wybranego na kwotę 24.609.851,05zł.

Z powyższego zestawienia wynika, że odwołujący ma interes w złożeniu odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy PZP.

Izba ustaliła i zważyła.

Zarzut I.

Co do zarzutu naruszenia art.8 ust.1 w zw. z art. 8.ust.3 ustawy PZP.

Zarzut ten odwołujący sformułował w ten sposób, że zakwestionował zaniechanie odtajnienia dokumentów przez zamawiającego oraz zakwestionował odmowę udostępnienia dokumentów, które nie zostały zgodnie z decyzją zamawiającego pozostawione jako tajne.

W toku rozprawy przeprowadzono następujące dowody z dokumentów zgłoszone przez strony:

1. Pismo Galmet Sp. z o.o. Sp. K. Głubczyce z dnia 14.12.2012r. skierowane do wykonawcy wybranego w sprawie oferty handlowej na wymienniki do podgrzewacza c.w.u. w którym żąda się dochowania tajemnicy handlowej, w zakresie zaoferowanej ceny oraz przesłanej dokumentacji technicznej.
2. Pismo z dnia 14.12.2012r. Tacanova GmbH skierowane do wykonawcy wybranego w sprawie oferty handlowej na grupy solarne TacoSolCire ZR Skorut w którym żąda się dochowania tajemnicy handlowej, w zakresie zaoferowanej ceny oraz przesłanej dokumentacji technicznej.
3. Pismo z dnia 14.12.2012r. TECH Sp.J. Wieprz koło Andrychowa skierowane do wykonawcy wybranego w sprawie oferty handlowej na sterownik ST-402 N w którym żąda się dochowania tajemnicy handlowej, w zakresie zaoferowanej ceny oraz przesłanej dokumentacji technicznej.
4. E-mail odwołującego do zamawiającego z dnia 27.12.2012r. w.s. o udostępnienie wglądu do dokumentacji przetargowej.
5. Pismo z 07.01.2013r. odwołującego o odtajnienie części dokumentów wykonawcy wybranego w tym kosztorysów.
6. Pismo z dnia 09.01.2013r. zamawiającego do odwołującego o wyjaśnienie na jakiej podstawie dokonano zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa do wymienionych w tym piśmie dokumentów z załączonym wydrukiem e-mail potwierdzającym otrzymanie pisma przez zamawiającego.
7. Pismo odwołującego z dnia 9 stycznia „2012r.”(winno być „2013r.”) o odtajnienie wymienionych w tym piśmie dokumentów z oferty wykonawcy wybranego.
8. Pismo z dnia 14.01.2013r. pismo wykonawcy wybranego w sprawie uzupełnienia dokumentów dotyczących instrukcji obsługi kolektora słonecznego, biwalentnego podgrzewacza wody, oświadczenia DIN CERTO oraz certyfikat Solar Keymark na potwierdzenie badań z zastrzeżeniem utajnienia dokumentów.
9. Wyjaśnienia z dnia 15.01.2013r. odwołującego w sprawie dokonanych zastrzeżeń dokumentów.
10. Pismo z dnia 15.01.2013r. wykonawcy wybranego do zamawiającego w sprawie przyczyn utajnienia dokumentów.

11. Pismo z dnia 11.02.2013r. odwołującego do zamawiającego o przesłanie korespondencji między zamawiającym a wykonawcą wybranym w zakresie pytań, wniosków i odpowiedzi.
12. Notatka służbowa z dnia 11.02.2013r. na okoliczność udostępnienia w siedzibie zamawiającego dokumentów P-i Prezes odwołującego.
13. Wydruk e-mail z dnia 13.02.2013r. od zamawiającego do odwołującego w.s. przesłania korespondencji w.s. oferty wykonawcy wybranego.
14. Wydruk e-mail z dnia 26.02.2013r. od odwołującego do zamawiającego o przesłanie wszelkiej korespondencji z postępowania odnoszącej się do wykonawcy wybranego.
15. Pismo zamawiającego z 18.01.2013r. do odwołującego ws. dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy wybranego.
16. Pismo zamawiającego z 18.01.2013r. do wykonawcy wybranego ws. dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w ofercie odwołującego.
17. Pismo wykonawcy wybranego do zamawiającego z dnia 22.01.2013r. odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień z dnia 18.01.2013r. przesyłające wyjaśnienia firm: Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. , Tacanova GmbH, Tech Sp.J., Galmet Sp.z o.o., Sp.K. z jednoczesnym zastrzeżeniem tajemnicy wniesionych wyjaśnień.

W toku rozprawy odwołujący i zamawiający złożyli następujące wyjaśnienia i oświadczenia.

Zamawiający wyjaśnia, że w przedmiotowym postępowaniu, zarówno odwołujący jak i wykonawca wybrany, zastrzegli praktycznie całość złożonej oferty. W związku z tym zamawiający wystąpił do wykonawców, aby opowiedzieli się, uzasadnili podstawę utajnienia dokumentacji ofertowej, jednocześnie też skorzystał z opinii niezależnej. Podejmując decyzje ostatecznie o tym, jakie dokumenty w obydwu firmach będą objęte tajemnicą, oparł się na opiniach prawnych. Reasumując zgodziliśmy się na objęcie tajemnicą przedkładanych dokumentów technicznych urządzeń produkowanych pod nasze zamówienie, które w związku z tym nie są powszechnie dostępne na przykład w Internecie. Zastosowaliśmy zasadę symetrii, co do rodzaju dokumentów, które zostały ostatecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. A w przypadku odwołującego dodatkowo dokumenty chroniące dane osobowe osób, przy pomocy których będzie wykonywał to

zamówienie. Natomiast ogólnie odnosząc się do zarzutów odwołania stwierdzam, że prowadzona w nim polemika, co do niezgodności oferowanego urządzenia z SIWZ, jest w mojej ocenie bezprzedmiotowa, ponieważ odwołujący nie może znać szczegółowych rozwiązań tego urządzenia, z powodu którego dane techniczne tego urządzenia zostały objęte tajemnicą. Na pytanie przewodniczącej do pełnomocnika odwołującego, jakie dokumenty w ofercie wykonawcy wybranego powinny być odtajnione. Odnosząc się do zarzutu nr 1 w odwołaniu o tytule: *naruszenie zasady jawności postępowania*, to na podstawie pisma zamawiającego z dnia 18 stycznia 2013 r. dokumenty wymienione na s. 7 odwołania powinny być jawne, ponieważ nie są w wyżej wymienionym piśmie zamawiającego wymienione i stwierdzam, że prezes zarządu odwołującego, stawiając się w dniu 8 lutego 2013 r. w siedzibie zamawiającego, tych niewymienionych dokumentów, a opisanych na s. 7 odwołania, nie otrzymał. W tym miejscu pełnomocnik odwołującego uważa, że zamawiający swoją decyzją z dnia 18 stycznia 2013 r. udostępnił dokumenty zawarte w punktach od 5-8, tj.:

5. oświadczenie z biura tłumaczeń dotyczące tłumaczenia aneksu (nr 011-7S2026F) do certyfikatu SOLAR KEY MARK;

6. protokół prób żywotności, niezawodności i mocy cieplnej (nr XII COL 11 30Q) dla kolektora, typ SUN WING T4ALU 2.6 - wersja niemiecko – angielska;

7. Protokół prób żywotności, niezawodności i mocy cieplnej (nr XII COL 11 30Q) typ SUN WING T4ALU 2.6 – tłumaczenie polskie;

8. Oświadczenie z biura tłumaczeń, dotyczące tłumaczenia protokołu prób żywotności, niezawodności i mocy cieplnej (nr XII COL 11 30 Q) dla kolektora, typ: SUN WING T4ALU 2.6;

11. Oświadczenie firmy T.W.I.spol.sz.o. – tajemnica handlowa z dnia 14 grudnia 2012 r.;

12. Oświadczenie firmy T.W.I.spol.sz.o., dotyczące szyby kolektora, typ: SUN WING T4ALU 2.5 z dnia 14 grudnia 2013 r.;

13. Oświadczenie producenta T.W.I.spol.sz.o., dotyczące systemów mocujących z dnia 14 grudnia 2012 r.;

14. Oświadczenie dotyczące gwarancji producenta kolektora, typ: SUN WING T4ALU 2.5 z dnia 14 grudnia 2013 r.;

18. Karta techniczna zaworu zwrotnego antyskażeniowego, typ: EA-RVV284 produkcji firmy HONEY WELL;

19. Atest higieniczny zaworu zwrotnego antyskażeniowego, typ: EA-RVV284 produkcji firmy HONEY WELL;

20. Deklaracja zgodności zaworu zwrotnego antyskażeniowego, typ: EA-RVV284 produkcji firmy HONEY WELL.

W tym miejscu pełnomocnik zamawiającego okazuje - w przekazanej dokumentacji - pismo przywołane przez pełnomocnika odwołującego, z dnia 19 stycznia 2013 r. i komentuje je w następujący sposób, iż w piśmie tym wskazał rodzaj dokumentów, jakie będą objęte tajemnicą. Odwołujący uważa, iż pisma, które wymienione zostały na s. 7 mojego odwołania, a przewodnicząca zapisała je do protokołu, nie są objęte tajemnicą, na podstawie pisma z dnia 18 stycznia 2013 r. Zdaniem odwołującego dokumenty wymienione na s. 7, podkreślone i zapisane do protokołu, są dokumentami jawnymi, odtajnionymi. Dodatkowo odwołujący wskazuje, że wykonawca wybrany, udzielając wyjaśnień z dnia 14 i 22 stycznia 2013 r., załączył szereg dokumentów, tj. kilka dokumentów i zastrzegł, że utajnia wszystkie dokumenty, które załączył i które wymienił. Odwołujący skarży się, że na wezwanie zamawiającego firma Skorut w pismach z dnia 14 i 22 stycznia 2013 r., w trybie art. 26 ust. 3 i wyjaśnień, zastrzegła tajemnicę, a zamawiający wbrew swoim postanowieniom z dnia 18 stycznia 2013 r. nie pokazał jej dokumentów, które były w kopertach przy piśmie jak wyżej, tj.: 14 i 22 stycznia 2013 r. W związku ze złożonym odwołaniem odwołujący oczekuje od Izby nakazania zamawiającemu udostępnienia dokumentów podkreślonych na s. 7 oraz dokumentów zamkniętych w kopertach, przy wyjaśnieniach z dnia 14 i 22 stycznia 2013 r. z firmy Skorut, bowiem w kontekście pisma zamawiającego z dnia 18 stycznia 2013 r. wszystkie te dokumenty są odtajnione.(...)

Co do konkretnych dokumentów, opisujących konkretne urządzenia, które powinny być pokazane, formułujemy ich wykaz na s. 8 odwołania, drugi i czwarty akapit od góry, tj.: sterownik TECH ST 402 N oraz węża solarnego, zawory antyskażeniowe, wymienniki CUW (Ciepła Użytkowa Woda). Zamawiający odnosząc się do wyspecyfikowanych urządzeń w odwołaniu i na rozprawie stwierdza, że dokumentacja dotycząca sterownika TECH ST 402 N została zastrzeżona w jego piśmie z dnia 18 stycznia 2013 r. do odwołującego, w pozycji 6 i 7 tego pisma o treści: *instrukcja obsługi sterownika i specyfikacja sterownika*. Jeżeli chodzi o węże solarne, to nie okazujemy dlatego, że w pozycji 4 tegoż pisma zgodziliśmy się z tajemnicą Skorut, co do specyfikacji węża solarnego. Jeżeli chodzi o zawory antyskażeniowe, to oświadczam, że według mojej wiedzy są one do udostępnienia, bo są to urządzenia ogólnodostępne na polskim rynku i według mojej wiedzy odwołujący nie chciał oglądać dokumentów na temat zaworów antyskażeniowych oraz wymienników CWU, ponieważ w faksie z dnia 11 lutego 2013 r. nie wymienił, że chce oglądać dokumenty dotyczące zaworów antyskażeniowych oraz wymienników CWU. (...)jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. dokumentacja kolektorów słonecznych pkt 11.14 tajnych dokumentów, instrukcja obsługi, karta gwarancyjna wymienników do podgrzewania CWU, karta techniczna grupy solarnej TAC SOL CIRE ZR Skorut, karta techniczna, test higieniczny i deklaracja zaworu zwrotnego

antyskażeniowego typ EARW 284 produkcji HONEY WELL i instrukcja obsługi Sterownika ST-402 N i kosztorysy; e-mail z dnia 5 lutego 2013 r. o udostępnienie całej oferty Skorut, która nie jest zastrzeżona, jako tajemnica i po późniejszej decyzji została odtajniona, tj.: wszystkich pism kierowanych przez zamawiającego do wykonawcy wybranego, wszystkich pism złożonych do postępowania przez wykonawcę wybranego i wszystkich pism składanych przez inne podmioty. W mojej ocenie zamawiający naruszył zasadę jawności ofert wbrew przepisom art. 8 Pzp i wbrew swoim czynnościom w toku postępowania, pomimo, że zajął stanowisko w sprawie odtajnienia, ale nie wywiązał się ze swojej decyzji w stosunku do nas. W tym miejscu przywołuje pismo skierowane do odwołującego z dnia 9 stycznia 2013 r. do wyjaśnienia podstaw zastrzeżenia tajności. Zamawiający wyjaśnia, że podobne wystąpienia w zakresie zastrzeżenia tajemnicy kierował do obydwu wykonawców i tak 9 stycznia 2013 r. wezwał wykonawcę wybranego do wyjaśnienia, na jakiej podstawie dokonano zastrzeżeń dokumentacji w piśmie wyżej wymienionym i otrzymał odpowiedź 15 stycznia 2013 r. wykonawcy wybranego, dlaczego określone dokumenty techniczne chroni tajemnicą. (...)Podobnie wystąpił do odwołującego pismem z dnia 9 stycznia 2013 r., (...)W mojej ocenie firma wykonawcy wybranego w pełnym zakresie wyjaśniła zasadność objęcia tajemnicą głównych urządzeń sytemu (tj.: sterownik, podgrzewacz CWU, stację solarną, kolektor słoneczny) twierdząc, że są to urządzenia niewystępujące na rynku, są zmodyfikowane na potrzeby tego postępowania i takie oświadczenie również potwierdzają firmy produkujące i znajduje się to w aktach, objęte tajemnicą. (...). Z oświadczeń wynika, iż typowe urządzenia mają inne parametry i zostały specjalnie przygotowane na potrzeby przetargu dla zamawiającego. (...) Odwołująca nie kwestionuje, że w ogóle nie udostępniono dokumentów, tylko że oczekiwałam okazania mi dokumentów zakreślonych kopert, które konkretnie wymieniałam w czasie wizyty u zamawiającego, żądając od pani P..... ich okazania, bowiem w mojej ocenie zamawiający rozstrzygając kwestię tajemnicy z dnia 18 stycznia 2013 r., tych konkretnych dokumentów nie utajnił, czyli na podstawie tego pisma należy uważać, że miałam prawo je obejrzeć, ale za każdym razem kiedy je wymieniałam pani P....., której oświadczenie mi dzisiaj na rozprawie okazano, dzwoniła do pana pełnomocnika, dzisiaj obecnego na rozprawie, tj. do pana A..... R..... i odpowiedziała mi, że pan pełnomocnik stwierdzał, że dokumenty są objęte tajemnicą. Nie chcieli mi okazać załączników do wyjaśnień, które były w zamkniętej kopercie, tj. załączników do wyjaśnień z dnia 14 i 22 stycznia 2013 r. i wszystkich tych dokumentów, które są podkreślone na s. 7 odwołania, to są dokumenty z oferty. Zamawiający odpowiadając na wyjaśnienia prezesa dowołującego uważa że wypełnił oczekiwania, na co składa jako potwierdzenie email od pani B..... P..... do odwołującego. Zamawiający przedkłada jako dowód odpowiedź od odwołującego, że otrzymał

dokumenty przesłane dnia 13 lutego 2013 r., odwołujący potwierdza tę okoliczność. Odwołujący potwierdza, że przedstawiono nam szereg dokumentów, natomiast kwestionujemy nadal, że odmówiono nam dokumentów zastrzeżonych na s. 8 i z wyjaśnień. Zamawiający potwierdza, że dokumenty niezastrzeżone okazał.

Izba dokonując oceny zgromadzonego w sprawie materiału, w zakresie niniejszego zarzutu odnoszącego się do nie odtajnienia dokumentów z oferty wykonawcy wybranego na żądanie odwołującego oraz na okoliczność nieuzasadnionej odmowy udostępnienia dokumentów, które wykonawca wybrany złożył w związku z wezwaniem do uzupełnienia czy wyjaśnienia oferty w zakresie zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z treścią SIWZ, uznała zarzuty odwołującego za nieuzasadnione a także za nieudowodnione w świetle obowiązującego prawa i zaistniałego stanu faktycznego w sprawie.

Zgodnie z przywołanym przez odwołującego jako uzasadnienie prawne swojego żądania art. 8 ust.1 i ust.3 ustawy PZP postępowanie o udzielenie zamówienia jest co do zasady jawne. Powyższy przepis prawa należy rozumieć szeroko i odnosić nie tylko do czynności zamawiającego w toku takiego postępowania ale również odnosić do czynności wykonawców w tym co do złożonych przez nich ofert czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W przedmiotowej sprawie odwołujący kwestionuje zakres informacji jakie zamawiający objął poufnością w związku z zastrzeżeniem wykonawcy wybranego, a następnie w związku z wyjaśnieniem na wezwanie zamawiającego i złożeniem dalszych dokumentów, które również wykonawca zastrzegł jako tajne.

Zgodnie z ust.3 art.8 ustawy PZP nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być udostępnione. Przy czym ustawodawca nie specyfikuje kategorii czy rodzaju informacji, które można zastrzec jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jedynie określa informacje, które nie mogą być zastrzeżone definiując je do art. 86 ust.4 ustawy PZP to jest nazwa i adres wykonawcy, cena, termin wykonania, okres gwarancji i warunki płatności określone w ofercie.

Z przeprowadzonych w sprawie dowodów na rozprawie oraz wyjaśnień zamawiającego potwierdza się, że obydwaj wykonawcy zarówno odwołujący jak i wykonawca wybrany w zdecydowanej większości zastrzegli jako tajemnicę przedsiębiorstwa dokumenty zawarte w ofercie w szczególności dotyczące zaoferowanego przedmiotu zamówienia to jest parametrów technicznych i technologicznych. Dotyczyło to również dokumentów

towarzyszących zaoferowanemu przedmiotowi zamówienia takich jak certyfikaty, deklaracje zgodności, wyniki badań.

Obydwaj wykonawcy zażądali od zamawiającego aby zwrócił się do konkurenta o szczegółowe wyjaśnienie przyczyn ograniczenia dostępu do dokumentacji ofertowej. Zamawiający zwrócił się do wykonawców w tym celu i od obydwu uzyskał stosowne wyjaśnienia. Izba nie będzie odnosiła się do wyjaśnień odwołującego, ponieważ nie są one objęte zakresem rozstrzygnięcia zawisłego sporu, nadmienia się tylko, że zakres ograniczeń jest nawet szerszy niż u wykonawcy wybranego. Natomiast w przeważającej części tego samego rodzaju dokumenty zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a dotyczące przedmiotu zaoferowanego w szczególności dotyczyło to protokołów badań, gwarancji producenta, kart technicznych, specyfikacji np.; węża solarnego oświadczenia o równoważności, instrukcji obsługi.

Izba zapoznała się z wyjaśnieniami wykonawcy wybranego w zakresie przyczyn utajnienia dokumentów i uznała je za w miarę konkretne, szczegółowe i wiarygodne. Ponadto na rozprawie przedłożono powyżej przywołane oświadczenia producentów, którzy zastrzegli tajemnicę handlową informacji dotyczących uzgodnień cenowych oraz dokumentacji technicznej.

Co do podnoszonej kwestii przez odwołującego, iż w piśmie zamawiającego z dnia 18.01.2013r. zostały ściśle określone dokumenty zastrzeżone to z treści tego pisma wynika, że określono tam dokumenty co do rodzaju a nie co do tożsamości, używając takich określeń jak: protokoły badań kolektora bez certyfikatów, gwarancje producenta, karta techniczna grupy solarnej, specyfikacja węża solarnego, instrukcja obsługi sterownika, oświadczenie wykonawcy wybranego o równoważności pompy, instrukcja obsługi kolektora. Podobnych określeń co do rodzaju dokumentów zastrzeżonych użył zamawiający w stosunku do dokumentów odwołującego (pismo z dnia 18.01.2013 zamawiającego do wykonawcy wybranego nt. dokumentów zastrzeżonych w ofercie odwołującego i tak np.: sprawozdanie z badań kolektora, DTR grupy pompowej, karta informacyjna sterownika).

Dokonując porównania zastrzeżeń w obydwu ofertach należy stwierdzić, że zamawiający z zachowaniem zasady równego traktowania obydwu wykonawców uwzględnił ich wyjaśnienia co do przyczyn zastrzeżenia tajemnicy.

Przynajmniej w ofercie wykonawcy wybranego przyczyną dokonanych zastrzeżeń co do tajemnicy handlowej był wymóg postawiony przez producenta, który swoje wymagania oparł na tym, że urządzenia, które ma dostarczyć wykonawcy wybranemu są specjalnie produkowane pod przedmiotowe zamówienie i rozwiązania techniczne oraz parametry odbiegają od typowych urządzeń które producent prezentuje np.: na stronach internetowych czy w ogólnie dostępnych folderach, kartach reklamowych urządzeń.

Również nieuprawnione są twierdzenia odwołującego co do braku prawa po stronie wykonawcy wybranego zastrzeżenia tajemnicy dokumentów dostarczonych w wyniku uzupełnień czy wyjaśnień do oferty.

W ocenie Izby odwołujący pomimo, że w równym a nawet wyższym stopniu dokonał zastrzeżenia tajemnicy swoich dokumentów, oczekiwał od zamawiającego odtajnienia dokumentów wykonawcy wybranego.

Co do nie udostępnienia przez zamawiającego odtajnionych dokumentów wykonawcy wybranego to zamawiający wyjaśnił, że przyczyną nie udostępnienia co do zasady dokumentów była okoliczność, że odwołujący był poproszony aby stawiał się w tym celu w siedzibie zamawiającego o godzinie 9.30 a nie jak to uczynił odwołujący po godz.14.00. Stąd zaistniały utrudnienia w uzgodnieniach z kompetentną osobą co do tego czy żądany dokument jest, czy nie jest objęty tajemnicą handlową.

Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, Izba nie stwierdziła dyskryminacji odwołującego, ubiegającego się o wgląd w dokumenty wykonawcy wybranego oraz nie znalazła podstaw do żądania dalszego odtajnienia dokumentów wymienionych w odwołaniu.

W związku z powyższym zarzut oznaczony jako I nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do zarzutu niezgodności sterownika ST 402 N produkcji firmy TECH z wymogami SIWZ, niezgodności podgrzewacza biwalentnego producenta Galmet typ; SGW (S) B, niezgodności stacji solarnej Tacanowa model:TacoSolCirc ZR Skorut z wymogami SIWZ, niezgodności kolektora słonecznego SUN WING Alu 2,5, zaoferowanego w ofercie Skorut Systemy Solarne Sp.z o.o. z wymogami zamawiającego (zarzuty od II do V).

W związku z podnoszonymi zarzutami odwołania Izba przeprowadziła na rozprawie następujące dowody z części tajnej oferty wykonawcy wybranego

Zarzut II Co do niezgodności sterownika ST 402N produkcji firmy TECH z wymogami SIWZ, które to niezgodności są opisane na s. 10 odwołania w pkt C, D, I, a były wymagane w STWOiR, (...) tj. w punkcie 22 i 23 STWOiR, punkt 2.4 *automatyka*. W tym miejscu przewodnicząca na wniosek pełnomocnika zamawiającego przeprowadza dowód z dokumentów z oferty objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, w zakresie: 1. *dokładny pomiar prędkości przepływu płynu solarnego*. W tym miejscu pełnomocnik pokazuje kartę: *instrukcja ST – 402 N*. Wskazuje w tym miejscu stronę oferty, z której wynika, że sterownik posiada wejście cyfrowe do podłączenia przepływomierza, umożliwiające zliczanie energii i zamawiający wyjaśnia, że występował z zapytaniem dotyczącym przepływomierza elektronicznego i uzyskał wyjaśnienie z dnia 22 stycznia 2013 r. w kopercie zamkniętej. Otwiera w tym miejscu kopertę do wglądu tylko i wyłącznie przez

przewodniczącą i wskazuje wyjaśnienie w tym zakresie z dnia 14 grudnia 2012 r., gdzie stwierdza, że firma TECH deklaruje sterownik solarny ST402 N, posiada wejście do pomiaru przepływu oraz określa parametry techniczne pomiaru przepływu i pomiaru temperatury oraz podaje inne typy urządzeń przepływomierzy, zastosowanych do tego sterownika, w stosunku do ogólnodostępnych instrukcji. Co do płynnej regulacji pracy pompy solarnej od minimum 30% wydajności maksymalnej, to wskazuje spełnienie tego warunku, w części tajnej oferty pełnomocnik zamawiającego, o *nazwie specyfikacja techniczna sterownika ST 402* i wskazuje zapis potwierdzający spełnienie wymogów od 30% wydajności maksymalnej oraz sygnalizacji niepożądanego zjawiska grawitacyjnego - unoszenia ciepła z kolektorów słonecznych. Wskazuje również na stronie utajnionej specyfikacji, że realizuje następujące funkcje.(...)

W tym stanie rzeczy na podstawie przeprowadzonego dowodu na rozprawie z akt objętych tajemnicą przedsiębiorstwa zarzut II nie potwierdza się.

Co do zarzutu nr III tj.: *Niezgodność podgrzewacza biwalentnego producenta GALMED typ SGW (SB)*

zarzut, że model podgrzewacza SGW SB nie spełnia wymogów zawartych w SIWZ w zakresie projektu wykonawczego, pkt 1. 4., 1. 3 - zbiornik 300 l powinien posiadać dolną węzownicę solarną o powierzchni 1,5 m², mając na względzie powierzchnię dost. informacji o podgrzewaczu GALMED tego typu, jest wiadomym, że zbiornik 300 l ma powierzchnię węzownicy 1,4 m². Generalnie w tym miejscu zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z SIWZ - rozdział 3 *opis przedmiotu zamówienia* - pod uwagę w punkcie 14 wytłuszczonym drukiem, gdzie dopuszcza się równoważności w zakresie parametrów urządzeń i w załączniku nr 1 do SIWZ też pod uwagę zawarto zapis: *stwierdzam, że w pkt 16 załącznika nr 1 opis przedmiotu zamówienia SIWZ nie jest podana, jako wymagana powierzchnia węzownicy; są to punkty a, b, c, d, e;* i w związku z tym pomimo, że w dokumentacji technicznej, tj. w projekcie wykonawczym, określono powierzchnię 1, 55 m², to związku z powyższym 16 pkt, tj. opisem przedmiotu mówienia SIWZ załącznik nr 1, to nie wymienia się jako parametru wymaganego powierzchni węzownicy, niemniej pokazując część tajną oferty na dane techniczne powierzchni węzownicy spełnia wymogi. Wobec odczytania dokumentacji w części tajnej, na pytania przewodniczącej do pełnomocnika odwołującego, czy w zakresie zarzutu nr III należy sprawdzić jakieś inne parametry odpowiada, że według odwołującego, zgodnie z SIWZ, dopuszcza się materiał płaszcz ochronny, na zarzut, że nie można przyjąć, że pod

modelem urządzenia kryją się inne parametry, niż w powszechnie dostępnych materiałach znajdujących się w katalogi producenta GALMED na s. 12, tabela 1, kolumna 5, wiersz 5, tj. odnosząc się do punktu 16 podgrzewacz wody biwalentny, punkt e: *plaszcz ochronny wykonany z materiału typu skaj lub malowana blacha*. Z przeprowadzonego dowodu z oferty wynika, że widnieje jeden z rodzajów wskazanych materiałów. Odwołujący na to, iż była wymaga powierzchnia węzownicy, wskazuje wyjaśnienia z dnia 15 października 2012 r. W tym miejscu na potwierdzenie, iż jednak obowiązuje powierzchnia węzownicy, jako wymagany parametr powierzchni 1, 55 m², wskazuje kolejne wyjaśnienia w tym zakresie, a mianowicie wyjaśnienie z dnia: 15 października 2012 r. (punkt pierwszy), z 17 października 2012 r. (punkt pierwszy). Są potwierdzane kolejno, że wymagana jest ta powierzchnia. Zamawiający po zapoznaniu się z przedłożonymi odpowiedziami na pytania wykonawców wyjaśni, że podawane wielokrotnie różne możliwości powierzchni węzownicy, wskazywane były z uwagi na to, że powierzchnie węzownic mają wpływ na wielkość naczynia zbiorczego, tj. zabezpieczenia sytemu, w związku z tym konieczne to było wykonawcom do obliczenia, natomiast dalej podtrzymuje swoje wyjaśnienie, iż były podstawy do badania zgodności podgrzewaczy z SIWZ, w kontekście powierzchni węzownic, ponieważ podtrzymuje swoje wyjaśnienia, że parametry obowiązujące, to zawarte w pkt 16 załącznika nr 1 do SWIZ *opis przedmiotu zamówienia*. Okazuje powierzchnię węzownicy, która spełnia wymogi minimalne opisane w projekcie. Odwołujący oświadcza, że jego uwagi, co do podgrzewacza, są zakończone.

W tym stanie rzeczy zarzut III na podstawie przeprowadzonego dowodu z akt objętych tajemnicą przedsiębiorstwa nie zostaje uwzględniony.

Przechodząc do zarzutu IV niezgodności stacji solarnej firmy TACONOVA model TACOSOL ZR Skorut z wymogami SWIZ.

Po pierwsza zawór bezpieczeństwa oraz manometr umieszczone są na zasilaniu (po stronie gorącej), zamiast na powrocie (po stronie zimnej), co jest sprzeczne z wymogami SIWZ zamawiającego. Drugim zarzutem jest różnica między wymogami SIWZ, a stacją, jest brak przepływomierza elektronicznego, żądanego w SIWZ. Zamawiający podnosi, że w odwołaniu brak wskazania jest, jakie postanowienie SIWZ jest naruszone tymi sprzecznościami, brakami. Co do węzownicy, czyli pkt 3, to według wyjaśnień z dnia 22 stycznia 2013 r. producent GALMED potwierdza, że zbiornik SGW SB300, 400, 500 są specjalnie przygotowane na potrzeby niniejszego przetargu. Odwołujący w tej chwili

wskazuje, że w SIWZ, co do miejsca zaworu bezpieczeństwa, są zapisy w dokumencie *projekt pkt 1.5 1.2* oraz przedmiarach punkt 5 oraz w opisie przedmiotu zamówienia załącznik nr 1 SIWZ, tj. pkt 24 *opisu przedmiotu zamówienia*. Z projektów oraz opisów przedmiotu zamówienia wynika, że urządzenia, punkt 24, wynika, że wykonawca musi zapewnić urządzenia i rozwiązania zapobiegające uszkodzeniu instalacji w wyniku przegrzania. Chodzi tutaj w tym przypadku o podnoszony przez nas zawór bezpieczeństwa i manometr, które w ofercie Skorut umieszczone są nie na stronie zimnej, a gorącej, co jest gorszym rozwiązaniem, niż rozwiązaniem na stronie prawej, czyli zimnej. Zamawiający przedkłada na poczet wyjaśnień przedłożoną stronom w dniu dzisiejszym przez Skorut dokumentację Politechniki Śląskiej z dnia 25 lutego 2013 r. i wnosi o włączenie go do dowodów, z którego wynika, że dopuszczalne są rozwiązania zarówno jedno, jak i drugie. W tym miejscu przywołuje również z części jawnej oferty Skorut, że zabezpiecza, punkt 24. w ocenie odwołującego projekty są wiążące i wykonawca powinien swoją ofertę dostosować do projektu, w związku z tym manometry i zawory bezpieczeństwa powinny być umieszczone tak jak w projekcie, czyli po stronie zimnej, dlatego w ocenie odwołującego wyjaśnienia z dnia 17 grudnia 2012 r., w części jawnej ofert Skorut *opis zastosowanych urządzeń i rozwiązań* zapobiegających uszkodzeniu instalacji, w wyniku przegrzania instalacji oraz jej elementów, w okresie stanów postojowych, podczas silnego nasłonecznienia oraz mrozów nie jest wystarczające, wobec nie zaoferowania urządzeń po stronie gorącej. Zgodnie z pkt 1.2 i 1.3 projektu wszystkie urządzenia zabezpieczające (zawór bezpieczeństwa, manometr) są zintegrowane z obiegiem powrotnym, a układ obciąża termicznie armaturę tylko w nieznacznym stopniu, ponieważ obieg powrotny wykazuje małą temperaturę w stosunku do obiegu zasilania. Odwołujący przedkłada zapytania do firmy AFRISO i do firmy SILVA, z których wynika, że zawór bezpieczeństwa powinien być montowany po stronie zimnej. Na zasadzie polemicznej z pismem dr inż. Pana R..... K..... Przedłożono powyższe pisma zamawiającemu. W ocenie odwołującego równoważność jest dopuszczalna wtedy, gdy w SIWZ i załącznikach do niej wskazuje się nazwy producentów, w tym w dokumentacji technicznej (w projektach budowlanych, wykonawczych oraz w przedmiarach). Jeśli znajdują się nazwy własne materiałów urządzeń, to należy w ocenie odwołującego, jeżeli w SIWZ zapisane są nazwy własne to tylko wtedy dopuszczalne są rozwiązania równoważne, a jeżeli nie są wskazane nazwy własne, tylko wskazane są parametry techniczne, to wówczas muszą one być przestrzegane, bo nie ma potrzeby równoważności, bo jest wymagany konkretny parametr i wynika z SIWZ s. 3 –*uwaga*, co wynika z pierwszego zdania. Według naszej oceny w ramach grupy pompowej nie było nazw własnych, tylko były podane parametry, tj. w zakresie umieszczenia manometrów i zaworów bezpieczeństwa na powrocie. W

przypadku, gdybyśmy mogli stosować inne urządzenia, o innych parametrach, niż w projekcie, to wówczas projektant nie ponosiłby odpowiedzialności za wykonane projekty, za rozwiązania, które wskazał w projekcie. W ocenie zamawiającego jako równoważne stosowane są rozwiązania zarówno po prawej, jak i po lewej stronie zabezpieczenia. W tym miejscu zamawiający oświadcza, że wg obowiązujących przepisów dla solarów nie trzeba robić projektu budowlanego i wykonawczego. Oświadcza, że na zainstalowanie instalacji solarnej nie wymagane jest również pozwolenie na budowę, twierdzi również, że nie jest wymagane zgłoszenie, a to wynika z nowelizacji prawa budowlanego, z ostatnich zmian. W ubiegłym roku było wymagane jeszcze zgłoszenia, wg niektórych interpretatorów prawa, traktowane jest to jako remont mieszkania. Zwraca uwagę na zdanie drugie, przywołane przez pełnomocnika odwołującego. Drugą kwestią jest brak przepływomierza elektronicznego, żądanego przez zamawiającego w SIWZ. Okazuje w tym miejscu część tajną, która przewiduje pomiar przepływu i podkreśla, że w wyniku wyjaśnienia tajnego dnia z 22 stycznia 2013 r., potwierdza zastosowanie wymaganego miernika przepływu. Wskazuje również okoliczność budowania o mierniku i zaworze elektronicznym. W tym miejscu na dowód, iż TACANOVA nie posiada przepływomierza, wskazuje oświadczenie złożone w dniu dzisiejszym przez firmę Skorut z dnia 25 lutego 2013 r. na posiedzeniu i wnosi zamawiający o włączenie tego na poczet dowodów. Z oświadczenia wynika, że Tacanova GmbH jest w stanie zmodyfikować linię produkcyjną w swojej fabryce, tak aby wyprodukować znaczną ilość nowego urządzenia o symbolu TacoSol Circ ZR Skorut.

W tym stanie rzeczy zarzut IV nie potwierdził się.

Zarzut V

Co do zarzutu numer V niezgodność kolektora słonecznego SUN WING ALU 2,5, zaoferowanego w ofercie Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o., z wymogami zamawiającego. Tymi wymogami SIWZ jest rozdział VI, pkt 9, ppkt 1, litera ab. Na okoliczność, iż oferowane kolektory słoneczne przeszły badania potwierdzające ich pełną zgodność z zakresem normy EN 12975/1, według metodyki badań, a zaświadczenie to potwierdza, że do badań losowo pobierane były urządzenia z linii produkcyjnej w zakładzie producenta. Prawidłowość zaświadczenia weryfikowana jest przez losowe pobierane urządzeń do badań. Przy czym producent kolektorów słonecznych uzyskał certyfikat TWI dla SOLAR KEY MARK dla rodziny trzech kolektorów słonecznych: SUN WING ALU T4 oraz 2,5 oraz 2,6. Zgodnie z zapisem na certyfikacie kolektor słoneczny 2,5 nie był pobierany do badań. Na powyższe odwołujący przedkłada następujące dowody: przedkłada pytanie z dnia 13 lutego 2013 r. do ITW, z którego wynika, że chcą

poddać badaniom kolektory jednej serii o powierzchni 2.0; 2.5; 2.6 m² i prosiliśmy o informacje, jakiego rodzaju badania zostaną wykonane dla każdego z kolektorów oraz odpowiedź z ITW do pytającego (GERES - ASCO) z dnia 14 lutego 2013 r., gdzie potwierdza się, iż w przypadku badania kolektorów 2.0, 2.5 oraz 2.6 kolektora o powierzchni 2.5 m² - nie będzie zabrany z zakładu produkcyjnego oraz nie będzie poddany badaniom. Przedkłada również ofertę ITW dla GERES – ASCO opisującą badanie potwierdzające, że bada się z 3 podanych kolektorów najmniejszy i największy i konkluzja jest taka, że w związku z tym, że zaoferowano kolektor 2.5, a certyfikat SOLAR KEY MARK, jest wydany dla trzech kolektorów, tj. T4 ALU 2,5, T4 ALU 2,6 to T4 ALU 2,5 nie był badany zgodnie z wymogiem rozdziału VI, pkt 9, ppkt 1, litera ab - SIWZ. Zamawiający oświadcza, że jest to tylko sugestia. Na okoliczność możliwości badania, w tym miejscu okazuje część tajną, że kolektor 2,5 był badany, tj. s. 6, punkt 7 *tajne badania kolektora*. Stwierdza się, iż protokół prób dotyczy również typu kolektora: T4 ALU 2,5 - s. 8 z 15 stron protokołu prób żywotności, w skrócie: protokół badań. Jednocześnie wskazuje odpowiedź z dnia 14 stycznia 2013 r., wskazuje wezwanie z dnia 7 stycznia 2013 r., i wskazuje na odpowiedzi z dnia 14 stycznia 2013 r., pkt 3 oraz odpowiedź firmy DIN CERTO, odpowiedź z dnia 14 grudnia 2012 r. potwierdzające, że T4 ALU 2,5, produkowane przez TWI, przeszły badania potwierdzające zgodność na EN 12975. Pełnomocnik odwołującego przedkłada wyciąg z części jawnej oferty, gdzie gwiazdka przy 2,5 wskazuje, że nie były te kolektory przedmiotem badania przez firmę zewnętrzną. W tym miejscu pełnomocnik odwołującego zwraca uwagę, że wymogiem SIWZ był dowód na przeprowadzenie badania, a nie na certyfikację, a zaświadczenie o tym powinno wydać DINCERTO, a nie jednostka będąca ITW. Izba w tym zakresie przeprowadziła dowód z części tajnej, wskutek uzupełnienia i informuje, że dokument wydał WDINCERTO, w którym potwierdza się, iż oświadczamy, że kolektory T4 ALU 2,5 przeszły badania potwierdzające pełną ich zgodność.

Na podstawie przeprowadzonego dowodu zarzut V nie potwierdził się.

Izba zważyła

Izba dokonując oceny zgromadzonego w sprawie materiału, w zakresie niniejszego zarzutu na podstawie przeprowadzonych dowodów na rozprawie z dokumentów zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa stwierdziła, że wszystkie kwestionowane parametry są spełnione w ofercie wykonawcy wybranego. Natomiast co do zarzutu miejsca zabudowy zabezpieczeń w postaci zaworu bezpieczeństwa, manometru i naczynia przeponowego w układach solarnych, Izba uwzględniła opinię Politechniki

Śląskiej z dnia 25.02.2013r. wydaną przez dr inż. R..... K..... oraz Kierownika Katedry Aparatury Chemicznej i Procesowej Prof.dr.hab.inż. J..... H....., z której wynika, że(...)Biorąc pod uwagę dobrą praktykę i stan techniki w zakresie budowy grup solarnych stwierdzono między innymi, że sposób zabudowy zaworu bezpieczeństwa regulowany jest normą DIN EN 12976-1, zgodnie z którą zawór bezpieczeństwa powinien być zabudowany w najwyższym punkcie układu. W przypadku systemów solarnych obieg zasilania charakteryzujący się wyższymi temperaturami uznać należy za wyższy punkt układu niż powrót. (...)Biorąc powyższe pod uwagę, normatywnym i bezpiecznym sposobem zabudowy układu manometr i zawór bezpieczeństwa jest ich umiejscowienie w obiegu zasilania. Jest to rozwiązanie znacznie bardziej korzystne niż określone przez zamawiającego w udostępnionym Państwa SIWZ. Grupa solarna w której zawór bezpieczeństwa oraz manometr umieszczone są na zasilaniu jest układem równoważnym w stosunku do układu z dokumentacji projektowej i zawiera wszystkie opcje techniczne w niej wyszczególnione(...).

Izba uwzględniła również oświadczenie pełnomocnika zamawiającego na rozprawie, że przedmiot zamówienia nie wymaga ani dokumentacji budowlanej, ani wykonawczej. Roboty w aktualnym stanie prawnym są wykonywane na podstawie zgłoszenia, które w myśl aktualnej nowelizacji prawa budowlanego nie będzie wymagał nawet zgłoszenia. Według doktryny traktowany jest jako remont. Powyższej argumentacji odwołujący nie zaprzeczył.

W poczet dowodów przyjęto również przedłożone na rozprawie przez zamawiającego oświadczenie Tacanova GmbH z dnia 25.02.2013r., że jest w stanie zmodyfikować linię produkcyjną w swojej fabryce, tak aby wyprodukować znaczną ilość nowego urządzenia o symbolu Taco Sol Circ ZR Skorut do przedmiotowego przetargu. Jak powyżej przyjęto oświadczenie Tech Sp.J. z dnia 21.02.2013r., że sterownik ST-402 N został specjalnie przygotowany na potrzeby przedmiotowego przetargu i sterownik spełnia wszystkie wymagania ujęte w SIWZ.

Zarzut VI

Co do zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. z postępowania.

Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy wybranego z postępowania, w związku z Wykazem osób, przy pomocy których wykonawca wybrany będzie wykonywał zamówienie. Przywołano regulację SIWZ, rozdział V, punkt 4.5. Zarzut ten oparty jest o rozdział V pkt 4.5 SIWZ, zgodnie z którym dla spełnienia warunków dysponowania

osobami zdolnymi do wykonania zamówienia należało posiadać minimum 30 monterów, którzy będą wykonywać zadanie w obrębie poszczególnych budynków, za pomocą brygad - 20 brygad co najmniej, na czele każdej brygady kierownik brygady, tj. brygadzista. Z autoryzacją do montażu zestawów solarnych, wystawioną przez producenta montowanych kolektorów słonecznych, doświadczenie w wykonaniu minimum 5 kompletnych instalacji solarnych, władająca biegle językiem polskim i zgodnie z załącznikiem nr 6 - tabela obejmująca imię, nazwisko, zakres wykonywanych czynności opis kwalifikacji zawodowych, uprawnień, podstawa dysponowania osobami. W ofercie znajduje się wypełniony załącznik nr 6. W dniu 21 grudnia 2012 r. wezwano wykonawcę wybranego w trybie art. 26 ust. 3 PZP do uzupełnienia oferty wskazania innego, niż Pan S..... C....., ponieważ pełni on funkcję inspektora nadzoru. I w konsekwencji wezwania, według odwołującego, przedłożono wykaz przy piśmie wykaz, jako załącznik, gdzie dokonano jedynie zmiany w pkt 6, gdzie w miejsce S..... C..... wpisano M..... M..... Nadal, jak podnosi odwołujący, tak jak w ofercie ostatnia kolumna odnosząca się do pozycji dysponowania osobami nie została wypełniona w pozycji od 10 do 18, w związku z powyższym podnosi, iż tylko raz można wezwać do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 zgodnie z orzecznictwem KIO. Przywołuje wyroki KIO w odwołaniu. W dalszej kolejności na rozprawie odwołujący przedłożył dowody: umowa o pracę na czas określony dla Pana M..... S..... oraz Pana J..... P....., którzy są pracownikami odwołującego. W związku z przedłożonymi dowodami odwołujący podniósł, że na dzień składania oferty wykonawca wybrany nie dysponował tymi pracownikami, a również wskazuje na konieczność, oświadczenia odwołującego - o ewentualnym udostępnieniu zasobów ludzkich zgodnie z SIWZ. Poza tym na rozprawie odwołujący złożył oświadczenia - pana M..... S..... i pana J..... P....., z których wynika, że: *nigdy nie przeszedłem żadnego szkolenia w zakresie zestawów solarnych i kolektorów słonecznych TWI, nie posiadam certyfikatu autoryzacji, wydanego przez tego firmę* – wyżej wymienieni podpisali te oświadczenia dnia 13 lutego 2013 r. Na rozprawie zamawiający odnosząc się do przedstawionych przez odwołującego dowodów wskazał na załączone certyfikaty firmy TWI dla J..... P..... i M..... S....., z których wynika, że przeszli stosowne szkolenie i są autoryzowanymi instalatorami zestawów solarnych i kolektorów, dokument z dnia 1 października 2012 r. W związku z tym odwołujący przedkłada dokument odwołującego, z którego wynika, iż pan M..... S..... był w pracy i wykonywał pracę jako monter. Ze względu na to, iż jest to dokument wewnętrzny odwołującego, wskazujący na adres inwestycji, ilości i jakie materiały zastosowano, stanowi to tajemnicę przedsiębiorstwa. Przewodnicząca poinformowała zamawiającego, że z uwagi na zastrzeżenie tajemnicą i z uwagi na to, że karta montażu odwołującego jest tajemnicą przedsiębiorstwa - przewodnicząca informuje

zamawiającego, że w karcie tej widnieją adnotacje wskazujące na to, że montaż wykonywał M..... S....., data widnieje na 1 października 2012 r., natomiast z kwestionariuszy osobowych pana W..... K..... i P..... W..... wynika, iż własnoręcznie, w dniu 14 lutego 2013 r. wypełnili oświadczenia, z których wynika, że jeżeli chodzi o wykształcenie uzupełniające, certyfikaty autoryzacji w zakresie TWI – brak, obydwaj tak wypełnili. Z certyfikatów znajdujących się w ofercie wykonawcy wybranego wynika, że adres pana Włodzimierza Kozery pokrywa się z adresem w kwestionariuszu osobowym okazanym do akt, również w zakresie osoby pana P..... W..... - adres podany w certyfikacie pokrywa się z adresem w kwestionariuszu. Przewodnicząca na wniosek obejmuje ww. dokument tajemnicą. Reasumując odwołujący wywodzi, iż złożone materiały zawierały nieprawdziwe informacje, bo 4 osoby, tj. pan P..... W....., pan W..... K....., pan M..... S..... i pan J..... P..... nie posiadają uprawnień, związku z tym nie jest spełniony warunek 10 kierowników brygad. Zamawiający wnosi o sprawdzenie pana W..... K..... Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu zgodnie z argumentacją zawartą w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający zwraca uwagę, że w jego ocenie miał prawidłową dokumentację, która nie wskazywała na jakieś braki i podejrzenia, co do ich wiarygodności. Chciał zwrócić uwagę, że przedłożone przez odwołującego dokumenty mówią o stosunku pracy, jako osób fizycznych, a posiadane certyfikaty wskazują, że osoby te uzyskały uprawnienia, jako prowadzące działalność. (...) Zamawiający w poczet dowodów przedkłada oświadczenia: M..... S....., W..... K....., P..... W....., J..... P....., z których wynika, że osoby te posiadają przeszkolenia, które zostały zakwestionowane przez odwołującego. Odwołujący zwraca uwagę, że z oświadczeń wynika, że to firma przeszła szkolenie, a nie wskazane osoby i powinno być jeszcze oświadczenia o udostępnieniu potencjału.

Izba zważyła

Izba dokonując oceny zgromadzonego w sprawie materiału, w zakresie niniejszego zarzutu na podstawie przeprowadzonych dowodów na rozprawie z dokumentów zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa odwołującego oraz na podstawie dokumentów z oferty i złożonych w wyniku wezwania zważyła co następuje.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie ale tylko i wyłącznie co do wezwania wykonawcy wybranego do wypełnienia ostatniej kolumny załącznika nr 6 to jest kolumny o nazwie „podstawa dysponowania osobą, przy pomocy, której wykonawca będzie wykonywał przedmiot zamówienia”.

Obowiązek wypełnienia tej kolumny nakazuje również rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów „w sprawie rodzajów dokumentów jakich zamawiający może żądać od wykonawców”, ponieważ przewiduje się w nim, że wykaz osób przy pomocy których będzie wykonywane zamówienie powinien zawierać informację o podstawie dysponowania poszczególną osobą.

Izba natomiast nie podzieliła stanowiska odwołującego, że już wykonawca był raz wzywany do uzupełnienia Wykazu w trybie art. 26 ust.3 ustawy PZP.

Z ustaleń Izby na rozprawie, w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożoną do akt sprawy przez zamawiającego, wynika przede wszystkim po pierwsze, do oferty wykonawcy wybranego został załączony Wykaz osób według wzoru to jest załącznik Nr 6 do SIWZ. W dniu 21 grudnia 2012r. zamawiający wezwał wykonawcę wybranego w trybie art.26 ust.3 ustawy PZP do opowiedzenia się co do jednej z osób (Pan S..... C.....), który zgodnie z zawartą umową pełni już funkcję inspektora nadzoru nad tą inwestycją i nie może równocześnie pełnić funkcji przewidzianej w pkt 5.4.5 SIWZ to jest kierownika brygady. Zamawiający zażądał wskazania na miejsce Pana S..... C..... innej osoby („wskazania innego niż Pan S..... C..... osoby spełniającej w rozdz. 5 ust.4 pkt 4 SIWZ”). Wystarczyłoby aby wykonawca wybrany podał inną osobę, co zresztą uczynił. W dniu 27.12.2012r. wykonawca przesłał uzupełnienie dokumentów poprzez wskazanie Pana inżyniera instalacji sanitarnych M..... M....., załączył dla niego wystawione zaświadczenie z Małopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z 28.12.2011r. , decyzje o stwierdzeniu przygotowania zawodowego z dnia 5 maja 1992r., certyfikat Autoryzacji wystawionej przez TWI z 01.10.2012r. oraz ponownie Wykaz osób z uwzględnieniem Pana inżyniera instalacji sanitarnych M..... M..... (poz.6 Wykazu). Reasumując w tym zakresie wezwanie z dnia 21.12.2013r. dotyczyło konkretnego wezwania w trybie art.26 ust.3 ustawy PZP, nie doręczenia Wykazu jako takiego w ogóle np.; w sytuacji gdy do oferty takiego Wykazu by nie załączono. I nie zmienia tego faktu to, że wykonawca wybrany zmieniając jedną osobę w Wykazie osób ponownie załączył cały Wykaz gdzie dokonał zmiany tylko w pozycji 6 zmieniając osobę Pana S..... C..... na Pana M..... M..... W związku z powyższym uwzględniając zarzut odwołującego w tej części Izba nakazała po raz pierwszy wezwanie wykonawcy wybranego do uzupełnienia dokumentu to jest Wykazu osób poprzez wypełnienie ostatniej kolumny to jest „podstawa dysponowania osobą”. Natomiast należy w szczególności zwrócić uwagę na to, że w dniu 21.12.2012r. zamawiający nie wezwał o uzupełnienie Wykazu w ogólności tylko przez wskazanie, że należy wskazać inną osobę w miejsce Pana S..... C....., a to wiązało się

pośrednio ze zmianą Wykazu osób. Natomiast w wezwaniu zamawiającego z dnia 21.12.2012r. nie było wezwania do poprawienia Wykazu zgodnie z wymogiem SIWZ.

W związku z powyższym Izba nakazała jak w sentencji Wyroku.

Po drugie co do pozostałych zarzutów odnoszących się do osób kierowników brygad Panów J..... P....., P..... W....., M..... S..... a także W..... K..... to Izba w tym zakresie nie uznała za wykazany zarzut podania nieprawdziwych informacji co do posiadanych autoryzacji, ponieważ złożone oświadczenia na rozprawie nie wykluczają prawdziwości dokumentacji wykonawcy wybranego złożonej do oferty. Oświadczenia złożone na rozprawie przez odwołującego przede wszystkim zawierają daty z okresu postępowania odwoławczego to jest 13. i 14.02.2013r. i mogły być złożone na użytek procesu. Tym bardziej, że niektóre z osób łączy z odwołującym stosunek zależności w postaci stosunku pracy. Dotyczy to oświadczeń Panów M..... S..... oraz J..... P....., w stosunku do których odwołujący przedstawił umowy o pracę. Ponadto należy zwrócić uwagę na okoliczność, że załączone do oferty oświadczenia są złożone przez osoby prowadzące działalność gospodarczą. To jest zarówno Pan W..... K....., Pan M..... S....., Pan J..... P....., Pan P..... W..... złożyli oświadczenia jako osoby prowadzące działalność gospodarczą na temat odbytych przeszkoleń odpowiednio w dniu 29.09.2012r. i w dniu 01.10.2012r. Natomiast co do braku możliwości odbycia szkoleń w dniach wskazanych w zaświadczeniach a to z uwagi, że według twierdzeń odwołującego w dniach 01.10.2012r. Pan M..... S..... wykonywał prace instalacyjne na jego rzecz i pobierał materiały z magazynu to te twierdzenia w oparciu o przedstawione dowody nie zostały wykazane. Po pierwsze dokumenty pobrania materiałów z magazynu nie zawierają dat. Jedynie na jednym z przedłożonych dokumentów widnieje na górze dokumentu data 01.10.2012r. Poza tym brak podpisów osoby, która pobrała materiały z magazynu lub też podpisu osoby, która zamontowała materiały. Widnieją jedynie nieczytelne parafy, według sugestii odwołującego są to parafy Pana M..... S..... Nawet gdyby przyjąć, że jest to parafa Pana M..... S..... to data 01.10.2012r. nie koliduje z datą odbycia przeszkolenia, ponieważ z zaświadczenia wynika, że szkolenie odbyło się w dniu 29.09.2012r. a nie w dniu 01.10.2012r.

Pomimo jednoznacznych oświadczeń wyżej wymienionych osób, że nie kończyły szkolenia zestawów solarnych i kolektorów solarnych T.W.I. brak podstaw do stwierdzenia, że oświadczenia złożone na użytek wykonawcy wybranego nie odpowiadają prawdzie. Można przyjąć np: że osoby te nie były zainteresowane aby ich aktualny pracodawca czy zleceniodawca wiedział o odbytych przez nich szkoleniach jako

osób prowadzących działalność gospodarczą. Być może również te osoby mogły działać pod presją aktualnego pracodawcy czy zleceniodawcy. W ocenie Izby nie ma podstaw do odmówienia wiarygodności oświadczeń wyżej wymienionych osób składanych na dzień złożenia oferty to jest dzień 29.09.2012r. i 01.10.2012r. Złożone w dniu 27 lutego 2013r. na rozprawie oświadczenia z dnia 13 i 14.02.2013r. wyżej wymienionych osób to jest M..... S....., J..... P....., P..... W....., W..... K..... są niewiarygodne co do potwierdzenia rzeczywistego stanu sprawy, ponieważ odwołujący pomimo, że je posiadał na dzień składania odwołania nie przedłożył ich do odwołania to jest na dzień 15.02.2013r. (data wpływu odwołania).

W związku z powyższym po trzeciej Izba również nie stwierdziła z tego tytułu przesłanki do wykluczenia odwołującego z postępowania jako nie spełniającego wymogi SIWZ w zakresie dysponowania osobami posiadającymi autoryzację producenta na podstawie art.24 ust.2 pkt 3 ustawy PZP.

Niemniej w przypadku nie określenia na wezwanie zamawiającego podstawy dysponowania osobami przy pomocy, których wykonawca wybrany będzie wykonywał zamówienie może mieć to wpływ na wynik postępowania. W związku z powyższym Izba na podstawie tego jedynego zarzutu, który się potwierdził uwzględniła odwołanie.

Co do zarzutu VII

Sporządzenie niewłaściwego harmonogramu niezgodnego z załącznikiem nr 8 do SIWZ Na rozprawie według oświadczenia zamawiającego w umowie, *opis sposobu przygotowania oferty*, rozdział VIII, punkt 17c (SIWZ). Oferta musi zawierać harmonogram wykonania zamówienia, sporządzony wg wzoru, stanowiącego załącznik nr 8., zawierający kolumny: gmina miejscowości, termin rozpoczęcia, termin zakończenia, kierownik brygady. Odwołujący przedkłada w poczet dowodów i wnosi o przeprowadzenie dowodu z pytań. Odpowiedź była 24 października 2012 r. na pytanie numer 4 i wskazuje wypełniony załącznik nr 8 do oferty wykonawcy wybranego. O harmonogramie realizacji mówi się w par. 1 pkt 6 umowy. W ocenie odwołującego harmonogram nie jest przygotowany zgodnie z załącznikiem nr 8, który zawierał wytyczne i wskazywał na konieczność zaznaczenia kwartałów, oraz z odpowiedzi wynikało, że w okresie realizacji robót należy we wszystkich gminach robić instalacje - jednocześnie. Odwołujący przywołuje odpowiedź z dnia 5 listopada 2012 r. w zakresie jednoczesnego prowadzenia robót we wszystkich gminach w układzie kwartalnym, jakiego wymaga się w załączniku numer 8. Zamawiający wskazuje na rozdział 4 SIWZ oraz na kolejne zmiany terminów otwarcia ofert, a także na zmianę tabeli w tym rozdziale

III oraz kolejnych zmianach w odpowiedziach na pytania tychże tabeli i zwraca uwagę, że ona nie jest istotnym elementem, ma charakter pogładowy i stwierdza, że właściwe załącznik nr 8 powinien być usunięty, jako bezprzedmiotowy, bowiem na etapie podpisania umowy, zgodnie z warunkami finansowania inwestycji, będą uzgadniane miejsca i terminy realizacji, uważa również, że firma odwołująca nie posiada prawidłowo wypełnionego harmonogramu, co powodowałoby, że żadna firma nie mogłaby rozpocząć inwestycji, co skutkowałoby nieskutecznością postępowania.

Izba zważyła co następuje.

Zarzut VII nie zasługuje na uwzględnienie. Bezspornie wykonawca wybrany nie wypełnił harmonogramu z zaleceniem zawartym w załączniku nr 8 do SIWZ. Niemniej nie jest to wada powodująca podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP. Powyższe Izba wywodzi z §1 ust.6 projektu umowy zgodnie z którym „Strony na etapie podpisywania umowy uzgodnią harmonogram realizacji projektu, który za zgodą stron może być aktualizowany w trakcie realizacji umowy”.

W związku z powyższym odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ naruszenie przepisu ustawy PZP w zakresie nie wypełnienia w Wykazie osób formy dysponowania osobami przy pomocy, których wykonawca wybrany będzie wykonywał zamówienie może mieć wpływ na wynik postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzając uiszczony wpis w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczonego wpisu od odwołania w kwocie 20.000,00zł. i 3.600,00 zł. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Przewodniczący:.....