

Sygn. akt: KIO 566/18

## WYROK

z dnia 11 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Agnieszka Trojanowska

**Protokolant:** Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 11 kwietnia 2018r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2018r. przez wykonawcę **Polska Ekologia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Raciborzu, ul. Piaskowa 7** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Jastków z siedzibą w Panieńszczyźnie, ul. Chmielowa 3**

przy udziale **wykonawcy Sanito spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 476** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 566/18 po stronie zamawiającego

### orzeka

1. **Oddala odwołanie**
2. **Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Polska Ekologia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Raciborzu, ul. Piaskowa 7 i:**
  - 2.1. **Zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Polska Ekologia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Raciborzu, ul. Piaskowa 7 tytułem wpisu od odwołania**
  - 2.2. **Zasądza od wykonawcy Polska Ekologia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Raciborzu, ul. Piaskowa 7 na rzecz Gminy Jastków z siedzibą w Panieńszczyźnie, ul. Chmielowa 3 kwotę 3 600 zł. 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę i montaż instalacji kolektorów słonecznych na terenie Gminy Jastków w ramach projektów pn.: „Eko-energia w Gminie Jastków – I”, „Eko-energia w Gminie Jastków – III” zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 listopada 2017r. za numerem 2017/S 227-472603.

W dniu 14 marca 2018r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty firmy Sanito spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z Warszawy, na drugim miejscu w rankingu ofert znalazł się wykonawca Polska Ekologia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z Raciborza. Poza tymi wykonawcami oferty złożyli Antinus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ze Skierniewic, Novum Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej S. M. z Krosna oraz Dajk PHU M. K. z Lublina.

W dniu 26 marca 2018r. odwołanie wniósł wykonawca Polska Ekologia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z Raciborza. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 marca 2018r. udzielonego przez prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 26 marca 2018r.

Odwołujący uznał, że zamawiający naruszył ustawę przez:

- 1) wybór w dniu 14 marca 2018 r. jako najkorzystniejszej oferty SANITO, podczas gdy oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona;
- 2) zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako jedynej oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;
- 3) albo alternatywnie zaniechanie przez zamawiającego unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty SANITO, jak również ofert złożonych przez ANTINUS, NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej S. M., DAJK P.H.U. M. K., pomimo niezgodności ofert tych wykonawców z siwz w zakresie zaoferowanego urządzenia w postaci kolektora słonecznego;
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, pomimo że jako

jedyna spełniała warunki określone przez zamawiającego w SIWZ, albowiem odwołujący jako jedyny zaoferował dostawę i montaż urządzeń zgodnych z oczekiwaniami zamawiającego, tj. dostawę kolektora w układzie tzw. „podwójnej harfy” z jednoczesnym spełnieniem pozostałych minimalnych założeń określonych w SIWZ, podczas gdy pozostali wykonawcy zaoferowali dostawę kolektora w układzie tzw. „pojedynczej harfy”, którego zamawiający nie dopuścił na żadnym etapie prowadzonego postępowania;

3) art. 7 ustawy z uwagi na brak odrzucenia ofert niespełniających wymogów SIWZ, a przez to wybór oferty, która nie jest dla zamawiającego ofertą najkorzystniejszą.

Alternatywnie, w przypadku uznania przez Izbę, iż zamawiający nie dopuścił w trybie zmiany SIWZ do dostawy kolektorów w układzie harfowym (zarówno w układzie tzw. „pojedynczej” jak i „podwójnej harfy”), czynności zamawiającego zarzucam naruszenie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy w zw. 2 art. 38 ust. 4 ustawy przez zaniechanie unieważnienia prowadzonego postępowania, pomimo iż nie złożono w nim żadnej oferty zgodnej z SIWZ, a zatem niepodlegającej odrzuceniu, a zamawiający wyjaśniając treść SIWZ nie dokonał jej zmiany i nie dopuścił do dostawy kolektorów w układzie harfowym.

Wniósł o:

1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty poprzedzonej oceną spełnienia przez wykonawców, w tym odwołującego, warunków udziału w postępowaniu i dokonanie ponownej oceny spełnienia warunków udziału i dokumentów złożonych przez wykonawców, w tym odwołującego;

2) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez SANITO z uwagi na jej niezgodność z SIWZ;

3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego uzasadnionych kosztów postępowania przed Izbą, obejmujących w uiszczony wpis od odwołania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania i jego rozpoznaniu na korzyść odwołującego w rozumieniu art 179 ust 1 ustawy, albowiem jego oferta jest najkorzystniejszą z ofert złożonych w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego i niepodlegających odrzuceniu. W przypadku odrzucenia kwestionowanej oferty SANITO oferta odwołującego zostałaby wybrana przez zamawiającego i odwołujący miałby szansę na zawarcie umowy i realizację zadania opisanego w zamówieniu.

Dodatkowo odwołujący powołał wyrok KIO z 3 stycznia 2017 r. (KIO 2395/15), w którym Izba dopuściła możliwość wniesienia odwołania przez wykonawcę, którego skutkiem będzie unieważnienie postępowania.

Odwołujący podniósł, że w pkt. 8.7.3. b) SIWZ zamawiający stwierdził, iż w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego należy przedłożyć kartę techniczną kolektora i zasobnika obejmującą

informacje potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik Nr 1 i 1a do SIWZ, zgodnie z pkt. 4.1 opisu technicznego projektu budowlano- wykonawczego (dla kolektora).

We wskazanym wyżej załączniku Nr 1 i 1a do SIWZ zamawiający opisał minimalne wymagania kolektora słonecznego, wskazując na układ hydrauliczny meandryczny:

Dobrano kolektor płaski o parametrach:

- Sprawność optyczna kolektora słonecznego no odnosząca się do powierzchni apertury nie mniejsza niż 78%
- Powierzchnia apertury jednego kolektora nie mniejsza niż. 2,26 m<sup>2</sup>
- Powierzchnia brutto jednego kolektora maksimum 2,69 m<sup>2</sup>
- Waga jednego kolektora maksimum 54 kg
- Temperatura stagnacji max, 197 °C
- Rodzaj wysokoselektywnej powłoki absorbera: np. Bluetec Eta+ lub równoważny
- Minimalna grubość szyby 3,2 mm
- Materiał płyty absorbera - aluminium
- Materiał rur kolektora - miedź
- Współczynnik strat liniowych ciepła  $a_1$  w odniesieniu do powierzchni apertury nie większy niż 3,86 [W/m<sup>2</sup>/K]
- Współczynnik strat nieliniowych ciepła  $a_2$  nie większy niż 0,0124 [W/m<sup>2</sup>/K<sup>2</sup>]
- Obudowa kolektora - wanna aluminiowa tłoczona, bezszwowa z jednego elementu
- Układ hydrauliczny kolektora słonecznego - meander
- Minimalna grubość wełny mineralnej w kolektorze - 50,00 mm,
- Moc kolektora przy natężeniu promieniowania 1000 W/m<sup>2</sup> i różnicy ( $T_m - T_a$ ) = 30K - min. 1500 W/m<sup>2</sup>

Zamawiający trzykrotnie udzielał odpowiedzi na pytania wykonawców w trybie art. 38 ustawy: pierwszy raz opublikował pytania i odpowiedzi w dniu 20 grudnia 2017 r., następnie w dniu 3 stycznia 2018 r., a po raz trzeci w dniu 12 stycznia 2018 r. W żadnej z tych odpowiedzi zamawiający nie zmienił wymogu odnoszącego się do układu hydraulicznego kolektora słonecznego, który został określony jako „meander”.

Mimo wprost postawionego pytania ze strony jednego z wykonawców, opublikowanego w drugich odpowiedziach zamawiającego (pytanie 4 z dnia 3.01.2018 r.), o możliwość dopuszczenia jako równoważnego kolektora płaskiego o konstrukcji układu hydraulicznego w postaci układu harfowego, cyt.: „Różni producenci stosują różne rozwiązania budowy kolektora jak przedstawiony w opisie kolektor referencyjny układu hydraulicznego meander lub harfa pojedynczą lub podwójną w celu zachowania najlepszych parametrów cieplnych potwierdzonych przez niezależne instytuty certyfikujące w celu uzyskania certyfikatu Solar Keymark. Wszystkie rozwiązania są uznawane przez te instytuty. Liczy się uzyskanie

najlepszego efektu cieplnego i sprawnościowego w celu uzyskania maksymalnej mocy kolektora. Dopuszczenie proponowanego kolektora gwarantuje uzyskanie wymaganych szacowanych rezultatów energetycznych i ekologicznych w wysokościach wynikających z umowy o dofinansowanie. Nadmieniamy, iż układ meandryczny i harfowy należy traktować jako równoważne. Różnica polega na tym, iż układ harfowy ma mniejszy straty przyływu a co za tym idzie wystarczy pompa o niższym ciśnieniu a więc o mniejszej mocy elektrycznej. Przekłada się to więc na mniejszy zużycie energii elektrycznej dla poszczególnego użytkownika instalacji solarnej.”, Zamawiający odpisał jedynie, iż, cyt.: „Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ wraz z późniejszymi wyjaśnieniami, w których określił oczekiwania co do zamawianych urządzeń oraz oczekiwanych rezultatów ekologicznych i ekonomicznych wynikających z założeń wdrażanego programu. Dodatkowo zamawiający podkreśla, że oczekuje dostawy urządzeń i materiałów, a także rozwiązań technicznych o parametrach równoważnych bądź lepszych niż opisane w SIWZ oraz dokumentacji projektowej opublikowanych w ramach ogłoszenia o przetargu. Zamawiający posiada pełną świadomość co do różnic w budowie kolektorów w tym „harfowego” na co zwrócił uwagę w dokumentacji projektowej oczekując dostawy elektronicznej pompy solarnej o współczynniku EEI  $\leq 0,27$ .”

W kolejnych pytaniach zadanych przez wykonawców zapytali oni wprost o możliwość zastosowania kolektora płaskiego o konstrukcji układu hydraulicznego w postaci układu podwójnej harfy, jako rozwiązaniem równoważnym układowi meandrowemu, który preferował zamawiający. W odpowiedziach z dnia 12 stycznia 2018 r. na pytania nr 4, 6, 8, 10 i 11 zamawiający wskazał wprost, iż, cyt.: „Zamawiający podtrzymuje warunki określone w SIWZ wraz z późniejszymi wyjaśnieniami, w których jednoznacznie wskazał oczekiwania odnośnie kolektora, ze wskazaniem na parametry w jego ocenie o wiele bardziej istotne. Oczekiwaniem zamawiającego jest otrzymanie w ramach przetargu „urządzenia” odpowiadającego w sposób max. założeniom będącym podstawą realizacji projektu, którego dotyczy przetarg. Dlatego złożenie oferty na urządzenie o parametrach wyższych niż założone w projekcie będzie odebrane przez zamawiającego jako wyraz profesjonalizmu i efekcie końcowym troski o środowisko. Zamawiający na żadnym etapie postępowania nie faworyzował ani nie wskazywał na żadnego z producentów czy też konkretne urządzenie. Zamawiający określił pewien zakres parametrów, spełnienia których oczekuje w ramach dostawy przedmiotu zamówienia, przy zachowaniu zdrowych zasad konkurencyjności. Zamawiający dopuszcza dostawę kolektora w układzie” podwójnej harfy” pod warunkiem jednoznacznego wykazania przez DOSTAWCĘ spełnienia minimalnych założeń określonych w SIWZ. ”

Odwołujący wyjaśnił, iż kolektory słoneczne w swojej budowie różnią się właśnie m.in. układem hydraulicznym. Obecnie w produkcji wykorzystuje się trzy rodzaje:

- meandra,
- harfa podwójna,
- harfa pojedyncza.

Najlepszym rozwiązaniem dla kolektorów i najdroższym są dwa pierwsze rozwiązania. Harfa pojedyncza to rozwiązanie przestarzałe, które nie jest dobre pod względem uzysków, ponieważ przepływ w każdej rurce układu harfy pojedynczej jest inny co przekłada się na sprawność i uzyski energetyczne kolektora słonecznego.

Jako dowody odwołujący powołał:

1) artykuł „Charakterystyka cech eksploatacyjnych kolektorów słonecznych płaskich cieczowych wykorzystywanych w ciśnieniowych instalacjach myjących” w Aurobusy Nr 5/2012

2) wydruk ze strony internetowej producenta kolektorów słonecznych Awex - <http://www.kolektory.biz/kolektory-sloneczne/>

Zdaniem odwołującego zamawiający jasno określił, iż dopuszcza w niniejszym postępowaniu kolektory z układem hydraulicznym w postaci układu meandrycznego lub układu harfy podwójnej. Natomiast w ocenie odwołującego zamawiający nie dopuścił kolektorów z układem hydraulicznym w postaci harfy pojedynczej, albowiem w żadnej z odpowiedzi udzielonych wykonawcom, które jednocześnie w trybie art. 38 ust. 4 zamawiający uznał jako dokonanie odpowiednich zmian w SIWZ, nie wskazał wprost, iż dopuszcza dostawę takiego rodzaju kolektora.

W dniu 14 marca 2018r. zamawiający wybrał ofertę SANITO sp. z o.o., która w formularzu ofertowym zaoferowała dostawę kolektorów firmy HEWALEX typ KS 2400 TP AC; kolektor ten posiada budowę harfy pojedynczej, a więc nie spełnia wymogów SIWZ.

Karta katalogowa kolektora dołączona w uzupełnieniach firmy Sanito nie mówi wprost, jaki układ hydrauliczny posiada zaoferowany kolektor. Natomiast na stronie internetowej producenta, czyli firmy HEWALEX (<https://www.hewalex.pl/oferta/plaskie-kolektory-sloneczne/kolektor-sloneczny-ks2400-tp-ac.htmh>) zostało jasno napisane w kilku miejscach, że kolektor KS 2400 TP AC posiada harfę pojedynczą.

Jako dowód odwołujący powołał kartę katalogową kolektora KS 2400 TP AC ze strony producenta

Z uwagi na powyższe okoliczności zdaniem odwołującego zamawiający dokonał wyboru oferty SANITO sp. z o.o., pomimo iż oferta ta powinna zostać przez niego odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 2 ustawy jako niezgodna z załącznikiem Nr 1 i 1a do SIWZ.

Odwołujący odniósł, że skoro zamawiający nie dopuścił w żadnym momencie prowadzonego postępowania możliwości dostawy kolektorów w systemie tzw. pojedynczej harfy, dopuszczając jedynie kolektory posiadające układ hydrauliczny tzw. meandryczny lub w układzie podwójnej harfy — co wynika jednoznacznie z odpowiedzi na pytania

zamawiającego z dnia 12 stycznia 2018 r. — należy uznać, iż jedynie oferty z tego typu kolektorami słonecznymi mogły zostać wzięte pod uwagę w procesie badania ofert jako niepodlegające odrzuceniu w trybie art 89 ust 1 pkt. 2 ustawy.

W niniejszym postępowaniu zostało w złożonych w sumie 5 ofert. Z informacji uzyskanych przez odwołującego na skutek zapoznania się ofertami pozostałych wykonawców wynika, iż wszystkie oferty - poza ofertą odwołującego - zostały oparte o dostawę kolektorów z układem hydraulicznym typu pojedynczej harfy. Żadna oferta nie zawierała dostawy kolektorów z układem tzw. meandrycznym. Z uwagi na powyższe, zdaniem odwołującego, zamawiający powinien był odrzucić wszystkie oferty, poza jego, jako niezgodne z SIWZ. Brak odrzucenia tych ofert stanowi naruszenie art. 89 ust, 1 pkt. 2 ustawy.

Oferta Odwołującego jest jedyną ofertą dostawy kolektorów z układem tzw. harfy podwójnej, jak również spełniała wszystkie pozostałe wymagania określone w SIWZ. Z uwagi na jej dopuszczenie w niniejszym postępowaniu jako jedynej alternatywy dla układu meandrycznego, powinna ona zostać wzięta pod uwagę przez zamawiającego jako jedyna oferta niepodlegająca odrzuceniu, która mogła zostać przez niego przyjęta w trybie art. 91 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wskazał, iż w niniejszym postępowaniu należy rozważyć, czy zamawiający skutecznie dokonał zmiany SIWZ w zakresie rodzaju układu hydraulicznego kolektora, poprzez odpowiedzi na pytania, jakich udzielił on wykonawcom w dniach 20 grudnia 2017 r., 3 stycznia 2018 r. i 12 stycznia 2018 r. Z załącznika Nr 1 i Ia do SIWZ (pkt. 4.1. — Układ kolektorów słonecznych), który nigdy nie został formalnie zmieniony, wynika, iż zamawiający dopuszcza jedynie układ hydrauliczny kolektora słonecznego w formie meandra. W ostatnich odpowiedziach udzielonych wykonawcom zamawiający jednoznacznie określił, iż dopuszcza zastosowanie układu hydraulicznego w postaci tzw. podwójnej harfy. W żadnej innej odpowiedzi udzielonej w tym postępowaniu zamawiający nie wskazał, że dopuszcza również system hydrauliczny w postaci tzw. „pojedynczej harfy” lub ogólnie system harfowy jako taki. Zważywszy na fakt, iż odpowiedzi na pytania z 20 grudnia 2017 r. i 3 stycznia 2018 r. stanowiły zmianę SIWZ w trybie art. 38 ust. 4 ustawy, co wynika wprost z tych odpowiedzi (in fine), natomiast takiej zmiany wprost nie stanowiły odpowiedzi z 12 stycznia 2018 r., zachodzi wątpliwość, czy zamawiający w ogóle dopuścił skutecznie i zgodnie z prawem do zmiany SIWZ w zakresie układu hydraulicznego kolektora. Jeżeli zmianę SIWZ stanowiły jedynie dwie pierwsze odpowiedzi, to odwołujący stwierdził, iż zamawiający nie dokonał formalnie i faktycznie zmiany rodzaju układu hydraulicznego kolektora, a zatem zgodnie z SIWZ jako niepodlegające odrzuceniu mogły zostać uznane jedynie te oferty, które przewidywały dostawę kolektorów z układem meandrycznym. W niniejszym postępowaniu nie została złożona ani jedna taka oferta, a zatem powinno ono zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy. Jeśli natomiast przyjmując, iż zamawiający dopuścił



zastosowanie w zamówieniu kolektorów z układem tzw. „podwójnej harfy”, to wówczas jedynie oferta odwołującego spełnia kryteria zamówienia i jako taka powinna zostać wybrana.

Odwołujący zauważył przy tym, iż jego oferta jest wyższa niż kwota, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć do realizacji niniejszego zamówienia, jednakże na tym etapie nie stanowi to przeszkody do wniesienia niniejszego odwołania, albowiem z uwagi na treść art. 93 ust 1 pkt. 4 ustawy nie można przesądzić, czy zamawiający nie dokona zwiększenia tej kwoty.

W dniu 26 marca 2018r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania. W dniu 29 marca 2018r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Sanito podnosząc, że jako wykonawca wybrany ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jedynie w przypadku oddalenia odwołania jego oferta pozostanie najkorzystniejsza, a on będzie miał szansę na realizację zamówienia. Wniósł o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w odpisie z KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 29 marca 2018r.

W dniu 9 kwietnia 2018r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o :

- 1) oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego,
- 2) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego,
- 3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy oraz załączonych do pisma na okoliczności wskazane w uzasadnieniu,
- 4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka G. D. (ul. Fantastyczna, 20 — 531 Lublin) na okoliczność: zgodności oferty wykonawcy Sanito Sp. z o.o. z SIWZ, spełniania przez kolektory solarne oferowane przez wykonawcę Sanito Sp. z o.o. wszystkich wymagań określonych w dokumentacji projektowej, równoważności kolektora w układzie tzw. pojedynczej harfy z kolektorem w układzie meandrycznym,
- 5) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu branży energetycznej w specjalności urządzeń instalacji solarnych na okoliczność: zgodności oferty wykonawcy Sanito Sp. z o.o. z SIWZ, spełniania przez kolektory solarne oferowane przez wykonawcę Sanito Sp. z o.o. wszystkich wymagań określonych w dokumentacji projektowej, równoważności kolektora w układzie tzw. pojedynczej harfy z kolektorem w układzie meandrycznym.

Zamawiający podniósł, że żaden wykonawca nie został wykluczony z postępowania, ani żadna oferta nie została odrzucona. W wyniku prowadzonego przetargu, w dniu 14 marca 2018 r., wybrano do realizacji zamówienia wykonawcę, przystępującego do niniejszego

postępowania po stronie zamawiającego - Sanito sp. z o. o.

Zamawiający zakwestionował istnienie interesu prawnego wykonawcy do wniesienia niniejszego odwołania. Co prawda oferta odwołującego była drugą w kolejności pod względem kryteriów oceny ofert, jednak cena oferty odwołującego przewyższała kwotę jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W związku z niniejszym, nawet gdyby przyjąć (czemu zamawiający stanowczo zaprzecza), że oferta wykonawcy najlepszemu powinna zostać odrzucona to zamawiający i tak nie dokonałby wyboru oferty Odwołującego w niniejszym postępowaniu, a zmuszony byłby do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 4 ustawy. Zamawiający wskazał, że w orzecznictwie Izby dominujący jest pogląd o braku interesu w żądaniu unieważnienia postępowania.

Merytorycznie zauważył, iż już w SIWZ (Rodz. 4 pkt 4.4 SIWZ) dopuścił możliwość stosowania rozwiązań równoważnych opisywanym w dokumentacji technicznej, tj. w załącznikach nr 1 i Ia do SIWZ. Zamawiający wskazał, iż wykonawca może zastosować materiały lub urządzenia równoważne, lecz o parametrach technicznych i jakościowych podobnych lub lepszych, których zastosowanie w żaden sposób nie wpłynie negatywnie na prawidłowe funkcjonowanie rozwiązań przyjętych w dokumentacji projektowej. Na późniejszym etapie postępowania zamawiający dodatkowo zmodyfikował niektóre parametry wymaganych instalacji tak, żeby do postępowaniu mogły przystąpić firmy oferujące różne zestawy solarne, które mają osiągnąć cele założone w projekcie „Eko-energia w Gminie Jastków-I”, „EkoEnergia w Gminie Jastków- III”. Istotą opisu urządzeń kolektorów słonecznych w SIWZ było założenie, że dostarczony zestaw solarny ma osiągnąć założone cele, zaś sama budowa instalacji nie miała znaczenia, pod warunkiem, że będą osiągnięte założone rezultaty i parametry.

Problem poruszony w niniejszej sprawie w odwołaniu sprowadza się do ustalenia, czy kolektor słoneczny z układem hydraulicznym meandrycznym opisany w SIWZ jest równoważny kolektorowi słonecznemu z układem hydraulicznym pojedynczo harfowym oferowanym przez wykonawcę Sanito sp. z o.o. i czy dostarczenie w/w urządzenia przez wykonawcę spełniają wymagania określone w SIWZ. Zdaniem zamawiającego - tak, w/w urządzenia należy uznać za równoważne pod warunkiem zachowania pozostałych wymaganych parametrów minimalnych (czy to opisanych pierwotnie w SIWZ, czy zmienionych w terminie późniejszym).

Zgodnie z pkt. 4.1 opisu technicznego projektu budowlano-wykonawczego (dla kolektora) zamawiający wymagał układu hydraulicznego kolektora w postaci meandra, ale równocześnie zamawiający dopuścił kolektory posiadające inne, równoważne rozwiązanie konstrukcyjne układu hydraulicznego i to zarówno jednoharfowe, jak i dwuharfowe. Pomiedzy w/w kolektorami nie ma większej różnicy, zarówno w wydajności, trwałości czy też eksploatacji, w związku z czym dopuszczenie do zastosowania tylko jednego z tych

rozwiązań stanowiłoby czyn ograniczenia uczciwej konkurencji. Zamawiający określił jedynie minimalne oczekiwane parametry jakościowe oraz wymagany standard. Dla zamawiającego liczy się uzyskanie jak najlepszego efektu cieplnego i sprawnościowego w celu uzyskania maksymalnej mocy kolektora. Osiągnięcie założonych rezultatów realizacji projektu jest możliwe zarówno przy kolektorach w układzie hydraulicznym meander jak i układzie harfowym, w tym pojedynczym i podwójnym.

Zamawiający w celu oceny, czy proponowane przez wykonawcę urządzenia spełniają parametry opisane w SIWZ i są równoważne w zakresie stosowanych rozwiązań układu hydraulicznego do wymaganych, posłużył się opinią specjalisty z tego zakresu. Zamawiający, korzystając z możliwości jakie dają mu przepisy ustawy wiedząc, że dokonanie oceny oferty w zakresie proponowanych rozwiązań technicznych wymaga wiadomości specjalnych powołał biegłego G. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Mega Water. Opinia miała m. in. za zadanie doprecyzować na prośbę zamawiającego kwestie równoważności rozwiązań technologicznych polegających na zastosowaniu kolektora o budowie absorbera w postaci pojedynczej i podwójnej harfy biorąc pod uwagę ewentualne różnice w:

- wydajności, sprawności, efektywności;
- technologii produkcji;
- oporach przepływów;
- odbiorze ciepła z płyty absorbera;
- zdolności opróżniania w sytuacji braku odbioru energii z kolektora;
- sposobie podłączenia rur instalacyjnych do baterii kolektorów słonecznych.

Zgodnie z opinią biegłego G. D. z dnia 27 lutego 2018 r., sporządzoną na zlecenie zamawiającego w przedmiotowej sprawie, w ofercie przetargowej złożonej przez Sanito Sp. z o. o. instalacje solarne oparte są na kolektorach o budowie jednoharfowej, które nie były przedmiotem pytań i odpowiedzi w trakcie przetargu, a także nie znajdowały się wprost w SIWZ. Zdaniem biegłego, pod względem wydajności, sprawności i efektywności zarówno kolektory z absorberem o budowie meandra, pojedynczej i podwójnej harfy są rozwiązaniami w pełni równoważnymi. Kolejnym badanym aspektem była kwestia równoważności rozwiązań pod względem technologii produkcji. Z opinii wynika, iż technologia wybrana przez producenta do produkcji danego wyrobu stanowi indywidualną decyzję. Nie istnieją żadne szczególne ograniczenia, aby każdy z producentów nie mógł dostarczać zarówno meandra, podwójnej czy pojedynczej harfy. Kwestia wyboru jest więc indywidualną decyzją osoby o tym decydującej. Pod względem technologii produkcji kolektory z absorberem o budowie meandra, pojedynczej i podwójnej harfy są rozwiązaniami równoważnymi. W przedmiocie oporów przepływów, opiniujący stwierdza, że kolektor z absorberem o budowie pojedynczej harfy to kolektor o najniższych oporach przepływu. Im większy natomiast opór przepływu

danej instalacji tym wymaga on więcej mocy, a co za tym idzie potrzebuje zużycia większej ilości energii elektrycznej. Pod względem wpływu budowy absorbera na opory przepływu rozwiązań tych pod względem równoważności nie da się zestawić z uwagi na opisaną różnicę, jednak najmniejsze straty i zużycie energii elektrycznej zapewnia użycie absorbera w postaci pojedynczej harfy co koreluje z informacjami zawartymi w odpowiedziach na pytania zamawiających („Zamawiający określił pewien zakres parametrów, spełnienia których oczekuje w ramach dostawy przedmiotu zamówienia przy zachowaniu zdrowych zasad konkurencyjności. (złożenie oferty na urządzenie o parametrach wyższych niż założone w projekcie będzie odebrane przez zamawiającego jako wyraz profesjonalizmu i efekcie końcowym troski o środowisko”). W kwestii równoważności pod względem odbioru ciepła z płyty absorbera, harfa podwójna z uwagi na mniejszą ilość równoległych rur niż harfa pojedyncza jest rozwiązaniem co prawda mniej wrażliwym na ewentualną nierównomierność przepływu czynnika przez absorber, ale istnieje zagrożenie zablokowania przepływu w części absorbera przez powietrze. Jednocześnie opiniujący stwierdza, iż w przedmiocie zdolności opróżniania w sytuacji braku energii z kolektora oraz pod względem sposobu podłączenia rur instalacyjnych do baterii kolektorów słonecznych wszystkie rozwiązania opierają się na innej technologii i charakteryzują się innymi właściwościami, w związku z czym nie są to rozwiązania równoważne. Opisane powyżej rozbieżności i ewentualne podobieństwa udowadniają, że nie można w sposób jednoznaczny wykazać wyższości jednego rozwiązania nad innymi. Każde z nich może mieć zarówno swoje wady jak i zalety, jednak opiniujący jednoznacznie stwierdza, iż najbardziej problematycznymi rozwiązaniami są harfa podwójna i meander, natomiast najkorzystniejszym z punktu widzenia eksploatacji instalacji solarnej jest pojedyncza harfa. Ponadto, zdaniem opiniującego oferta wybranego przez zamawiającego wykonawcy spełniała dodatkowe parametry takie jak np. rodzaj powłoki absorbera, sposób łączenia absorbera z układem rur kolektora, konstrukcja „wanny kolektora” gwarantująca jego szczelność, układ orurowania w układzie jednej harfy gwarantujący bezproblemowe napełnianie i opróżnianie instalacji solarnej. Pozostałe oferty również opierały się na technologii harfy pojedynczej (z wyjątkiem oferty Odwołującego - system podwójnej harfy).

Jako dowód zamawiający powołał:

- umowę na ocenę ofert pod kątem zgodności z dokumentacją techniczną
- opinię biegłego G. D. (w aktach sprawy)
- zeznania świadka
- opinię biegłego powołanego przed KIO

Co więcej, projektant, który sporządził projekt budowlano-wykonawczy dla kolektora solarnego wprost wskazał, iż „Przedstawiona przez wykonawcę firmę Sanito Sp. z o.o., dokumentacja, w odniesieniu do udzielonych przez Państwa odpowiedzi potwierdza

spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zaoferowanego kolektora słonecznego oraz w zakresie zaoferowanego zbiornika solarnego”. W kontekście sporządzonej w trakcie postępowania opinii biegłego, w kontekście udzielonych wyjaśnień przez projektanta nie było żadnych podstaw do kwestionowania zgodności z SIWZ proponowanych przez wykonawcę Sanito Sp. z o.o. urządzeń, w związku z czym nie było podstaw do odrzucenia oferty.

Jako dowód zamawiający powołał:

- opinię projektanta (w aktach sprawy)

Wykonawcy w trakcie procedury przetargowej kilkakrotnie zwracali się do zamawiającego z prośbą o dopuszczenie do zastosowania w zakresie równoważności różnych przyjętych rozwiązań kolektora słonecznego. Należy wskazać, iż wnioski wykonawców zgłaszane były jedynie z ostrożności, gdyż zamawiający już w SIWZ dopuścił stosowanie rozwiązań równoważnych, a ocena czy oferowany urządzenie spełnia parametry sprawnościowe i jakościowe kolektora słonecznego dokonywana jest na późniejszym etapie postępowania przy badaniu ofert. Zamawiający wówczas dokonuje weryfikacji, czy proponowany sprzęt odpowiada SIWZ. Urządzenia i materiały spełniają wymagania określone przez zamawiającego nawet wtedy, gdy nie są wprost tożsame z opisanymi w SIWZ, ale są w stosunku do nich równoważne.

Zamawiający wskazał, iż dopuszczenie jako równoważnych kolektorom w układzie hydraulicznym meander kolektorów w układzie hydraulicznym harfowym nie wymagało zmiany SIWZ. Możliwość stosowania rozwiązań równoważnych wynikała już z SIWZ ogłoszonego dnia 25 listopada 2017 r. Modyfikacje jedynie wprowadziły pewne dookreślenie równoważności. Wykonawca w odwołaniu wskazuje, iż zamawiający trzykrotnie udzielał odpowiedzi na pytania wykonawców, ale w żadnej z tych odpowiedzi nie zmienił wymogu odnoszącego się do układu hydraulicznego kolektora, który został określony jako meander. Powyższe jest w pełni zgodne z prawdą, zamawiający nie zmienił wymogu dotyczącego układu hydraulicznego kolektora, zamawiający w odpowiedzi na konkretne pytania, potwierdził jedynie możliwość stosowania rozwiązań równoważnych i wskazał — tylko w odniesieniu do konkretnego urządzenia wymienionego w danym pytaniu — czy wymienione rozwiązanie będzie uznane za równoważne. Jednocześnie zamawiający nie wskazał wprost, że dopuszcza dostawę kolektorów z układem hydraulicznym w postaci harfy pojedynczej, gdyż nie było o to pytania pochodzącego od wykonawcy.

Mimo to wykonawca w swoim odwołaniu kilkakrotnie powołuje się na fragmenty zadawanych na etapie prowadzonego postępowania pytań do zamawiającego oraz udzielanych przez niego odpowiedzi i sugeruje, iż wynika z nich fakt, że Zamawiający nie dopuścił możliwości użycia przez wykonawców technologii pojedynczej harfy. Jest to niezgodne z treściami zawartymi w tychże odpowiedziach. Zamawiający wielokrotnie podkreślał, iż zastosowanie

jak najnowocześniejszej i najkorzystniejszej wydajnościowo metody, spełniającej jednocześnie inne wymagania zawarte w SIWZ będzie niewątpliwie brany przez niego na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty atutem, Zamawiający jednak nie wskazał jednocześnie na konkretną metodę, ani też żadnej nie wykluczył.

Twierdzenie odwołującego, iż „Najlepszym rozwiązaniem dla kolektorów i najdroższym są dwa pierwsze rozwiązania. Harfa pojedyncze to rozwiązanie przestarzałe, które nie jest dobre pod względem uzysków, ponieważ przepływ w każdej rurce układu harfy pojedynczej jest inny co przekłada się na sprawność i uzyski energetyczne kolektora słonecznego” jest zdaniem subiektywnym i stoi w opozycji do wyjaśnień zawartych w opinii sporządzonej przez przedsiębiorstwo Mega Water G. D. dla zamawiającego, z której jednoznacznie wynika, iż rozwiązanie oparte na technologii jednej harfy posiada również inne zdecydowane plusy i przewagę w niektórych aspektach nad dwoma pozostałymi rozwiązaniami (meandry i harfa podwójna). Przede wszystkim zaproponowany kolektor posiadał parametry techniczne gwarantujące bezpieczną realizację założeń projektowych projektu „eko-energia” realizowanego na terenie Gminy Jastków, mianowicie sprawność optyczną 95% +/- 2%, wydajność cieplną dla poszczególnych różnic temperatur np. dla delta 30 K — 1500, poza tym tego typu kolektory charakteryzują się bardzo niskim stopniem awaryjności, co potwierdza ich prawidłowe funkcjonowanie w okolicznych gminach. Zarzut jakoby na etapie zadawanych pytań zamawiający nie wskazał wprost, iż dopuszcza technologię pojedynczej harfy stałby w opozycji do zasady uczciwej konkurencji i nieograniczania dostępu do rynku innym wykonawcom. „Zamawiający podtrzymuje warunki określone w SIWZ wraz późniejszymi wyjaśnieniami, w których jednoznacznie wskazał oczekiwania odnośnie kolektora, ze wskazaniem na parametry w jego ocenie o wiele bardziej istotne. Oczekiwaniem zamawiającego jest otrzymanie w ramach przetargu „urządzenia” odpowiadającego w sposób maksymalny założeniom będącym podstawą realizacji projektu, którego dotyczy przetarg (. . .) Zamawiający określił pewien zakres parametrów, spełnienia których oczekuje w ramach dostawy przedmiotu zamówienia, przy zachowaniu zdrowych zasad konkurencyjności.” — co jednoznacznie wskazują intencję zamawiającego i pozostawia pewien stopień dowolności, który jest wręcz wymagany przy realizacji zamówienia publicznego. Dowolność wyboru metody i technologii pozostawiona wykonawcom pozwala optymalizować dostęp do rynku i utrzymać zasadę konkurencyjności wśród wykonawców w celu jak najlepszego wydatkowania środków publicznych.

Zamawiający powołał jako dowód:

- opinię biegłego G. D.

Zdaniem odwołującego: „Zamawiający jasno określił, iż dopuszcza w niniejszym postępowaniu kolektory z układem hydraulicznym w postaci układu meandrycznego lub układu harfy podwójnej. Natomiast zamawiający nie dopuścił kolektorów z układem

hydraulicznym w postaci harfy pojedynczej, albowiem w żadnej z odpowiedzi udzielonych wykonawcom, które jednocześnie w trybie art. 38 ust. 4 Z\zamawiający uznał jako dokonanie odpowiednich zmian w SIWZ, nie wskazał wprost, iż dopuszcza dostawę takiego rodzaju kolektora”. Zamawiający nie ma obowiązku odpowiadania na pytania wykonawców w sposób rozszerzający. Odpowiada on na pytania tylko w takim zakresie, jaki jest konieczny do rozwiania wątpliwości pod kątem konkretnego pytania. Ponieważ w żadnym z zapytań nie padło pytanie o technologię jednoharfową zamawiający nie miał wręcz prawa sam sugerować takiego rozwiązania. Podkreślał on natomiast konsekwentnie, że dla prawidłowości zamówienia istotne są inne wymagania zawarte w SIWZ i każda technologia, która je uwzględnia będzie przez zamawiającego dopuszczalna.

Ponadto w pytaniach i odpowiedziach z dnia 3 stycznia 2018 r. (SI.271.105.2017.CT.3) w pytaniu nr 4 jeden z wykonawców zadał pytanie w przedmiocie dopuszczalności i potwierdzenia, że jako równoważny zostanie uznany kolektor płaski o konstrukcji układu hydraulicznego w postaci układu harfowego, Zamawiający potwierdził po raz kolejny, iż podtrzymuje zapisy co do wymagań i oczekiwań względem rezultatów ekologicznych i ekonomicznych jakich uzyskania spodziewa się po wdrożeniu programu dot. kolektorów. Parametry i rozwiązania techniczne miały być zgodnie z wymaganiami zamawiającego bądź lepsze niż te opisane w SIWZ i dokumentacji projektowej.

Zamawiający nie może ograniczać uczciwej konkurencji poprzez niedopuszczenie do udziału Wykonawców, proponujących równoważne technologie. Byłoby to ograniczeniem uczciwej konkurencji i naruszeniem Prawa zamówień publicznych. Z tego względu rozwiązania, które są równie dobre i efektywne, ale np. tańsze winny być również brane pod uwagę.

Odrzucenie ofert Wykonawców ze względu na proponowaną technologię równoważną, byłoby naruszeniem szandarowej zasady Prawa zamówień publicznych. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający odpowiadając na pytania zadawane przez wykonawców dopuścił możliwość zastosowania w postępowaniu równoważnych pod względem wydajności metod konstrukcyjnych kolektorów, z uwagi na to - argumenty odwołującego są chybione. Jak wynika z opinii „MEGA WATER”- profesjonalisty w dziedzinie kolektorów słonecznych, technologia wybranego w przetargu wykonawcy jest prawidłowa i nie sprzeciwia się podstawowym założeniom zawartym w SIWZ. Etap zadawania pytań przez wykonawców oraz udzielania odpowiedzi przez zamawiającego służy nijako doprecyzowaniu, lecz nie zmianie przedmiotu zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu nie miała miejsca zamiana przedmiotu zamówienia, ani jego istotnych założeń, a jedynie ustosunkowanie się co do zakresu równoważności przez zamawiającego.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty. Odrzucenie ofert z uwagi na wybór konkretnej metody przez wykonawcę

pomimo spełnienia kryteriów wydajnościowych byłoby jawnym naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz utrudnianiem wykonawcom dostępu do rynku z uwagi na nieuzasadnione faworyzowanie konkretnych metod i technologii.

Zamawiający wskazał, iż w niniejszym postępowaniu kryteriami oceny ofert były cena i czas reakcji przeglądu gwarancyjnego na wezwanie. Zamawiający nie mógł oceniać innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji. Zamawiający w tym kontekście sprawdził tylko, czy dostarczane urządzenia spełniają minimalne wymagania z SIWZ, nie ocenił tego, który z oferowanych przez wykonawców produktów jest naj lepszy.

Istotą opisu urządzeń kolektorów słonecznych w SIWZ było założenie, że dostarczony zestaw solarny ma osiągnąć cele założone w projekcie „Eko-energia w Gminie Jastków-I”, „Eko-Energia w Gminie Jastków- III”, zaś sama budowa instalacji nie miała znaczenia. pod warunkiem, że będą osiągnięte założone rezultaty i parametry. W związku z niniejszym zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania urządzeń oferowanych przez wykonawcę Sanito Sp. z o.o., ani innych wykonawców składających oferty w postępowaniu i nie mógł odrzucić oferty wykonawcy jako niezgodnej z SIWZ. Zarzuty odwołania zdaniem zamawiającego należy więc uznać za bezzasadne.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, siwz wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz z dnia 20 grudnia 2017r., 3 stycznia 2018r. i 12 stycznia 2018r. złożonych ofert, informacji o wyniku postępowania, artykułu „Charakterystyka cech eksploatacyjnych kolektorów słonecznych płaskich cieczowych wykorzystywanych w ciśnieniowych instalacjach myjących” w Aurobusy Nr 5/2012, wydruku ze strony internetowej producenta kolektorów słonecznych Awex - <http://www.kolektory.biz/kolektory-sloneczne/>, karty katalogowej kolektora KS 2400 TP AC ze strony producenta, umowy zawartej z G. D. MegaWater.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale IV siwz zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał:

4.3. Szczegółowy zakres prac (Opis Przedmiotu Zamówienia) zawarty jest w:

4.3.1. załączniku Nr 1 do SIWZ – dotyczy projektu „Eko-energia w Gminie Jastków-I”,

4.3.2. załączniku Nr 1a do SIWZ – dotyczy projektu „Eko-energia w Gminie Jastków-III”,

4.4. Rozwiązania równoważne.

W przypadku użycia w SIWZ lub załącznikach odniesień do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 pzp zamawiający dopuszcza rozwiązania



równoważne opisywanym. wykonawca analizując dokumentację projektową powinien założyć, że każdemu odniesieniu o którym mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 pzp użytymu w dokumentacji projektowej towarzyszy wyraz „lub równoważne”.

W przypadku, gdy w SIWZ lub załącznikach zostały użyte znaki towarowe, oznacza to, że są podane przykładowo i określają jedynie minimalne oczekiwane parametry jakościowe oraz wymagany standard. wykonawca może zastosować materiały lub urządzenia równoważne, lecz o parametrach technicznych i jakościowych podobnych lub lepszych, których zastosowanie w żaden sposób nie wpłynie negatywnie na prawidłowe funkcjonowanie rozwiązań przyjętych w dokumentacji projektowej. Wykonawca, który zastosuje urządzenia lub materiały równoważne będzie obowiązany wykazać w trakcie realizacji zamówienia, że zastosowane przez niego urządzenia i materiały spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Użycie w SIWZ lub załącznikach oznakowania w rozumieniu art. 2 pkt 16 ustawy oznacza, że zamawiający akceptuje także wszystkie inne oznakowania potwierdzające, że dane roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają równoważne wymagania. W przypadku, gdy wykonawca z przyczyn od niego niezależnych nie może uzyskać określonego przez zamawiającego oznakowania lub oznakowania potwierdzającego, że dane roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają równoważne wymagania, zamawiający w terminie przez siebie wyznaczonym akceptuje inne odpowiednie środki dowodowe, w szczególności dokumentację techniczną producenta, o ile dany wykonawca udowodni, że roboty budowlane, dostawy lub usługi, które mają zostać przez niego wykonane, spełniają wymagania określonego oznakowania lub określone wymagania wskazane przez zamawiającego.

Użycie w SIWZ lub załącznikach wymogu posiadania certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę jako środka dowodowego potwierdzającego zgodność z wymaganiami lub cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia oznacza, że zamawiający akceptuje również certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność. Zamawiający akceptuje także inne odpowiednie środki dowodowe, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymogi lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia.

Jeżeli w opisie przedmiotu zamówienia ujęto zapis wynikający z KNR lub KNNR wskazujący na konieczność wykorzystywania przy realizacji zamówienia konkretnego sprzętu o konkretnych parametrach zamawiający dopuszcza używanie innego sprzętu o ile zapewni to

osiągnięcie zakładanych parametrów projektowych i nie spowoduje ryzyka niezgodności wykonanych prac z dokumentacją projektową.

W rozdziale 8 siwz zatytułowanym Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają złożyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu z postępowania zamawiający wskazał:

8.7. Na wezwanie zamawiającego z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca zobowiązany jest złożyć następujące oświadczenia lub dokumenty:

8.7.3. W celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego:

a) certyfikat SOLAR KEYMARK lub certyfikat zgodności z normą PN-EN 12975-1 (lub równoważną) lub z normą PN-EN 12975-2 (lub równoważną) lub z normą PN-EN ISO 9806 (lub równoważną) wydany przez właściwą jednostkę certyfikującą;

b) karta techniczna kolektora i zasobnika obejmująca informacje potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik Nr 1 i 1a do SIWZ, zgodnie z pkt. 4.1 opisu technicznego projektu budowlano-wykonawczego (dla kolektora), zgodnie z pkt. 4.2 opisu technicznego projektu budowlano-wykonawczego (dla zasobnika).

W zakresie oznakowania w rozumieniu art. 2 pkt 16 ustawy - zamawiający informuje, że w przypadku gdy wykonawca z przyczyn od niego niezależnych nie może uzyskać określonego przez zamawiającego oznakowania lub oznakowania potwierdzającego, że dane roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają równoważne wymagania, zamawiający w terminie przez siebie wyznaczonym akceptuje inne odpowiednie środki dowodowe, w szczególności dokumentację techniczną producenta, o ile dany wykonawca udowodni, że roboty budowlane, dostawy lub usługi, które mają zostać przez niego wykonane, spełniają wymagania określonego oznakowania lub określone wymagania wskazane przez zamawiającego (art. 30a ust. 4 ustawy).

W zakresie certyfikatów i raportów z badań wydawanych przez jednostki oceniające zgodność zamawiający informuje, że akceptuje odpowiednie środki dowodowe, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku, gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymogi lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia (art. 30 b ust. 4 ustawy).

W pkt. 23.5 siwz zamawiający wyjaśnił jak należy rozumieć udzielane wyjaśnienia: „W przypadku rozbieżności pomiędzy treścią siwz, a treścią udzielanych wyjaśnień i zmian, jako

obowiązującą należy przyjąć treść informacji zawierającej późniejsze oświadczenie zamawiającego.”

W projektach budowlano-wykonawczych instalacji kolektorów słonecznych na potrzeby przygotowania ciepłej wody użytkowej w pkt. 4 opisano rozwiązania projektowe i układ kolektorów słonecznych, w tym dobrano kolektory płaskie o układzie hydraulicznym kolektora słonecznego - meander. W pkt. 10 opisano Uwagi końcowe, w tym dopuszczalność rozwiązań równoważnych – „wykonawca powinien zamontować zestawy solarne w oparciu o kolektory słoneczne płaskie o parametrach eksploatacyjnych udokumentowanych badaniami wykonanymi przez niezależne od producenta instytucje badawcze, Zastosowane kolektory słoneczne mają spełniać wymogi normy PN EN 12975 - Wszystkie kolektory powinny pochodzić od jednego producenta.

- Wszystkie parametry muszą być potwierdzone sprawozdaniem z badań wydanym przez niezależną jednostkę badawczą w zakresie normy PN EN 12975 oraz posiadać certyfikat Solar Keymark lub równoważny,

- Użyte w dokumentacji projektowej znaki towarowe materiałów i urządzeń należy traktować jako rozwiązania techniczne umożliwiające realizację pozostałych elementów obiektu. Mogą one być zastąpione innymi rozwiązaniami technicznymi, materiałami i urządzeniami o równoważnych lub lepszych parametrach pod warunkiem dokonania i przedstawienia zamawiającemu ponownych obliczeń technicznych potwierdzających możliwość takiej zamiany oraz dostosowania pozostałych elementów obiektu związanych z zastosowanymi zamiennikami bez utraty przewidzianego standardu obiektu i jakości robót.”

W pkt. 11 projektów zamawiający przedstawił obliczenie efektu energetycznego i ekologicznego.

Każdy ze załączonych projektów budowlano-wykonawczych zawiera te same informacje dotyczące rodzaju kolektora i warunków równoważności.

W wyjaśnieniach treści siwz z dnia 20 grudnia 2017r. zamawiający:

- w odpowiedzi na pyt. 2 dopuścił inną grubość izolacji termicznej w kolektorze, pod warunkiem spełnienia innych, określonych w SIWZ, parametrów minimalnych gwarantujących osiągnięcie założonych rezultatów realizacji projektu

w odpowiedzi na pyt. 3 zrezygnował z ograniczenia „ od góry” wartości temperatury stagnacji, gdyż w SIWZ określił inne parametry minimalne, które gwarantują osiągnięcie założonych rezultatów realizacji projektu

w odpowiedzi na pyt. 4 zamawiający dopuścił dowolną technologię wykonania obudowy kolektora z aluminium, pod warunkiem jej integralności z kolektorem i wykazaniem odpowiedniej certyfikacji

w odpowiedzi na pyt. 5 zamawiający wskazał, że w żaden sposób nie dąży do ograniczania zasad uczciwej konkurencji. W zakresie wymaganych współczynników sprawności,

powierzchni czynnej oraz powierzchni brutto Zamawiający uzna za równoważny każdy kolektor, który poza warunkami opisanymi w SIWZ, cechował się będzie wydajnością określaną przy sumarycznym natężeniu promieniowania słonecznego równego 1000W/m<sup>2</sup> i różnicy temperatur dT 0K, 10 K, 30 K, 50 K, 70 K jako odpowiednio wartość nie mniejsza jak 1763 W, 1673 W, 1500 W, 1257 W, 1015 W po uwzględnieniu odchyłek matematycznych z zaokrągleniem do wartości całkowitych nie mniej niż +10%.

W wyjaśnieniach z dnia 3 stycznia 2018r. zamawiający podał:

w odpowiedzi na pyt. 1, 2, 3, 4 (pyt. 4 dotyczyło dopuszczenia kolektora o układzie harfowym), że podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ wraz z późniejszymi wyjaśnieniami, w których określił oczekiwania co do zamawianych urządzeń oraz oczekiwanych rezultatów ekologicznych i ekonomicznych wynikających z założeń wdrażanego programu.

Co do układu harfowego zamawiający w odpowiedzi na pyt. 4 wskazał ponadto „Dodatkowo zamawiający podkreśla, że oczekuje dostawy urządzeń i materiałów, a także rozwiązań technicznych o parametrach równoważnych bądź lepszych niż opisane w SIWZ oraz dokumentacji projektowej opublikowanych w ramach ogłoszenia o przetargu. Zamawiający posiada pełną świadomość co do różnic w budowie kolektorów w tym „harfowego” na co zwrócił uwagę w dokumentacji projektowej oczekując dostawy elektronicznej pompy solarnej o współczynniku EEI  $\leq 0,27$ ”.

Zamawiający w wyjaśnieniach nr 1 i 2 oświadczył także, iż na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zmienia SIWZ w zakresie odpowiedzi na pytania oraz zmienia termin składania i otwarcia ofert (rozdział 14 SIWZ).

W wyjaśnieniach z dnia 12 stycznia 2018r. zamawiający wskazał, że:

w odpowiedzi na pyt. 2 podtrzymuje warunki określone w SIWZ wraz późniejszymi wyjaśnieniami, w których jednoznacznie wskazał oczekiwania odnośnie „wanny” kolektora jej technologii wykonania, absorbera, orurowania oraz innych elementów składowych kolektora. Oczekiwaniem zamawiającego jest otrzymanie w ramach przetargu „urządzenia” odpowiadającego w sposób max. założeniom będącym podstawą realizacji projektu, którego dotyczy przetarg. Zamawiający dopuszcza różne materiały obudowy kolektora przy zachowaniu w/w parametrów.

w odpowiedzi na pyt. 3, 5,7,9 i 11, oczekiwaniem zamawiającego jest otrzymanie w ramach przetargu „urządzenia” odpowiadającego w sposób max. założeniom będącym podstawą realizacji projektu. Dlatego złożenie oferty na urządzenie o parametrach wyższych niż założone w projekcie będzie odebrane przez zamawiającego jako wyraz profesjonalizmu i efekcie końcowym troski o środowisko. Zamawiający na żadnym etapie postępowania nie faworyzował ani nie wskazywał na żadnego z producentów czy też konkretne urządzenie. Zamawiający określił pewien zakres parametrów, spełnienia których oczekuje w ramach dostawy przedmiotu zamówienia, przy zachowaniu zdrowych zasad konkurencyjności. To do

dostawcy należy obowiązek przedstawienia oferty na dostawę urządzenia odpowiadającego w sposób możliwie najdokładniejszy oczekiwaniom zamawiającego.

W odpowiedzi na pyt. 4, 6, 8 dotyczących innego układu niż meander (przy czym w pytaniu nr 8 pytający przypomniał, że zamawiający w odpowiedziach nie dopuścił harfy pojedynczej - do tego twierdzenia zamawiający w odpowiedzi wprost się nie odniósł) zamawiający wskazał jak w odpowiedzi na pytanie 3 dodając, że zamawiający dopuszcza dostawę kolektora w układzie "podwójnej harfy" pod warunkiem jednoznacznego wykazania przez DOSTAWCĘ spełnienia minimalnych założeń określonych w SIWZ,

W odpowiedzi na pyt. 9 dotyczące kolektora HEWALEX KS 2400 TP AC zamawiający podtrzymał warunki określone w SIWZ wraz późniejszymi wyjaśnieniami, w których jednoznacznie wskazał oczekiwania odnośnie kolektora, ze wskazaniem na parametry w jego ocenie o wiele bardziej istotne niż współczynniki strat, w tym  $a_2$ , który jest parametrem laboratoryjnym. Określenie współczynnika nieliniowych strat ciepła  $a_2$  nie większych niż  $0,025 \text{ W/m}^2/\text{K}^2$ , przy zachowaniu innych parametrów cieplnych jak napromieniowanie, moc czy różnica temperatury powyżej wymaganej przez zamawiającego gwarantuje uzyskanie wymaganych szacowanych rezultatów energetycznych i ekologicznych w wysokościach wynikających z umowy o dofinansowanie. Oczekiwaniem zamawiającego jest otrzymanie w ramach przetargu „urządzenia” odpowiadającego w sposób max. założeniom będącym podstawą realizacji projektu. Dlatego złożenie oferty na urządzenie o parametrach wyższych niż założone w projekcie będzie odebrane przez zamawiającego jako wyraz profesjonalizmu i efekcie końcowym troski o środowisko. Zamawiający na żadnym etapie postępowania nie faworyzował ani nie wskazywał na żadnego z producentów czy też konkretne urządzenie. Zamawiający określił pewien zakres parametrów, spełnienia których oczekuje w ramach dostawy przedmiotu zamówienia, przy zachowaniu zdrowych zasad konkurencyjności. To do dostawcy należy obowiązek przedstawienia oferty na dostawę urządzenia odpowiadającego w sposób możliwie najdokładniejszy oczekiwaniom zamawiającego.

Sanito zaoferował kolektory HEWALEX KS2400TP AC, zaś odwołujący SUNEX SA AMX 2.5.1

W dniu 12 lutego 2018r. zamawiający w trybie art. 26 ust. 1 ustawy wezwał Sanito do złożenia m. in. certyfikatu SOLAR KEYMARK lub certyfikatu zgodności z normą PN-EN 12975-1 (lub równoważną) lub normą EN-PN 12975-2 oraz kartę techniczną kolektora i zasobnika zgodnie z pkt. 4.1 w zakresie kolektora.

W dniu 19 lutego 2018r. Sanito złożyło certyfikat Solar Keymark nr 011-7S2158F ważny do 31 maja 2018r. i kartę katalogową firmy HEWALEX dla produktu KS2400 TP AC, z której wynika, że zaoferowany został kolektor posiadający harfowy układ orurowania absorbera z czterema drożnymi króćcami przyłączeniowymi.

W postępowaniu znajdują się następujące dokumenty:

- oświadczenie mgr inż J. J., z którego wynika, że zamawiający udzielając wyjaśnień dokonał zmian, na które nie uzyskał zgody projektanta, a ich wprowadzenie rodzi zagrożenie dla osiągnięcia efektu energetycznego i ekologicznego całego projektu. Projektant oświadczył, że zmiany zamawiający wprowadził samowolnie i za prawidłowy dobór kolektorów i osiągnięcie zakładanych efektów odpowiedzialny jest zamawiający.

Z pisma mgr inż J.J. z dnia 28 lutego 2018r. wynika, że zamawiający w drodze wyjaśnień zrezygnował z takich parametrów jak:

- obudowa w postaci wanny tłoczonej z jednego elementu,
- maksymalnej temperatury stagnacji,
- grubości izolacji kolektora słonecznego,
- powierzchni brutto,
- powierzchni czynnej,
- sprawności. Według opiniującej zamawiający utrzymał jedynie minimalną moc kolektora słonecznego na poziomie  $dT = 0K$  - minimalna moc 1763W,  $dT=10K$  minimalna moc 1673W,  $dT=30K$  minimalna moc 1500W,  $dT=50K$  minimalna moc 1257W,  $dT=70K$  minimalna moc 1015W.

Przy tak określonych warunkach dokumentacja wykonawcy Sanito potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zaoferowanego kolektora i zbiornika, a kolektor ma dla wszystkich wymaganych różnic temperatur ma moc wyższą niż wskazana przez zamawiającego jako minimalna. Opiniujący przedstawiła parametry występujące w dokumentacji projektowej, parametry wynikające z odpowiedzi zamawiającego oraz parametry podane na karcie katalogowej złożonej przez wykonawcę Sanito. Opiniujący dla układu hydraulicznego wskazał, że zamawiający dopuścił harfę, podwójną harfę i meander, a więc wymóg został spełniony przez wykonawcę.

Z opinii z dnia 27 lutego 2018r. G. D. - Mega Water wynika, że w siwz były kolektory o budowie meanderycznej, zamawiający dopuścił kolektory dwuharfowe, Sanito zaoferował kolektor jednoharfowy, który nie był przedmiotem pytań i odpowiedzi, a Polska Ekologia kolektor dopuszczony przez zamawiającego - dwuharfowy.

Z opinii z dnia 14 marca 2018r. G. D. - Meter wynika, że oferta złożona przez Sanito jest ofertą zgodną z dokumentacją przetargową i opiniujący przedstawił wniosek, że z punktu widzenia wydajności, sprawności i efektywności, technologii produkcji. kolektory z absorberem o budowie meandra, pojedynczej lub podwójnej harfy są rozwiązaniem w pełni równoważnym, pod względem równomierności przepływu czynnika przez absorber, podwójne, pojedyncze harfy i meander nie są do siebie równoważne, pod względem opróżniania to równoważny jest meander i pojedyncza harfa, a nie harfa podwójna, co do sposobu podłączania rur, to obie harfy są równoważne względem siebie i nierównoważne z

meanderem. Każde z rozwiązań może mieć zalety i wady, mają różne koszty, a rozwiązaniem najlepszym z punktu widzenia eksploatacji jest pojedyncza harfa.

Z artykułu K. Kamińskiego pt.: „Charakterystyka cech eksploatacyjnych kolektorów słonecznych płaskich cieczowych wykorzystywanych w ciśnieniowych instalacjach myjących” wynika, że wymienniki stosowane w płaskich kolektorach dzieli się na dwa podstawowe rodzaje : harfowe i meanderyczne, a także pośrednie: harfę dzieloną odwrócony meander i wymiennik bioniczny.

Harfowy – zaletą jest niski opór hydrauliczny, niski opór stawiany cieczy, niskie spadki ciśnienia, stabilna i płynna praca, niższa energia wydatkowana przez grupę pompową oraz redukcja kosztów produkcji, wady to nierównomierny rozkład prędkości przepływu czynnika grzewczego, nierównomierne nagrzewanie powierzchni absorbera i znaczny spadek pozysku energii, a także możliwość zatkania części wymiennika i zablokowania światła kanału.

Meanderyczny – wady większy opór hydrauliczny, wyraźne spadki ciśnień, konieczność nastawy rotametrów grupy pompowej, bardziej wyężone warunki eksploatacyjne, a zalety zwiększona porcja energii z absorbera, wyższa zdolność przejmowania ciepła

Harfa dzielona – możliwość zastosowania tylko szeregowo i praca jedynie na instalacjach o niskim natężeniu przepływu czynnika grzewczego

Meander odwrócony – dobre wyniki w testach wydajnościowych, ale może ulegać zapowietrzeniom, brak możliwości samoodpowietrzania, krótszy okres używalności.

Z wydruku ze strony [www.kolkatory.biz/kolektory](http://www.kolkatory.biz/kolektory)-słoneczne wynika, że harfa pojedyncza jest najpopularniejsza i najtańsza, wada jest miejscowe przegrzewanie się kolektorów w instalacji i nierównomierny odbiór ciepła, harfa podwójna – posiada efekt wymuszonego przepływu cieczy i zapewnia odbiór ze wszystkich części absorbera, meander – jednakowy i równomierny odbiór ciepła, wyższe nagrzewanie cieczy.

Z wydruku ze strony internetowej [hewalex.pl/oferta-kolektory-słoneczne/kolektor-słoneczny-ks2400-tp-ac.html](http://hewalex.pl/oferta-kolektory-słoneczne/kolektor-słoneczny-ks2400-tp-ac.html) wynika, że kolektor KS2400 TP AC posiada układ harfy pojedynczej, który cechuje się szybkim samoczynnym usuwaniem glikolu z absorbera na początku stanu stagnacji.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się podstaw odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w postaci nie uzyskania zamówienia, co stanowi o dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy przez zaniechanie

odrzućenia oferty SANITO, jak również ofert złożonych przez ANTINUS, NOVUM Centrum Techniki Grzewczej i Sanitarnej S. M., DAJK P.H.U. M. K., pomimo niezgodności ofert tych wykonawców z siwz w zakresie zaoferowanego urządzenia w postaci kolektora słonecznego;

Zarzut nie potwierdził się. Przede wszystkim Izba wzięła pod uwagę treść Uwag końcowych pkt. 10 projektów budowlano-wykonawczych, gdzie projektant wskazał, że równoważnymi do opisanych w dokumentacji są zestawy solarne w oparciu o kolektory słoneczne płaskie o parametrach eksploatacyjnych udokumentowanych badaniami wykonanymi przez niezależne od producenta instytucje badawcze, Zastosowane kolektory słoneczne mają spełniać wymogi normy PN EN 12975. Wszystkie kolektory powinny pochodzić od jednego producenta.

Wszystkie parametry muszą być potwierdzone sprawozdaniem z badań wydanym przez niezależną jednostkę badawczą w zakresie normy PN EN 12975 oraz posiadać certyfikat Solar Keymark lub równoważny. Użyte w dokumentacji projektowej znaki towarowe materiałów i urządzeń należy traktować jako rozwiązania techniczne umożliwiające realizację pozostałych elementów obiektu. Mogą one być zastąpione innymi rozwiązaniami technicznymi, materiałami i urządzeniami o równoważnych lub lepszych parametrach pod warunkiem dokonania i przedstawienia zamawiającemu ponownych obliczeń technicznych potwierdzających możliwość takiej zamiany oraz dostosowania pozostałych elementów obiektu związanych z zastosowanymi zamiennikami bez utraty przewidzianego standardu obiektu i jakości robót. W ocenie Izby te właśnie postanowienia wskazują, że zamawiający wymagał dla kolektora równoważnego, aby był płaski i spełniał równoważne lub lepsze parametry. Tym samym zamawiający nie narzucił układu hydraulicznego w postaci meandra dla rozwiązania równoważnego. Nadto należy także zwrócić uwagę, że zamawiający wprost w pkt. 25.3. siwz wskazał, że w razie sprzeczności pomiędzy treścią siwz, a udzielonymi odpowiedziami to późniejsze odpowiedzi mają znaczenie wiążące. Co oznacza, że późniejsze wskazywanie przy konkretnych wyjaśnieniach, że mają one nadrzędny charakter w przypadku odmienności z treścią siwz było zbędne. Prawdą jest, że zamawiający wprost nie napisał w wyjaśnieniach, że dopuszcza kolektory z układem hydraulicznym w formie pojedynczej harfy, ale również w żadnym miejscu wyjaśnień nie zakazał zaoferowania takiego urządzenia. Biorąc pod uwagę fakt, że zamawiający konsekwentnie powtarzał, że nie zamierza ograniczać konkurencji i dopuści wszystkie rozwiązania lepsze od zaprojektowanych pod warunkiem osiągnięcia efektu ekologicznego i ekonomicznego, to nie sposób logicznie uznać, że zamawiający postawił zakaz zaoferowania mu jako rozwiązania równoważnego kolektora z pojedynczą harfą. Przeciwnie zamawiający przy pytaniu obrazowanym przykładem rozkładu parametru będącego przedmiotem pytania na podstawie wykresu dotyczącego urządzenia zaoferowanego przez przystępującego tj. KS 2400 TP AC,



także konsekwentnie powtórzył formułę o dopuszczalności rozwiązań równoważnych pod warunkiem spełnienia parametrów założonych w projekcie. Tym samym nie sposób uznać, że zamawiający zakazał zaoferowania mu kolektora z układem hydraulicznym pojedynczej harfy. A contrario należało uznać, że taki kolektor zamawiający mógł uznać za równoważny o ile spełniał parametry projektu. Przy czym zgodnie z regułą ustanowioną przez samego zamawiającego w pkt. 25.3 siwz jeśli zamawiający rezygnował z określonych parametrów w wyjaśnieniach, to należało uznać je także za niezastrzeżone w siwz. Tym samym konieczne było zbadanie tylko tych parametrów od których zamawiający nie odstąpił w toku udzielanych odpowiedzi. Odwołujący wykazywał jedynie ogólne różnice pomiędzy kolektorami z różnymi układami hydraulicznymi, jednak z żadnym miejscem odwołania, ani na rozprawie nie podjął się próby udowodnienia, że jakkolwiek parametr opisany przez zamawiającego w siwz i niewykreślony w ramach udzielanych odpowiedzi na pytania, nie jest spełniony dla urządzenia Hewalex typ KS 2400 TP AC. To że urządzenia są różne nie oznacza jeszcze, że nie można uznać ich za równoważne. Istotą oceny równoważności jest bowiem, to jak równoważność opisał zamawiający w siwz, a dla niego miały to być kolektory płaskie spełniające normy, posiadające certyfikat Solar Keymark lub równoważny oraz spełniający podane parametry. Ze złożonych przez zamawiającego stanowisk mgr. inż. J. J. i biegłego (powołanego przez zamawiającego) G. D. wynika, że parametry, które zamawiający pozostawił w siwz po udzielonych wyjaśnieniach kolektor przystępującego, a także kolektory pozostałych kwestionowanych wykonawców (zgodne oświadczenie zamawiającego i odwołującego, że poza odwołującym wszyscy wykonawcy zaoferowali Hewalex typ KS 2400 TP AC – okoliczność bezsporna) spełniają. Odwołujący nie podnosił zarzutów w tym zakresie i nie próbował dowieść tezy przeciwnej. Tym samym w świetle postanowień siwz Izba musiała przyznać rację zamawiającemu, że ocena oferty przystępującego jako najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia wszystkich ofert w tym odwołującego było prawidłowe i znajdował oparcie w postanowieniach siwz. Tym samym zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie mógł się ostać.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, pomimo że jako jedyna spełniała warunki określone przez zamawiającego w SIWZ, albowiem odwołujący jako jedyny zaoferował dostawę i montaż urządzeń zgodnych z oczekiwaniami zamawiającego, tj. dostawę kolektora w układzie tzw. „podwójnej harfy” z jednoczesnym spełnieniem pozostałych minimalnych założeń określonych w SIWZ, podczas gdy pozostali wykonawcy zaoferowali dostawę kolektora w układzie tzw. „pojedynczej harfy”, którego zamawiający nie dopuścił na żadnym etapie prowadzonego postępowania;

W świetle nie potwierdzenia się tezy odwołującego, że niedopuszczalne było zaoferowanie kolektora z układem hydraulicznym w postaci harfy pojedynczej, zarzut nie był zasadny. Zamawiający dopuścił jako równoważne kolektory płaskie o różnych układach (choć oczywiście w dokumentacji opisał konkretny typ meandryczny). Zamawiający określił też jakie parametry ma spełniać każdy kolektor, w tym inny niż meandryczny. Z materiału dowodowego wynika, że kolektor płaski z układem harfy pojedynczej firmy Hewalex typ KS 2400 TP AC spełnia parametry opisane przez zamawiającego, a także kolektor płaski z układem harfy podwójnej osiągający parametry zamawiającego jest zgodny z siwz, tym samym zamawiający prawidłowo nie dokonał odrzucenia żadnej z ofert i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z przyjętymi przez siebie kryteriami oceny ofert. Tym samym w działaniu zamawiającego Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ustawy z uwagi na brak odrzucenia ofert niespełniających wymogów SIWZ, a przez to wybór oferty, która nie jest dla zamawiającego ofertą najkorzystniejszą.

Zarzut nie potwierdził się. Istota problemu sprowadzała się w niniejszej sprawie do rozstrzygnięcia o hierarchii dokumentów. Odwołujący uważał, że priorytetowe znaczenia należy nadać siwz i jej załącznikom, zaś z treści siwz wynikała teza przeciwna, że wyjaśnienia mają priorytetowy charakter. W konsekwencji, jeśli zamawiający dopuścił inne urządzenia pod warunkiem zachowania parametrów, z których nie zrezygnował w toku wyjaśnień, to nie było podstaw do uznania, że zamawiający preferował jedno rozwiązanie konstrukcyjne, ani nie sposób było uznać, że dyskryminuje jedno z możliwych rozwiązań konstrukcyjnych. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 7 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy w zw. 2 art. 38 ust. 4 ustawy przez zaniechanie unieważnienia prowadzonego postępowania, pomimo iż nie złożono w nim żadnej oferty zgodnej z SIWZ, a zatem niepodlegającej odrzuceniu, a zamawiający wyjaśniając treść SIWZ nie dokonał jej zmiany i nie dopuścił do dostawy kolektorów w układzie harfowym.

Zarzut nie potwierdził się. Jak wynika z oceny materiału dowodowego wszystkie złożone oferty spełniały wymagania siwz, ustalone według hierarchii dokumentów wynikającej z siwz. Tym samym zamawiający miał wybór spośród 5 ofert nie podlegających odrzuceniu. Nie miał zatem podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. Z 2017r. poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania.

odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz nakazując odwołującemu dokonanie zwrotu na rzecz zamawiającego kosztów związanych z kosztami zastępstwa prawnego w kwocie 3 600zł, zgodnie ze złożoną fakturą z ograniczeniem do maksymalnej kwoty dopuszczonej przez rozporządzenie.

**Przewodniczący: .....**