

WYROK
z dnia 23 kwietnia 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2014 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2014 roku przez SOLVER Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach przy ulicy Zagórskiej 167, 42-600 Tarnowskie Góry w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Nowy Targ z siedzibą w Nowym Targu przy ulicy Bulwarowej 9, 34-400 Nowy Targ

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie.
Nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w Załączniku nr 4 Opis przedmiotu zamówienia przez wykreślenie w punkcie 6.1. słów „typu harfowego”.
2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Nowy Targ z siedzibą w Nowym Targu przy ulicy Bulwarowej 9, 34-400 Nowy Targ i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez SOLVER Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach przy ulicy Zagórskiej 167, 42-600 Tarnowskie Góry tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Gminy Nowy Targ z siedzibą w Nowym Targu przy ulicy Bulwarowej 9, 34-400 Nowy Targ na rzecz SOLVER Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach przy ulicy Zagórskiej 167, 42-600 Tarnowskie Góry **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego.

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

Zamawiający Gmina Nowy Targ z siedzibą w Nowym Targu przy ulicy Bulwarowej 9, 34-400 Nowy Targ prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *Dostawa i montaż zestawów płaskich kolektorów słonecznych w ramach realizacji projektu: „Poprawa jakości powietrza na terenie gminy Nowy Targ poprzez montaż kolektorów słonecznych na domach prywatnych*, ogłoszenie o którym zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 marca 2014 roku pod numerem 2014 S/063-106861.

8 kwietnia 2014 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 i art. 182 ust. 2 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami; dalej „ustawa” lub „Pzp”), wniósł odwołanie wobec czynności podjętych oraz zaniechania podjęcia czynności przez Zamawiającego Gmina Nowy Targ w postępowaniu polegających na niezgodnym z przepisami prawa opisanu przedmiotu zamówienia przez takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, które w sposób jednoznaczny dyskwalifikuje wiodących producentów zamawianych instalacji, bez uzasadnienia jakościowego, czy technologicznego formułowanych żądań, bez możliwości dopuszczenia rozwiązań równoważnych, a w konsekwencji bezprawnym naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 29 ust. 2 i 3 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który realnie uniemożliwia konkurencie w ramach postępowania przez wykluczenie z kręgu potencjalnych Wykonawców tych podmiotów, które oferują wysokiej jakości kolektory słoneczne, bez istnienia jakiegokolwiek podstawy jakościowej takiego ograniczenia konkurencji i nierównego traktowania wykonawców, co jest dalej idącym naruszeniem niż opisane w art. 29 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym samo utrudnienie konkurencji jest niedopuszczalne i narusza podstawowe zasady Prawa Zamówień Publicznych.

Zarzut ten dotyczy w szczególności:

- ustalenia temperatury stagnacji na poziomie min. 200 °C,
- postawienia wymogu by kolektor słoneczny posiadał układ hydrauliczny „typu harfowego”, w sytuacji gdy na rynku istnieją inne rozwiązania odpowiadające jakościowo tym opisanym

przez Zamawiającego, a Zamawiający nie dopuścił w ramach opisu przedmiotu zamówienia rozwiązań równoważnych.

2. art. 30 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia bez zachowania Polskich Norm, jednocześnie nie opisując przedmiotu zamówienia za pomocą wymogów funkcjonalnych, a co za tym idzie zasad eksploatacji kolektorów słonecznych i zaniechaniem dopuszczenia rozwiązań równoważnych - w tym w szczególności lepszych niż opisywane, przez żądanie urządzeń jedynie o gorszych parametrach,
3. art. 7 ust. 1 ustawy w związku ze wskazanymi wyżej naruszeniami, przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wraz z załącznikami) w ramach opisu przedmiotu zamówienia, w związku z dokonaniem go niezgodnie z wymogami ustawy Prawo Zamówień Publicznych przez:
 - wykreślenie parametru dotyczącego temperatury stagnacji i określenia jej wysokości na poziomie min. 200 °C, alternatywnie o jego zmianę poprzez określenie dopuszczalnej temperatury stagnacji na poziomie maksymalnym 165°C, jako korzystniejszej dla Zamawiającego i dopuszczającej do postępowania wykonawców oferujących bardziej zaawansowane technologicznie rozwiązania,
 - dopuszczenie możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych tym, które Zamawiający opisał podając konkretne rozwiązania lub konkretnych producentów, w tym w szczególności dopuszczenie zastosowania kolektorów słonecznych o innym niż tylko harfowy wewnętrznym układzie hydraulicznym,
2. zasądzenie kosztów postępowania na rzecz Odwołującego, w tym kosztów zastępstwa prawnego zgodnie z fakturą przedłożoną na rozprawie.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

STAGNACJA

W pkt 6.1. lit f Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ Zamawiający określił minimalne parametry techniczne jakie mając posiadać kolektory słoneczne poprzez ustalenie wymaganej temperatury stagnacji badanej zgodnie z normą PN-EN 12975 na poziomie minimum 200°C. Takie żądanie ogranicza bez żadnego uzasadnienia funkcjonalnego, czy jakościowego możliwość zastosowania lepszych jakościowo kolektorów słonecznych, ograniczając bez faktycznego uzasadnienia

konkurencję w postępowaniu przez uniemożliwienie złożenia ofert z zastosowaniem najbardziej zaawansowanych technicznie kolektorów, które charakteryzują się lepszymi nawet niż żądane przez Zamawiającego parametrami technicznymi. Z dokonanymi przez Zamawiającego czynnościami w postępowaniu nie można się zgodzić, ponieważ zostały one dokonane z naruszeniem przepisów ustawy i jako takie nie mogą się ostać. Stwierdzić bowiem należy co następuje:

W zakresie porównywania temperatury stagnacji kolektorów słonecznych jest zależność, że im niższa temperatura stagnacji, czyli temperatura maksymalna do jakiej może się nagrzać kolektor bez odbioru ciepła, tym lepiej dla wszystkich materiałów zastosowanych przy produkcji kolektora, a więc i dla całego urządzenia. Ograniczenie wprowadzone przez Zamawiającego prowadzi do preferowania urządzeń gorszej jakości i ograniczenia dostępu urządzeń o wyższej jakości.

Odwołujący wskazał, że norma PN-EN 12975-2 definiuje temperaturę stagnacji, jako temperaturę, która występuje, kiedy ciepło użyteczne nie jest odbierane z kolektora, gdy równocześnie występuje wysokie promieniowanie słoneczne i temperatura otoczenia. W normie PN-EN 12975-1 określono warunki klimatyczne, przy których należy wyznaczyć temperaturę stagnacji kolektora, tj: natężenie promieniowania pól sferycznego na płaszczyznę kolektora 1 000 W/m², temperatura powietrza otaczającego 30 °C. Obliczoną temperaturę stagnacji wykorzystuje się do wyznaczenia temperatury pomiarowej w celu: zbadania ciśnienia wewnętrznego kolektorów z absorberami organicznymi, zbadania odporności na wysoką temperaturę, stosując obieg z gorącym płynem.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzenia zaczerpnięte z normy PN-EN 12975-1 i PN-EN 12975-2, im niższa temperatura stagnacji, czyli temperatura maksymalna do jakiej może się nagrzać kolektor bez odbioru ciepła tym lepiej dla kolektora i systemu solarnego. Również absorber, czyli najważniejszy element w kolektorze, posiada określoną najwyższą temperaturę stagnacji przy której zachowuje swoje właściwości i trwałość, więc im mniejsza temperatura na jaką jest narażony podczas braku pracy instalacji solarnej i braku odbioru ciepła tym mniejsze obciążenie dla absorbera i innych materiałów użytych do produkcji kolektora oraz dłuższy okres ich żywotności co znacząco wpływa na dłuższą żywotność całego systemu solarnego, a co za tym idzie pozwala osiągnąć większe zyski dla użytkownika.

Wysoka temperatura stagnacji negatywnie wpływa na płyn solarny, jeżeli jest ona wyższa od temperatury wrzenia to wystąpienie stanu stagnacji prowadzi do zagotowania płynu, a to przyspiesza proces jego starzenia i prowadzi do pogorszenia jego właściwości. W załączniku nr 4 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia punkt 6.12 Płyn do kolektorów Zamawiający

podał temperaturę wrzenia płynu 165 °C, dlatego wskazane jest, aby temperatura stagnacji kolektora nie przekraczała tej wartości.

Temperatura stagnacji nie jest wykorzystywana w obliczeniach punktu 6 normy EN 12975-2 „Badanie charakterystyki cieplnej kolektorów cieczowych”, nie ma zatem bezpośredniego związku pomiędzy temperaturą stagnacji, a uzyskiem energetycznym kolektora - a zatem funkcjonalnym wymogiem kolektora, niezbędnym do osiągnięcia przez urządzenie.

Odporność kolektora słonecznego na temperaturę określa maksymalna temperatura pracy i to właśnie ten parametr świadczy o jakości materiałów wykorzystanych do budowy kolektora, w tym o ich odporności na wysoką temperaturę. Temperatura stagnacji nie świadczy o odporności na temperaturę oraz o jakości kolektora.

Odnosząc się do powyższych wskazań w zakresie wymogów dotyczących kolektorów słonecznych zawartych w Polskich Normach należy dojść do wniosku, że Zamawiający w sposób nieuzasadniony i nieuprawniony rozszerzył opis przedmiotu zamówienia, wychodząc poza wymogi określone w Polskich Normach, poprzez wskazanie wymaganych parametrów nie mających znaczenia dla funkcjonalności przedmiotu zamówienia. W ocenie odwołującego parametr "temperatura stagnacji" nie powinien być w ogóle brany pod uwagę w ramach oceny sprzętu, z uwagi na brak przełożenia tego parametru na pracę kolektora, poza takim przełożeniem (jak wskazano w odwołaniu), że im wyższa temperatura stagnacji, tym mniejsza może okazać się jego żywotność.

Powołał Odwołujący w tym miejscu orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2008 roku (KIO/UZP 311/08]

Wobec regulacji Polskich Norm określających wymagania wobec kolektora, temperatura stagnacji tj. podczas braku pracy instalacji solarnej i braku odbioru ciepła ma znaczenie przy jej porównaniu z maksymalną temperaturą, z jaką może pracować kolektor słoneczny, w tym wypadku im mniejsza temperatura stagnacji tym większa trwałość kolektora i dłuższa jego żywotność.

Dodatkowo producenci kolektorów wymagają, w przypadku nawet niezbyt długiego braku odbioru ciepła, zakrywanie kolektorów słonecznych, gdyż obawiają się, że temperatura kolektora podczas braku pracy instalacji solarnej i braku odbioru ciepła przekroczy temperaturę maksymalną co może uszkodzić nieodwracalnie kolektor.

Biorąc pod uwagę efektywność i żywotność instalacji solarnej kolektory słoneczne powinny charakteryzować się jak najwyższym uzyskiem energetycznym oraz niską temperaturą stagnacji.

Stawianie wymogu *temperatury stagnacji minimum 200 °C* nie jest uzasadnione ani ze względu na większe uzyski kolektora, ani ze względów bezpieczeństwa instalacji, a wręcz pogarsza to jego trwałość i wpływa znacząco na skrócenie jej żywotności. Odwołujący

wskazał, że maksymalna temperatura pracy instalacji solarnej wynosi ok 120°C wtedy sterownik zablokuje pompę solarną, gdyż wysoka temperatura mogłaby uszkodzić zasobnik. Sterownik uruchamia pompę, gdy temperatura na kolektorze spadnie poniżej wspomnianych 120°C. Można zauważyć, że im niższa temperatura na jaką ogrzeje się kolektor ponad 120°C tym szybciej schłodzi się i wróci do poprawnej pracy i będzie wykorzystywał ciepło z kolektorów podczas gdy kolektory i dużą temperaturą stagnacji będą potrzebowały znacząco więcej czasu, aby schłodziły się do temperatury prac. Podsumowując, uzyskanie wysokiej temperatury stagnacji powyżej 200°C powoduje spadek żywotności materiałów, z których zbudowana jest instalacja. Dodatkowo pogorszeniu ulegają właściwości glikolu, negatywnie oddziałując na jakość przewodzenia ciepła. W rezultacie takie instalacje cechują się krótszą żywotnością, a zachodząca konieczność wymiany poszczególnych materiałów podzespołów ulegających degradacji wiąże się ze wzrostem kosztów co przyczynia się do pogorszenia efektu ekologicznego i ekonomicznego inwestycji, które powinny być głównym wyznacznikiem osiągnięcia zamierzonego celu Zamawiającego działającego w interesie publicznym. Odwołujący powołała wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 grudnia 2013 roku, sygn. akt: KIO 2683/13.

UKŁAD HYDRAULICZNY HARFOWY

W załączniku nr 4 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia punkt 6.1 Zamawiający żąda, aby kolektor posiadał układ hydrauliczny typu harfowego. W budowie cieczowych kolektorów słonecznych wyróżnia się trzy główne układy hydrauliczne: harfa pojedyncza, harfa podwójna, oraz meandra. Norma PN-EN 12975 nie dokonuje podziału kolektorów pod względem układu hydraulicznego, a kolektory przechodzą takie same badania bez względu na budowę. Ponadto nie ma technicznych uwarunkowań, które uzasadniają wymóg zastosowania harfowego układu hydraulicznego. Mając na względzie powyższe wskazuję, iż powyższy zapis w przedmiotowym postępowaniu wskazuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego polegającą na naruszeniu zasad równego traktowania i zasad uczciwej konkurencji poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający dostęp do złożenia ofert wykonawcom, którzy stosują inną niż wskazana budowę kolektora, mimo iż mogą oni osiągać lepsze parametry energetyczne. W odniesieniu do wymagań wobec zastosowania kolektorów słonecznych z układem hydraulicznym typu harfowego zaznaczyć należy, że jest to tylko jedno z rozwiązań stosowanych przy budowie kolektora. Układ harfowy w żaden sposób nie jest układem lepszym od układu meandrycznego. Aby zapewnić warunki uczciwej konkurencji należy, albo całkowicie wykreślić ten zapis, jako nie mający zasadniczego znaczenia albo dopuścić układ meandryczny. Wymóg zastosowania tylko i wyłącznie kolektorów słonecznych z harfowym

układem hydraulicznym ma na celu jedynie bezprawne wyeliminowanie kolektorów słonecznych o znacznie lepszej jakości, wyższym uzysku energetycznym a posiadających inny układ hydrauliczny.

Powyższe wymogi, podobnie jak określona przez Zamawiającego temperatura stagnacji nie znajdują żadnego uzasadnienia w funkcjonalności przedmiotu zamówienia a jednocześnie uniemożliwia tym zastosowanie rozwiązań lepszych jakościowo a oferowanych przez innych producentów. Jeśli Zamawiający opisał konkretnie wymóg winien był dopuścić rozwiązania równoważne, zwłaszcza jeśli takie istnieją na rynku.

Odwołujących wskazał na informację do wyników kontroli doraźnej z dnia 11 stycznia 2013 r. sygn. UZP/DKD/KND/48/11 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 678/12, wyrok z dnia 20 stycznia 2009 roku sygn. akt: KIO/UZP 2/09, uchwałą KIO/KD 20/09 z dnia 7 lipca 2009.

Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców powodując możliwość złożenia oferty z urządzeniami o gorszych parametrach a uniemożliwiając zastosowanie lepszych jakościowo urządzeń. Dla prawidłowego i zgodnego z prawem sformułowania opisu przedmiotu zamówienia niezbędne jest wykreślenie wymogu dotyczącego temperatury stagnacji ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, albowiem wymóg ten w żaden sposób nie przekłada się faktycznie na funkcjonalność kolektorów, ewentualnie mając na uwadze interes Zamawiającego w zastosowaniu urządzeń o najwyższej jakości wpisanie parametru w sposób „temperatura stagnacji o wartości maksymalnej 165 C”. aby z jednej strony zapewnić dostęp do zamówienia wykonawcom oferującym bardziej zaawansowane technologicznie kolektory, a z drugiej strony zapewnić instalowanym kolektorom i instalacjom solarnym większą żywotność oraz dopuszczenie rozwiązań równoważnych w zakresie układu hydraulicznego przez dopuszczenie innych niż tylko harfowy wewnętrzny układ hydrauliczny.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 kwietnia 2014 roku oraz została

przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Odwołujący złożył następujące dowody:

(dowód nr 1) dokument prywatny „Badanie wytrzymałości absorbera na wysoką temperaturę” zawierający 10 stron

(dowód nr 2) – opracowanie własne (2 strony) wraz z załączonymi m.in. kartami katalogowymi w jęz. angielskim wraz z tłumaczeniem na jęz. polski,

(dowód nr 3) – dokument prywatny „Opinia na temat temperatury stagnacji kolektorów słonecznych” na 2 stronach wraz z informacją o osobach sporządzających (2 strony),

(dowód nr 4) – dokument prywatny – ekspertyza sporządzoną przez p. A..... C..... na 2 stronach wraz z informacją o osobach sporządzających (2 strony),

(dowód nr 5) – artykuły prasowe (7 artykułów),

(dowód nr 9) – tabela zawierającą zestawienie kolektorów oraz załączone certyfikaty dla trzech rodzajów kolektorów,

(dowód nr 10) - lista kolektorów, których skrócone raporty nie podają temperatury stagnacji,

(dowód nr 11) - wydruk wiadomości e-mail wraz z tłumaczeniem pomiędzy jednostką certyfikującą, a jednym z producentów kolektorów,

(dowód nr 12) - opracowanie własne tabela braku zależności sprawności i stagnacji.

Zamawiający złożył następujące dowody:

(dowód nr 6) informacja z Polskiej Akademii Nauk dotycząca złożonych przez Odwołującego dowodów nr 3 i 4,

(dowód nr 7) - dokument prywatny - 5 stron, opracowanie dr inż. A..... M.....
dotyczące wyznaczania stagnacji kolektorów cieczowych,
- (dowód nr 8) – dokument prywatny – 11 stron, opracowanie dr inż. M..... W.....:
Temperatura stagnacji kolektora słonecznego a charakterystyka sprawności; Temperatura
stagnacji kolektora słonecznego a skutki stanu stagnacji .

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia ustawy w zakresie ustalenia temperatury stagnacji na poziomie minimum 200° C Izba uznała za niezasadny.

Wskazać należy, że określone w ustawie zasady, w tym zasady uczciwej konkurencji to „szkielet” każdego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jak również całego systemu zamówień publicznych. Kwestia konkurencji winna być kategorią, którą należy rozpatrywać z uwzględnieniem danego rynku, którego dotyczy konkretne zamówienie.

Niezbędnym do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z ustawą jest oznaczenie przedmiotu postępowania, wyczerpujące oraz jednoznaczne, pozwalające na porównanie złożonych w postępowaniu ofert. Wykonawcy składając oferty w postępowaniu odpowiadają na publiczne ogłoszenie, a Zamawiający będąc organizatorem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, realizując swoje uprawnienia nie może kształtować w sposób negatywny sytuacji podmiotów ubiegających się o owe zamówienia publiczne przez niezrealizowanie obowiązków jakie nakłada na Zamawiającego ustawa. Zamawiający zobowiązany jest w oparciu o art. 29 ust. 1 ustawy do *opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, zgodnie z ust. 2 przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję natomiast w oparciu o ust. 3 Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfika przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzysza wyrazy "lub równoważny".*

Należyte przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia stanowi obowiązek Zamawiającego, a niewypełnienie tego obowiązku prowadzi do naruszenia zasad Prawa zamówień publicznych co w konsekwencji wpływa na wynik postępowania. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji określonej w ustawie z uwagi na niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi, między innymi w sytuacji, gdy Zamawiający opisz przedmiot zamówienia przez zbytne dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt. Naruszenie to polega również na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb Zamawiającego.

Odwołujący nie wykazał naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 i 30 ustawy w zakresie określonego przez Zamawiającego parametru temperatury stagnacji na poziomie minimum 200 °C.

Temperatura stagnacji, zgodnie z definicją zawartą w normie PN-EN 12975-2 to temperatura, która mierzona jest kiedy ciepło użyteczne nie jest odbierane z kolektora, w przypadku występowania wysokich intensywności promieniowania słonecznego i temperatury otoczenia, tzn. zgodnie z normą PN-EN 12975-1: natężenie promieniowania półsferycznego na płaszczyznę kolektora wynosi 1000 W/m² a temperatura powietrza otaczającego 30 °C.

Odwołujący oparł swoją argumentację na wykazaniu, że temperatura stagnacji nie wpływa na funkcjonalność kolektora słonecznego a wyznaczenie temperatury stagnacji nie ma wpływu na prawidłowe działanie instalacji. Z dowodu (nr 11) przedstawionego przez Odwołującego wynika, że *temperatura stagnacji jest tylko wskaźnikiem, jaką maksymalną temperaturę osiągnie absorber podczas stagnacji, jednak w tym momencie kolektory nie wytwarzają ciepła które może być wykorzystane. Z drugiej części tego dowodu wynika, że nie ma prawdziwej relacji jakości i temperatury stagnacji kolektorów. Kolektor o wyższej temperaturze stagnacji nie jest lepszy lub gorszy od kolektora o niższej temperaturze stagnacji.* Odwołujący wskazał również na brak zależności sprawności kolektorów od temperatury stagnacji w dowodzie (nr 12) stanowiącym tabelaryczne zestawienie wybranych kolektorów słonecznych ze wskazaniem między innymi temperatury stagnacji i sprawności kolektora.

Odwołujący powołując się na opracowanie dr inż. T..... Ł..... - dowód (nr 1) - „Badanie wytrzymałości absorbera na wysoką temperaturę” wskazywał, że im wyższa temperatura stagnacji, tym krótsza żywotność absorbera znajdującego się w kolektorze słonecznym. Odwołujący wskazał w dowodzenie nr 2 stanowiącym między innymi własne

opracowanie, że główni producenci płynów solarnych ustalają maksymalną temperaturę płynu solarnego dla bezpiecznego stosowania na poziomie +170°C, co wskazuje na to, iż wyższa temperatura nagrzania się kolektora np. na poziomie +200° C jest niekorzystna dla płynu solarnego. Jednocześnie na rozprawie Odwołujący wskazał, że temperatura stagnacji może być wyższa niż 200° C, ponieważ w danych warunkach kolektor może nagrzać się do więcej niż 200° C.

Odwołujący wskazywał, że im wyższa temperatura stagnacji tym mniejsza jest żywotność kolektora wskazując na dowód (nr 3) Opinię na temat temperatury stagnacji kolektorów słonecznych sporządzoną przez prof. dr hab. Inż. A..... S..... oraz dr inż. A..... K....., w której to opinii między innymi czytamy, że *im wyższa temperatura stagnacji, tym krótsza żywotność samego kolektora, jak i niektórych innych elementów instalacji. (...) w przypadku dłuższych okresów stagnacji, temperatura stagnacji kolektora będzie odgrywała znaczną rolę. Z tego względu należy uznać, że korzystne są niskie wartości temperatury stagnacji.* Stanowisko takie wynika również z Ekspertyzy przedstawionej przez Odwołującego – dowód nr 4 - sporządzonej przez dr hab. inż. A..... C..... z Instytutu Maszyn Przepływowych Polskiej Akademii Nauk.

Zamawiający przedstawił dowód (nr 6) – pismo z Polskiej Akademii Nauk odnoszące się do powyższej argumentacji Odwołującego z załączonym pismem „Uwagi dotyczące „Opinii na temat temperatury stagnacji kolektorów słonecznych” której autorami są: prof. dr hab. inż. A..... S..... oraz dr inż. A..... K..... . W Uwagach tych sporządzonych przez dr inż. J..... O..... w wyniku przesłania materiałów przez Pana Prezesa Polskiej Akademii Nauk profesora M..... K..... czytamy:

W ww. opinii są dwa stwierdzenia z którymi trudno się zgodzić:

- 1. „...należałoby szukać kolektora o wysokich uzyskach ciepła przy niezbyt wysokiej temperaturze stagnacji...”;*
- 2. „...im wyższa temperatura stagnacji, tym krótsza żywotność samego kolektora...”.*

O wysokich uzyskach ciepła (o sprawności kolektora) decydują głównie: wysoka sprawność optyczna (przetwarzanie promieniowania słonecznego w ciepło) i niskie straty ciepła do otoczenia (czyli dobra izolacyjność cieplna kolektora). Przy czym im kolektor ma mniejsze straty ciepła do otoczenia, tym ma wyższą temperaturę stagnacji. Czyli „niezbyt wysoka temperatura stagnacji” stoi w sprzeczności z „wysokimi uzyskami ciepła”.

W opinii położono nacisk na udowodnienie, że wysoka temperatura stagnacji jest równoznaczna z krótszą żywotnością kolektora. Nie można się z tym zgodzić, gdyż w praktyce temperatura stagnacji w kolektorze słonecznym nie jest osiągnięta. Kolektory pracują w znacznie niższym zakresie temperatury. W specyfikacji kolektorów temperaturę stagnacji należy rozumieć jako najwyższą temperaturę, jaką są w stanie wytrzymać materiały

(i technologie ich łączenia), z których wykonany jest kolektor. Czyli im wyższa temperatura stagnacji, tym lepsze musi być wykonanie kolektora.

Podawanie w specyfikacji, jako warunku zamówienia, maksymalnej dopuszczalnej temperatury stagnacji, oznacza wykluczenie kolektora cechującego się niskimi stratami ciepła. Z kolei podawanie minimalnej temperatury stagnacji może oznaczać wykluczenie kolektora, który ma większe straty ciepła, ale za to wyższą sprawność optyczną.

Zgodnie z podsumowaniem przedstawionym przez Zamawiającego, dowód (nr 8), opracowania dr inż. M..... W..... „Temperatura stagnacji kolektora słonecznego a charakterystyka sprawności; Temperatura stagnacji kolektora słonecznego a skutki stanu stagnacji” 1. Z przeglądów publikacji i raportów z wyników badań nad sprawnością cieczowych kolektorów słonecznych i zjawisku stagnacji wynika, że temperatura stagnacji kolektora jest bezpośrednio związana z jego wydajnością pracy w warunkach klimatu umiarkowanego tzn. przy niższych temperaturach otaczających kolektor powietrza. 2. Im wyższa temperatura stagnacji tym wyższa sprawność kolektora w warunkach niskich temperatur powietrza i większa ilość wytwarzanej przez ten kolektor energii cieplnej w tych okresach dominujących w naszej strefie klimatycznej. 3. Wysoka temperatura stagnacji kolektorów nie świadczy o niebezpieczeństwie ich stosowania. Stan stagnacji jest zjawiskiem awaryjnym występującym np. podczas braku zasilania energii elektrycznej. Producenci kolektorów przewidują w ich konstrukcjach zabezpieczenia przed szkodliwym wpływem tego zjawiska. 4. Ryzyko degradacji czynnika roboczego w kolektorach płaskich z wysoką temperaturą stagnacji w polskich warunkach klimatycznych jest znikome.

Podobne stanowisko zostało przedstawione w złożonym przez Zamawiającego dowodzie (nr 7) tj. opracowaniu dr inż. A..... M..... dotyczące wyznaczania stagnacji kolektorów cieczowych, w którym czytamy: że kolektory słoneczne charakteryzujące się wysoką temperaturą stagnacji cechuje wysoka jakość materiałów użytych do ich produkcji. Ponadto wyróżniają się one także niskimi stratami ciepła tj. wyższą sprawnością oraz mniejszymi współczynnikami strat ciepła.

Wedle utrwalonego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający ma prawo wymagać pewnych standardów technicznych i jakościowych, o ile nie są wymogami zbędnymi i wygórowanymi. (wyrok KIO z 21.09.2010 r., sygn. akt KIO 1954/10; podobnie KIO w wyroku z 26.09.2011r. sygn. akt KIO 1995/11).

Z powyżej wskazanych dowodów oraz argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego wynika, że nie ukształtował wymagania w zakresie temperatury stagnacji w sposób niezasadny.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej niezgodne z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest opisywanie przedmiotu zamówienia w sposób, który będzie uniemożliwiał dostęp do udziału w postępowaniu lub stawiał wybranych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji wobec pozostałych. Nie można zatem mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób, iż preferowane i wskazane przez zamawiającego rozwiązania wskazują na konkretny produkt (por. np. wyrok KIO z 08.07.2011r. sygn. akt KIO 1344/11; wyrok KIO z dnia 06.12.2010r. sygn. akt KIO 2550/10). W rozpoznawanej sprawie wymagania jakie ukształtował Zamawiający nie wskazują na konkretny produkt czy też konkretnego producenta, co potwierdzają również dowody (np. nr 9) złożone przez Odwołującego. Określenie temperatury stagnacji na wymaganym przez Zamawiającego poziomie, w oparciu o przedstawione przez Zamawiającego dowody, które odnoszą się również do dowodów składanych przez Odwołującego, a zawierają kontrargumentację do przedstawionych tam tez, potwierdzają obiektywizm w postępowaniu Zamawiającego uwarunkowany potrzebami technicznymi. Wskazać należy również, zgodnie z dowodem (nr 8) przedstawionym przez Zamawiającego, że *żadne z zaleceń unikania skutków stagnacji nie wskazują na konieczność i celowość stosowania kolektorów słonecznych z niskimi temperaturami stagnacji*. Przebieg stanu stagnacji jest zależny ściśle od zdolności absorberów do opróżniania glikolu w początkowej fazie stanu stagnacji.

Zarzut naruszenia ustawy w zakresie ustalenia wymagania dotyczącego wewnętrznego układu hydraulicznego przez wskazanie typu harfowego Izba uznała za zasadny.

Zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzut dotyczący ukształtowanego wymagania określonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w Załączniku nr 4 Opis przedmiotu zamówienia w punkcie 6.1. a dotyczącego wewnętrznego układu hydraulicznego „typu harfowego”. Izba nakazała dokonanie zmiany Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w Załączniku nr 4 Opis przedmiotu zamówienia przez wykreślenie w punkcie 6.1. słów „typu harfowego”.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 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).

Przewodniczący: