

WYROK
z dnia 14 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2014 r. przez wykonawcę **Solver sp. z o.o. w Tarnowskich Górach**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Busko-Zdrój w Busku-Zdroju**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **P..... M..... i W..... Ś..... Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe „Wiktor” sp.j. w Radomsku** oraz **Eco-Team sp. z o.o. sp. k. w Częstochowie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Solver sp. z o.o. w Tarnowskich Górach** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Solver sp. z o.o. w Tarnowskich Górach** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Solver sp. z o.o. w Tarnowskich Górach** na rzecz **Miasta Busko-Zdrój w Busku-Zdroju** kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Kielcach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Busko-Zdrój w Busku-Zdroju - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „zaprojektowanie i wykonanie instalacji solarnych na budynkach użyteczności publicznej i domach prywatnych w gminach powiatu buskiego i pińczowskiego wraz z wykonaniem systemu monitorującego, szkoleniami przyszłych użytkowników wraz z modelową instalacją solarną jako element promocji projektu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 listopada 2013 r. nr 2013/S 218-378470.

W dniu 19 marca 2014 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Solver sp. z o.o. w Tarnowskich Górach, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P..... M..... i W..... Ś..... Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe „Wiktor” sp.j. w Radomsku oraz Eco-Team sp. z o.o. sp. k. w Częstochowie, zwanych dalej „przystępującym”.

W dniu 28 marca 2014 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu, zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego. Zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie z przystępującym nieuprawnionych negocjacji co do treści oferty, czym doprowadził do jej istotnej zmiany po otwarciu ofert,
- 2) art. 89 ust 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ustawy i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, mimo iż oferta ta jest niezgodna z treścią ustawy,
- 3) art. 89 ust 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 66 § 1 k.c. poprzez błędne przyjęcie, iż oferta przystępującego zawiera wszystkie istotne postanowienia przyszłej umowy,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, mimo jej niezgodności z treścią SIWZ,
- 5) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego, mimo niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej,
- 6) ewentualnie art. 26 ust 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełniania dokumentów przystępującego,

- 7) art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty przystępującego,
- 8) w konsekwencji art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp w związku ze wskazanymi wyżej naruszeniami, poprzez naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i nieuprawnione uprzywilejowanie w postępowaniu pozycji wybranego przystępującego oraz traktowanie jego oferty odmiennie niż ofert innych wykonawców, nadto doprowadzenie do sytuacji, w której wykonawcy konkurują w postępowaniu na podstawie różnych zasad, mimo pozornego ustalenia zasad tożsamy dla każdego wykonawcy.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej;
 - 2) dokonania ponownego badania ofert i oceny ofert;
 - 3) odrzucenia oferty przystępującego oraz wykluczenia przystępującego z postępowania i uznania jego oferty w związku z tym za odrzuconą;
 - 4) wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego;
- oraz o zasądzenie kosztów postępowania na rzecz odwołującego, w tym kosztów zastępstwa prawnego zgodnie z fakturą przedłożoną na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołujący przywołał postanowienia rozdziału IX C1 SIWZ, w których zamawiający wymagał przedstawienia w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, wykazów, schematów i opisu proponowanego systemu solarnego wykorzystującego energię słoneczną dla 3 typów instalacji solarnych dla budynków mieszkalnych (A, B i C) oraz dla każdego budynku użyteczności publicznej odrębnie.

Przywołał postanowienia programu funkcjonalno-użytkowego (PFU), rozdziału II, pkt 6.3., w których zamawiający zawarł opis projektowanej instalacji solarnej dla budynków typu A, typu B, typu C informując, że dla wspomaganie systemu przygotowania c.w.u. w budynkach tych typów do projektu należy przyjąć układ składający się m.in. z zabezpieczenia antyprzebieciowego na zasilaniu grupy pompowej. Z kolei z PFU, rozdziału II, pkt 6.4. wynikał opis projektowanej instalacji solarnej dla 8 budynków użyteczności publicznej, zgodnie z którym m.in. dla wspomaganie systemu przygotowania c.w.u. wymagany jest układ składający się m.in. z zabezpieczenia antyprzebieciowego na zasilaniu grupy pompowej. Wywiódł, że przystępujący w żadnym miejscu oferty, jak również w przedstawionych wykazach podstawowych urządzeń, opisach proponowanego systemu solarnego oraz schematach instalacji nie wskazał, że zastosuje zabezpieczenie antyprzebieciowe na zasilaniu grupy pompowej. Wskazał, że pismem z dnia 13 lutego 2014 roku odwołujący wskazał zamawiającemu powyższy brak w ofercie przystępującego. Na

skutek przedmiotowego pisma, zamawiający zwrócił się do ww. wykonawcy pismem z dnia 24 lutego 2014 roku z pytaniem „czy ostateczny i kompletny wykaz dla wszystkich proponowanych instalacji solarnych wraz z doбором urządzeń i elementów będzie sporządzony zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, PFU i wyjaśnieniach udzielonych na etapie postępowania przetargowego”, wskazując, iż „w przedstawionych „Wykazach podstawowych urządzeń dla proponowanego systemu solarnego wykorzystującego energię słoneczną...”, dla budynków typu A, B, C i D brak jest pozycji „zabezpieczenie antyprzebieciowe na zasilaniu grupy pompowej”, na które przystępujący pismem z dnia 28 lutego 2014 roku udzielił odpowiedzi, że instalacje będą posiadały zabezpieczenia.

W dalszej części odwołania odwołujący wskazał, że w rozdziale III pkt 16.3.5. PFU postanowiono, iż montaż zaworu bezpieczeństwa powinien się znajdować na stronie tłocznej pompy. Przystępujący w załączonych do oferty schematach proponowanego systemu solarnego umieścił zawór bezpieczeństwa po stronie ssawnej, a nie po stronie tłocznej pompy. Wywiódł, że odwołujący pismem z dnia 17 lutego 2014 roku zwrócił uwagę zamawiającemu, iż w ofercie przystępującego ww. schematy zawierają zawór bezpieczeństwa po złej stronie. Zamawiający pismem z dnia 24 lutego 2014 roku wezwał przystępującego do wyjaśnień i w pkt 3) wezwania do wyjaśnień zapytał „czy zawór bezpieczeństwa będzie zamontowany zgodnie z wymogami zamawiającego zawartymi w załączniku do SIWZ - PFU w pkt 16.3.5?”. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący pismem z dnia 28 lutego 2014 roku oświadczył, że zawory bezpieczeństwa dla obiektów A, B, C, D będą zamontowane zgodnie z wymogami zamawiającego zawartymi w załączniku do SIWZ - PFU w rozdz. III pkt 16.3.5. Argumentował, że skoro sam zamawiający zauważył, iż dokumenty złożone w ofercie w postaci schematów proponowanego systemu solarnego nie spełniają wymogów określonych w SIWZ, winien on wezwać do uzupełniania tego dokumentu na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

W kolejnej części odwołania odwołujący podniósł, że w rozdziale III pkt 16.3.5. PFU zamawiający wskazał, że „na odcinku pomiędzy zaworem bezpieczeństwa a kolektorami słonecznymi nie może być żadnej armatury odcinającej”. Przystępujący w schematach proponowanego systemu solarnego przedstawił montaż zaworów odcinających pomiędzy źródłem ciepła a zaworem bezpieczeństwa.

Odwołujący wywiódł także, że zamawiający w PFU w pkt 6.4. dla 5 wskazanych tam budynków wskazał, że dla wspomaganie systemu przygotowania c.w.u. wymagany jest układ składający się m.in. z separatora zanieczyszczeń. Argumentował, że odwołujący pismem z dnia 14 lutego 2014 roku zwrócił zamawiającemu uwagę na brak wykazania posiadania przez instalację osprzętu w postaci separatora zanieczyszczeń. Zamawiający pismem z dnia 24 lutego 2014 roku zwrócił się do przystępującego z zapytaniem czy „Czy ostateczny i

kompletny wykaz dla wszystkich proponowanych instalacji solarnych wraz z doбором urządzeń i elementów będzie sporządzony zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, PFU i wyjaśnieniach udzielonych na etapie postępowania przetargowego". Przystępujący w piśmie z dnia 28 lutego 2014 roku odpowiedział, że „ostateczny i kompletny wykaz będzie sporządzony”. Wykonawca złożonymi odpowiedziami uzupełnił swoją ofertę. Dodatkowo odwołujący argumentował, iż zamawiający w PFU rozdz. II, pkt. 6.4. wymagał aby cztery z ośmiu budynków typu D posiadały separator zanieczyszczeń. Natomiast Zamawiający pismem z dnia 24 lutego 2014 roku wskazał, iż brak jest w ofercie przystępującego w „Wykazach podstawowych urządzeń...” dla budynków typu D pozycji „separator zanieczyszczeń”. W odpowiedzi na to wezwanie przystępujący pismem z dnia 28 lutego 2014 roku oświadczył, iż potwierdza, że budynki typu D będą wyposażone w separatory zanieczyszczeń. Stanowi to niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy negocjacje pomiędzy zamawiającym, a przystępującym, które doprowadziły do zaoferowania instalacji odmiennych od zamieszczonych w ofercie.

W kolejnej części odwołania odwołujący wywiódł, że zamawiający wymagał załączenia certyfikatów na oferowane kolektory słoneczne. Certyfikaty potwierdzające zgodność parametrów kolektorów słonecznych zawierają zawsze szereg różnych dostępnych na rynku kolektorów słonecznych, przy czym bez wątpienia nie wszystkie z tych kolektorów spełniają wymogi zamawiającego. Jeżeli w ofercie przystępującego brak jest oświadczenia o oferowaniu konkretnego rodzaju kolektora słonecznego, to oferta taka nie może zostać uznana za prawidłową, bowiem nie wskazuje konkretnych urządzeń jakie będą zastosowane, lecz grupę spośród której część kolektorów spełnia wymogi zamawiającego, a część nie. Wątpliwość odwołującego wzbudziły częściowo udostępnione zapytania z dnia 24 lutego 2014 roku. Z treści wezwania do uzupełnienia - nr 3) można wnioskować, że aneks do certyfikatu o nr rejestracyjnym 011-7S2158F, został załączony dopiero na etapie uzupełnienia dokumentów. Pod czynnością wezwania do uzupełnienia dokumentów doszło do doprecyzowania oferty i skonkretyzowania jej elementów, które winny być jednoznacznie wskazane już na etapie składania oferty. Odwołujący przypuszczał, że w przedmiotowym postępowaniu złożony został certyfikat nr 011-7s2158F wraz aneksem. W aneksie wskazanych jest 8 różnych typów kolektorów słonecznych. Jeśli wykonawca w osobnym oświadczeniu nie oznaczył, który z nich zamierza zastosować w przedmiotowym postępowaniu, złożona oferta nie określa oferowanego przedmiotu zamówienia, lub określa kilka alternatywnych produktów, co jest niedopuszczalne, bowiem każdy wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę.

W kolejnej części odwołania odwołujący podniósł, że w pkt XX SIWZ dotyczącym zabezpieczenia zamawiający wskazał, iż wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, zobowiązany jest wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy w

wysokości 5% ceny brutto podanej w ofercie - odrębnie dla każdej z gmin partnerskich w proporcji według załącznika do Formularza Cenowego. W pkt. XVI SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny zamawiający wskazał, iż „szczegółowe rozbitcie ceny dla poszczególnych elementów kontraktu Wykonawca poda w załącznikach nr 1.1 i 1.2 do załącznika nr 1.” W ofercie przystępującego w formularzu cenowym załącznik nr 1 do SIWZ brak jest wypełnienia w 2 wierszu kolumny od 7 do 17 gdzie powinna być wpisana kwota dotycząca każdego z partnerów netto, np. wiersz "Dostawa i montaż instalacji solarnych na budynkach prywatnych ogółem w tym" - kwota 33.805.872,53 - powinna być rozbita w dalszych kolumnach na „koszt netto z podziałem na partnerów projektu”.

Odwołujący wskazał ponadto, że w rozdziale III pkt 20 tiret piąty PFU dla potwierdzenia spełniania przez oferowane kolektory słoneczne wymagań stawianych płaskim kolektorom słonecznym zamawiający wymagał załączenia do oferty symulacji wykonanych za pomocą programu np. Polysun, T*Sol lub programu równoważnego, potwierdzających uzysk energii oraz ograniczenie emisji CO₂ w poszczególnych zestawach solarnych jaki uzysk należy potwierdzić. Przystępujący nie dołączył do części jawnej oferty wymaganych powyżej wskazanym zapisem dokumentów, ze spisu treści części tajnej nie wynika aby znajdowały się one również w tej części oferty.

Odwołujący podniósł również, że w rozdziale II pkt. 7.5. PFU zamawiający wskazał, iż w ramach robót budowlanych wymaga „podłączenia do wykonanych instalacji solarnych (zasobnika c.w.u.) istniejących źródeł ciepła w celu zbilansowania ciepła niezbędnego do przygotowania c.w.u., a w razie jego braku, należy przewidzieć możliwość montażu grzałki elektrycznej o właściwej mocy”. W ofercie przystępującego brak jest jakiegokolwiek informacji dotyczącej możliwości montażu grzałki elektrycznej, co więcej żadna z instalacji solarnych tj. zasobników c.w.u. zaoferowanych przez przystępującego nie posiada możliwości montażu grzałki elektrycznej.

Odwołujący argumentował, iż zamawiający w rozdziale II pkt.6 PFU określił wymagania grupy pompowej wyposażonej w pompę obiegową o klasie energetycznej A. Następnie pismem z dnia 9 grudnia 2013 roku w odpowiedzi na pytanie nr 83 wskazał, iż wymaga aby dostarczone pompy solarne spełniały warunek efektywności energetycznej $EEl < 0,23$. W zaoferowanym przez przystępującego przedmiocie zamówienia w zakresie pomp solarnych brak jest informacji czy zaoferowana pompa spełnia powyżej wskazany warunek efektywności energetycznej.

W dalszej części odwołania, odwołujący wskazał, że przystępujący w opisach proponowanych instalacji solarnych na budynkach użyteczności publicznej wskazał wymiary „około”, zamiast minimalnych. Natomiast zamawiający określił powierzchnię powyższych instalacji solarnych w rozdz. II pkt 6.4. PFU jako minimalną.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia przystępującego z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej odwołujący powołał postanowienia pkt VIII.1.4. tiret trzeci SIWZ, w którym żądano wykazania przez wykonawców ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę co najmniej 1 000 000 zł. Odwołujący wywiódł, że działalność związana z przedmiotem zamówienia objęta jest:

- numerem 43.21 Z - "wykonywanie instalacji elektrycznych" podklasa obejmuje instalacje telekomunikacyjne, strukturalne sieci komputerowe i instalacje dla telewizji kablowej włącznie ze światłowodami, instalacje dla elektrycznych urządzeń i sprzętu gospodarstwa domowego, włączając ogrzewanie podłogowe,
- numerem 43.22 - podklasa obejmuje wykonywanie instalacji nieelektrycznych kolektorów słonecznych,
- numerem 43.29 Z - podklasa obejmuje instalacje odgromowe,
- numerem 43.99 Z - podklasa obejmuje specjalistyczne roboty budowlane wymagające umiejętności wspinaczkowych i zastosowania specjalnego sprzętu, np. do prac na wysokościach.

Tymczasem, w świetle polisy ubezpieczeniowej Compensa Vienna Insurance Group konsorcjant jest ubezpieczony w ramach prowadzonej działalności w następujących obszarach, zgodnie z numeracją PKD wskazaną w polisie:

- 41.20-roboty budowlane związane ze wznoszeniem budynków mieszkalnych i niemieszkalnych,
- 45.11 -sprzedaż hurtowa i detaliczna samochodów osobowych i furgonetek,
- 45.21 -brak nr w PKD,
- 45.22 -brak nr w PKD,
- 45.23 -brak nr w PKD 45.25 -brak nr w PKD,
- 46,73 -sprzedaż hurtowa i detaliczna materiałów budowlanych i wyposażenia sanitarnego,
- 22.23 -produkcja wyrobów dla budownictwa z tworzyw sztucznych,
- 25.12 -produkcja metalowych elementów stolarki budowlanej.

Natomiast zgodnie z dokumentem: "Klucze powiązań PKD 2004 - 2007 oraz PKD 2007 - 2004" stanowiącym załącznik do przywołanego wyżej rozporządzenia, wskazanym wyżej numerom PKD związanym z przedmiotem zamówienia odpowiadały stosownie:

dla numeru 43.21 Z - 45.31 A, 45.31B, 45.31D oraz 45.34Z, dla numeru 43.22 - 45.31 A, 45.33A, 45.33B, 45.33C, dla numeru 43.29 Z - numer 45.31 D oraz 45.32 Z, dla numeru 43.99 Z - 45.21F, 45.22Z, 45.24B, 45.25 A, B, C, D, E. Wywiódł, że wykonawca nie miał i nie ma w zakresie swojej działalności objętej ubezpieczeniem zasadniczych elementów przedmiotu zamówienia, stanowiących około 99% całej realizacji.

W końcowej części odwołania odwołujący wskazał, że przystępujący w pkt 7 formularza oferty nie wskazał, czy przewiduje powierzenie podwykonawcom realizacji części zamówienia a jeśli tak to jakiej części. Odwołujący pismem z dnia 21 lutego 2014 roku zwrócił uwagę zamawiającego na brak oświadczenia w zakresie podwykonawstwa. W dalszej kolejności zamawiający pismem z dnia 24 lutego 2014 roku na podstawie art. 87 ust 1 ustawy wezwał przystępującego do wyjaśnień zadając pytanie „czy Konsorcjum przewiduje powierzenie podwykonawcom realizacji części zamówienia a jeżeli tak to w jakiej części?” W odpowiedzi na wezwanie przystępujący pismem z dnia 28 lutego 2014 roku oświadczył, iż nie przewiduje powierzenia podwykonawcom realizacji zamówienia. Wywiódł, że przystępujący w zakresie wykazu osób prawdopodobnie wskazuje szereg osób, które będą realizowały przedmiot zamówienia, jednocześnie określając podstawę dysponowania tymi podmiotami jako umowa zlecenie bądź umowa o dzieło. Jak prawdopodobnie wskazuje na to wykaz, osoby te nie są pracownikami w oparciu o umowy o pracę czy też inne umowy cywilnoprawne o stałym charakterze. Umowa zlecenia oraz umowa o dzieło nie są umowami stałymi zwłaszcza umowa o dzieło, której istota opiera się na wykonaniu danego dzieła, nie jest ona umowa ciągłą, co oznacza, iż przystępujący polegać będzie na potencjale osób wskazanych w wykazie doraźnie na potrzeby przedmiotowego zamówienia. Przystępujący zatem powierzy wykonanie części zamówienia innym podmiotom tj. podwykonawcom wskazanym w wykazie osób.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia P..... M..... i W..... Ś..... Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe „Wiktor” sp.j. w Radomsku oraz Eco-Team sp. z o.o. sp. k. w Częstochowie. Wnieśli o oddalenie odwołania. Złożyli pismo procesowe, w którym przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedzi zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego, wezwania zamawiającego z 24 lutego 2014 r. skierowane do przystępującego o uzupełnienie dokumentów i złożenie wyjaśnień, pismo przystępującego z 28 lutego 2014 r., pismo zamawiającego zawierające rozstrzygnięcie postępowania, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania

odwoławczego, pismo procesowe przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu – za ofertą wybraną jako najkorzystniejsza. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał wykluczenia wykonawcy, którego ofertę wybrano, względnie zaniechał odrzucenia tej oferty, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania tych czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

1. Zarzuty odnośnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu niejęcia w dokumentach przedmiotowych zabezpieczenia antyprzebiegowego, separatora zanieczyszczeń

Ustalono, że istotnie w PFU w rozdziale II, pkt 6.3. zamawiający, w założeniach dot. instalacji solarnych, które mają być zaprojektowane dla budynków typu A, B i C, wskazał, że dla wspomaganie systemu przygotowania c.w.u. w budynkach typu A B, C do projektu należy przyjąć układ składający się z m.in. zabezpieczenia antyprzebiegowego na zasilaniu grupy pompowej. Ponadto w PFU w rozdziale II, pkt 6.4. wskazano, iż dla budynków użyteczności publicznej wymienionych w tym punkcie, dla wspomaganie systemu przygotowania c.w.u. wymagany jest układ składający się m.in. z zabezpieczenia antyprzebiegowego na zasilaniu grupy pompowej.

Ustalono także, że w PFU w pkt. 6.4. Zamawiający dla 5 budynków użyteczności publicznej wskazał, że instalacja powinna być dodatkowo wyposażona w osprzęt obejmujący m.in. separator zanieczyszczeń.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale IX. C1. wymagał przedstawienia w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego wykazów, schematów i opisu proponowanego systemu solarnego wykorzystującego energię słoneczną dla 3 typów instalacji solarnych dla budynków mieszkalnych (A, B i C) oraz dla każdego budynku użyteczności publicznej odrębnie.

Na schematach złożonych przez przystępującego wraz z ofertą nie zostały uwidocznione separatory zanieczyszczeń ani zabezpieczenie antyprzebieczeniowe. Przystępujący złożył schematy z dopiskami, że jest to proponowany schemat technologiczny systemów solarnych wraz z zapisem wyjaśniającym, że schemat został sporządzony dla potrzeb postępowania przetargowego pn. „Instalacja systemów energii odnawialnej na budynkach użyteczności publicznej i domach prywatnych w gminach powiatu buskiego i pińczowskiego” jako załącznik do oferty przetargowej oraz „że ostateczny i kompletny schemat i dobór urządzeń oraz elementów instalacji solarnej będzie możliwy podczas opracowania dokumentacji projektowej na etapie realizacji”. Przystępujący złożył wykazy urządzeń, w których umieścił pozycje „pozostały osprzęt”. Przystępujący złożył wykazy z dopiskami, że wykazy zostały sporządzone dla potrzeb postępowania przetargowego pn. „Instalacja systemów energii odnawialnej na budynkach użyteczności publicznej i domach prywatnych w gminach powiatu buskiego i pińczowskiego” jako załącznik do oferty przetargowej oraz „że ostateczny i kompletny wykaz urządzeń wraz z doбором urządzeń oraz elementów instalacji solarnej będzie możliwy podczas opracowania dokumentacji projektowej na etapie realizacji”.

Zamawiający pismem z dnia 24 lutego 2014 roku zwrócił się do przystępującego z zapytaniem czy „Czy ostateczny i kompletny wykaz dla wszystkich proponowanych instalacji solarnych wraz z doбором urządzeń i elementów będzie sporządzony zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, PFU i wyjaśnieniach udzielonych na etapie postępowania przetargowego”. Wskazał, że na przedstawionych wykazach dla budynków typu D brak jest m.in. pozycji „separator zanieczyszczeń”. Przystępujący w piśmie z dnia 28 lutego 2014 roku odpowiedział, że ostateczny i kompletny wykaz będzie sporządzony zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ, PFU i wyjaśnieniach. Potwierdził, że budynki typu D będą wyposażone m.in. w separatory zanieczyszczeń.

Tym samym pismem z 24 lutego 2014 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy z pytaniem „czy ostateczny i kompletny wykaz dla wszystkich proponowanych instalacji solarnych wraz z doбором urządzeń i elementów będzie sporządzony zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, PFU i wyjaśnieniach udzielonych na etapie postępowania przetargowego”, wskazując, iż „w przedstawionych „Wykazach podstawowych urządzeń dla proponowanego systemu solarnego wykorzystującego energię słoneczną..”, dla budynków typu A, B, C i D brak jest pozycji „zabezpieczenie antyprzebieciowe na zasilaniu grupy pompowej”, na które przystępujący pismem z dnia 28 lutego 2014 roku udzielił odpowiedzi, że instalacje dla budynków A, B, C, D będą posiadały zabezpieczenia antyprzebieciowe.

Izba wzięła pod uwagę, że zamówienie prowadzone jest w formie zaprojektuj i wybuduj. Taka formuła przedmiotu zamówienia znalazła logiczne odzwierciedlenie w licznych postanowieniach PFU, których w swym odwołaniu odwołujący nie przywołał, a które miały znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Jedynie przykładowo należało wskazać na postanowienia pkt 6.3 str. 17 PFU, z których wynikało, że dokument ten nie precyzuje wymagań wynikających ze specyfiki konkretnego budynku typu A, B lub C. Również ze z pkt 8.3 PFU str. 26 wynikało, że specyfikacja urządzeń dla budynków typu D miała wynikać z opracowanego projektu technicznego. Potwierdzeniem tego były odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ. Przykładowo w odpowiedzi na pyt. 41 z dnia 28.11.2013 r. zamawiający wskazał, że „.... nie będzie określał szczegółowo rozwiązań technicznych w przetargu, przy zamówieniu realizowanym w trybie „zaprojektuj i wybuduj”. W kwestii zabezpieczenia antyprzebieciowego zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 85 z dnia 9 grudnia 2013 r. z której wynikało, że zastosowanie odpowiedniej ochrony przeciwprzebieciowej ma być dobrane indywidualnie i pozostaje w gestii wykonawcy.

Izba wzięła pod uwagę również że z postanowień pkt 7.2 PFU wynikało, iż opisy techniczne, obliczenia i rysunki stanowić miały element element dokumentacji projektowej, która ma zostać wykonana przez wykonawcę w ramach realizacji zamówienia. Z tego samego pkt można było się również dowiedzieć, że to na etapie projektowania sporządzany będzie schemat ideowy instalacji solarnej, część opisowa do tego schematu, wykaz urządzeń instalacji solarnej, wykaz pozostałych elementów instalacji.

Powyższe postanowienia świadczyły o tym, że zamawiający z jednej strony opisywał swoje oczekiwania odnośnie projektowanych instalacji, a z drugiej strony wielokrotnie akcentował, że ostateczny kształt tych rozwiązań opisanych w PFU zostanie ustalony w toku projektowania.

Biorąc powyższe pod uwagę powyższe, a zwłaszcza brzmienie pkt 7.2. PFU, należało uznać, że zasadne jest stanowisko zamawiającego i przystępującego, że schematy, wykazy i opisy składane na etapie ofertowania w myśl postanowienia IX. C1 SIWZ nie mogły być tożsame z dokumentami, które miały być sporządzane dopiero na etapie realizacji umowy, w fazie projektowania. Powyższe miało decydujące znaczenie dla rozumienia dokumentów wymaganych do złożenia wraz z ofertą. Oczywistym jest w tej sytuacji, że dokumenty sporządzane na tym etapie nie mogły być kompletne, uwzględniające sygnalizowane przez zamawiającego indywidualne rozwiązania i konieczne odstępstwa, możliwe do zweryfikowania dopiero na etapie projektowania. W tej sytuacji, gdy pomimo to zamawiający zdecydował się na żądanie jakichś schematów, wykazów i opisu już na etapie ofertowania, to powinien określić oczekiwany zakres szczegółowości tych opracowań. Takich informacji w treści SIWZ zabrakło. W tej sytuacji każdy z wykonawców miał swobodę co do szczegółów dokumentów przedmiotowych składanych wraz z ofertą.

Nie sposób odmówić racji przystępującemu, który w tej sytuacji zrozumiał wymóg z pkt IX.C1 SIWZ odnośnie złożenia wykazów, schematów i opisu proponowanego systemu solarnego wykorzystującego energię słoneczną dla 3 typów instalacji solarnych dla budynków mieszkalnych (A, B i C) oraz dla każdego budynku użyteczności publicznej odrębnie, jako postulat zobrazowania generalnych różnic dla poszczególnych modeli systemów solarnych. „Schemat” mógł być rozumiany jako dokument obrazujący idee i zasadnicze różnice pomiędzy 4 różnymi modelami systemów. Ponieważ modele systemów dla budynków typu A, B, C i budynków użyteczności publicznej różniły się przede wszystkim liczbą użytkowników danego budynku, wykonawca skupił się na pokazaniu w schematach, wykazach i opisach podstawowych cech charakteryzujących i różniących poszczególne modele systemów, tj. kolektor słoneczny (powierzchnia minimalna), podgrzewacz wody (pojemność), grupa pompowa, itp. Na takie rozumienie przez wykonawcę spornego postanowienia wskazywały dopiski konsekwentnie zamieszczane przez niego na schematach i wykazach.

Powyższe prowadziło do wniosku, że schematy nie musiały obrazować wszystkich elementów systemów jak zabezpieczenie antyprzepięciowe czy separator zanieczyszczeń. Natomiast w wykazach urządzeń wykonawca umieścił również pozycje „pozostały osprzęt”. Zatem nieumieszczenie zabezpieczenia antyprzepięciowego czy separatora zanieczyszczeń na schematach nie świadczyło w żaden sposób o zamiarze zaniechania zaprojektowania i wykonania spornych elementów, w tym również „pozostałego osprzętu”, o którym była mowa w wykazach.

W tej sytuacji wyjaśnienia przystępującego z 28 lutego 2014 r., który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego oświadczył, że zamierza zastosować w systemach solarnych

zabezpieczenia antyprzebieciowe i separatory zanieczyszczeń nie stanowiło jakiegokolwiek zmiany oferty.

2. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu zaoferowania armatury odcinającej na odcinku pomiędzy zaworem bezpieczeństwa a kolektorami słonecznymi oraz z powodu zaoferowania wykonania zaworu bezpieczeństwa po stronie ssawnej pompy

Ustalono, że w rozdziale III pkt 16.3.5. PFU zamawiający wskazał, że „na odcinku pomiędzy zaworem bezpieczeństwa a kolektorami słonecznymi nie może być żadnej armatury odcinającej”. Ponadto, w rozdziale III pkt 16,3.5. PFU zamawiający wskazał, iż wymaga aby montaż zaworu bezpieczeństwa był na stronie tłocznej pompy.

Przystępujący złożył wraz z ofertą schematy, na których nie opisał elementów systemu w postaci armatury odcinającej ani zaworów bezpieczeństwa. Przystępujący złożył schematy z dopiskami, że jest to proponowany schemat technologiczny systemów solarnych wraz z zapisem wyjaśniającym, że schemat został sporządzony dla potrzeb postępowania przetargowego pn. „Instalacja systemów energii odnawialnej na budynkach użyteczności publicznej i domach prywatnych w gminach powiatu buskiego i pińczowskiego” jako załącznik do oferty przetargowej oraz „że ostateczny i kompletny schemat i dobór urządzeń oraz elementów instalacji solarnej będzie możliwy podczas opracowania dokumentacji projektowej na etapie realizacji”.

Ustalono nadto, że pismem z dnia 24 lutego 2014 roku zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnień „czy zawór bezpieczeństwa będzie zamontowany zgodnie z wymogami Zamawiającego zawartymi w załączniku do SIWZ - PFU w pkt 16.3.5?”. Pismem z dnia 28 lutego 2014 roku przystępujący oświadczył, że przedstawione schematy miały charakter poglądowy. Zawory bezpieczeństwa dla obiektów A, B, C, D będą zamontowane zgodnie z wymogami Zamawiającego zawartymi w załączniku do SIWZ - PFU w pkt 16.3.5.

W ocenie Izby wywodzenie przez odwołującego ze schematów sporządzonych przez przystępującego wniosku, jakoby zamierzał on zastosować armaturę odcinającą na odcinku pomiędzy zaworem bezpieczeństwa a kolektorami słonecznymi oraz że zamierzał on umieścić zawory bezpieczeństwa po stronie ssawnej pompy, było nadinterpretacją złożonych schematów i nie znajdowało oparcia w ich treści.

Po pierwsze, co wyjaśniono wcześniej przy zarzucie nr 1, postanowienia pkt IX.C1 SIWZ można i należało rozumieć w ten sposób, że celem sporządzenia schematów było jedynie przedstawienie różnic pomiędzy systemami solarnymi poszczególnych typów. Można było interpretować te postanowienia jako konieczność pokazania najistotniejszych z punktów

widzenia tych modeli elementów charakterystycznych. W szczególności z postanowienia tego nie wynikała konieczność pokazania miejsca projektowanej armatury odcinającej czy zaworów bezpieczeństwa. Ponadto, w świetle powoływanych wcześniej, wyraźnych postanowień PFU i udzielanych odpowiedzi wymogi zamawiającego nie miały charakteru ostatecznego i miały być weryfikowane i indywidualnie dobierane na etapie projektowania. Nie sposób wykluczyć również takiej sytuacji, że konieczne okaże się na niektórych instalacjach wykonanie kilku zaworów bezpieczeństwa, a także innego rodzaju armatury i osprzętu, aniżeli wynikające z PFU, co może wynikać z indywidualnych uwarunkowań danej instalacji solarnej. W tej sytuacji traktowanie wymaganego w pkt IX.C1 SIWZ schematu, jako stanowczego oświadczenia woli wykonawcy obrazującego niezmiennie oświadczenie co do miejsca położenia zaworów czy armatury odcinającej nie znajdowało jakiegokolwiek usprawiedliwienia w SIWZ.

Po drugie, schematy te nie musiały być przedstawione w formie rysunków technicznych, w jakiegokolwiek skali i nie zostały sporządzone w ten sposób przez wykonawcę. Interpretacja tych schematów przez odwołującego w oderwaniu od celu, okoliczności ich sporządzenia, w sposób właściwy dla rysunków, w szczególności w oparciu o normę PN-84 B-01 701 dotyczącą instalacji urządzeń wewnętrznych, wodociągowych i kanalizacyjnych, nie była zasadna. W tym kontekście istotnym było to, że przystępujący nie oznaczył na swych schematach w formie legendy takich elementów instalacji jak armatura odcinająca i zawory bezpieczeństwa. Tłumaczenie oznaczeń, w oparciu o które odwołujący wywodził miejsce położenia tych elementów pochodziło wyłącznie od odwołującego, a nie przystępującego, jako składającego oświadczenie woli.

Po trzecie, odwołujący pominął w swych wywodach poczynione przy schematach wyraźne zastrzeżenia wykonawcy, że schematy zostały sporządzone tylko dla potrzeb postępowania przetargowego, że jest to jedynie załącznik do oferty przetargowej a także informację, że ostateczny i kompletny schemat i dobór urządzeń oraz elementów instalacji solarnej będzie możliwy podczas opracowania dokumentacji projektowej na etapie realizacji.

Powyższe prowadziło do wniosku, że w świetle schematów złożonych przez przystępującego brak jest podstaw do ustalenia, jakoby wykonawca zaoferował świadczenie niezgodne z treścią SIWZ. Jego oświadczenie woli wynikające ze złożonego schematu, interpretowane zgodnie z okolicznościami jego złożenia, a więc w świetle ogólnych reguł wykładni oświadczeń woli wynikających z prawa cywilnego, nie odnosiło się w ogóle do miejsca położenia zaworów bezpieczeństwa czy armatury odcinającej. W konsekwencji wyjaśnienia przystępującego z 28 lutego 2014 r., że zawory bezpieczeństwa dla obiektów A, B, C i D będą zamontowane zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ i PFU nie doprowadziły do zmiany oferty przystępującego.

3. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z powodu zmiany oświadczenia o realizacji części zamówienia przy udziale podwykonawców.

Ustalono, że w pkt 7 formularza oferty przystępujący nie wskazał, czy przewiduje powierzenie podwykonawcom realizacji części zamówienia czy też nie. Zamawiający pismem z dnia 24 lutego 2014 roku, na podstawie art. 87 ust 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do wyjaśnień zadając pytanie „czy Konsorcjum przewiduje powierzenie podwykonawcom realizacji części zamówienia a jeżeli tak to w jakiej części?”. W odpowiedzi na wezwanie przystępujący pismem z dnia 28 lutego 2014 roku oświadczył, iż nie przewiduje powierzenia podwykonawcom realizacji zamówienia.

Ustalono również, że do części tajnej oferty przystępującego załączono wykaz osób, w którym wykonawca wykazał dysponowanie wskazanymi tam osobami, określając podstawę dysponowania jako „dysponowanie bezpośrednie” i wskazując na zatrudnienie tych osób na podstawie umów o pracę, zaś w przypadku niektórych, na podstawie „umowy zlecenia”.

W ocenie Izby z tak ustalonego stanu faktycznego nie wynika, aby oferta przystępującego podlega odrzuceniu jako sprzeczna z ustawą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności należało rozważyć, czy przystępujący poprzez swoje oświadczenie z 28 lutego 2014 r. zmienił treść swej oferty z naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Na to pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej. Dostrzeżenia wymaga, że brak w ofercie wykonawcy oświadczenia co do powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy, w orzecznictwie Izby interpretuje się jednoznacznie jako chęć wykonania zamówienia siłami własnymi. Jak słusznie wskazano w piśmie procesowym przystępującego, zasadą jest wykonywanie całości zamówienia przez wykonawcę, zaś wykonywanie części zamówienia przy udziale podwykonawcy jest wyjątkiem od tej zasady. W przypadku zamiaru wykonania części zamówienia przy udziale podwykonawcy, wykonawca, w odpowiedzi na żądanie zamawiającego, o którym mowa w art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, wskazuje w ofercie tę część zamówienia, którą wykona przy udziale takiego podmiotu. Przystępujący nie wskazał w formularzu ofertowym jakiegokolwiek części zamówienia, za którą miałby odpowiadać jego podwykonawca. Zatem opisaną sytuację należało interpretować jako chęć wykonania całości zamówienia siłami własnymi. W konsekwencji oświadczenie wykonawcy z 28 lutego 2014 r. nie stanowiło zmiany treści oferty przystępującego, potwierdził on jedynie, że z usług podwykonawcy nie zamierza korzystać.

Na marginesie Izba wskazuje, że odwołujący błędnie przywołał w odwołaniu przepis art. 36 b ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten wszedł w życie 24 grudnia 2013 r., podczas gdy postępowanie zostało wszczęte 9 listopada 2013 r. Z mocy zatem art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 9 grudnia 2013 r. poz. 1473), w sprawie znajdowały zastosowanie przepisy dotychczasowe, obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania.

Odwołujący wywodził również w odwołaniu, że w wykazie osób przystępujący wskazał szereg osób, które będą realizowały przedmiot zamówienia, jednocześnie przypuszczając, że wykonawca określił podstawę dysponowania tymi podmiotami jako umowa zlecenie bądź umowa o dzieło.

Przypuszczenia odwołującego co do uczestniczenia w wykonywaniu zamówienia osób zatrudnionych na podstawie umowy o dzieło nie znalazły potwierdzenia w treści wykazu. Niezależnie jednak od tego, Izba wskazuje, że z podwykonawstwem mamy do czynienia w sytuacji, gdy wykonawca zleca wykonanie określonej części przedmiotu zamówienia podmiotowi trzeciemu i jednocześnie tej części zamówienia wykonawca nie wykonuje siłami własnymi. Istotą podwykonawstwa jest to, że część zamówienia powierzona do wykonania takiemu podmiotowi, wykonywana jest pod nadzorem i kierownictwem takiego podwykonawcy. Z podwykonawstwem nie mamy do czynienia w sytuacji, gdy wykonawca wykonuje zamówienie przy udziale osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych, którymi dysponuje bezpośrednio, a nie poprzez podwykonawcę. A z taką sytuacją mamy do czynienia w analizowanej sprawie. Wykonawca wyraźnie wskazał w wykazie, że w odniesieniu do niektórych osób, dysponowanie nimi przez przystępującego, będzie miało charakter bezpośredni. A zatem osoby te nie będą podlegały – w zakresie wykonywanych czynności - kierownictwu i nadzorowi innego podmiotu, aniżeli wykonawca. Powyższe oznacza, że przystępujący złożył prawidłowe oświadczenie o tym, iż całość zamówienia wykona siłami własnymi, bez udziału podwykonawcy.

4. Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezłożenia oświadczenia o oferowaniu konkretnego rodzaju kolektora słonecznego

Ustalono, że zgodnie z pkt VI SIWZ, zamawiający nie dopuścił możliwości złożenia ofert wariantowych. Ustalono również, że odwołujący nie wskazał w odwołaniu takich postanowień SIWZ, z których wynikałoby, że zamawiający oczekiwał złożenia osobnego oświadczenia dotyczącego modelu oferowanego kolektora słonecznego. Izba stwierdziła natomiast, że zamawiający wymagał jedynie złożenia określonych dokumentów

przedmiotowych odnoszących się do tych kolektorów. Zgodnie z pkt IX.C.2 SIWZ zamawiający wymagał następujących dokumentów:

a) zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że oferowane kolektory słoneczne przeszły badania potwierdzające ich pełną zgodność z zakresem normy PN-EN 12975-1+A1:2010 (lub równoważną normą), a zaświadczenie to potwierdza, że:

- do badań losowo pobierane były urządzenia z linii produkcyjnej w zakładzie producenta,
- prawidłowość zaświadczenia weryfikowana jest poprzez losowe pobieranie urządzeń do badań na zgodność z normą przez cały okres obowiązywania zaświadczenia.

Zamawiający uzna w szczególności przedstawienie dla oferowanych kolektorów certyfikatu na znak Solar Keymark lub innego równoważnego certyfikatu.

b) w przypadku przedstawienia dla oferowanych kolektorów certyfikatu na znak Solar Keymark - przetłumaczonego na język polski raportu z testów badania kolektora słonecznego (stanowiącego podsumowanie testów na kolektorze z konkretnym wyszczególnieniem parametrów wymaganych dla kolektora),

c) w przypadku gdy kolektor nie posiada certyfikatu na znak Solar Keymark – należy załączyć dokumenty zgodnie z zapisami dział IX część C oraz przetłumaczony na język polski raport z testów badania kolektora słonecznego.

Ponadto, w myśl odpowiedzi na pytanie nr 123 z 24 stycznia 2014 r. dodatkowo wymagano sprawozdania z badań energetyki cieplnej i trwałości kolektora zgodnie z normą PN-EN 12975 z uwzględnieniem nieobowiązkowego badania odporności na uderzenie pkt 5.10.

Odwołujący wywodził, że jeśli w ofercie przystępującego brak jest oświadczenia o oferowaniu konkretnego rodzaju kolektora słonecznego, to oferta taka nie może zostać uznana za prawidłową, bowiem nie wskazuje konkretnych urządzeń jakie będą zastosowane, lecz grupę spośród której część kolektorów spełnia wymogi zamawiającego

Dostrzeżenia wymaga, że szczegółowość oferty składanej w postępowaniu zależy od zamawiającego. Jeżeli zatem zamawiający nie wymagał złożenia osobnego oświadczenia dotyczącego modelu oferowanego kolektora słonecznego, to nie można czynić zarzutu wykonawcy, że takiego oświadczenia nie przedstawił. W tej sytuacji nawet przedstawienie raportów z testów badań, odnoszących się do grupy kolektorów słonecznych, w tym kolektora oferowanego, nie mogło świadczyć o złożeniu oferty wariantowej, obejmującej również kolektory nieodpowiadające wymogom SIWZ. Takie dokumenty przedmiotowe, odnoszące się do grupy urządzeń, winny być interpretowane w świetle całości oferty. Uszło uwadze odwołującego, że przystępujący złożył oświadczenie w formularzu ofertowym o tym, iż oferuje wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Zatem na tej

podstawie zamawiający oceniając złożone mu dokumenty przedmiotowe dotyczące rodziny kolektorów miał podstawy aby poddać analizie tylko te kolektory, które zgodne były z opisem przedmiotu zamówienia. Bezzasadne jest zatem twierdzenie odwołującego, że jeżeli przystępujący nie sprecyzował nazwy oferowanego kolektora, to zamawiający nie mógł ocenić, czy taki kolektor spełnia wymogi określone w SIWZ. Wreszcie o rodzaju oferowanego kolektora można było również wnioskować w oparciu o dokumenty znajdujące się w części tajnej oferty, przykładowo symulacje solarne.

5. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezłożenia symulacji

Ustalono, że zgodnie z Rozdziałem III pkt PFU należało dołączyć do oferty symulacje wykonane za pomocą programu np. Polysun, T*Sol lub programu równoważnego, potwierdzające uzysk energii oraz ograniczenie emisji w CO₂ w poszczególnych zestawach solarnych. Ponadto, zamawiający pismem z dnia 28 listopada 2013 roku w odpowiedzi na pytanie nr 32 tj. „Kiedy należy przedstawić Zamawiającemu symulacje instalacji solarnych? Czy wraz z ofertą czy przy podpisaniu umowy a może w innym okresie?”, odpowiedział, że „symulacja instalacji solarnych powinna być przedstawiona przez wykonawców na etapie składania oferty.”

Ustalono również, że wbrew stanowisku odwołującego, żądane przez zamawiającego dokumenty zostały przez przystępującego złożone na stronach od 290 i n., w części tajnej oferty. Zarzut okazał się więc niezasadny.

6. Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezamieszczenia w ofercie przystępującego informacji o możliwości montażu grzałki elektrycznej do zasobnika c.w.u.

W rozdziale II pkt. 7.5. PFU zamawiający wskazał, iż w ramach robót budowlanych wymaga „podłączenia do wykonanych instalacji solarnych (zasobnika c.w.u.) istniejących źródeł ciepła w celu zbilansowania ciepła niezbędnego do przygotowania c.w.u., a w razie jego braku, należy przewidzieć możliwość montażu grzałki elektrycznej o właściwej mocy”.

Odwołujący wywodził, że w ofercie przystępującego brak jest jakiegokolwiek informacji dotyczącej możliwości montażu grzałki elektrycznej, co więcej żadna z instalacji solarnych tj. zasobników c.w.u. zaoferowanych przez przystępującego nie posiada możliwości montażu grzałki elektrycznej.

Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego, iż żaden z zasobników c.w.u. zaoferowanych przez przystępującego nie posiada możliwości montażu grzałki elektrycznej pozostał gołosłowny. Odwołujący nie przeprowadził w tym zakresie żadnego dowodu. Nie wskazał jaki zasobnik c.w.u. został zaoferowany, a następnie nie udowodnił, że nie ma możliwości podłączenia grzałki.

Co do zarzutu, że brak było w ofercie informacji dotyczącej możliwości montażu grzałki – Izba stwierdziła, że odwołujący stawiając zarzut niezgodności oferty przystępującego z treścią SIWZ nie wskazał w odwołaniu żadnego postanowienia SIWZ, z którym nieprzedstawienie takiej informacji miało być niezgodne. Izba stwierdziła zatem, że zamawiający nie wymagał złożenia przez wykonawców informacji o możliwości montażu grzałki elektrycznej w ofercie. A zatem z faktu nieprzedstawienia takiej informacji nie można było wnioskować o niezaoferowaniu możliwości podłączenia grzałki.

Co więcej, jak wynikało z § 7 ust. 2 wzoru umowy (załącznik nr 8 do umowy), *Przed rozpoczęciem robót - z wyprzedzeniem 2 tygodni, Wykonawca przedstawi Zamawiającemu (Inspektorowi Nadzoru) do zatwierdzenia poszczególne materiały i urządzenia z wyszczególnieniem ich producenta oraz parametrów technicznych. Dostarczone i użyte wyroby budowlane oraz urządzenia muszą być całkowicie nowe (tzn. muszą mieć datę produkcji z roku ich wbudowania lub roku poprzedzającego wbudowanie), wyprodukowane z odpowiednich materiałów, kompletne, sprawne i wolne od wad zarówno fizycznych, jak i prawnych, nie obciążonych prawem osób trzecich. Tylko materiały i urządzenia zatwierdzone przez Zamawiającego (Inspektora Nadzoru) mogą być wbudowane. Z powyższego postanowienia wynikało, że przedstawienie informacji o rodzaju oferowanych urządzeń, ich parametrów miało nastąpić na etapie projektowania.*

W trakcie rozprawy odwołujący powoływał się na schematy systemów solarnych złożone przez przystępującego wraz z ofertą. Jak już wyjaśniono wcześniej, schematy należało rozumieć jako takie dokumenty, który miały obrazować zasadnicze różnice pomiędzy systemami solarnymi poszczególnych modeli. Ponadto, na co Izba wskazała przy poprzednich zarzutach, zamawiający nie sformułował jakichkolwiek wymogów co do szczególności tych schematów, a wiadomo było, w świetle pkt 7.2. PFU, że nie mogą to być dokumenty kompletne i ostateczne, gdyż te będą sporządzane na etapie projektowania. W szczególności zamawiający nie wymagał, aby na schemacie uwidoczniono wszelkie króćce. Zatem z faktu, że na schemacie pokazano jedynie 6 króćców i nie pokazano na nim odrębnego króćca do montażu grzałki, nie można było wywodzić, że intencją przystępującego było zaoferowanie rozwiązania bez możliwości podłączenia grzałki. Podkreślić należy po raz kolejny, że schematy przystępującego nie były rysunkami technicznymi. Ponadto zbiorniki solarne posiadają znacznie większą ilość króćców aniżeli

wskazywał odwołujący m.in. dotyczące czujnika temperatury, czy manualnego termometru, których też nie było widać na schemacie. Wreszcie, jak wynikało z projektu umowy, dobór konkretnych modeli urządzeń z wyszczególnieniem ich parametrów, miał nastąpić na późniejszym etapie.

7. Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezamieszczenia w ofercie przystępującego informacji o zaferowaniu pompy o efektywności energetycznej $EEl < 0,23$.

Ustalono, że w rozdziale II pkt.6 PFU zamawiający określił wymaganie odnośnie grupy pompowej wyposażonej w pompę obiegową o klasie energetycznej A. Następnie pismem z dnia 9 grudnia 2013 roku w odpowiedzi na pytanie nr 83 wskazał, iż wymaga aby dostarczone pompy solarne spełniały warunek efektywności energetycznej $EEl < 0,23$.

Odwołujący w trakcie rozprawy wywiódł, że skoro zamawiający określił minimalny parametr takiej pompy, to powinno to znaleźć odzwierciedlenie w dokumentach przedmiotowych przystępującego, tj. w wykazie i w opisie. Stanowisko odwołującego nie jest zasadne. Nie wskazano Izbie postanowienia SIWZ, zgodnie z którym jeżeli w PFU określono minimalne parametry niektórych urządzeń, to powinny one zostać ujęte w wykazie czy schemacie. Powyższe prowadziło do wniosku, że zamawiający nie wymagał podania w ofercie szczegółowej informacji o efektywności energetycznej oferowanej pompy. W zakresie tego zarzutu pozostają aktualne rozważania Izby przedstawione przy rozstrzygnięciu poprzedniego zarzutu. To zamawiający poprzez postanowienia SIWZ determinuje szczegółowość składanej oferty. Skoro zamawiający nie wymagał złożenia spornej informacji, to jej nieprzedstawienie nie może być podwodem odrzucenia oferty przystępującego.

8. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności z SIWZ polegającej na podaniu w opisach proponowanych instalacji solarnych na budynkach użyteczności publicznej wymiarów instalacji solarnych z określeniem „około”

Ustalono, że w rozdziale II pkt 6.4 PFU dot. opisu projektowanej instalacji solarnej dla budynków użyteczności publicznej zamawiający wskazał, że dla wspomagania systemu

przygotowania c.w.u. wymagany jest układ składający się z kolektorów słonecznych o powierzchni czynnej co najmniej:

- 1) dla Budynku ZOZ w Busku Zdrój - 460m²,
- 2) na Powiatowym Międzyszkolnym Ośrodku Sportowym w Busku Zdrój - 23m²,
- 3) w Szkole Podstawowej w Stopnicy - 41,4m²,
- 4) w Gimnazjum w Stopnicy - 32,2m²,
- 5) w Szkole Ponadgimnazjalnej w Stopnicy - 27,6m²,
- 6) w Ośrodku Zdrowia w Stopnicy - 9,2m²,
- 7) w Bibliotece Publicznej w Kijach - 4,6m²,
- 8) na Stadionie Sportowym w Nowym Korczynie - 9,2m².

W dniu 12 grudnia 2013 r., w odpowiedzi na pytanie o brzmieniu: „Prosimy o potwierdzenie, że powierzchnia czynna kolektorów dla obiektów użyteczności publicznej jest powierzchnią minimalną i nie może ulec zmniejszeniu nawet w momencie gdy na etapie projektowania okaże się, że powierzchnie przyjęte w PFU są zawyżone” zamawiający potwierdził, że podane powierzchnie są minimalne. Wskazał jednak, że „ ... w szczególnych przypadkach, gdy po wykonaniu projektu okaże się, że powierzchnia podana w PFU została zawyżona, Zamawiający dopuszcza ww. zmianę, pod warunkiem, że ewentualne zmniejszenie powierzchni czynnej kolektorów nie spowoduje zmniejszenia efektu ekologicznego zgodnego z audytami stanowiącymi załącznik do SIWZ”.

Przystępujący w opisach proponowanych systemów solarnych, jakie załączył do oferty wskazał, że:

- 1) na Budynku ZOZ w Busku Zdrój oferuje instalację solarną o powierzchni około 460 m²,
- 2) w Powiatowym Międzyszkolnym Ośrodku Sportowym w Busku Zdrój oferuje instalację solarną o powierzchni około 23m²,
- 3) w Szkole Podstawowej w Stopnicy oferuje instalację solarną o powierzchni około 41,4 m²,
- 4) w Gimnazjum w Stopnicy oferuje instalację solarną o powierzchni około 32,2 m²,
- 5) w Szkole Ponadgimnazjalnej w Stopnicy Konsorcjum oferuje instalację solarną o powierzchni około 27,6 m²,
- 6) w Ośrodku Zdrowia w Stopnicy oferuje instalację solarną o powierzchni około 9,2 m²,
- 7) w Bibliotece Publicznej w Kijach oferuje instalację solarną o powierzchni około 4,6 m²,
- 8) na Stadionie Sportowym w Nowym Korczynie oferuje instalację solarną o powierzchni około 9,2 m².

Izba stwierdziła, że określenie powierzchni instalacji solarnych w opisach przystępującego z dopiskiem „około” nie świadczyło o niezgodności treści jego oferty z treścią SIWZ, a jedynie o zamiarze uwzględnienia w opisach przywołanej odpowiedzi zamawiającego z dnia 12 grudnia 2013 r. Z treści tej odpowiedzi wynikało, że w określonych przypadkach powierzchnia czynna instalacji na budynkach użyteczności publicznej może być jednak mniejsza niż określona w PFU. Dostrzeżenia wymagało, że pytanie nr 98 dotyczyło wyłącznie budynków użyteczności publicznej. I tylko w stosunku do takich budynków, w opisach przystępującego, pojawiło się sformułowanie „około”. Powyższe musiało prowadzić do stwierdzenia, że przystępujący sporządzając opisy sugerował się odpowiedzią zamawiającego z dnia 12 grudnia 2013 r. i jego intencją było zastosowanie się do jej treści, która zakładała jednak możliwość zaprojektowania kolektorów o mniejszej powierzchni aniżeli minimalna powierzchnia czynna wskazana w PFU. Zatem, w ocenie Izby, stanowisko przystępującego przedstawione w piśmie procesowym i na rozprawie jest spójne i świadczy o tym, że zamierzał oferować instalacje o powierzchni wymaganej w PFU, z uwzględnieniem treści odpowiedzi, która dopuszczała w niektórych sytuacjach zaprojektowanie powierzchni mniejszych. Zatem Izba uznaje, że powyższe opisy instalacji solarnych nie świadczą o niezgodności oferty przystępującego z treścią SIWZ. W świetle utrwalonego orzecznictwa Izby wyjaśnienia treści SIWZ udzielone przez zamawiającego w toku postępowania są wiążące dla wykonawców i stanowią jej część. Dostrzeżenia wymagał również fakt, że w załączonych do części tajnej oferty symulacjach wykonawca uwzględnił minimalne powierzchnie instalacji określone w PFU.

9. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania z powodu nie wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej.

Ustalono, że zamawiający wymagał, aby wykonawcy, którzy ubiegają się o udzielenie zamówienia byli ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę co najmniej 1 000 000 zł.

W pkt III.1 SIWZ, przy określeniu przedmiotu zamówienia, wskazano na następujące kody Wspólnego Słownika Zamówień:

- 45300000 - roboty instalacyjne w budynkach,
- 71320000 - usługi inżynierskie w zakresie projektowania,
- 09331100 - kolektory słoneczne do produkcji ciepła,
- 09332000 - instalacje słoneczne,
- 45000000 - roboty budowlane,

- 45330000 - roboty instalacyjne wodno-kanalizacyjne i sanitarne,
 - 45331000 - instalowanie urządzeń grzewczych, wentylacyjnych i klimatyzacyjnych
- Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie instalacji solarnych dla budynków mieszkalnych i budynków użyteczności publicznej (pkt III. 2 SIWZ).

Przystępujący złożył wraz z ofertą polisę ubezpieczeniową lidera konsorcjum, wystawioną przez Compensa Vienna Insurance Group, z której wynika, że konsorcjant jest ubezpieczony w ramach prowadzonej działalności w następujących obszarach, zgodnie z numeracją PKD 2004 wskazaną w polisie 41.20, 45.11, 45.21, 45.22, 45.23, 45.25, 46.73, 22.23, 25.12. Do polisy załączono wniosek o ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej, który – jak wynikało z jego literalnego brzmienia - „stanowi integralną część polisy”. We wniosku tym, w polu „rodzaj prowadzonej działalności ze wskazaniem PKD (prosimy o podanie działalności podstawowej i określenie jej % udziału w obrocie)” wskazano: „Zgodnie KRS 41.20, 45.11, 45.21, 45.22, 45.22. 45.23, 46.73, 22.23, 25.12, 45.25.” Ponadto, w polu 6 wniosku, jako rodzaj świadczonych usług wskazano „budownictwo”.

Odwołujący wywodził w odwołaniu, że działalność związana z przedmiotem zamówienia objęta jest PKD 2007:

- a) numerem 43.21 Z - "wykonywanie instalacji elektrycznych" podklasa obejmuje instalacje telekomunikacyjne, strukturalne sieci komputerowe i instalacje dla telewizji kablowej włącznie ze światłowodami, instalacje dla elektrycznych urządzeń i sprzętu gospodarstwa domowego, włączając ogrzewanie podłogowe,
- b) numerem 43.22 - podklasa obejmuje wykonywanie instalacji nonelektrycznych kolektorów słonecznych,
- c) numerem 43.29 Z - podklasa obejmuje instalacje odgromowe,
- d) numerem 43.99 Z - podklasa obejmuje specjalistyczne roboty budowlane wymagające umiejętności wspinaczkowych i zastosowania specjalnego sprzętu, np. do prac na wysokościach.

Argumentował, że działalność o tych nr kodów PKD ta nie jest objęta ubezpieczeniem.

W ocenie Izby działalność gospodarcza objęta powołanymi przez odwołującego numerami PKD objęta jest ubezpieczeniem. Podkreślić należy, że treści polisy nie można było analizować w oderwaniu od złożonego w ofercie wniosku o objęcie ochroną ubezpieczeniową, który, jak wynikało z jego literalnego brzmienia, stanowił jego integralną część. Potwierdzeniem tego było pismo ubezpieczyciela z 3 kwietnia 2014 r., załączone przez przystępującego do pisma procesowego, w którym oświadczał on, że umowa ubezpieczenia typ 1301 nr 014531 z 5 sierpnia 2013 r. zawarta została na cały zakres działalności ubezpieczającego, nie zaś jedynie w zakresie wyszczególnionych rodzajów

działalności. Ubezpieczyciel wskazywał w tym piśmie na wniosek i widniejący tam zapis „zgodnie z KRS” oraz informację o przedmiocie działalności podsumowanej hasłem „Budownictwo”. Wywiódł, że wyszczególnienie ważniejszych rodzajów działalności miało za zadanie jedynie zorientować ubezpieczyciela co do podstawowego zakresu działalności, tak, by prawidłowo oszacować ryzyko i należną składkę. Wskazał, że we wniosku podano cały obrót ubezpieczającego, a nie tylko z działalności prowadzonej w wyszczególnionych PKD. Wniosek ten natomiast, w zakresie rodzaju ubezpieczanej działalności, odsyłał do KRS przystępującego.

Analiza rodzajów działalności gospodarczej ujawniona w KRS przystępującego, dokonywana z użyciem klucza powiązań PKD 2004-2007 wskazuje, że działalność klasyfikowana pod nr 43.21.Z oraz 43.22.Z, to w świetle PKD 2004 nr 45.31.A (który znajduje się w pozycji 16 odpisu z KRS przystępującego załączonego do oferty), z kolei pozycja 44.29.Z to w PKD 2004 nr 45.32.Z (pozycja 17 odpisu z KRS), wreszcie PKD 43.99.Z z 2007 r. to odpowiednik 45.45 z PKD 2004 (pozycja 25 KRS przystępującego). Dostrzeżenia wymagało również to, że pozycja PKD 2004 o nr 45.31.A (wykonywanie instalacji elektrycznych budynków i budowli) obejmuje również – a co wynikało z wyjaśnień GUS złożonych przez zamawiającego - zakładanie instalacji elektrycznych dla sprzętu grzewczego, włączając elektryczne kolektory słoneczne. Biorąc powyższe pod uwagę należało uznać, że przystępujący wykazał fakt ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Izba nie rozpatrywała zarzutu odwołującego dotyczącego niewypełnienia w 2 wierszu, w kolumnach od 7 do 17 załącznika nr 1 do formularza, kwot dotyczących wartości dostawy i montażu instalacji solarnych na budynkach prywatnych z podziałem na poszczególnych partnerów, albowiem odwołujący w trakcie rozprawy cofnął ww. zarzut.

Reasumując Izba stwierdziła, że oferta przystępującego nie podlegała odrzuceniu ani przystępujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania z przyczyn wskazanych w odwołaniu. Tym samym zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 1, pkt 2, pkt 8, art. 24 ust. 2 pkt 4 ani art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji również art. 7 ust. 1 ani art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto Izba wskazuje, że zamawiający nie zawarł umowy z przystępującym. Powyższe prowadzi do wniosku, że zamawiający nie mógł naruszyć art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami

ustawy. Dostrzeżenia wymaga, że udzielenie zamówienia następuje z momentem zawarcia umowy. O naruszeniu wskazanego przepisu można byłoby mówić wyłącznie w sytuacji, w której zamawiający podpisałby umowę z wykonawcą wybranym wbrew przepisom ustawy Pzp, co nie nastąpiło.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: