Warszawa, dnia 10 sierpnia 2020 r.

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Odwołujący:
HEWALEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k.
43-502 Czechowice-Dziedzice, ul. Słowackiego 33
Imię i nazwisko przedstawiciela:
r. pr. Dariusz Ziembiński, Żaklina Ossowska, Kancelaria Radcy Prawnego Dariusz Ziembiński & Partnerzy
e-mail: dziembinski@kzp.net.pl, zossowska@kzp.net.pl
Z uwagi na zmianę siedziby Kancelarii od 15 maja 2020r. aktualnym adresem do doręczeń jest: 03-736 Warszawa, Plac Konesera 6/B4

Zamawiający:
Gmina Sokołów Podlaski
ul. Wolności 44, 08-300 Sokołów Podlaski
e-mail: ug@gminasokolowpodl.pl
tel. (25) 781 26 10, fax (25) 781 26 10
strona internetowa: http://sokolowpodlaski.biuletyn.net

ODWOŁANIE

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. **Dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych, pomp ciepła oraz paneli fotowoltaicznych w ramach projektu pn. „Odnawialne źródła energii na terenie Gminy Sokołów Podlaski”**, znak sprawy: IGKOŚiPF.271.2.5.2020 (dalej: „**Postępowanie**”).

1. Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień, zwanej dalej „**ustawą**”, w imieniu wykonawcy HEWALEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k., zwanego dalej „**Odwołującym**”, wnoszę odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „**SIWZ**”), w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, tj. wymagań w zakresie kolektora słonecznego.

2. Przedmiotem zamówienia jest realizacja inwestycji pn. *Dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych, pomp ciepła oraz paneli fotowoltaicznych w ramach projektu pn. „Odnawialne źródła energii*

na terenie gminy Sokołów Podlaski". Zamówienie obejmuje zaprojektowanie, dostawę, montaż i uruchomienie 391 instalacji kolektorów słonecznych na nieruchomościach prywatnych, 154 instalacji fotowoltaicznych na nieruchomościach prywatnych, 9 instalacji fotowoltaicznych na budynkach użyteczności publicznej oraz 14 pomp ciepła.

3. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 lipca 2020 r. pod numerem ogłoszenia 2020/S 145-356568. Zamawiający zamieścił SIWZ na stronie internetowej pod adresem: http://sokolowpodlaski.biuletyn.net/?bip=2&cid=47&id=1767.

4. Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący stawia następujące zarzuty:

a) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, tj. poprzez sformułowanie wymagań dotyczących kolektora słonecznego, które nie mają oparcia w obiektywnie uzasadnionych potrzebach Zamawiającego, co będzie skutkowało nieuzasadnionym ograniczeniem uczciwej konkurencji i w konsekwencji niegospodarnym wydatkowaniem środków publicznych, oraz poprzez opisanie zamawianych kolektorów słonecznych w taki sposób, że łącznie wymagania Zamawiającego wobec kolektora spełnia tylko jeden konkretny produkt jednego konkretnego producenta.

5. Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

a) zmienił treść SIWZ, tj. opis przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań dotyczących kolektora słonecznego, w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,

b) dokonaną zmianę SIWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ, oraz zamieścił zmianę SIWZ na stronie internetowej na której SIWZ jest udostępniana,

c) przesunął termin składania ofert o niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach.

6. Odwołujący wskazuje, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. Jednak w sytuacji, gdy postanowienia SIWZ zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą, w szczególności gdy Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty spełniającej jednocześnie wszystkie wymagania SIWZ. Kwestionowane w odwołaniu postanowienia SIWZ pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach. Powyższe niezbicie dowodzi istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to prawidłowo sformułowałby postanowienia SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez kwestionowane w odwołaniu postanowienia SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której Odwołujący nie jest w stanie złożyć prawidłowej oferty, spełniającej wszystkie wymagania SIWZ. W rezultacie Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*).

Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy.

Odwołujący podkreśla ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

7. Niniejsze odwołanie jest wnoszone 10 sierpnia 2020 r., co oznacza, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy w związku z art. 185 ust. 8 ustawy. Odwołujący wskazuje, że ponieważ upływ 10-cio dniowego terminu przypada w sobotę, 08 sierpnia 2020 r., to termin na wniesienie odwołania upływa dnia następnego po sobocie i dniu wolnym od pracy, czyli właśnie w poniedziałek, 10 sierpnia 2020 r.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

8. Przedmiotowe postępowanie dotyczy zamówienia o wartości większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Tym samym, zgodnie z przepisem art. 180 ust. 1 i 2 ustawy, niniejsze odwołanie uznać należy za dopuszczalne.

UZASADNIENIE

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, tj. poprzez sformułowanie wymagań dotyczących kolektora słonecznego, które nie mają oparcia w obiektywnie uzasadnionych potrzebach Zamawiającego, co będzie skutkowało nieuzasadnionym ograniczeniem uczciwej konkurencji i w konsekwencji niegospodarnym wydatkowaniem środków publicznych oraz poprzez opisanie zamawianych kolektorów słonecznych w taki sposób, że łącznie wymagania Zamawiającego wobec kolektora spełnia tylko jeden konkretny produkt jednego konkretnego producenta, stwierdzić należy co następuje.

1. Jak to już podniesiono powyżej zamówienie obejmuje m.in. zaprojektowanie, dostawę, montaż i uruchomienie 391 instalacji kolektorów słonecznych na nieruchomościach prywatnych. W Rozdziale 2 pkt 2.13. SIWZ Zamawiający wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w PFU stanowiących załącznik nr 6 do SIWZ. W rzeczonym PFU, w „Opisie wymagań zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia dla instalacji solarnej" na str. 13 PFU, w punkcie: „Dane wyjściowe do instalacji solarnej: a) Kolektory słoneczne:" Zamawiający wskazał, że: *„Kolektory słoneczne powinny charakteryzować się danymi techniczno-eksploatacyjnymi nie gorszymi niż niżej wymienione w tabeli:*

Parametr	***Wartość graniczna***
Sprawność optyczna w odniesieniu do pow. całkowitej kolektora wg normy EN ISO 9806	*min. 76,9%*
Powierzchnia absorbera kolektora	*min. 2,30 m²*
Powierzchnia brutto kolektora	*max. 2,50 m²*
Maksymalny współczynnik utraty ciepła a1 w odniesieniu do powierzchni całkowitej kolektora wg normy EN ISO 9806	*max. 3,460 W/m²K*
Maksymalny współczynnik zależności temperatury utraty ciepła a2 w odniesieniu do powierzchni całkowitej kolektora wg normy EN ISO 9806	*max. 0,018W/(m²K²)*
Minimalna grubość szkła	*3,2 mm*
Współczynnik absorbcji	*95%, +/- 2%*
Rodzaj absorbera	*miedziany lub aluminiowy*
Układ hydrauliczny kolektora	*miedziany*
Materiał obudowy	*rama aluminiowa*
Układ hydrauliczny kolektora	*Meandrowy lub podwójna harfa*
Moc użyteczna kolektora przy natężeniu promieniowania 1000 W/m² oraz różnicy temperatury dT=(Tm-Ta), czyli pomiędzy aperturą (T m), a otoczeniem kolektora (Ta)	*dla Tm-Ta = 0K ≥ 815 W/m²* *dla Tm-Ta = 10K ≥ 780 W/m²* *dla Tm-Ta = 30K ≥ 690 W/m²* *dla Tm-Ta = 50K ≥ 590 W/m²*
Certyfikaty	*Kolektor musi posiadać certyfikat Solar Keymark lub równoważny certyfikat wydany przez akredytowaną jednostkę na zgodność z normą EN ISO 9806 "Energia słoneczna - Słoneczne kolektory grzewcze" lub normą równoważną , którego integralną częścią powinno być pełne sprawozdanie z badań oferowanego kolektora, przeprowadzone zgodnie z normą EN ISO 9806,*

	potwierdzające wymogi zawarte w PFU w odniesieniu do kolektora słonecznego
Gwarancja	*min. 10 lat potwierdzona pisemnie przez producenta*

2. Odwołujący jest producentem kolektorów słonecznych i zajmuje wiodącą pozycję na rynku polskim w zakresie sprzedaży kolektorów słonecznych, komponentów instalacji solarnych oraz pomp ciepła. **Według raportów Instytutu Energetyki Odnawialnej IEO monitorującego polski rynek kolektorów słonecznych i przekazującego dane krajowe dla raportów Europejskiej Federacji Przemysłu Energetyki Słonecznej ESTIF, Odwołujący zajmuje 1 miejsce sprzedaży kolektorów słonecznych. Produkty Odwołującego są znane w większości krajów europejskich zajmując w niektórych znaczący udział rynkowy. Według najnowszego raportu agencji SOLRICO z marca 2020 r., Odwołujący znajduje się w TOP10 europejskich największych producentów kolektorów płaskich** (raport dostępny tutaj: https://www.solarthermalworld.org/news/worlds-largest-flat-plate-collector-manufacturers-2019.

3. Z powyższych względów, **Odwołujący jest zainteresowany tym, aby produkowane przez niego kolektory mogły być oferowane różnym zamawiającym w ramach prowadzonych przez nich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.** Dlatego też, Odwołujący dokładnie przeanalizował wymagania Zamawiającego dotyczące kolektorów, w tym przytoczone powyżej wymagania co do powierzchni. Omawiane parametry są bardzo wrażliwe – niekiedy niewielka zmiana, na poziomie dziesiątej części metra kwadratowego (np. zmiana powierzchni absorbera kolektora z min. 2,2 m^2 na min. 2,3 m^2) ma kluczowe znaczenie. Tymczasem, bardzo specyficzne łącznie przez Zamawiającego poszczególnych wymagań wobec kolektora słonecznego powoduje, że cytowany opis techniczny wskazuje na jeden konkretny produkt firmy Viessmann (Viessmann Vitosol 200-F-SVE, występujący również pod nazwą handlową EV2 Typ SVE), o czym więcej w dalszej części odwołania.

A. MINIMALNA POWIERZCHNIA ABSORBERA

4. Wymóg minimalnej powierzchni absorbera kolektora nie ma żadnego uzasadnienia, zwłaszcza technicznego, skoro jednocześnie Zamawiający określił minimalną moc wyjściową z kolektora. Mianowicie, Zamawiający wskazał, że jednym z minimalnych parametry kolektorów słonecznych zastosowanych w projekcie jest:

Moc użyteczna kolektora przy natężeniu promieniowania 1000 W/m² oraz różnicy	*dla Tm-Ta = 0K ≥ 815 W/m²* *dla Tm-Ta = 10K ≥ 780 W/m²* *dla Tm-Ta = 30K ≥ 690 W/m²*

temperatury dT=(Tm-Ta), czyli pomiędzy aperturą (T m), a otoczeniem kolektora (Ta)	*dla Tm-Ta = 50K ≥ 590 W/m²*

Powyższe wymaganie oznacza, że każdy z wykonawców musi zaoferować kolektor słoneczny o odpowiedniej minimalnej mocy wyjściowej.

5. Odwołujący podkreśla, że na rynku dostępne są kolektory spełniające wymagania minimalne określone w PFU, w tym wymagania co do minimalnej mocy wyjściowej z kolektora, jednak Odwołującemu jest znany tylko jeden kolektor, który spełniałby je wszystkie jednocześnie, w tym wymaganie dotyczące powierzchni absorbera kolektora minimum 2,30 m^2 – jest to wzmiankowany powyżej kolektor Viessmann Vitosol 200-F-SVE. Zarówno kolektory słoneczne produkowane przez Odwołującego jak i wszystkie znane Odwołującemu kolektory dostępne na rynku, spełniające wymagania minimalne określone w PFU, w tym wymagania co do minimalnej mocy wyjściowej z kolektora, **posiadają powierzchnię absorbera mniejszą niż minimalna wymagana przez Zmawiającego, co jest ich niewątpliwą zaletą, gdyż świadczy o wysokiej wydajności takich kolektorów**. Zatem, wymóg minimalnej powierzchni absorbera powoduje, że w przypadku wyższej jakości kolektora, tj. o większej mocy jednostkowej przypadającej na jednostkę powierzchni, nie można go zaoferować w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie z PFU wymagana minimalna moc wyjściowa z kolektora wynosi: dla Tm-Ta = 0K ≥ 815 W/m², dla Tm-Ta = 10K ≥ 780 W/m² , dla Tm-Ta = 30K ≥ 690 W/m², dla Tm-Ta = 50K ≥ 590 W/m². Jednocześnie powierzchnia absorbera pojedynczego kolektora nie może być mniejsza niż 2,3 m^2. W rezultacie, dysponując kolektorem np. o powierzchni absorbera 2,29 m^2 i o mocy dla Tm-Ta = 0K ≥ 835 W/m², dla Tm-Ta = 10K ≥ 800 W/m² , dla Tm-Ta = 30K ≥ 710 W/m², dla Tm-Ta = 50K ≥ 610 W/m², nie można go zaoferować Zamawiającemu, ponieważ nie spełnia on wymagań SIWZ co do minimalnej powierzchni absorbera, mimo że jego moc jest większa niż minimalnie wymagana w SIWZ. **Zatem, kwestionowane wymagania SIWZ prowadzą do tego, że wykonawca dysponujący gorszym kolektorem (tj. o mniejszej mocy), ale o odpowiedniej powierzchni absorbera, będzie mógł go zaoferować Zamawiającemu, natomiast wykonawca dysponujący lepszym kolektorem (tj. o większej mocy), ale z mniejszą niż wymagana powierzchnią absorbera, nie będzie mógł go zaoferować Zamawiającemu.** Jest to ewidentne ograniczenie konkurencji poprzez postawienie wymagań, które nie mają żadnego uzasadnienia, a jedynie zawężają, i to drastycznie, krąg możliwych do zaoferowania urządzeń. Nie ma bowiem żadnego wyjaśnienia i usprawiedliwienia dla postanowień SIWZ, które wykluczają możliwość zaoferowania kolektorów o wysokiej wydajności i jednocześnie o mniejszej powierzchni absorbera. Takie kolektory mają bowiem same zalety, w szczególności ich **mniejsza powierzchnia absorbera przekłada się na ich mniejszą wagę, mniejsza waga kolektora przekłada się z kolei na mniejszej obciążenie konstrukcji a w rezultacie na mniejsze zużycie konstrukcji**. Łatwiej też w przypadku kolektorów z powierzchnią absorbera mniejszą niż 2,30 m^2 spełnić drugie wymaganie Zamawiającego, tj. wymóg maksymalnej powierzchni brutto kolektora wynoszącej 2,50 m^2. Większa powierzchnią absorbera wymusza bowiem większą powierzchnię brutto kolektora.

6. Niezależnie od powyższego wskazać trzeba, że **formułowanie jakichkolwiek wymagań co do minimalnej powierzchni absorbera jest w ogóle pozbawione sensu i niczemu nie służy**. O powyższym przesądzają następujące względy. W przypadku kolektorów słonecznych wyróżnić można trzy rodzaje powierzchni:

a) powierzchnia brutto,

b) powierzchnia absorbera,

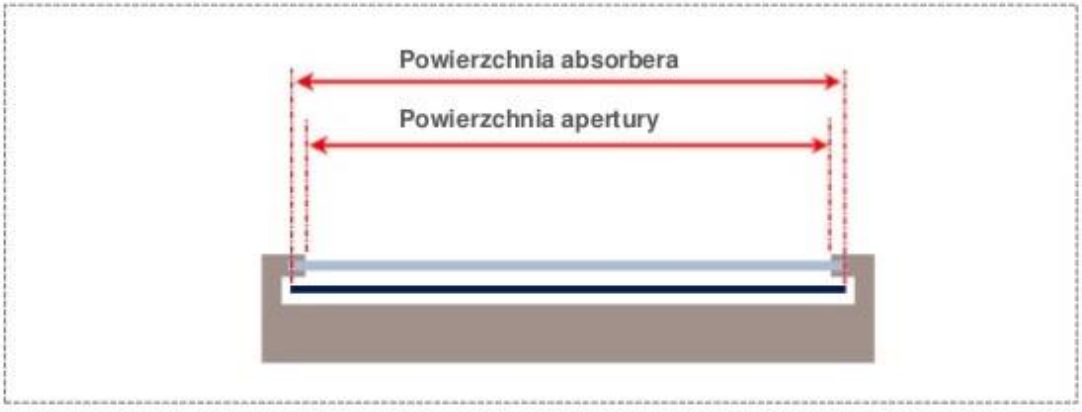
c) powierzchnia apertury.

7. **Powierzchnia brutto kolektora** określana jest na podstawie wymiarów zewnętrznych obudowy kolektora. Ma jedynie znaczenie dla zaplanowania miejsca zabudowy kolektora, gdyż wskazuje, ile miejsca zajmuje dany kolektor. Zapewne z tego względu Zamawiający wprowadził wymóg maksymalnej powierzchni brutto kolektora wynoszącej 2,50 m^2.

8. **Powierzchnia absorbera kolektora** słonecznego to rzeczywista powierzchnia płyty absorbera znajdującego się wewnątrz obudowy. Nie jest to istotna cecha kolektora, gdyż nie oznacza, że cały absorber bierze udział w pracy kolektora – może być większy niż powierzchnia „prześwitu" dla promieniowania słonecznego. Wówczas, zakres zakryty obudową nie jest aktywny.

9. **Powierzchnia apertury kolektora** słonecznego to powierzchnia czynna, i zgodnie z pojęciem optyki, jest to największa powierzchnia absorbera jaka może być eksponowana, aby odbierać promieniowanie słoneczne. Dla kolektorów płaskich, powierzchnia apertury jest przyjmowana jako nieosłonięty fragment powierzchni szyby przez którą dociera promieniowanie słoneczne. Innymi słowy, powierzchnia apertury to ta powierzchnia, która w rzeczywistości „pracuje" w kolektorze słonecznym. Nie należy jej utożsamiać z powierzchnią absorbera, gdyż nie cała powierzchnia absorbera może być nasłoneczniona.

10. Relacje pomiędzy powierzchnią absorbera a powierzchnią apertury przedstawia poniższa ilustracja:



Widać zatem, że większa powierzchnia absorbera nie jest żadną zaletą, gdyż powierzchnia apertury (ta, która „pracuje" w kolektorze) może być i często jest mniejsza niż powierzchnia absorbera. Tak będzie, gdy płyta absorbera wewnątrz korpusu kolektora ma wymiary większe od wymiarów okna wpadania promieniowania słonecznego. **Jednocześnie, Zamawiający nie określił żadnych wymagań co do minimalnej powierzchni apertury, jak też nie zastrzegł, że płyta absorbera wewnątrz korpusu kolektora nie może mieć wymiarów większych od wymiarów okna wpadania promieniowania słonecznego**. W rezultacie, **wymóg dotyczący powierzchni absorbera kolektora minimum 2,30 m² nie ma żadnego uzasadnienia i niczemu nie służy, poza ograniczeniem, a wręcz wyeliminowaniem uczciwej konkurencji**.

11. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zmianę ww. kwestionowanego wymagania (zawartego w PFU stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ, w „Opisie wymagań zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia dla instalacji solarnej" na str. 13 PFU), poprzez rezygnację z wymogu powierzchni absorbera kolektora minimum 2,30 m². Odwołujący wnosi zatem, o usunięcie wymogu:

Powierzchnia absorbera kolektora	*min. 2,30 m²*

ALTERNATYWNIE,

Odwołujący wnosi o zastąpienie tego wymogu następującym wymogiem:

Powierzchnia absorbera kolektora	*min. 2,20 m²*

(żądanie nr 1).

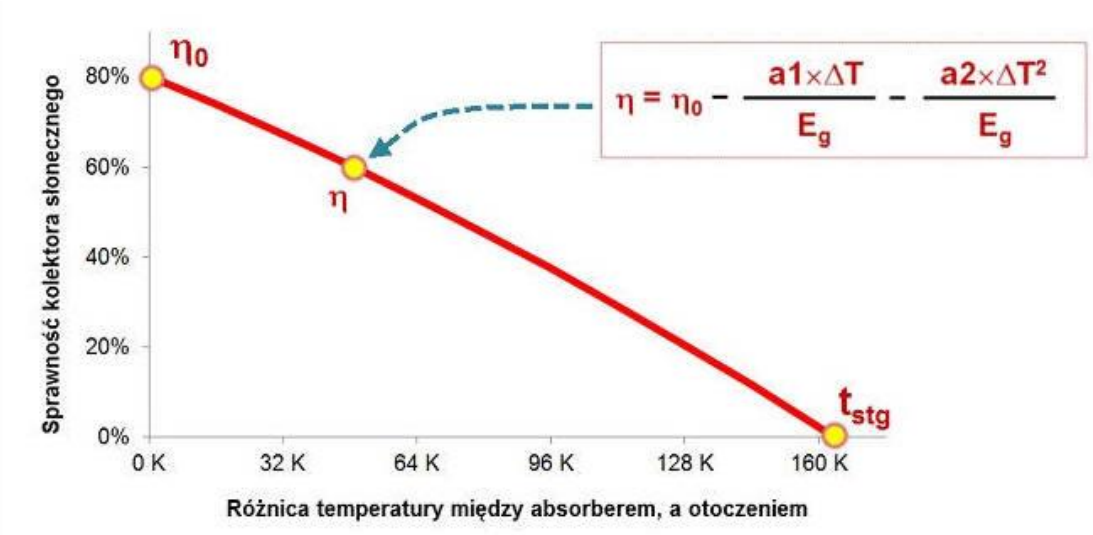
B. WSPÓŁCZYNNIKA UTRATY CIEPŁA A1

12. Jak to już podniesiono powyżej, wymagane parametry zostały tak dobrane, iż wskazują na jeden konkretny produkt firmy Viessmann, tj. kolektor Viessmann Vitosol 200-F-SVE, występujący również pod nazwą handlową EV2 Typ SVE. Poniżej Odwołujący wyszczególnia parametry, które eliminują wszystkie pozostałe kolektory, zarówno kolektory produkowane przez Odwołującego jak i wszystkie pozostałe, znane Odwołującemu i dostępne na rynku:

- parametr dotyczący minimalnej powierzchni absorbera minimum 2,30 m^2, do którego Odwołujący odniósł się powyżej oraz
- parametr dotyczący maksymalnego współczynnika utraty ciepła a1 w odniesieniu do powierzchni całkowitej kolektora wg normy EN ISO 9806: 3,469 W/m^2K.

13. Odnośnie drugiego z ww. parametrów, tj. współczynnika utraty ciepła a1 wskazać trzeba, że Zamawiający dokonał dalszego ograniczenia uczciwej konkurencji poprzez ograniczenie parametrów krzywej sprawności odniesionych do powierzchni całkowitej (brutto), w szczególności poprzez ograniczenie współczynnika utraty ciepła a1. W celu wyjaśnienia terminu „krzywa sprawności kolektora", Odwołujący wyjaśnia, że sprawność kolektora ocenia się na podstawie 3 parametrów: sprawności optycznej oraz współczynników strat ciepła a1 i a2. Na podstawie tych parametrów tworzony jest wykres

sprawności kolektora słonecznego. Na podstawie tego wykresu można określić sprawność kolektora w danych warunkach eksploatacji, a także porównać ze sobą różne rodzaje kolektorów płaskich i próżniowych. Sprawność chwilową η określa się według wzoru zawierającego wartość sprawności optycznej η0, współczynników strat ciepła a1 i a2, różnicy temperatury (absorber-otoczenie) ΔT oraz nasłonecznienia Eg.



Sprawność pracy kolektora słonecznego w typowym zakresie temperatur roboczych, zwykle wynosi od 50 do 70%. Górną granicą sprawności kolektora jest wartość tzw. sprawności optycznej η0, która jest wyznaczana w trakcie badań laboratoryjnych zgodnie z normą PN-EN 12975.

14. Zamawiający w Postępowaniu zamiast porównywać sprawność pracy zaoferowanych kolektorów słonecznych, porównuje poszczególne parametry cząstkowe, które w różny sposób wpływają na przebieg krzywej sprawności. W ten sposób dochodzi do sytuacji, w której pomimo wyższego wyniku sprawności pracy kolektora słonecznego A od wyniku sprawność kolektora słonecznego B, Zamawiający odrzuci ofertę z kolektorem A, gdyż nie spełnia ona minimalnego wyniku cząstkowego. Innymi słowy, ustanawiając w niniejszy sposób warunki SIWZ, Zamawiający nie bada wyniku końcowego produktów zaoferowanych, dążąc do otrzymania możliwie najlepszych produktów w ramach posiadanych środków finansowych, lecz bada parametry, które nie muszą determinować ogólnej sprawności (jakości) oferowanego kolektora słonecznego.

15. Przechodząc do dalszych wyjaśnień technicznych sprawności kolektora słonecznego, Odwołujący wskazuje, że gdyby izolacja cieplna kolektora była na tyle doskonała, że straty ciepła były by zerowe, to wykres sprawności miałby przebieg poziomy – czyli sprawność pracy niezależnie od temperatur absorbera i otoczenia była by zawsze jednakowa i równa sprawności optycznej. „Zerowa" sprawność kolektora słonecznego osiągana jest, gdy straty ciepła do otoczenia będą równoważne wydajności cieplnej. Taka sytuacja występuje przy braku odbioru ciepła z kolektora słonecznego. **Współczynniki krzywej sprawność,** takie jak sprawność optyczna η0, oraz współczynnik utraty ciepła a1 i współczynnik utraty ciepła a2 w

odniesieniu do powierzchni całkowitej kolektora, wyznaczone w drodze badań, **same z osobna nie wskazują na wydajność cieplną kolektora słonecznego, a dopiero wyliczona na ich podstawie sprawność chwilowa, a następnie moc pozwala na dokonanie obiektywnego porównania wydajności kolektorów**.

16. W wyniku ustanowionego minimalnego poziomu współczynnika utraty ciepła a1, szereg kolektorów słonecznych, spełniających wszystkie minimalne wymagania pierwotnie określone w SIWZ, nie może zostać zaoferowanych, pomimo iż faktycznie posiadają obiektywnie wyższą wydajność niż kolektor, tj. wskazany już kolektor marki Viessmann model Vitosol 200-F-SVE (występując również pod nazwą handlową EV2 Typ SVE). **Przez obiektywnie wyższą wydajność można rozumieć wydajność określoną poprzez moc kolektora jak również poprzez symulowany uzysk energetyczny dla takich samych warunków – obydwa parametry są wyznaczane na podstawie uzyskanych wyniku badań współczynników sprawności i są upubliczniane w internetowej bazie certyfikatów** Solar Keymark: http://www.solarkeymark.nl/DBF/. Z danych zamieszczonych w ww. bazie wynika, że szereg kolektorów wyeliminowanych przez Zamawiającego posiada zarówno większą moc jak i większy uzysk energetyczny niż kolektor preferowany przez Zamawiającego.

17. W ocenie Odwołującego opis przedmiotu zamówienia w zakresie kolektorów, został dokonany niezgodnie z powołanymi w *petitum* odwołania przepisami ustawy i uniemożliwia skuteczne złożenie oferty w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego, postanowienia opisu przedmiotu zamówienia są obecnie tak skonstruowane, że wymagania SIWZ dotyczące kolektorów **łącznie** spełnia tylko i wyłącznie konkretny produkt konkretnego producenta, tj. kolektor Viessmann Vitosol 200-F-SVE, występujący również pod nazwą handlową EV2 Typ SVE. Powyższe eliminuje z postępowania kolektory innych producentów, w tym także światowych potentatów w tej dziedzinie, takich jak: GREENoneTEC (Austria), Dimas (Grecja), Bosch Thermotechnik (Niemcy), Thermosolar (Słowacja), Eraslanar (Turcja), Delpaso Solar (Hiszpania), Solimpeks (Turcja), Hewalex (Polska), Nobel (Bułgaria, Cosmosolar (Grecja), Solahart (Austria), Ariston (Włochy), Vaillant (Niemcy), BDR Thermea (Niemcy), Wagner Solar (Niemcy), a także innych polskich producentów, między innymi: Sunex, Energetyka Solarna Ensol, Galmet, EcoJura, Skorut Systemy Solarne, Solar-Expert, Viessmann Poland, Immergas Polska – wszyscy legitymujący się europejskimi certyfikatami jakości Solar Keymark, którego wymaga Zamawiający. Innymi słowy, opis przedmiotu zamówienia został tak przygotowany, że w rezultacie **mamy do czynienia z tzw. dyskryminującym zbiegiem wymagań.** Oprócz kolektora Viessmann Vitosol 200-F-SVE nie istnieją żadne dostępne na rynku rozwiązania (produkty), które w całości (łącznie) spełniają wymagania SIWZ. Wykonawca, który chciałby zaoferować jakikolwiek inny kolektor dostępny na rynku, będzie narażony na złożenie oferty o treści niezgodnej z treścią SIWZ, gdyż każdy kolektor inny niż kolektor Viessmann Vitosol 200-F-SVE zawsze nie spełni jednego albo kilku z postawionych przez Zamawiającego wymagań.

18. Podkreślić trzeba, że **aktualnie wymagane parametry dotyczące kolektorów stanowią niemal dosłowne powtórzenie parametrów posiadanych przez kolektor Viessmann Vitosol 200-F-SVE**, przykładowo:

- Powierzchnia brutto kolektora wymagana przez Zamawiającego to maximum 2,50 m², a posiadana przez ww. kolektor jest identyczna jak w warunku (tj. 2,50 m²);
- Moc użyteczna kolektora przy natężeniu promieniowania 1000 W/m² oraz różnicy temperatury dT=(Tm-Ta), czyli pomiędzy aperturą (T m), a otoczeniem kolektora (Ta) to dla Tm-Ta = 0K ≥ 815 W/m², dla Tm-Ta = 10K ≥ 780 W/m² , dla Tm-Ta = 30K ≥ 690 W/m², dla Tm-Ta = 50K ≥ 590 W/m², a posiadana przez ww. kolektor jest niemalże identyczna jak w warunku (tj. dla Tm-Ta = 0K ≥ - 828,9 W/m², dla Tm-Ta = 10K - 789,7 W/m² , dla Tm-Ta = 30K - 699,6 W/m², dla Tm-Ta = 50K - 594 W/m²);
- Minimalna sprawność optyczna odniesiona do powierzchni całkowitej kolektora (wg normy EN ISO 9806) wymagana przez Zamawiającego to 76,9 %, a posiadana przez ww. kolektor jest identyczna jak w warunku (tj. 76,9%);
- Maksymalny współczynnik utraty ciepła a1 w odniesieniu do powierzchni całkowitej kolektora wg normy EN ISO 9806 wymagany przez Zamawiającego to 3,460 W/m²K, a współczynnik ww. kolektor jest niemalże identyczny jak w warunku (tj. 3,459 W/m²K);
- Maksymalny współczynnik zależności temperatury utraty ciepła a2 w odniesieniu do powierzchni całkowitej kolektora (wg normy EN ISO 9806) wymagany przez Zamawiającego to 0,018 W/m²K², a współczynnik ww. kolektor jest identyczny jak w warunku (tj. 0,018 W/m²K²).

Jak widać, ww. parametry kolektora pokrywają się z parametrami wskazanymi w SIWZ tak dalece, że nie może być mowy o przypadkowej ich zbieżności.

19. Opis parametrów produktów w taki sposób, że spełnia je tylko jeden, konkretny produkt czy dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych, wygórowanych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami Zamawiającego, dowodzi ograniczenia uczciwej konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

20. Jedynie zatem z ostrożności Odwołujący wskazuje, że nie będzie też żadnym argumentem w sprawie, jeżeli okazałoby się, że wymagane przez Zamawiającego parametry spełnia więcej niż jeden kolektor (tj. jeszcze jakiś inny kolektor poza kolektorem Viessmann Vitosol 200-F-SVE). Nadal bowiem z przedmiotowego postępowania wyeliminowane będą, bez żadnych uzasadnionych do tego podstaw, kolektory z naddatkiem spełniające obiektywnie uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Jak to słusznie wskazała Izba w wyroku z 21 czerwca 2011 r., sygn. akt: KIO 1196/11: „Dla zachowania uczciwej konkurencji nie jest istotne ilu wykonawców może spełnić wymagania zamawiającego, ale jest istotne aby nieuzasadnionymi wymaganiami nie spowodować odrzucenia oferty przynajmniej jednego wykonawcy, który spełniając wszystkie uzasadnione wymagania zamawiającego nie będzie mógł – w związku z nieuzasadnionym wymaganiem – złożyć oferty podlegającej ocenie.”

21. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zmianę ww. kwestionowanego wymagania (zawartego w PFU stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ, w „Opisie wymagań zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia dla instalacji solarnej" na str. 13 PFU), poprzez rezygnację z wymogu zgodnie z którym maksymalny współczynnik utraty ciepła a1 w odniesieniu do powierzchni całkowitej kolektora wg normy EN ISO 9806: 3,460 W/m²K. Odwołujący wnosi zatem, o <u>usunięcie</u> wymogu:

Maksymalny współczynnik utraty ciepła a1 w odniesieniu do powierzchni całkowitej kolektora wg normy EN ISO 9806	*max. 3,460 W/m²K*

ALTERNATYWNIE,

Odwołujący wnosi o <u>zastąpienie</u> tego wymogu następującym wymogiem:

Maksymalny współczynnik utraty ciepła a1 w odniesieniu do powierzchni całkowitej kolektora wg normy EN ISO 9806	*max. 3,750 W/m²K*

(<u>żądanie nr 2</u>).

C. NARUSZENIE UCZCIWEJ KONKURENCJI I RÓWNEGO TRAKTOWANIA

22. W ocenie Odwołującego, jedynym powodem, dla którego Zamawiający sformułował ww. kwestionowane wymagania, jest faworyzowanie kolektora słonecznego Viessmann Vitosol 200-F-SVE, produkowanego przez firmę Viessmann. Ww. kolektor słoneczny spełnia bowiem zarówno ww. kwestionowane wymagania jak i wszystkie pozostałe wymagania SIWZ, w przeciwieństwie do innych kolektorów słonecznych innych producentów.

23. Odwołujący wskazuje, że wedle utrwalonego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia, względnie stawia wybranych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji wobec pozostałych.

24. Odwołujący pragnie wskazać za wyrokiem KIO z dnia 8 sierpnia 2012 r., sygn. akt: KIO 1549/12, że: *„(…) opisanie przedmiotu zamówienia należy do kluczowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie tylko uprawnień, ale i obowiązków zamawiającego. Ramy, w których zamawiający powinien poruszać się opisując przedmiot zamówienia w siwz, wyznaczone zostały w szczególności w art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 Pzp. Zatem zamawiający definiując przedmiot zamówienia powinien go opisać z zachowaniem wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.* ***Zakazane jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który <u>mógłby utrudniać</u> uczciwą konkurencję*** *(art. 29 ust. 2 Pzp).*" W ocenie Odwołującego w niniejszym postępowaniu Zamawiający bez wątpienia nie uczynił

zadość obowiązkom wynikającym z ww. przepisów. **Ze względu na powyższe Odwołujący domaga się, aby Zamawiający zmienił treść SIWZ (tj. PFU, będących załącznikami do SIWZ) w sposób wskazany powyżej.**

25. W uzasadnieniu powyższego żądania Odwołujący wskazuje, że art. 29 ust. 1 ustawy nakłada na Zamawiającego obowiązek opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przepis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Biorąc pod uwagę przepis art. 29 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/05).

26. W ocenie Odwołującego, wymóg powierzchni absorbera kolektora minimum 2,30 m^2 jak i wymóg dotyczący maksymalnego współczynnika utraty ciepła a1 nie jest podyktowany uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego a wyłącznie chęcią maksymalnego ograniczenia konkurencji. Wedle utrwalonego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia. Na powyższe konsekwentnie wskazuje się w orzecznictwie KIO.

27. Przykładowo, w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2012 roku, sygn. akt KIO/KD 14/12, podkreślono, że: *„istotne jest aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź* ***które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.*** *(tak też wyrok KIO z 21 września 2010 roku sygn. akt KIO 1954/10, wyrok KIO z 7 października 2010 roku sygn. akt KIO 2053/10).”*

28. Odwołujący wskazuje za wyrokiem KIO z dnia 22 lipca 2013 roku, sygn. akt: KIO 1589/13, że: *„z regulacji prawa wspólnotowego wynika, iż Zamawiający zobowiązany jest do sporządzenia tzw.:*

<<neutralnego>> opisu przedmiotu zamówienia, wyczerpująco oraz sporządzonego w sposób przejrzysty. Opis przedmiotu zamówiona powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję." Podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1314/13, podkreślono, że: *„Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. **Postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia bez uzasadnionej przyczyny chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom**."*

29. W ocenie Odwołującego poprzez sformułowanie wymogów kwestionowanych w niniejszym odwołaniu Zamawiający bez jakiegokolwiek uzasadnienia eliminuje z przedmiotowego postępowania zdecydowaną większość wykonawców, którzy z powodzeniem są w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie. Biorąc natomiast pod uwagę przepis art. 29 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zamieszczenie określonych postanowień w SIWZ, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.

30. Nie będzie zatem żadnym argumentem w sprawie, że kwestionowany w odwołaniu opis przedmiotu zamówienia spełnia dwóch czy więcej wykonawców, skoro Zamawiający w sposób całkowicie nieuprawniony wyeliminował możliwość ubiegania się o przedmiotowe zamówienie przez zdecydowaną większość wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia. Powyższe jednoznacznie wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej.

31. Przykładowo, w wyroku KIO 2683/13, sygn. akt KIO 2683/13, Izba podkreśliła, że: *„(…) zamawiający ma pełne prawo tak opisać przedmiot zamówienia, aby zapewnić jak najlepszą realizację swoich potrzeb. Nie jest to jednak prawo nieograniczone. Swoboda zamawiającego w tym zakresie nie może bowiem w sposób nieuzasadniony zawężać kręgu wykonawców, którzy mogą wykonać przedmiot zamówienia. Zatem oceniając opis przedmiotu zamówienia pod kątem zgodności z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp należy ustalić, czemu służą jego poszczególne elementy - czy są one uzasadnione istotą i celem zamówienia, czy też, nie służąc żadnym obiektywnie uzasadnionym potrzebom, zawężają krąg wykonawców mogących zamówienie wykonać. Nie ma wątpliwości, że w przedmiotowym postępowaniu określenie parametru kolektora dotyczącego minimalnej temperatury stagnacji na poziomie 200 stopni C uniemożliwia ubieganie się o udzielenie zamówienia tym wykonawcom, którzy oferują kolektory o niższej temperaturze stagnacji. **Nie ma przy tym znaczenia podnoszony przez Zamawiającego fakt, że na rynku działa wielu wykonawców będących w stanie ww. wymaganie spełnić. Nieuzasadnione ograniczenie konkurencji może mieć bowiem miejsce nie tylko w sytuacji, gdy krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie zostaje ograniczony do jednego czy dwóch, ale również wtedy, gdy dopuszczając do***

postępowania wielu wykonawców, w sposób nieuzasadniony uniemożliwia się udział w nim równie dużej grupie."

32. Do podobnych wniosków Izba doszła również w wyroku z dnia 5 czerwca 2014 r., sygn. akt: KIO 938/14: „***przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.***" Identycznie sformułowany pogląd wyrażono w wyroku z dnia 27 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 28/14.

33. Oprócz powołanego powyżej orzecznictwa wskazać można w tym zakresie również na wyrok KIO z 30 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2729/10, zgodnie z którym: „*treść art. 29 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż* ***do naruszenia normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie dochodzi już przypadku utrudnienia konkurencji, nie zaś jedynie wówczas jeżeli wskutek dokonania opisu przedmiotu zamówienia dochodzi do jej całkowitego wyeliminowania. Utrudnianie konkurencji nie polega wszakże na całkowitej eliminacji wszystkich producentów, dostawców lub dystrybutorów poza jednym, jak również wszystkich urządzeń, technologii lub rozwiązań poza jednym.*** *Literalna wykładnia normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie wskazuje, iż nieuzasadnione utrudnianie konkurencji (wobec określonego i równouprawnionego do udziału w rynku wykonawcy lub oferowanego produktu) prowadzi do wypełnienia hipotezy normy prawnej wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp*".

34. Również w orzecznictwie sądów powszechnych utrwalił się pogląd o niedopuszczalności opisywania przedmiotu zamówienia w sposób nawet pośrednio ograniczający konkurencję (nie mówiąc już o bezpośrednim jej utrudnianiu innymi sposobami). Wyraźnie wskazuje na to wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, zgodnie z którym: „*istotne jest, aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji.* ***Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych***". Do powyższego orzeczenia nawiązuje wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 kwietnia 2009 r., sygn. akt II Ca 137/09, zgodnie z którym: "***dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji***". Tożsame stanowisko znalazło się również w wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia

17 grudnia 2009 r., sygn. akt II Ca 992/09 oraz w wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 2 kwietnia 2009 r., sygn. akt IX Ga 49/09.

35. Odwołujący zwraca szczególną uwagę na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 stycznia 2012 r., sygn. akt VI ACa 965/11. W rozpatrywanej wówczas sprawie Sąd Apelacyjny podtrzymał wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie stwierdzający nieważność umowy sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia Sąd Apelacyjny wskazał m.in., że: *„(…) przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia musi odbyć się z poszanowaniem zasad określonych w art. 7 i 29 ustawy. Zamawiający nie może więc określać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję**. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę bądź też, które eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych**.*” W ocenie Odwołującego tezy zawarte w uzasadnieniu ww. wyroku stosują się wprost w niniejszej sprawie.

36. Odwołujący podkreśla jednocześnie, że z uwagi na charakter kwestionowanych postanowień SIWZ, z których każde utrudnia uczciwą konkurencję w skuteczny sposób pozbawiający Odwołującego dostępu do zamówienia, tylko pełne uwzględnienie przedstawionych w niniejszym odwołaniu zarzutów i żądań skutkować będzie doprowadzeniem postępowania do zgodności z ustawą. Pozostawienie w SIWZ któregokolwiek z kwestionowanych postanowień spowoduje, iż dostęp do niniejszego zamówienia w dalszym ciągu będzie utrudniony, a wręcz nie będzie go w ogóle. Wykonawcy zobowiązani są bowiem do złożenia oferty zgodnej z każdym żądaniem przedstawionym w treści SIWZ, zatem zaniechanie zmiany któregokolwiek z przedstawionych powyżej wymagań nie otworzy dostępu do tego postępowania wszystkim podmiotom mogącym należycie wykonać przedmiotowe zamówienie.

37. Podsumowując, z powołanych w odwołaniu przepisów ustawy wynika jednoznacznie, iż przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nie utrudniający uczciwej konkurencji. Odwołujący jest przekonany, że opisanie przedmiotu zamówienia w inny sposób, tj. zgodnie z żądaniami odwołania, umożliwi realizację potrzeb Zamawiającego przy jednoczesnym poszanowaniu zasad równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania przetargowego zgodnie z zasadą zachowania uczciwej konkurencji. Mając na uwadze argumenty przedstawione w niniejszym odwołaniu, należy stwierdzić, że Zamawiający dopuścił się wszystkich wskazanych powyżej naruszeń formułując postanowienia SIWZ w sposób kwestionowany w odwołaniu. Zatem uznać należy, że odwołanie jest w pełni uzasadnione.

D. KOREKTA FINANSOWA W WYSOKOŚCI DO 25%

38. Dodatkowo należy wskazać, że omawiane naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, jako prowadzące do opisania przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję stanowi podstawę nałożenia na Zamawiającego korekty finansowej w wysokości do 25% wydatków kwalifikowanych w ramach zamówienia udzielonego z naruszeniem wskazanych przepisów Pzp, które to zamówienie jest współfinasowane ze środków budżetu Unii Europejskiej w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego na lata 2014-2020.

39. Podstawę prawną do ewentualnego nałożenia i określenia wymiaru korekty finansowej stanowi pkt 20 Załącznika do Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (dalej: „Rozporządzenie Ministra Rozwoju") i art. 24 ust. 7 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (dalej: „ustawa wdrożeniowa") i w zw. z art. 143 ust. 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (dalej: „Rozporządzenie 1303/2013").

40. Wskazany punkt 20 Załącznika do Rozporządzenia Ministra Rozwoju wprost dotyczy korekty finansowej za dyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia, który definiowany jest m. in. jako *„naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp polegające na opisaniu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję*".

E. TERMIN SKŁADANIA OFERT

41. Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 31 sierpnia 2020. Odwołujący podnosi, iż tak ustalony termin składania ofert jest zbyt krótki. Wyznaczony termin nie uwzględnia bowiem specyfiki niniejszego zamówienia publicznego, złożonego charakteru tego projektu, a nade wszystko okoliczności, iż opis przedmiotu zamówienia ogranicza uczciwą konkurencją, co po konwalidowaniu tej wady spowoduje zainteresowanie tym przetargiem innych podmiotów, do tej pory wykluczonych z możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie.

42. Z uwagi na fakt, że opis przedmiotu zamówienia nie umożliwia złożenia oferty z uwzględnieniem produktów marki HEWALEX, Odwołujący zmuszony jest do wstrzymania się z wyceną do czasu zmiany zakresu zamówienia. Oznacza to, że po rozpoznaniu odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz po dokonaniu zmian w treści SIWZ, Wykonawcy zainteresowani złożeniem oferty uwzględniającej produkty HEWALEX, faktycznie mogą mieć ok. trzy dni na sporządzenie oferty. Jest to termin zdecydowanie zbyt krótki. Sam Zamawiający przygotowywał się do przeprowadzenia Postępowania przez wiele miesięcy, zatem powinien był rozumieć, że również Wykonawcy – w celu rzetelnego przygotowania oferty przetargowej obowiązani są do dokonania szczegółowej analizy wymagań technicznych, a także rzetelnej wyceny wszystkich kosztów składających się na przedmiot zamówienia oraz ryzyk im towarzyszących. Tylko wówczas bowiem Wykonawcy będą w stanie należycie ustalić warunki handlowe z producentami i dostawcami itp.

43. W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o dokonanie modyfikacji postanowień Ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ poprzez wydłużenie terminu składania ofert o co najmniej 15 dni, jako czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, tj. o wyznaczenie terminu składania ofert najwcześniej na dzień 15 września 2020. (**żądanie nr 3**).

Mając powyższe na uwadze wnoszę jak na wstępie.

Z poważaniem,

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
2. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
3. odpis z KRS dla Odwołującego i dla komplementariusza Odwołującego,
4. pełnomocnictwo do wniesienia odwołania wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej.