

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 25 marca 2016 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych 26 lutego 2016 r. {pismem z 25 lutego 2016 r.} do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Powiat Rzeszowski

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej o sygn. UZP/DKUE/KD/32/2015 z 17 lutego 2016 r., przekazanej za pismem z 17 lutego 2016 r. {znak UZP/DKUE/W3/421/34(11)/15/JB(1426)} w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Przygotowanie terenów inwestycyjnych pod budowę Parku Naukowo Technologicznego Rzeszów-Dworzysko – II etap* (nr postępowania BPNT-ZP/1/I/2014)

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Piotr Kozłowski
Członkowie:	Ewa Kisiel
	Daniel Konicz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej następczej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Rzeszowski – przeprowadził na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Przygotowanie terenów inwestycyjnych pod budowę Parku Naukowo Technologicznego Rzeszów-Dworzysko – II etap* (nr postępowania BPNT-ZP/1/I/2014). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 3 stycznia 2015 r. pod nr 2015/S_002-001379, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej { www.bip.powiat.rzeszow.pl}, na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

I.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną następczą wyżej wymienionego postępowania {sygn. UZP/DKUE/KD/32/2015}, a w informacji o jej wyniku stwierdził następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1.

Art. 29 ust. 2 – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie modułów oraz inwerterów fotowoltaicznych w sposób naruszający uczciwą konkurencję

W toku kontroli ustalono, co następuje:

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (zawartym w dokumentacji technicznej stanowiącej załącznik nr 10 do SIWZ) przedmiotem zamówienia były roboty budowlane obejmujące wykonanie m.in. sieci i urządzeń elektroenergetycznych, w tym farmy fotowoltaicznej i stacji transformatorowej wraz z linią kablową SN.

Zakres robót dotyczących farmy fotowoltaicznej obejmował – zgodnie z projektem wykonawczym pn. *Farma fotowoltaiczna* – wykonanie paneli fotowoltaicznych o następujących parametrach: typ ogniw w panelu PV – krzemowe monokrystaliczne; moc panelu – 365 W; utrata wydajności w ciągu 25 lat – 20%; wydajność ogniw w panelu przy STC – 20,2 %, typ przedniego szkła – o podwyższonej transmitancji, wzmacniane metodą wymiany jonowej o grubości maksymalnie 1,5 mm. Określono również następujące dane

mechaniczne: powierzchnia 2,3 m²; konstrukcja panelu szkło-szkło z ramką z tworzywa sztucznego; wymiary laminatu 1657 mm x 1329 mm; mocowanie przewodów odprowadzających prąd Junction BOX, z wtyczkami MC-4, diody wypasowe; system ochrony ogniwa i złączy IP65; przewody odprowadzające wygenerowany prąd 2 x ø4 mm², biegun dodatni oraz ujemny, długość 2x1,5 m; klasa ochrony – II.

Ponadto przewidziano instalację inwerterów fotowoltaicznych wykonanych w systemie zdecentralizowanym, przy wykorzystaniu trójfazowych inwerterów fotowoltaicznych, które po stronie napięcia zmiennego (AC) mają być podłączone do rozdzielnic zbiorczych, a zamontowane na konstrukcji wsporczej paneli fotowoltaicznych. Komunikacja między inwerterami a systemem zarządzania energią miała zostać zrealizowana za pomocą rozproszonych infrastruktury sieciowej. Wskazano m.in. następujące parametry inwerterów: liczba niezależnych wejść MPP / pasm na wejście MPP: 9 /1; moc wejściowa na pojedyncze MPPT: 2,5 kW; maksymalny prąd wejściowy na pojedyncze MPPT: 10 A; izolacja galwaniczna – tak.

Celem projektowanego systemu było pozyskanie energii elektrycznej o mocy 580 kW, czego efektem miało być wygenerowanie z odnawialnego źródła 554 MWh energii.

Jak wynika z kosztorysu inwestorskiego pn. „Projektowane sieci / urządzenia elektroenergetyczne Farma fotowoltaiczna, Stacja transformatorowa i linia kablowa SN” wartość modułów fotowoltaicznych wraz z montażem została oszacowana przez zamawiającego na 4.314.512,70 zł (netto).

W toku postępowania do zamawiającego wpływały pytania do treści SIWZ, których część dotyczyła opisu przedmiotu zamówienia w zakresie paneli i inwerterów fotowoltaicznych.

Jeden z wykonawców zwrócił się do Zamawiającego z m.in. następującymi pytaniami:

- *Czy zamawiający dopuszcza zastosowanie paneli fotowoltaicznych o wymiarach, ilościach i mocach innych niż w dokumentacji projektowej, lecz przy zachowaniu łącznej mocy instalacji?*
- *Czy zamawiający dopuszcza zastosowanie przedniej tafli szkła paneli fotowoltaicznych grubszej niż 1,5 mm?*
- *Czy zamawiający dopuszcza użycie paneli fotowoltaicznych bez przedniego szkła wzmocnianego metodą wymiany jonowej?*
- *Czy zamawiający dopuszcza zastosowanie inwerterów bez izolacji galwanicznej?*
- *Zaprojektowane inwertery charakteryzują się bardzo dużą ilością wejść śledzących MPPT. Czy zamawiający dopuszcza zastosowanie inwerterów o mniejszej ilości wejść śledzących?*
- *Czy zamawiający dopuszcza zastosowanie jednego inwertera centralnego?*

– *Czy zamawiający dopuszcza zmianę układu oraz kąta montażu paneli na konstrukcji wsporczej?*

W odpowiedzi na powyższe pytania (przekazanej 4 lutego 2015 r.) Zamawiający odmówił dokonania modyfikacji projektu technicznego zgodnie z wnioskami wykonawcy.

Do Zamawiającego wpłynął również wniosek innego wykonawcy o zmianę SIWZ w zakresie opisu paneli fotowoltaicznych oraz inwerterów. Po pierwsze – podniesiono, że *opisane w projekcie inwertery zawierające 9 niezależnych wejść śledzących MPPT nie są produkowane przez żadnego z powszechnie dostępnych producentów i dystrybutorów w Polsce*. Wykonawca zasugerował przy tym Zamawiającemu inne rozwiązanie techniczne dotyczące inwerterów. Po drugie – zdaniem wykonawcy zastosowanie przedniej szyby paneli ze szkła o grubości 1,5 mm jest nieprawidłowe. *Jak wskazano, znajomość ogólnoswiatowego rynku paneli fotowoltaicznych wskazuje na to, iż takie szkło nie jest stosowane w fotowoltaice gruntowej. Szkło o grubości 1,5 mm ma słabą wytrzymałość i krótkotrwałą odporność na grad. Biorąc pod uwagę, iż projektowana instalacja powinna mieć trwałość standardową 25 lat, to projektowane szkło nie spełni podstawowych funkcji ochronnych ogniw fotowoltaicznych. Jak do tej pory żaden z akredytowanych ośrodków certyfikujących nie certyfikował rozwiązania paneli fotowoltaicznych z przednią szybą o takiej grubości. Dodatkową wątpliwość wzbudza metoda utwardzania szkła za pomocą wymiany jonów. Szkło utwardzane tą metodą pod wpływem różnych czynników zewnętrznych, jak choćby temperatura, z biegiem czasu traci swoją twardość i będzie pękać pod wpływem gradu (...). Znajomość rynku wskazuje na to, iż zaprojektowane panele fotowoltaiczne nie są produkowane na standardowych liniach produkcyjnych. Nietypowy rozmiar i moc spowoduje brak możliwości skutecznego usuwania usterek po okresie gwarancyjnym. Zastosowanie nietypowych paneli spowoduje uzależnienie się od jednego wykonawcy na długi okres eksploatacji oraz wydłużenie czasu usunięcia powstałych usterek, co ma wpływ na sprawność dyspozycyjną całej farmy. Wykonawca powołał się również na opracowania naukowe dowodzące, że stosowanie szkła hartowanego chemicznie metodą wymiany jonowej w panelach fotowoltaicznych jest nieuzasadnione i nie zapewnia zachowania niezbędnych właściwości przez wymagany w fotowoltaice okres 20-25 lat.*

W odpowiedzi na powyższe sugestie (przekazanej 20 lutego 2015 r.) Zamawiający odmówił dokonania modyfikacji projektu technicznego zgodnie z wnioskiem wykonawcy.

Ponieważ ocena wymagań dla urządzeń składających się na farmę fotowoltaiczną wymagała wiadomości specjalnych, Prezes Urzędu powołał w sprawie biegłego z zakresu energetyki słonecznej, który ocenił prawidłowość opisu wszystkich elementów składających się na farmę fotowoltaiczną.

Odnosząc się do kwestii typu szkła przedniego biegły wskazał, co następuje. *Stosowanie szkła wzmacnianego metodą wymiany jonowej nie jest popularne w rozwiązaniach przeszkleń modułów fotowoltaicznych. Dostępne na rynku typowe rozwiązania, nawet o wysokiej sprawności nie wykorzystują szkła wzmacnianego tą metodą. Również stosowanie tak cienkiego szkła w modułach fotowoltaicznych nie jest rozpowszechnione. Szwajcarski instytut zajmujący się certyfikacją szkła przeznaczonego do rozwiązań energetyki słonecznej: SPF – Institute Fur Solartechnik w bazie produktów certyfikowanych nie posiada szkła cieńszego niż 2 mm. Nie oznacza to, że szkło takie nie jest w ogóle stosowane, ale nie jest to typowe rozwiązanie. Wymienione przez projektanta firmy typu Pilkington, czy Grupa AGC produkują szkło o tak małej grubości głównie dla przemysłu samochodowego. W ofercie firmy Pilkington znajduje się szkło do zastosowań w fotowoltaice, są to trzy produkty: Pilkington Optiwhite™, Pilkington Microwhite™, Pilkington Optiwhite™ S. Pierwsza oraz ostatnia marka produktów występuje w najcieńszej wersji o grubości 3 mm. Pilkington Microwhite™ występuje w wersjach 1; 1,1; 1,3 oraz 1,6 mm. Szkło to nie jest jednak hartowane ani wzmacniane, jedyną obróbką tego typu szkła jest wyżarzanie. Szkło to nie jest typowo stosowane jako przednia szyba modułów, ale jako element luster słonecznych wykorzystywanych w koncentratorach słonecznych. Również powierzchnia, w jakiej produkowane są wszystkie wymienione wyżej produkty firmy Pilkington, to maksymalnie 1000 * 1800 mm, co nie odpowiada założonej powierzchni modułu. Grupa AGC ma w swojej ofercie również trzy typy szkła przeznaczonego do modułów fotowoltaicznych. Są to następujące produkty: Sun max™ Premium, Solite™ oraz Solatex™. Jedynie pierwszy z wymienionych występuje w wersji o grubości mniejszej lub równiej 1,5 mm. Sunmax™ Premium o grubości 1 mm może być wzmacniany lub hartowany. Producent nie podaje jednak dokładnej metody wzmacniania oraz wymiarów, w jakich szkło może być produkowane. Szkło o grubości 1 mm nie jest popularnie stosowanym w fotowoltaice szkłem, w przypadku produktów firmy AGC zmniejszenie grubości szkła z 3,2 mm do 1 mm powoduje wzrost transmisyjności jedynie o 0,1%.*

O transmisyjności szkła decyduje: jego skład, który wpływa na absorpcyjność promieniowania (ogranicza się zawartość żelaza), rodzaj i struktura powierzchni, która wpływa na refleksyjność, kąt padania promieniowania i grubość szkła, które wpływają na drogę, którą promieniowanie przechodzi w szkło, ale grubość w zakresie 1,5-3 mm nie daje istotnych różnic w transmisyjności.

Podsumowując, warunek grubości szkła oraz konkretnej metody jego wzmacniania w bardzo dużym stopniu ogranicza dostępność dostawców. Produkt, jaki może być zastosowany musi zostać wykonany na zlecenie, a nie być typowo dostępnym na rynku. Dodatkowo stosowanie szkła o grubości 1,5 mm i cieńszego budzi wątpliwości odnośnie do jego trwałości.

Warunek taki nie powoduje podniesienia jakości modułu oraz nie ma praktycznego wpływu na transmisyjność szkła, a w konsekwencji na sprawność całego urządzenia.

W innym miejscu biegły dodał, co następuje. Sposób wzmacniania przeszklenia również nie wpływa w istotny sposób na uzyski energetyczne instalacji. Stanowić on może dodatkowy czynnik poprawiający jakość wykonania modułu, jednak zapisany w projekcie wykonawczym sposób wzmacniania szkła metodą wymiany jonowej nie jest powszechnie stosowany i sprawdzony na szeroką skalę w przemyśle związanym z fotowoltaiką.

Biegły zwrócił również uwagę na nieprawidłowe opisanie specyfikacji modułu fotowoltaicznego ze względu na wskazanie konkretnej mocy panelu, a także jego powierzchni. Wskazanie na konkretną moc modułu wydaje się znacznym ograniczeniem, jeśli chodzi o wybór odpowiedniego rozwiązania. Na rynku dostępny jest szereg rozwiązań o takiej mocy, jednak zdecydowana większość to moduły o mocach zupełnie innych. Zasadnym wydaje się określenie minimalnej mocy modułu, co zapobiegnie zastosowaniu modułów o małej powierzchni i związanej z nią niską jego sprawnością. Z kolei Określenie w sposób bardzo dokładny wymiarów, a w szczególności wymiarów laminatu, 1657 mm x 1329 mm, ogranicza w bardzo dużym stopniu dostępność dostawców technologii. Warunek odpowiedniej mocy (wspomniany w punkcie 2) i powierzchni (2,3 m²) w konsekwencji wymusza konkretną budowę modułu. Podane parametry (powierzchnia i moc) definiują sprawność całego modułu, przy założonych parametrach moc jednostkowa (z 1m²) to 158,7 W. Odpowiada to sprawności modułu w warunkach STC równej 15,87%. Wartość ta jest relatywnie mała i wiele dostępnych na rynku produktów osiąga wyższe sprawności. Jest to o tyle istotna wartość, że w założeniach projektu podawany jest warunek maksymalnych uzysków z określonej powierzchni gruntu, a to właśnie sprawność całego modułu, a nie tylko pojedynczego ogniwa, będzie o nich decydowała.

Odnosząc się ogólnie do kwestii paneli, biegły w podsumowaniu wskazał, co następuje. Wymagania sformułowane we wszystkich punktach, traktowane łącznie, jako wymagania kompleksowe, w sposób istotny ograniczają dostępność dostawców mogących zrealizować zamówienie. Z dostępnych danych autorowi nie udało się znaleźć odpowiedniego dostawcy, który ma tego typu rozwiązania w swojej ofercie. Oczywiście moduł o wymienionych parametrach może być wykonany na zamówienie, ale oznacza to znaczne zwiększenie nakładów inwestycyjnych i nie jest niczym uzasadnione.

Projektant argumentował wybór parametrów modułu osiągnięciem maksymalnych uzysków z instalacji fotowoltaicznej, jednak nie sprecyzował on podstawowego parametru, który zapewnił by realizację tego celu, tj. sprawności całego modułu. W ten sposób wskazane w projekcie wykonawczym wymagania nie zapewniają maksymalnych uzysków, a jedynie ograniczają dostępność rozwiązań. Wymagania dotyczące konkretnej mocy modułu

odpowiadającej określonej powierzchni modułu i powierzchni laminatu, oraz konkretnego typu szkła zastosowanego do jego budowy, nie są standardowymi rozwiązaniami stosowanymi w modułach fotowoltaicznych. Powoduje to, że do realizacji projektu mogą być wykorzystane jedynie produkty wykonywane na zamówienie. Autor projektu argumentuje, że każdy ze zdefiniowanych elementów można zakupić oddzielnie i całość modułu zmontować. Wymaga to od dostawcy posiadania odpowiedniej linii montażowej lub zamówienia wszystkich elementów oddzielnie i znalezienie odpowiedniego producenta, który zrealizuje dla niego takie zamówienie. Szczególnie istotnym parametrem jest w tym przypadku zaproponowane szkło o grubości 1,5 mm wzmacniane metodą wymiany jonowej, które jest produktem bardzo trudno dostępnym, a jego zastosowanie nie wpływa w widoczny sposób na poprawę pracy systemu fotowoltaicznego. Jednocześnie stosowanie rozwiązania nietypowego powoduje wystąpienie zwiększonego ryzyka związanego z eksploatacją takiego urządzenia.

Autor projektu powołuje się na możliwość wykonania modułów przez następujących wykonawców: 1. Antec Solar GmbH Emil-Paßburgstr. 1, Arnstadt, Niemcy 2. Ertex solartechnik GmbH, Peter Mitterhfer Strasse 4, Amstetten, Austria 3. Sunnovation Production GmbH, Glanzstoff Strasse 21, Elsenfeld, Niemcy 4. Onyx Solar, Calle Rio Cea 1, Avila, Hiszpania.

Wszyscy wyżej wymienieni wykonawcy dostarczają rozwiązania fotowoltaiki zintegrowanej z budynkiem (BIPV), bardzo specyficznej technologii wymagającej każdorazowo indywidualnego projektu, technologii i wykonania. Pierwszy z nich opiera swoją produkcję na ogniwach HJT i CdTe, a nie ogniwach z krzemu monokrystalicznego. Rozwiązania BIPV są bardzo drogie ze względu na ich indywidualny charakter. Wymienieni producenci dysponują dużymi możliwościami budowy modułów fotowoltaicznych na zamówienie i jest to bardzo prawdopodobne, że mogą wyprodukować moduł o wskazanych w projekcie parametrach. Jednak taki sposób produkcji i zamawiania produktu wymaga od dostawcy znacznego czasu potrzebnego na znalezienie odpowiednich dostawców podzespołów (m.in. szkła) oraz określenie czy dany moduł może być ogóle wyprodukowany.

Projekt wykonawczy obejmując budowę instalacji o mocy 580 kW na powierzchni 1 ha. Stawiane wymagania dotyczące zastosowanego modułu powodują, że projekt ten staje się rozwiązaniem, które musi zostać wykonane na zamówienie (moduły fotowoltaiczne). Koszt takiego zamówienia jest nieproporcjonalny w stosunku do uzysków instalacji. Stawiane wymagania nie służą zwiększaniu produkowanej z instalacji energii, ale powodują znaczne ograniczenie liczby dostawców modułów fotowoltaicznych.

Biegły zwrócił również uwagę na nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie inwerterów fotowoltaicznych. Jednym z wymogów stawianych inwerterom w

projekcie wykonawczym: „Projektowane Sieci i Urządzenia Elektroenergetyczne: Farma fotowoltaiczna” jest konieczność posiadania izolacji galwanicznej. Izolację galwaniczną stosuje się w inwerterach z transformatorami (LF – low frequency, HF – high frequency). Transformator odseparowuje obwody AC i DC. W przypadku zwarcia po stronie DC inwerter nie zostanie uszkodzony. Inwertery z transformatorami dedykowane są dla instalacji z modułami, które wymagają uziemienia jednego z biegunów. Najczęściej są to moduły z krzemu amorficznego bądź cienkowarstwowe (specyficzna budowa modułów). Izolację galwaniczną stosuje się w mikroinwerterach i małych inwerterach stringowych (do 3 kW). Wszystkie większe inwertery stringowe nie mają transformatorów, a w związku z tym nie mają izolacji galwanicznej (TL – transformerless). Wszystkie inwertery centralne mają odseparowane obwody AC i DC. Na rynku nie ma dostępnych inwerterów o maksymalnej mocy po stronie prądu DC rzędu 20 kW z izolacją galwaniczną (inwertery stringowe). W tabeli poniżej zebrano dostępne na rynku inwertery o zbliżonej do wymaganej maksymalnej mocy po stronie DC. (...).

Kolejnym z wymogów zapisanych w projekcie wykonawczym (... jest „Liczba niezależnych wejść MPP/pasm na wejście MPP: 9/1”. Duża liczba niezależnych wejść śledzących punkt mocy maksymalnej (MPP) stosowana jest w przypadkach, gdy część instalacji jest zamontowana pod innym kątem bądź zwrócona w innym kierunku, niż pozostała część. Takie rozwiązanie sprawdza się również w przypadku, gdy część instalacji może być okresowo zacieniona. Moduły fotowoltaiczne w projektowanej instalacji zwrócone są w tym samym kierunku, a w pobliżu nie ma obiektów, które mogłyby zacienić instalację. Stosowanie inwerterów o dopuszczalnej mocy maksymalnej modułów około 20 kW o 9 wejściach śledzących MPP jest tutaj nieuzasadnione. Większość inwerterów stringowych o podobnej mocy posiada jedno lub dwa wejścia śledzące MPP.

W konkluzji biegły stwierdził w odniesieniu do całości wymagań co do inwerterów, co następuje. Na rynku nie ma producenta/dostawcy oferującego inwertery spełniające wszystkie wymienione warunki. Inwerter o podanych minimalnych parametrach musi zostać wykonany na zamówienie. W systemach zdecentralizowanych stosuje się inwertery stringowe, które nie posiadają izolacji galwanicznej. Wymóg zastosowania tej izolacji powoduje konieczność modyfikacji dostępnych urządzeń, bądź produkcję inwerterów na zamówienie o wcześniej określonych parametrach. Warunek dotyczący minimum 9 wejść śledzących punkt mocy maksymalnej także nie pozwala wybrać produktu dostępnego na rynku. Jedynie inwertery centralne posiadają tak dużo wejść śledzących MPP. Typowo w instalacjach o mocy ~500 kWp stosuje się inwertery centralne, których sprawność jest na tym samym poziomie, co w inwerterach stringowych, a cena w odniesieniu do 1 Wp jest wyraźnie niższa. Zastosowanie wielu inwerterów o mocy 20kW nie jest jednak rozwiązaniem

niespotykanym. Pozwala ono zapewnić większe bezpieczeństwo dostaw energii do sieci w przypadku awarii urządzenia. Głównym warunkiem ograniczającym dostępność rozwiązań jest ilość wejść MPP, niespotykana w urządzeniach produkowanych seryjnie. Stawiane wymagania powodują, że konieczne jest wyprodukowanie urządzenia na zamówienie".

Biegły odniósł się również do pytania, czy zrealizowanie założonego przez zamawiającego celu projektowanego systemu fotowoltaicznego byłoby możliwe przy zastosowaniu paneli o innych parametrach, w szczególności o innym typie przedniego szkła niż wymagane w postępowaniu.

Zdaniem biegłego: *Wyszczególnione w pkt 1 niniejszej opinii wymagania stawiane modułom fotowoltaicznym oraz wyszczególnione w pkt 2 wymagania stawiane falownikom nie są gwarancją uzyskania najwyższych uzysków energii z instalacji fotowoltaicznej. Budowa instalacji o innym typie ogniw fotowoltaicznych oraz innym typie przeszklenia również pozwoli zrealizować cel projektowanego systemu fotowoltaicznego. Przedstawione w projekcie wykonawczym: Projektowane Sieci i Urządzenia Elektroenergetyczne: farma fotowoltaiczna, obliczenia dotyczące szacowanych uzysków z instalacji 580 kW wskazują na uzyski roczne wynoszące 554 MWh. Wynik taki jest wynikiem typowym dla większości systemów fotowoltaicznych budowanych w Polsce i nie wyróżnia się w sposób szczególny, pomimo bardzo „wyśrubowanych” wymagań dotyczących budowy modułów i falowników. Roczny uzysk jednostkowy na 1 kWp mocy zainstalowanej to 955 kWh/kWp. (...) Zrealizowanie celu projektowanego systemu fotowoltaicznego jest możliwe przy zastosowaniu modułów o innych parametrach, w szczególności o innym typie szkła niż zapisane w wymaganiach projektu wykonawczego.*

Biegły podsumował swoją opinię stwierdzając jednoznacznie, że: *Opis przedmiotu zamówienia w zakresie urządzeń składających się na farmę fotowoltaiczna, zawarty w szczególności w Projekcie wykonawczym „Projektowane sieci i urządzenia elektroenergetyczne – Farma fotowoltaiczna narusza uczciwą konkurencję, zawarte w dokumencie wymagania są nieuzasadnione pod względem technicznym jak i ekonomicznym. Powodują znaczne zawężenie dostępnych na rynku rozwiązań oraz konieczność zakupu zarówno modułów fotowoltaicznych oraz inwertorów, jako elementów wykonanych na zamówienie. Liczba firm, które mogą sprostać przedstawionym w Projekcie wykonawczym wymaganiom jest bardzo wąska, w Europie firm takich jak tylko kilka (Ertex solartechnik GmbH, Sunnovation Production GmbH, Onyx Solar). Jedyń firmą w Polsce, która może wykonać produkt spełniający wymagania dotyczące produkcji modułów fotowoltaicznych jest firma MLSystem. Proces produkcji modułów o tak skomplikowanych wymaganiach wymaga od składającego ofertę znalezienia wielu podwykonawców i wielu elementów, których wykonanie w zakładanej formie może okazać się niewykonalne nawet*

przy skorzystaniu z usług takich firm jak: Ertex, Sunnovation, Onyx Solar. Analogiczna sytuacja do opisanej dotyczy produkcji inwertorów, których parametry zawarte w Projekcie wykonawczym wymuszają wykonanie tych elementów na zamówienie.

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Powyższy przepis wprowadza ograniczenie swobody zamawiającego przy opisywaniu przedmiotu zamówienia. Przepis ten zakazuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję przez użycie sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty. 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, a które powodują bezzasadne niedopuszczenie znacznej części produktów dostępnych na rynku.

W niniejszej sprawie Zamawiający przekonuje, że na rynku funkcjonuje wielu producentów zdolnych do dostarczenia gotowych paneli odpowiadających wymogom SIWZ. Ponadto zdaniem Zamawiającego szereg producentów wytwarza poszczególne elementy konstrukcyjne paneli, które mogą zostać nabyte oddzielnie w celu skompletowania całego produktu. Jednakże stanowisko Zamawiającego o szerokiej dostępności paneli zgodnych z SIWZ jest niezgodne z możliwościami faktycznie istniejącymi na rynku. Jak wynika z opinii biegłego, w opisie paneli zamawiający zawarł szereg wymogów, które w znaczący sposób zawężają krąg produktów możliwych do zaoferowania w postępowaniu.

Biegły zwraca uwagę na niezasadne wskazanie ścisłych wymogów co do mocy modułu i jego wymiarów (powierzchni i wymiarów laminatu). Połączenie tych parametrów w ustalonym przez Zamawiającego kształcie w bardzo dużym stopniu ogranicza dostawców technologii, wymuszając konkretną budowę modułu. W przypadku tych parametrów właściwe jest ustalanie wymagań minimalnych, co dopuszcza większą swobodę dla wykonawcy, przy zachowaniu niezbędnego poziomu jakości.

Najbardziej znaczącym elementem zawężającym krąg produktów możliwych do zaoferowania jest, jak podnosi biegły, wymóg dotyczący typu szkła przedniego modułu – o podwyższonej transmitancji, wzmacnianego metodą wymiany jonowej, o grubości 1,5 mm. Jak stwierdził biegły, stosowane powszechnie rozwiązania, nawet o wysokiej sprawności, nie

wykorzystują szkła wzmocnianego wspomnianą metodą i cechującego się grubością 1,5 mm. Co więcej, biegły podważył przykłady producentów mających zdaniem Zamawiającego w swojej ofercie typy szkła przedniego odpowiadającego SIWZ, tj. Grupa Pilkington oraz Grupa AGC. Pierwszy z wymienionych producentów posiada szkło o wymaganej grubości, jednak nie spełnia ono innych wymagań SIWZ, natomiast w przypadku Grupy AGC brak jest danych pozwalających na stwierdzenie pełnej zgodności oferowanego typu szkła z SIWZ. Biegły stwierdza jednoznacznie, że moduł wyposażony w opisane przez zamawiającego szkło przednie może być dostarczony wyłącznie jako produkt wykonany na zamówienie, gdyż w seryjnej produkcji moduł tego rodzaju nie występuje. Również producenci wymienieni przez zamawiającego, tj. Antec Solar, Ertex, Sunnovation, Onyx Solar, SoliTec, nie posiadają w stałej ofercie modułów w pełni odpowiadających opisowi zamawiającego i mogliby dostarczyć taki produkt tylko przy teoretycznym założeniu, że podjęliby się produkcji na zlecenie wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu. Podkreślono przy tym w opinii, iż rozwiązanie polegające na nabyciu poszczególnych elementów konstrukcyjnych paneli od różnych producentów i zmontowanie gotowego produktu jest rozwiązaniem skomplikowanym, ponieważ wymaga posiadania odpowiedniej linii montażowej, bądź zaangażowania dodatkowego producenta, który dokona takiego montażu. Opisanie wymogów w odniesieniu do paneli fotowoltaicznych, które wymuszają takie rozwiązanie, stanowi istotne utrudnienie dla wykonawców, którzy pozbawieni zostali możliwości dostarczenia szeroko dostępnych gotowych rozwiązań, nieodbiegających swoimi możliwościami technicznymi od modułów opisanych w SIWZ. Zawarcie w specyfikacji modułów fotowoltaicznych szeregu opisanych wyżej parametrów mających charakter dyskryminacyjny spowodowało, że liczba producentów mogących sprostać wymaganiom zawartym w projekcie wykonawczym jest bardzo wąska (trzech wymienionych w opinii producentów zagranicznych), przy czym w Polsce jest to jedynie ML System. Część wymogów dotyczy elementów modułów fotowoltaicznych niedostępnych dla przeważającej części przedsiębiorców działających na rynku, co uniemożliwia im zaoferowanie swoich produktów na potrzeby tego zamówienia.

Uzasadniając rygorystyczne wymagania techniczne w odniesieniu do modułów fotowoltaicznych Zamawiający w toku kontroli podnosił, że realizacja projektu oparta była na założeniu dostarczenia z instalacji jak największych uzysków z powierzchni nieprzekraczającej 1 ha, co możliwe było zdaniem zamawiającego jedynie przy zastosowaniu urządzeń o cechach określonych w SIWZ. Ponadto Zamawiający powołał się na przysługujące mu (jak każdemu zamawiającemu) prawo opisanie przedmiotu zamówienia gwarantującego większą przydatność, oszczędność, jakość technologiczną urządzeń, również wówczas, gdy spowoduje to wyeliminowanie części produktów standardowych,

szeroko dostępnych na rynku.

W odniesieniu do powyższego stanowiska należy wskazać w pierwszej kolejności, że opisana w dokumentacji projektowej moc instalacji w wysokości 580 kW odpowiada uzyskom rocznym wynoszącym 554 MWh, natomiast roczny uzysk jednostkowy na 1 kWp mocy zainstalowanej to 955 kWh/kWp. W ocenie biegłego wynik taki jest typowy w instalacjach podobnego rodzaju i nie wykracza poza standardowy poziom uzysków przeciętnych instalacji. Ponadto głównym wyznacznikiem wielkości uzysków z instalacji jest sprawność modułu fotowoltaicznego. Jak wyliczył biegły, moduły opisane w SIWZ cechuje moc jednostkowa (z 1m²) na poziomie 158,7 W, co odpowiada sprawności modułu w warunkach STC równej 15,87%, która to wartość jest relatywnie niewielka i wiele dostępnych na rynku produktów osiąga wyższe sprawności. Dodatkowo jednoznacznie stwierdzono, że grubość szkła przedniego w przedziale 1,5 mm do 3 mm nie ma istotnego wpływu na uzyski z instalacji (vide przykład modułów produkowanych przez Grupę AGC, w przypadku których zmniejszenie grubości szkła z 3,2 mm do 1mm powoduje wzrost transmisyjności jedynie o 0,1%). Dla transmisyjności szkła istotniejsze są inne czynniki, takie jak zastosowanie warstwy antyrefleksyjnej czy rodzaj materiału szyby. Również sposób wzmocnienia przeszklenia nie wpływa w istotny sposób na uzyski energetyczne instalacji.

Tym samym zastosowanie modułów zgodnych z treścią SIWZ zapewni uzyski energii jedynie na przeciętnym poziomie, nieodbiegającym od instalacji opartych na szeroko dostępnych na rynku, standardowych modułach fotowoltaicznych. Nie ma zatem oparcia w faktach twierdzenie Zamawiającego, iż tylko przy użyciu wymaganych przez niego modułów mogą zostać osiągnięte założenia inwestycji. Zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego założono maksymalizację uzysków z instalacji zbudowanej na dostępnym obszarze, jednakże opis kluczowych elementów modułu fotowoltaicznego, mimo ich skomplikowania i niezwykle trudnej dostępności na rynku, nie zapewnia efektu w postaci wyjątkowo wysokich uzysków. Z opinii biegłego wynika, że założeniom projektowym instalacji fotowoltaicznej nie można przypisać w żadnym razie cechy wyjątkowości czy też innowacyjności uzasadniającej postawienie wymagań tak znaczących, że mogłoby im sprostać jedynie kilku producentów europejskich i jeden polski.

Wymogi Zamawiającego, szczególnie w zakresie typu przedniego szkła modułu stanowią uciążliwość niewspółmierną do efektu, jaki ten element może faktycznie przynieść. Prawo zamówień publicznych nie zabrania w sposób generalny opisu zamówienia preferującego rozwiązania o jakości wyższej niż standardowa. Jednakże każdorazowo opis przedmiotu o takim charakterze, powodujący zawężenie kręgu wykonawców, bądź produktów, musi mieć podstawę w realnych potrzebach zamawiającego i korzyściach kompensujących ograniczenie konkurencji. W niniejszej sprawie Zamawiający powołał się

jedynie na intencję wykonania instalacji o wysokiej efektywności oraz zagwarantowanie produktów cechujących się większą przydatnością, oszczędnością czy jakością technologiczną. Biegły wykazał jednak, że opis wymagań zawartych w SIWZ nie zapewnia szczególnie wysokich uzysków energetycznych i nie odpowiada założeniom opisanym w wyjaśnieniach zamawiającego dla Prezesa Urzędu. Ponadto zastosowanie cienkiego szkła przedniego nie gwarantuje odpowiedniej trwałości modułu, który w większym stopniu narażony jest na szkodliwy wpływ warunków atmosferycznych, na co zwracał uwagę jeden z wykonawców w toku postępowania.

Przewidziana przez Zamawiającego specyfikacja mocy modułu i jego wymiarów oraz przede wszystkim typu przedniego szkła nie służyła zwiększeniu produkowanej z instalacji energii, natomiast skutkiem jej wprowadzenia było znaczne ograniczenie liczby dostawców modułów fotowoltaicznych. Biegły potwierdził wprost, że na rynku nie występują w seryjnej produkcji moduły spełniające wszystkie cechy opisane w SIWZ łącznie. Tak daleko idące ograniczenie nie zostało przekonująco uzasadnione przez Zamawiającego, w związku z czym było niedopuszczalne w okolicznościach kontrolowanego postępowania.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że w toku postępowania wykonawcy zainteresowani uzyskaniem zamówienia zwracali zamawiającemu uwagę na nieprawidłowe opisanie wymogów nie tylko w odniesieniu do modułów fotowoltaicznych, lecz również inwerterów fotowoltaicznych. Wnioski o zmianę SIWZ w kwestii inwerterów zawarte były w przytoczonych wyżej pismach dwóch wykonawców. Zamawiający odmówił dokonania jakichkolwiek zmian w dokumentacji projektowej.

Prawidłowość opisu specyfikacji inwerterów fotowoltaicznych w kontekście art. 29 ust. 2 ustawy pzp również została zbadana przez biegłego. W przytoczonej wyżej opinii biegły w pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że na rynku nie ma dostępnych inwerterów stringowych o mocy 20 kW, które posiadałyby wymaganą przez Zamawiającego izolację galwaniczną, gdyż izolację taką stosuje się wyłącznie w przypadku mikroinwerterów oraz inwerterów stringowych o mocy do 3kW.

Ponadto biegły podważył prawidłowość wymogu wyposażenia inwerterów w 9 niezależnych wejść MPP. Wskazano w szczególności, że większość inwerterów stringowych o mocy ok. 20 kW posiada jedno lub dwa wejścia śledzące. Jak wskazuje biegły, jedynie inwertery centralne posiadają tak dużą liczbę wejść śledzących MPP.

Po analizie opisu wymogów w odniesieniu do inwerterów biegły stwierdził wprost, że na rynku nie ma producenta/dostawcy oferującego inwertery spełniające wszystkie wymienione warunki, a inwerter o podanych minimalnych parametrach musi zostać wykonany na zamówienie. Decydującym czynnikiem powodującym ten stan jest wymóg 9

wejść śledzących. Biegły wskazał ponadto 8 przykładów inwerterów o mocy ok. 20 kW, które posiadały liczbę wejść MPP od 2 do 8, a zatem nie odpowiadały wymogom SIWZ. W konsekwencji, podobnie jak w przypadku modułów fotowoltaicznych, w niniejszym postępowaniu nie istniała możliwość zaoferowania Zamawiającemu żadnego inwertera dostępnego w ciągłej sprzedaży na rynku. Realizacja zamówienia w tym zakresie byłaby zatem możliwa wyłącznie w przypadku znalezienia producenta gotowego do wykonania tego typu urządzenia na zlecenie.

Zamawiający, odmawiając zmiany SIWZ w zakresie specyfikacji inwerterów, nie podał wykonawcom powodów swojej decyzji. Przekazując Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych pismo zawierające odniesienie się do zarzutów wniosku o kontrolę, Zamawiający przekazał również wyjaśnienia projektanta farmy fotowoltaicznej. W odniesieniu do kwestii inwerterów projektant wspomniał, że wniosek o dokonanie zmian *musiał spotkać się z odpowiedzią negatywną, gdyż wprowadzenie tego rodzaju zmiany skutkowałoby istotną zmianą opracowanego projektu (powstałby bowiem inny układ połączeń, który musiałby zostać uwzględniony w projekcie, czyli opracowanie zmian do projektu). Dopuszczenie zmian w tym zakresie na etapie przetargu spowodowałoby konieczność wydłużenia trwania procedury przetargowej, co nie leżało w interesie inwestora.*

Z wyjaśnień projektanta wynika, że za pozostawieniem opisu inwerterów w przyjętym kształcie nie decydowały istotne argumenty technologiczne, związane np. z efektywnością, niezawodnością przyjętego rozwiązania, lecz jedynie trudności w modyfikacji projektu i spodziewana długotrwałość przygotowania jego zmiany. Tego rodzaju okoliczności nie mogą być uznane za uzasadniające istotne naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia i zakazu wprowadzania zapisów bezzasadnie dyskryminujących znaczną część produktów dostępnych na rynku.

Co więcej, w swojej opinii biegły opisał, że wymóg posiadania 9 wejść śledzących jest nieuzasadniony. Tym samym wprowadzone wymagania, zwłaszcza w postaci 9 wejść śledzących, nie miały uzasadnienia w istotnym wpływie na funkcjonalność instalacji, bądź w zapewnieniu zwiększenia efektywności jej działania. Skutkiem ich wprowadzenia było natomiast znaczne ograniczenie konkurencji z uwagi na niedopuszczenie żadnego z oferowanych na rynku gotowych, ustandaryzowanych rozwiązań. Tak daleko idące ograniczenie nie miało żadnego uzasadnienia technicznego czy funkcjonalnego, w związku z czym było niedopuszczalne w okolicznościach kontrolowanego postępowania.

Podsumowując, opis przedmiotu zamówienia w zakresie modułów oraz inwerterów fotowoltaicznych stawia przed wykonawcami konieczność zaoferowania urządzeń wykonanych na zlecenie, z uwagi na zablokowanie możliwości dostarczenia jakichkolwiek gotowych, dostępnych na rynku rozwiązań. Jak wykazał biegły, tak wysoko postawione

wymogi nie miały przy tym żadnego uzasadnienia technicznego ani ekonomicznego. W dodatku w przypadku paneli fotowoltaicznych tylko jeden producent, spośród producentów polskich, dysponował możliwością wytworzenia wymaganego urządzenia. Co istotne, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia dwóch wykonawców zwracało uwagę na nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, jednak Zamawiający odmówił jakichkolwiek zmian.

2.

Art. 29 ust. 3 – przez opisanie kamer przemysłowych z użyciem znaków towarowych, tzn. wskazując nazwy konkretnych dwóch modeli urządzeń, bez spełnienia przesłanek pozwalających na taki opis

Art. 29 ust. 2 – przez wymagania techniczne dotyczące kamer przemysłowych, które traktowane łącznie wykluczyły możliwość zaoferowania innych modeli kamer niż wskazane z nazwy przez Zamawiającego.

W toku kontroli ustalono, co następuje:

W ramach przedmiotu zamówienia zamawiający przewidział wykonanie Systemu Telewizji Dozorowej – CCTV – zapewniającej obserwację i rejestrację wideo terenu zewnętrznego farmy ogniw fotowoltaicznych. Działanie systemu ma być oparte na zamontowaniu siedmiu kamer PTZ i stałopozycyjnych. Zamawiający określił w „Projekcie wykonawczym Projektowane sieci i urządzenia elektroenergetyczne Farma fotowoltaiczna”, że *do nadzoru wymienionych miejsc projektuje się użycie następujących modeli kamer: Kamera PTZ AVIGILON 2.0-H3PTZ-DP20 lub równoważna spełniająca poniższe wymagania (6 sztuk). Kamera bullet AVIGILON 2.0W-H3-BO1-IR lub równoważna spełniająca poniższe wymagania (1 sztuka).* Zamawiający wymienił przy tym ok. 20 szczegółowych parametrów technicznych w odniesieniu do każdego z powyższych typów kamer, które mają spełnić zaoferowane urządzenia.

W toku postępowania jeden z wykonawców zwrócił się do zamawiającego z pytaniami dotyczącymi właściwości technicznych kamer:

- *Czy zamawiający dopuszcza montaż kamery bullet bez wbudowanego obiektywu ze zmienną ogniskową ?*
- *Czy dopuszcza się użycie kamery PTZ o zakresie dynamiki mniejszym niż 100 db?*
- *Czy dopuszcza się zastosowanie kamer o zakresie temperatur pracy od -20 st. C do +40 st. C?*

Zamawiający odmówił modyfikacji SIWZ w powyższym zakresie.

Ponieważ ocena wymagań dla kamer systemu CCTV wymagała wiadomości specjalnych, Prezes Urzędu zwrócił się do biegłego powołanego w sprawie, którego opinia była cytowana wyżej, o ocenę prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia w zakresie kamer.

W sporządzonej opinii biegły stwierdził, co następuje. *W piśmie z 26.03.2015 r. stanowiącym załącznik do pisma Rzeszowskiej Agencji Rozwoju Regionalnego RARR/BZ/1901/2015 z 27.03.2015 r. projektant podaje przykłady producentów kamer, których produkty spełniają opisane w projekcie cechy. Wymienione zostały firmy: AVIGILON (zastosowana w projekcie), NEXUS, AXIS. Z dostępnych danych katalogowych autorowi nie udało się znaleźć producenta kamer CCTV (w tym NEXUS i AXIS), którego produkty spełniają wszystkie wymagania dla kamer wyszczególnione w ww. projekcie wykonawczym.*

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z kolei ustęp 3 tego artykułu stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Z przywołanego art. 29 ust. 3 pzp wynika, że niedopuszczalne jest 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. Zamawiający powinien zatem unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny produkt albo na konkretnego wykonawcę. Przepis ten wprowadza również odstępstwo od sformułowanej zasady ogólnej i określa jego warunki. Jednakże, ze względu na to, iż dopuszczone odstępstwo ma charakter wyjątkowy, może być ono stosowane tylko w szczególnych sytuacjach i interpretowane ściśle: gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a opisowi towarzyszą wyrazy: „lub równoważne”, co nadaje wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy.

Mając na uwadze powyższy stan prawny należy stwierdzić, że w niniejszym postępowaniu nie zaistniały przewidziane w art. 29 ust. 3 pzp okoliczności uzasadniające opis przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaku towarowego, tj. konkretnego producenta i modelu kamer. Kamery do monitoringu należy niewątpliwie uznać za

urządzenia powszechnie dostępne na rynku, produkowane przez wielu producentów i możliwe do uzyskania od wielu przedsiębiorców handlowych. Charakter niniejszego zamówienia, jak również zamierzony cel użycia kamer przekonują, że kamery pochodzące od różnych producentów spełniłyby przeznaczoną im funkcję. Nie można również uznać, że zamawiający pozbawiony był możliwości opisanego przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. Analiza produktów dostępnych na rynku bez wątpienia pozwoliłaby na określenie niezbędnych wymogów minimalnych i pozostawienie wykonawcom swobodnej możliwości zaoferowania produktów w największym stopniu im dostępnych o takich samych lub lepszych właściwościach.

Jednocześnie Zamawiający wymienił wiele szczegółowych parametrów dla obu typów kamer. Powołany w sprawie biegły zbadał ich specyfikację pod kątem możliwości dostarczenia urządzeń różnych producentów. Z przywołanej wyżej opinii wynika, że nie ma innego modelu kamery typu PTZ niż AVIGILON 2.0-H3PTZ-DP20 oraz innego modelu kamery stało pozycyjnej niż AVIGILON 2.0W-H3-BO1-IR, spełniających łącznie wszystkie wymagania SIWZ. W szczególności, wbrew twierdzeniom projektanta instalacji, żadna kamera marki Axis i Nexus nie spełnia wszystkich wymagań SIWZ łącznie. Z powyższego wynika, że zamawiający opisał wymogi kamer wskazujące na konkretne dwa modele. W tym przypadku dopuszczenie produktów równoważnych w treści opisu urządzeń było iluzoryczne i miało charakter wyłącznie formalny.

3.

Art. 24 ust. 2 pkt 4 – przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Strabag sp. z o.o., który nie przedstawił żadnego zamówienia odpowiadającego wymogom SIWZ na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia zawartego w lit. d opisu.

W toku kontroli ustalono, co następuje:

Zamawiający opisał warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy wykazali, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali w ramach jednego lub więcej zamówień:

- a) budowę sieci wodociągowej nie mniejszej niż fi 200 mm i łącznej długości nie mniejszej niż 1000 mb,
- b) budowę sieci kanalizacji deszczowej nie mniejszej niż fi 1400 mm i łącznej długości nie mniejszej niż 900 mb,
- c) budowę sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej nie mniejszej niż fi 200 mm i łącznej

długości nie mniejszej niż 600 mb,

d) budowę instalacji fotowoltaicznej o powierzchni min 0,5 ha i mocy 0,3 MW.

Wykonawca Strabag sp. z o.o. złożył wraz z ofertą wykaz wykonanych robót, w którym wymienił dwa zamówienia: „Gospodarka wodno-ściekowa w północnej części Mysłowic” oraz „Rozbudowa ul. Gen. W. Andersa w Białymstoku na odcinku od skrzyżowania z al. Tysiąclecia Państwa Polskiego do skrzyżowania z ul. Wasilkowską”. Złożone zostały również odpowiednie referencje. Wymienione zamówienia stanowiły potwierdzenie spełnienia elementów opisu warunku wiedzy i doświadczenia wymienionych w punktach a) do c). Wykonawca nie wskazał natomiast żadnego zamówienia potwierdzającego doświadczenie w budowie instalacji fotowoltaicznej o powierzchni min. 0,5 ha i mocy 0,3 MW.

Pismem z 5 marca 2015 r. Zamawiający wezwał wykonawcę do *uzupełnienia złożonego oświadczenia i dokumentów potwierdzających wykonanie kompletnej instalacji fotowoltaicznej. Zamawiający zwraca się z prośbą o wskazanie budowy instalacji fotowoltaicznej zgodnie z SIWZ. Załączone referencje wskazują na doświadczenie w wykonywaniu robót instalacyjnych w zakresie sieci wodociągowych, kanalizacyjnych (sanitarna i deszczowa), budowy dróg i chodników wraz z obiektami towarzyszącymi oraz sieci energetycznej i teletechnicznej.*

Pismem z 11 marca 2015 r. Strabag sp. z o.o. przekazała uzupełnione dokumenty:

- wykaz robót uzupełniony o trzecią pozycję – zamówienie pn. „Montaż instalacji fotowoltaicznej 350 kW” zrealizowane na rzecz NOVAVIS S.A. przez podmiot trzeci – Solar Energy Project sp. z o.o., udostępniający wykonawcy zasoby wiedzy i doświadczenia na podstawie umowy podwykonawczej;
- referencje wystawione przez NOVAVIS S.A.
- zobowiązanie Solar Energy Project sp. z o.o. do udostępnienia zasobów oraz oświadczenie tego podmiotu o braku podstaw do wykluczenia.

Wykonawca nie złożył natomiast dokumentów określonych w pkt 6.3 ppkt 9 SIWZ, dotyczących Solar Energy Project sp. z o.o., tj. dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 2-7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej: „rozporządzenie w sprawie dokumentów”).

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp z postępowania o udzielenie zamówienia

wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Dokumenty złożone wraz z ofertą przez Strabag sp. z o.o. nie potwierdzały spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów wskazując dokładnie, jakie braki mają zostać naprawione. Treść wezwania była prawidłowa i nie powodowała wątpliwości odnośnie do intencji Zamawiającego. Strabag sp. z o.o. złożyła wykaz uzupełniony o zamówienie odpowiadające wymogom lit. d opisu warunku wiedzy i doświadczenia. Uzupełnione zamówienie wykonane było przez podmiot trzeci, stąd też wykonawca złożył jego zobowiązanie do udostępnienia zasobów.

Jednakże, wbrew postanowieniu pkt 6.3 ppkt 9 SIWZ, wykonawca nie złożył kompletu dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia Solar Energy Project sp. z o.o. Z uwagi na fakt, że powyższe dokumenty złożone zostały w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia, możliwość zastosowania przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy pzp została w tym zakresie wyczerpana, gdyż ponownie odnosiłaby się do kwestii wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia opisanego w lit. d. Procedura określona w art. 26 ust. 3 pzp ustawy pozwala na jednokrotne wzywanie do uzupełnienia tego samego dokumentu. Obowiązkiem wykonawcy jest złożenie na wezwanie zamawiającego kompletnych dokumentów mając na uwadze, że sankcją za niedochowanie tego obowiązku jest wykluczenie z postępowania.

W związku z powyższym zamówienie pn. „Montaż instalacji fotowoltaicznej 350 kW” zrealizowane przez podmiot trzeci na rzecz NOVAVIS S.A. nie mogło być uwzględniane przy ocenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia przez Strabag sp. z o.o.

4.

Art. 26 ust 3 – przez zaniechanie wezwania Instalbud sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia Remor S.A. z postępowania, co nie pozwalało z kolei na stwierdzenie spełnienia przez Instalbud sp. z o.o. warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie dotyczącym budowy instalacji fotowoltaicznej.

W toku kontroli ustalono, co następuje:

W pkt 5.3 SIWZ Zamawiający przewidział, w oparciu o art. 26 ust. 2b ustawy pzp, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków.

Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Z kolei w pkt 6.3 ppkt 9 wskazano, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żąda od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt 1-8 (tzn. dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 1-7, § 3 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów).

Wykonawca Instalbud sp. z o.o. powołał się, w celu wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, na potencjał podmiotu trzeciego – Remor S.A. Wykonawca złożył zobowiązanie tej spółki do udostępnienia zasobów, jak również następujące dokumenty: oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, odpis z Krajowego Rejestru Sądowego, zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego, zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych oraz informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy pzp.

Wykonawca nie złożył informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy dla członka zarządu Remor S.A.

Ponadto:

- zaświadczenie z ZUS dla Remor S.A. zostało wystawione z datą 27 października 2014 r., tj. wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, który przypadał na 27 lutego 2015 r.;
- informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy pzp dotycząca Remor S.A. została wystawiona z datą 26 sierpnia 2014 r., tj. wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

W toku postępowania Zamawiający nie wzywał Instalbud sp. z o.o. do uzupełnienia powyższych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia

w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

W rozporządzeniu w sprawie dokumentów:

- w § 3 ust. 1 pkt 4 wskazano, że zaświadczenie właściwego oddziału ZUS musi być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;
- w § 3 ust. 1 pkt 6 wskazano, że informacja z KRK musi być wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Dokumenty złożone przez Instalbud sp. z o.o., dotyczące Remor SA, były niekompletne, a złożone dokumenty w powyższym zakresie nie odpowiadały powyżej wymogom określonym w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, co oznaczało obowiązek wezwania do uzupełnienia tych braków w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

5.

Art. 26 ust. 4 – przez zaniechanie wezwania Instalbud sp. z o.o. do wyjaśnienia, czy umowa ubezpieczeniowa, zawarta między wykonawcą a ubezpieczycielem przewidywała powstanie odpowiedzialności ubezpieczyciela od momentu jej zawarcia, czy też od momentu zapłaty składki, bądź jej pierwszej raty, wobec złożenia polisy, której treść nie pozwalała na stwierdzenie spełnienia wszystkich wymogów określonych w opisie warunku zdolności ekonomicznej i finansowej.

W toku kontroli ustalono, co następuje:

Zamawiający opisał warunek uczestnictwa w postępowaniu dotyczący zdolności ekonomicznej i finansowej. Na potwierdzenie jego spełnienia zamawiający żądał złożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (pkt 6.2 ppkt 6 SIWZ). W SIWZ wskazano również, że *zamawiający uzna warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej za spełniony, jeżeli Wykonawca złoży wraz z ofertą polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (OC delikt i OC kontrakt) w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia z limitem odpowiedzialności (sumą gwarancyjną) na jeden*

i wszystkie wypadki ubezpieczeniowe na kwotę nie mniejszą niż 5 000 000 PLN. (...) Wraz z ww. dokumentami wykonawca winien przedłożyć kserokopie potwierdzenia zapłaty składki lub rat składki wymaganych zgodnie z treścią zawartej umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (pkt 5.1 ppkt 5 SIWZ).

Wykonawca Instalbud sp. z o.o. złożył wraz z ofertą polisę ubezpieczeniową PZU nr 5LU 708C 0002 bez dokumentu potwierdzającego opłacenie składki, bądź jej pierwszej raty. W treści polisy wskazano okres ubezpieczenia od 21 lutego 2015 r. do 20 lutego 2016 r. Ustalono również termin zapłaty pierwszej raty składki na 6 marca 2015 r., tj. po terminie składania ofert.

W toku postępowania zamawiający nie wzywał Instalbud sp. z o.o. do uzupełnienia polisy, dla której wykonawca dysponował dowodem opłacenia składki, bądź jej pierwszej raty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Zamawiający nie kierował również do wykonawcy wezwania do wyjaśnienia złożonego dokumentu w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp.

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów zamawiający może żądać na potwierdzenie spełnienia warunku zdolności ekonomicznej i finansowej opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Powyższy wymóg zamawiający powtórzył w treści SIWZ. Przy interpretowaniu § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia należy uwzględnić art. 814 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty. Z przepisu tego wynika, że co do zasady opłacenie składki, bądź jej pierwszej raty stanowi moment powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela. Jednakże przepis ten dopuszcza ustalenie przez strony, iż samo zawarcie umowy spowoduje skuteczne powstanie odpowiedzialności ubezpieczyciela, a tym samym uzyskanie przez ubezpieczającego ochrony ubezpieczeniowej. W tym przypadku składka, bądź jej pierwsza rata, może być opłacona w czasie późniejszym. Polisa potwierdzająca zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w takim kształcie również odpowiada wymogom § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia.

W niniejszym postępowaniu wykonawca Instalbud sp. z o.o. złożył polisę bez załączenia dowodu opłacenia składki, bądź jej pierwszej raty, określonej w treści polisy. Ze złożonego dokumentu nie wynika również, czy ustalono rozpoczęcie ochrony

ubezpieczeniowej wykonawcy od momentu zawarcia umowy, czy też opłacenia składki. W konsekwencji zamawiający pozbawiony był możliwości oceny spełnienia przez Instalbud sp. z o.o. warunku zdolności ekonomicznej i finansowej.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający wzywa, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp.

Wobec zaistnienia opisanej powyżej wątpliwości co potwierdzenia przez wykonawcę spełniania wymogów opisanych w ramach warunku dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej, Zamawiający miał obowiązek do wezwania wykonawcy jej wyjaśnienia w trybie przywołanego powyżej przepisu.

II.

Zamawiający nie zgodził się z ustaleniami kontroli, wnosząc 26 lutego 2016 r. {pismem z 25 lutego 2016 r.} następujące zastrzeżenia:

Ad 1.

Zamawiający zarzucił w pierwszej kolejności, że stwierdzając naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy pzp Prezes Urzędu zbadał jedynie część parametrów technicznych paneli fotowoltaicznych, nie uwzględniając pozostałych wymogów i nie traktując opisu jako całości.

W odniesieniu do właściwości technicznych szkła przedniego Zamawiający podniósł {w pkt 1 lit a} , że:

- dla cienkiego szkła wzmocnianego metodą wymiany jonowej są one o kilkadziesiąt procent wyższe niż w przypadku innych asortymentów szkła, zwłaszcza grubszego i utwardzanego innymi metodami;
- proces wymiany jonowej poprawia właściwości mechaniczne szkła ulepszając równocześnie jego parametry optyczne;
- szkło o grubości 0,8 mm wzmocnione chemicznie w procesie wymiany jonowej charakteryzuje się lepszym współczynnikiem transmisji fali elektromagnetycznej w szerokim zakresie w porównaniu do innych rodzajów szkła, w tym w szczególności grubszego szkła lub hartowanego metodą termiczną;
- proces wymiany jonowej nie przyczynia się do powstawania na powierzchni wybrzuszeń, pęcherzy czy smug;

- dzięki zastosowaniu tej technologii panele mają zwiększoną odporność na uderzenia, w tym oddziaływanie gradu, innych zjawisk atmosferycznych czy działanie czynników zewnętrznych;
- powyższe cechy zapewniają szkłom ultra cienkim dłuższy niż standardowy dla typowych paneli fotowoltaicznych czas użytkowania przy równoczesnym zwiększonym uzysku energii słonecznej.

Na potwierdzenie tej tezy Zamawiający dołączył do zastrzeżeń opinie techniczne: 1) specjalisty z Katedry Technologii Szkła i Powłok Amorficznych Wydziału Inżynierii Materiałowej i Ceramiki Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie {dalej również: „opinia nr 1”}, 2) Polskiego Instytutu Innowacji i Transferu Technologii z Białegostoku {dalej również opinia nr 2”}, których treść została również inkorporowana w pkt 3 opinii prawnej dołączonej do zastrzeżeń.

Przed przytoczeniem treści opinii technicznych w pkt 2 opinii prawnej podniesiono, że stosowanie szkła wzmocnianego metodą wymiany jonowej:

- stanowi jeden z elementów charakterystycznych dla nowoczesnych rozwiązań w tego typu inwestycjach, gwarantujących uzyskanie lepszych osiągnięć;
- z uwagi na wyższe parametry wytrzymałościowe – większą trwałość i odporność na ścieranie przy jednocześnie mniejszej podatności na czynniki atmosferyczne – gwarantuje większą wydajność farmy i lepszą trwałość technologiczną

Ponadto w opinii prawnej zakwestionowano konieczność dopuszczenia przez Zamawiającego w tym względzie jedynie typowych rozwiązań dostępnych bezpośrednio w obrocie (*a pośrednio nie zawierających elementu innowacyjności i postępu technologicznego*), gdyż z uwagi na okres trwałości realizowanej inwestycji wynoszący 25 lat należało wykorzystywać optymalne i najnowocześniejsze spośród dostępnych na rynku rozwiązań. rozwiązania istniejące na rynku. Fakt, że szkło utwardzane przedmiotową metodą nie jest jeszcze szeroko rozpowszechnione, nie świadczy o jego nieprzydatności lub o jego niskich właściwościach technicznych lub ekonomicznych. Na marginesie zauważono, że identyczne rozwiązania są już oferowane na rynku przez kilku dużych producentów i dostawców. Na dowód czego załączono wydruki kart katalogowych dotyczących trzech modułów zbudowanych ze szkła wzmocnianego metodą chemiczną.

Zdaniem autora opinii prawnej biegły feruje niczym niepotwierdzone stanowisko, że stosowanie szkła o grubości 1,5 mm i cieńszego, budzi wątpliwości odnośnie jego trwałości. Z takiej formy wypowiedzi o charakterze hipotetycznym, niekategorycznym można wywnioskować, że biegły nie ma pewności, prawdopodobnie także wiedzy w tym zakresie.

Ponadto biegły bezpodstawnie zakłada, że grubość szkła nie ma wpływu na transmisyjność, a w konsekwencji na sprawność całego urządzenia, a sposób jego wzmocnienia nie przekłada się na wyniki energetyczne instalacji. Według autora opinii prawnej techniczne właściwości cienkiego szkła wzmocnianego metodą chemiczną, jak stwierdził – *na płaszczyźnie wszystkich osiągnięć*, są o kilkadziesiąt procent wyższe niż to ma miejsce w odniesieniu do innych asortymentów szkła, zwłaszcza grubszego i utwardzanego innymi sposobami. Jednocześnie dodał, że dla obiektywnego potwierdzenia tej okoliczności należałoby przeprowadzić dowód z opinii biegłych posiadających rzeczywistą wiedzę w tym temacie, wskazując przykładowo dwie konkretne osoby.

W pkt 3 opinii prawnej przywołano w szczególności opinię nr 1, zgodnie z którą: *transmitancja szkła o grubości 0,8 mm wzmocnionego chemicznie na drodze wymiany jonowej jest na bardzo wysokim poziomie i osiąga wartość 91%-92% dla bardzo szerokiego zakresu długości fali elektromagnetycznej (od ok. 380 nm do ok. 2100 nm). Pomiary przeprowadzone w identycznych warunkach pokazały, że dla szkła o grubości 2 mm transmitancja jest na niższym poziomie (ok. 89%) dla zakresu widzialnego i maleje do ok. 84% w zakresie podczerwonym. Dla szkła TCO Pilkington K Glass N otrzymano wyniki transmitancji ok. 85% w zakresie VIS i znaczne zmniejszenie transmisyjności fali elektromagnetycznej dla zakresu niższych energii.*

Ponadto, przywołując treść opinii technicznych, opisano również inne zalety zastosowania cienkiego szkła wzmocnianego metodą wymiany jonowej, w tym odporności na korozję i poprawę właściwości mechanicznych.

W odniesieniu do wskazania precyzyjnych wymiarów paneli Zamawiający podniósł {w pkt 1 lit b} , że:

- żaden z obecnie obowiązujących przepisów prawa nie wymaga, aby każdy zamawiany produkt musiał być wytwarzany seryjnie;
- każdy z producentów paneli ma realną możliwość jego wyprodukowania w dowolnym rozmiarze, to samo dotyczy dostawców;
- mając na uwadze wartość zamówienia, a także długookresowe cele realizowanego projektu, miał prawo oczekiwać od wykonawcy przedstawienia niestandardowych, innowacyjnych rozwiązań, także w zakresie wymiarów montowanych paneli fotowoltaicznych.

W odniesieniu do wskazania konkretnej mocy i powierzchni paneli Zamawiający podniósł {w pkt 1 lit c} , że:

- twierdzenie, że powinien wskazać parametry minimalne nie uwzględnia precyzyjnych wymagań technicznych i projektowych przewidzianych dla farmy, w tym, że dokumentacja

techniczna stanowiąca podstawę pozwolenia na budowę wymaga precyzyjnych wymiarów, a zmiany w tym zakresie powodują konieczność uzyskania projektu zamiennego i zmiany decyzji o pozwoleniu na budowę;

– parametr mocy został wskazany w sposób minimalny, co dawało możliwość oferentom zaproponowania innych, lepszych paneli w tym zakresie.

W pkt 2 załączonej opinii prawnej rozwinięto, że wskazanie wymogów minimalnych w odniesieniu do mocy i powierzchni panelu fotowoltaicznego *nie może mieć jednak racji bytu, gdyż nie uwzględnia precyzyjnych wymagań technicznych i projektowych przewidzianych dla farmy. W tym miejscu należy przypomnieć, że zarówno projekt budowlany jak i wykonawczy, na podstawie którego uzyskiwane jest pozwolenie na budowę wymaga precyzyjnych wymiarów w oparciu o co wydawane są konkretne sprecyzowane trasy kablowe oraz obliczana konstrukcja wsporcza o precyzyjnym kształcie, wykonana z konkretnych ogólnie dostępnych kształtowników. Każda zmiana w powyższym zakresie wymagałaby wykonania projektu zamiennego i uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę. To oznaczałoby wydłużenie czasu realizacji zamówienia oraz poniesienia dodatkowych kosztów przez Zamawiającego, narażając go jednocześnie na ogromne ryzyko utraty dofinansowania. (...) Podobnie, również określenie wymiarów paneli jest istotne, gdyż farma ma posiadać określoną powierzchnię oraz wydajność – co determinuje m.in. właśnie wymiar paneli. W tym miejscu zauważamy że Zamawiający określał parametr mocy jako i minimalny i nie zabraniał dać paneli lepszych w tym zakresie. Pamiętać trzeba, że przetarg jest organizowany pod kątem wyboru produktów niezbędnych do wykonania zaprojektowanej już instalacji, a nie ma na celu dokonania zakupu bliżej nieokreślonych produktów, w oparciu o jakie, w późniejszym czasie zamawiający zleci wykonanie projektu, by spełniał wcześniejsze założenia techniczne.*

W opinii prawnej zakwestionowano również adekwatność stanowiska, że sprawność całego modułu przy założonych parametrach jest relatywnie mała w porównaniu do innych dostępnych na rynku rozwiązań, jako subiektywny pogląd biegłego, który zdaniem autora opinii prawnej winien konkretnie wskazać, które z dostępnych produktów mają korzystniejsze osiągi niż przyjęte przez Zamawiającego.

W opinii prawnej wskazano również, że *nie ma żadnych argumentów natury prawnej lub faktycznej, które ograniczałyby zamawiającego w wyborze do standardowego asortymentu, gdy produkt indywidualnie przygotowany jest możliwy do uzyskania i nie powoduje to wzrostu kosztów inwestycji. Z kolei brak gotowego produktu na rynku nie może być traktowany jako wyraz ograniczania konkurencji, gdyż wszyscy dostawcy i producenci*

w zasadzie posiadają jednakowe szanse, by konkretny wyrób przygotować i dostarczyć zamawiającemu, zatem zachowana zostaje dyrektywa konkurencyjności.

W tym kontekście dla autora opinii prawnej istotnym elementem stanu faktycznego jest wskazanie biegłego (zacytowane przez biegłego w informacji o wyniku kontroli), że istnieje wysokie prawdopodobieństwo wyprodukowania modułów przez wymienionych tam producentów, które będą spełniały wszystkie cechy wskazane w opisie zamówienia, pomimo że mogą wymagać indywidualnego projektu, technologii i wykonania.

W odniesieniu do wymogów co do inwerterów fotowoltaicznych, które w informacji o wynikach kontroli uznano za naruszające art. 29 ust. 2 pzp, w pkt 3 opinii prawnej powtórzono za opinią techniczną nr 2, przedstawiono następujące stanowisko w kwestii zarzutu zbyt wygórowanych wymagań dotyczących liczby wejść MPPT. Podniesiono, że z sytuacją okresowego zacielenia części instalacji *mamy do czynienia w każdej instalacji fotowoltaicznej, szczególnie w klimacie umiarkowanym, gdzie chmury przemieszczając się powodują okresowe zacielenie części instalacji. W związku z powyższym, im większa ilość zastosowanych niezależnych wejść MPPT, tym instalacja lepiej działa jak chodzi o wielkość uzysków rocznych. Zatem opinia biegłego w tym zakresie jest całkowicie chybiona i nie nawiązuje w żadnym zakresie do podstawowej wiedzy specjalistycznej z tego rodzaju rozwiązań.*

Wskazano również na następujące inne zalety dużej liczby wejść MPPT, jako zapewniające wymierne korzyści dla Zamawiającego:

- możliwość podziału instalacji fotowoltaicznej na mniejsze macierze paneli działające niezależnie;*
- większa ilość układów MPPT poprawia wartość pozyskiwanej mocy z tej samej instalacji w wyniku poszukiwania przez 9 kontrolerów maksymalnego punktu pracy w instalacji podzielonej na dziewięć części;*
- w przypadku częściowego zacielenia instalacji (mniejsze lub większe chmury, ptaki, drzewa, obiekty w pobliżu, czy też nawet zanieczyszczenia) mniejsza część paneli zostaje ograniczona mocowo – pozostałe pracują z pełną mocą;*
- możliwość łatwiejszego prowadzenia monitoringu pracy instalacji;*
- możliwość łatwiejszego serwisowania instalacji – w przypadku konieczności konserwacji instalacji odłącza się mniejszą ilość paneli fotowoltaicznych, przy czym pozostałe macierze paneli są nadal dołączone do instalacji i produkują energię;*
- w przypadku uszkodzenia stringu (obwodu) paneli PV, odłączona zostaje mniejsza ilość paneli od instalacji – pozostałe pracują ze stałą mocą.*

Również w tym kontekście podkreślono, że potwierdzony przez biegłego fakt braku posiadania przez żadnego z dostawców czy producentów takiego produktu w bieżącej sprzedaży i koniczność jego wykonania na zamówienie, nikogo nie stawia w uprzywilejowanej sytuacji. Brak produktu w ofercie magazynowej nie może dyskryminować rozwiązań z rynku, których zastosowanie przedstawia ewidentne korzyści dla Zamawiającego.

W pkt 4 opinii prawnej zaprezentowano analizę prawną w zakresie zachowania zasady konkurencyjności.

Zacytowano stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Nowym Sączu w uzasadnieniu wyroku z 7 kwietnia 2009 r. (sygn. akt III CA 88/09): *Fakt, iż nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania zamawiającego opisane w SIWZ i mogą go zaoferować oraz że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji. Nie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą zaoferować żądany przedmiot zamówienia wszyscy wykonawcy w danej branży, co nie jest równoznaczne z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Ograniczona liczba wykonawców mogących uczestniczyć w postępowaniu, z uwagi na określony przedmiot zamówienia, nie jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.* Nadmieniono, że znajduje ono potwierdzenie w szeregu innych orzeczeń, m.in. w wyrokach: Sądu Okręgowego w Katowicach z 5 kwietnia 2007 r. (sygn. XIX Ga 91/07), Izby z 18 czerwca 2013 r. (sygn. akt: KIO 1321/13, 1328/13), z 8 marca 2013 r. (sygn. KIO 426/13). W tym kontekście przywołano i zacytowano również fragmenty z uzasadnień następujących wyroków: z 17 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 80/07:), z 9 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1024/08).

Następnie zwrócono uwagę, że w wyroku z 2 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 236/08) Izba stwierdziła, że *Zamawiający ma prawo wymagać, aby przedmiot zamówienia był zrealizowany w jakości wyższej, niż standardowa, lub o podwyższony parametrach, o ile jest w stanie swoje wymagania usprawiedliwić obiektywnymi okolicznościami.* W tym kontekście zostały również przytoczone fragmenty wyroku Izby z 4 września 2013 r. (sygn. akt: KIO 2010/13, KIO 2030/13) oraz wyrok Izby z 7 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2184/13).

Podsumowano, że zgodnie z bogatą linią orzecniczą we wszystkich zamówieniach publicznych na pierwszym miejscu stawiane są uzasadnione potrzeby zamawiającego, które decydują i determinują samo wszczęcie postępowania, jego zakres przedmiotowy, charakter, a także krąg potencjalnych wykonawców.

Stwierdzono wręcz, że zgodnie z obowiązującą ustawą pzp istnieje wyjątek od naczelnej zasady uczciwej konkurencji, przejawiający się w tym, że zamawiający ma prawo tak sformułować wymagania, aby wybrać ofertę najlepszą, która odpowiada jego potrzebom. Zamawiający powinien dokonać opisu przedmiotu zamówienia przez wyszczególnienie kluczowych dla jego zamówienia cech, która mogą ograniczyć konkurencję. Zatem nie może być mowy o utrudnianiu uczciwej konkurencji w sytuacji konieczności nabycia przez zamawiającego usług, robót budowlanych czy dostaw odpowiadających jego potrzebom i spełniającym warunki szczegółowo opisane w SIWZ.

W ramach przełożenie powyższego na grunt kontrolowanego postępowania podniesiono, że

- stanowisko wynikające z przywołanych orzeczeń jest również aktualne w tym przypadku;
- ponieważ wartość tego zamówienia wynosi ponad 17 mln zł, Zamawiający ma prawo dokonać opisu przedmiotu, który pozwoli mu na zrealizowanie oczekiwań co do inwestycji, w jakości i technologii przyjętej przez niego;
- ponieważ panele fotowoltaiczne o parametrach wskazanych w SIWZ mogą być wykonane przez kilka więcej niż jeden podmiot działający na rynku lokalnym, jak i europejskim, Zamawiający nie naruszył zasady uczciwej konkurencji;
- w żaden sposób nie został ograniczony krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie sprecyzowane wymagania są *uzasadnione przez zamawiającego, jak i samo przedsięwzięcie, które ma spełniać swą rolę przez następne 25 lat*;
- fakt braku w seryjnej produkcji modułów, które by spełniały wszystkie cechy opisane w SIWZ nie stanowi ograniczenia konkurencji, gdyż tego typu specyfikacja znajduje uzasadnienie w ramach konkretnych oczekiwań zamawiającego.

W tej części opinii prawnej oceniono jako nieuprawnione wskazanie kontroli, że Zamawiający odmawiając zmiany SIWZ w zakresie specyfikacji inwerterów nie podał wykonawcom powodów swej decyzji, gdyż dla potrzeb kontroli przekazano wyjaśnienia projektanta farmy, który precyzyjnie określił motywy takiego działania. Przede wszystkim wprowadzenie tego typu zmiany musiało spotkać się z odpowiedzią negatywną, ponieważ wszelkie korekty skutkowałyby koniecznością wprowadzenia istotnych zmian opracowanego projektu, gdyż powstałby inny układ połączeń, który powinien zostać szczegółowo opracowany, czyli należałoby dokonać zmian w dokumentacji projektowej. Z kolei tego typu działania wiązać by się musiały dla Zamawiającego z dodatkowymi kosztami i opóźnieniem w realizacji inwestycji. Zatem rezygnacja z rozwiązania technologicznego, które jest bardziej korzystne i nowoczesne od innych dostępnych na rynku, na poczet dopuszczenia do udziału

w przetargu producentów posiadających gotowe rozwiązania seryjne, o niższej wydajności i słabszych parametrach technicznych – w żaden sposób nie prezentuje się jako przykład dbałości o zachowanie zasady konkurencyjności w prawie zamówień publicznych.

Ad 2.

Zamawiający podniósł, że poza wskazanymi w dokumentacji projektowej kamerami parametry wyszczególnione w specyfikacji spełniają następujące kamery: Hikvision DS-2CD4A25FWD-IZ(H)(S), Hikvision DS-2CD4625FWD-IZ(H)(S), Vivotek SD8363E/63E-M, Surveon CAM6351, dla których załącza szczegółową charakterystykę. Zamawiający na tej podstawie stwierdził, że dla każdego typu kamer istnieją co najmniej trzy rodzaje produktów odpowiadające wymogom specyfikacji, których zastosowanie nie będzie niosło konieczności zmiany projektu całej instalacji.

W załączonej opinii prawnej:

- odnośnie ustaleń faktycznych kontroli podkreślono również, że dla każdego z dwóch typów kamer wskazano przykładowe modele kamer, dopuszczając urządzenia równoważne, a także określono po dwadzieścia szczegółowych parametrów technicznych;
- zakwestionowano także adekwatność zasięgania w tym zakresie opinii tego samego biegłego, który miał być specjalistą z zakresu energetyki słonecznej;
- zaprezentowano analizę prawną treści art. 29 ust. 3 pzp, w szczególności zwracając uwagę, że przepis ten zawiera wyjątek umożliwiający odstępstwo od zasady uczciwej konkurencji, zgodnie z którym w opisie przedmiotu można wskazać znaki towarowe, patenty lub pochodzenie, jeżeli zostaną spełnione łącznie trzy warunki: pierwszy – odwołujący się do specyfiki przedmiotu zamówienia, który może wskazywać na to, że dany produkt jest wyjątkowo rzadki, a produkują go tylko nieliczni przedsiębiorcy; drugi – odnoszący się do tego, że zamawiający nie ma możliwości dokonania opisu przedmiotu zamówienia za pomocą dokładnych jego określeń; trzeci – dotyczący wskazania w opisie przedmiotu zamówienia wyrazów „lub równoważny”.

Zamawiający podsumował następująco swoje zastrzeżenia: *w związku z powyższym teza, że na rynku nie ma dostępnych żadnych innych produktów, które odpowiadałyby specyfikacji nie polega na prawdzie, a zatem opis STWZ w żaden sposób nie naruszają norm z art. 29 ust. 2 i 3 PZP, tym samym zachowana została tutaj zasada uczciwej konkurencji.*

Ad 3 - 5

Zamawiający podniósł, że naruszenia dotyczące zaniechania przez niego odrzucenia oferty, a także wezwania do uzupełnienia oraz złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów

złożonych wraz z ofertą dotyczą wykonawców, których oferty zostały sklasyfikowane na pozycjach czwartej (Strabag sp. z o.o.) i piątej (Instalbud sp. z o.o.), nie miały zatem ani nie mogły mieć wpływu na wynik prowadzonego postępowania, ponieważ w żaden sposób nie wpłynęły na wybór najkorzystniejszej oferty.

III.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w piśmie z 10 marca 2016 r. {znak UZP/DKUE/W3/421/34(15)/15/JB(2449)}:

- uwzględnił zastrzeżenia odnośnie naruszeń wyszczególnionych w pkt 2;**
- uznał, że Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń odnośnie naruszeń wyszczególnionych w pkt 3-5, nadmieniając na marginesie, że okoliczność braku wpływu tych naruszeń na wynik postępowania nie znosi obowiązku wykazania ich zaistnienia w informacji o wyniku kontroli;**
- odniósł się do zastrzeżeń w zakresie nieuwzględnionym.**

Ad 1.

Prezes Urzędu w pierwszej kolejności wyjaśnił, że sporządzona przez biegłego opinia zawiera, wbrew obiekcjom Zamawiającego, ocenę całej specyfikacji technicznej modułów fotowoltaicznych oraz inwerterów. Natomiast w informacji o wyniku kontroli przytoczono wyłącznie te fragmenty opinii, które potwierdzały nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia. Całościowa ocena wymagań dla modułów fotowoltaicznych doprowadziła do wniosku, że część parametrów, odczytywanych łącznie, została opisana w sposób znacząco ograniczający uczciwą konkurencję.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego – powołującego się na to, że przyjęte rozwiązanie, tj. szkło grubości maksymalnie 1,5 mm, wzmocnione chemicznie metodą wymiany jonowej zapewnia znacząco lepsze właściwości techniczne w porównaniu do innych rozwiązań, w szczególności (...) *transmisja na poziomie powyżej 90%, w szerokim zakresie długości fali elektromagnetycznej, od UV do IR, pozwala na optymalną pracę różnego typu ogniw (I, II i III generacji). (...) szkło poddane procesowi wymiany jonowej charakteryzuje się znacznie mniejszym współczynnikiem odbicia, co w rezultacie również wpłynie na poprawę wydajność ogniw fotowoltaicznych. Dodatkowo wyższa o ok. 8 razy twardość, w porównaniu do szkła typu float, wydłuży czas bezawaryjnego działania. Znacznie wyższa odporność na uderzenia, podwyższona odporność na korozję i znacznie wyższy współczynnik ścieralności, pozwolą na montaż paneli fotowoltaicznych na terenach, gdzie do tej pory nie było to możliwe bądź opłacalne, tj. na terenach, gdzie mamy do*

czynienia z bardzo dużą wilgotnością oraz, gdzie panele narażone są na ścieranie przez zanieczyszczenia w tym piasek (...) – Prezes Urzędu powołał się na opinię uzupełniającą, w której powołany biegły stwierdził, co następuje.

Ważne jest, aby moduł fotowoltaiczny charakteryzował się wysoką sprawnością i odpowiednią wytrzymałością, oraz spełniał odpowiednie normy, w tym bezpieczeństwa. Oczywiście transmisyjność osłony jest istotnym parametrem dla przenikania promieniowania słonecznego przez przeszklenie (to jest standard w energetyce słonecznej), ale nie jest jedynym parametrem decydującym o sprawności konwersji energii. Wymagania, co do modułów fotowoltaicznych powinny uwzględniać odpowiednio wysoką transmisyjność (można podać jej minimalną wartość), którą można zapewnić w różny sposób, a nie koncentrować się na konkretnej grubości szkła i metodzie jego utwardzania.

Celem sporządzonej wcześniej Opinii nie było negowanie przedstawionych w projekcie wszystkich założeń i informacji dotyczących parametrów szkła wzmocnianego metodą wymiany jonowej, ale pokazanie, że przedstawione założenie mogło zostać wykonane niższym kosztem i z lepszym efektem bez znacznego ograniczania możliwych do zastosowania rozwiązań (...). Ultra cienkie szkło wzmocniane metodą wymiany jonowej posiada szereg zalet, jednak w dokumentacji SIWZ nie powinno narzucać się konieczności jego zastosowania, bo oznacza to znaczne ograniczenie dostępnych na rynku rozwiązań.

Przykładem innego typu szkła o transmisyjności porównywalnej z opisywanymi w opinii AGH „Ocena przydatności ultra cienkiego szkła wzmocnianego metodą wymiany jonowej do zastosowań w panelach fotowoltaicznych” jest szkło oferowane przez firmę Pilkington. W tabelach przedstawiono wyniki pomiarów wykonanych w akredytowanym laboratorium <http://www.pilkington.com/north-america/usa/english/products/bp/bybenefit/solarenergy/optiwhitese/productrange.htm>. [Tu zaprezentowano tabele z opinii uzupełniającej dla trzech typów szkła tego producenta o różnych grubościach parametry *Light Transmittance* i *Solar Direct Transmittance*, w tym dla grubości do 3.2 mm wynoszą 90,2 lub 91,1%] Tak jak zostało to opisane w dokumencie (...) {poprzedniej opinii}, transmisyjność szkła *Optiwhite S* firmy *Pilkington* dla promieniowania słonecznego przy grubości szkła 3 mm wynosi 91.1%. Jest to wartość podana nie dla konkretnej długości fali elektromagnetycznej, ale wartość zmierzona według normy ISO9050:2003 przy rozkładzie widmowym promieniowania słonecznego AM 1.5. Analogiczny produkt firmy *Pilkington* *Microwhite* przy grubości zaledwie 1 mm posiada transmisyjność rzędu 91,6%. Żadne z przedstawionych rozwiązań nie jest wzmocniane metodą chemiczną.

Firma *Pilkington* dysponuje również serią rozwiązań o nazwie *TEC*, jednak są to rozwiązania dedykowane do modułów cienkowarstwowych, dlatego ich parametry nie będą przedstawiane. Tak jak zostało to wspomniane w pierwszej Opinii czynnikami, które powinny

decydować o wyborze konkretnego rozwiązania powinny być parametry uniwersalne, które w rzeczywisty sposób decydują o wydajności modułu fotowoltaicznego. W przypadku szkła powinna to być transmisyjność na założonym wysokim poziomie, wyznaczona zgodnie z obowiązującą normą.

Prezes Urzędu zwrócił uwagę, że w przytoczonym powyżej fragmencie opinii biegły podważył twierdzenie Zamawiającego, jakoby wymaganie rzadko stosowanego szkła o grubości nie większej niż 1,5 mm było uzasadnione, gdyż zapewnia większe uzyski energetyczne dzięki nieporównywalnie większemu poziomowi transmitancji szkła. Biegły, opierając się na swoim doświadczeniu badawczym jako profesora Politechniki Warszawskiej, wykazał istnienie nieznacznej – nieprzekraczającej 0,5% – różnicy w transmisyjności szkła o grubości 1 mm i 3 mm. Zaprezentowane przez biegłego wyniki pomiarów wykonanych w akredytowanym laboratorium dla szkła produkowanego przez Pilkington pokazują, że w praktyce działania modułów fotowoltaicznych różnica grubości szkła przedniego w zakresie od 1 do 3 mm nie wywołuje istotnych różnic w transmisyjności, a co za tym idzie nie niesie za sobą korzyści w postaci wpływu na osiągnięcie przez moduł znacząco większych uzysków energetycznych. Prezes Urzędu przypomniał, że biegły już w pierwotnej opinii opisał, jakie czynniki decydują o transmisyjności szkła (skład, rodzaj i struktura powierzchni, kąt padania promieniowania i grubość szkła), stwierdzając w opinii uzupełniającej, że: *Parametry optyczne, takie jak refleksyjność szkła, czy rozważana transmisyjność decydują w rzeczywisty sposób o efektywnej pracy moduły i jego wydajności energetycznej. Nie zostały one jednak uwzględnione w wymaganiach dotyczących modułów fotowoltaicznych, przedstawionych w dokumencie (...) {SIWZ}. Autorzy dokumentu skoncentrowali się jedynie na grubości szkła oraz jonowej metodzie jego wzmacniania, co jest niezrozumiałe i w sposób zdecydowany ogranicza dostępne na rynku rozwiązania.* Tym samym według Prezesa Urzędu uzyskanie efektu w postaci zapewnienia większej transmisyjności szkła mogło być osiągnięte dzięki położeniu nacisku na inne parametry niż tylko grubość szkła, a opisane przez Zamawiającego wymogi stanowiły istotne ograniczenie konkurencji i uniemożliwiły zaoferowanie wielu produktów dostępnych na rynku.

Kontrolujący wskazał również, że biegły zwrócił uwagę na szereg nieścisłości w opiniach technicznych złożonych wraz z zastrzeżeniami.

W odniesieniu do załączonej opinii AGH Ocena przydatności ultra cienkiego szkła wzmacnianego metodą wymiany jonowej do zastosowań w panelach fotowoltaicznych nasuwają się uwagi (...), co do danych i wykresu transmisyjności różnych rodzajów szkła, zawartych w dokumencie. Na wykresie tym interesujące z punktu widzenia zastosowania w fotowoltaice jest szkło LOW IRON, dla którego krzywa charakterystyki jest praktycznie niewidoczna. Na wykresie przedstawione są również krzywe zmienności transmisyjności

dwóch rodzajów szkła TRC Durasolar, które nie zgadzają się z wartościami podawanymi przez producenta. Producent na swojej stronie internetowej [[http://trcdurasolar.com/performans tablosu.htm](http://trcdurasolar.com/performans_tablosu.htm)] podaje mianowicie, że transmisyjność dla szerokiego zakresu widmowego promieniowania słonecznego (300-2500 nm) wynosi 91,2% dla szkła o grubości 3,2 mm.

Dokument „Opinia techniczna dotycząca ultra cienkiego szkła hartowanego metodą wymiany jonowej oraz inwerterów” podpisana przez Prezesa Zarządu Polskiego Instytutu Innowacyjności i Transferu Technologii z Lublina przytacza w większości dane z opinii AGH. Wiele zdań jest nieprecyzyjnych, niestosowanych w języku naukowym i błędnych. Przykładowo podając zakres badań dla promieniowania słonecznego o długościach większych od 380 nm, nie uwzględniono, że dla wywołania efektu fotowoltaicznego wewnętrznego ważne są także fale elektromagnetyczne o długościach z zakresu ultrafioletu, bo to właśnie fotony w tym zakresie długości fal mają największą energię. W Opinii tej napisano również, że w warunkach eksploatacyjnych bardzo duże znaczenie dla zwiększenia efektywności produkcji energii elektrycznej ma zmniejszenie współczynnika odbicia dla promieniowania bezpośredniego padającego po niskimi kątami powodujące jednocześnie zwiększenie absorpcji promieniowania rozproszonego. Chociażby, w tym zdaniu jest już kilka błędów. Po pierwsze w ogniwach fotowoltaicznych zachodzi (nie produkcja lecz) konwersja energii fal elektromagnetycznych w energię elektryczną. Po drugie w tym przypadku istotna jest refleksyjność przeszklenia – ośrodka przezroczystego. Współczynnik odbicia jest innym parametrem niż refleksyjność. Refleksyjność ma charakter kompleksowy, uwzględnia zachowanie się promieniowania na granicach różnych ośrodków: powietrze – szkło, szkło – powietrze, zjawiska wielokrotnego odbicia w samym przeszkleniu, które zależą od współczynnika odbicia na granicy poszczególnych ośrodków. Korzystając z metody śledzenia promienia i znając współczynniki odbicia można wyznaczyć refleksyjność, a także transmisyjność (jeśli znany współczynnik absorpcji to także absorpcyjność). Zapis „dla promieniowania bezpośredniego padającego po niskimi kątami” dotyczy promieniowania padającego pod dużymi kątami, jak można sądzić z kontekstu zdania. Małe kąty padania promieniowania słonecznego oznaczają wysoką transmisyjność, przy dużych kątach padania gwałtownie rośnie refleksyjność, a transmisyjność i absorpcyjność spadają do zera przy kącie padania równym 90°, a nie tak jak napisano, że dla promieniowania bezpośredniego padającego po niskimi kątami powodujące jednocześnie zwiększenie absorpcji promieniowania rozproszonego. Zachowanie promieniowania słonecznego rozproszonego przy przejściu przez ośrodek przezroczysty opisują odpowiednie prawa optyki, ale ta opinia moim zdaniem nie jest miejscem na rozprawę naukowe. W opracowaniach naukowych cytowania stosuje się, jeżeli rozważa się

nowe mało rozpoznane zagadnienia. Natomiast rozważania w tym dokumencie dotyczą podstaw nauki, a dokładnie podstaw fizyki.

Poza tym biegły zauważył, że w załączonych do zastrzeżeń opiniach technicznych zamieszczone wykresy transmitancji w funkcji długości fali nie obejmują całego zakresu promieniowania słonecznego, przytoczone prawa są powszechnie znane z podstaw optyki, a przy opisie symboli występujących w zamieszczonych równaniach nie podano jednostek.

W ocenie Prezesa Urzędu uwagi biegłego poddają w wątpliwość dane przedstawione w opiniach załączonych do zastrzeżeń i zasadność postawionych w nich wniosków. W szczególności brak jest pewności, czy autor opinii uwzględnił wszystkie okoliczności i uwarunkowania fizyczne mające wpływ na wyniki badań takich cech szkła, jak refleksyjność, transmisyjność i absorpcyjność.

Prezes Urzędu wskazał, że powołany przez niego biegły zbadał również, czy przedstawione przez Zamawiającego trzy przykłady modułów fotowoltaicznych (Viessman Vitovolt 350, AntecSolar NFS365ESG, AUO AerPM060MW5) spełniają wszystkie wymagania SIWZ, jak twierdzi Zamawiający. Biegły stwierdził, że załączone do zastrzeżeń karty katalogowe są trudne do weryfikacji pod względem ich rzetelności. Jednakże wskazał konkretne parametry tych modułów, które nie spełniają wymagań podanych w SIWZ, bądź nie odpowiadają zawartym w projekcie wymaganiom. Z opinii biegłego wynika w szczególności, że przedstawione przez Zamawiającego przykłady modułów fotowoltaicznych, jakkolwiek posiadają szkło przednie o wymaganej grubości, jednak nie spełniają innych wymogów SIWZ i w związku z tym nie mogłyby zostać zaoferowane w postępowaniu. W przypadku modułu AUO AerPM060MW5 niezgodność dotyczy mocy modułu, natomiast w przypadku Viessman Vitovolt 350 oraz AntecSolar NFS365ESG – powierzchni modułu i wymiarów laminatu.

Zdanie Prezesa Urzędu powyższa okoliczność potwierdza ocenę biegłego zawartą w pierwotnej opinii, że opis wymagań dla modułów fotowoltaicznych powoduje, że żaden spośród wielu modułów dostępnych powszechnie na rynku, zapewniających efektywność na poziomie nie mniejszym niż wynikająca z SIWZ, nie mógłby zostać zaoferowany w postępowaniu. Jediną możliwością pozostaje uzyskanie przez wykonawców modułów wykonanych na zamówienie, dostosowanych do konkretnych, rygorystycznych wymagań Powiatu Rzeszowskiego. Przy czym, jak stwierdził biegły w pierwotnej opinii, w Europie takich producentów jest tylko kilku. Aktualna pozostaje również pierwotna ocena, że jedyną firmą w Polsce, która może wykonać produkt spełniający wymagania dotyczące produkcji modułów fotowoltaicznych jest ML System.

Biorąc pod uwagę powyższe Prezes Urzędu uznał również za niezasadne stanowisko Zamawiającego, że wskazanie konkretnej powierzchni modułu nie ogranicza konkurencji.

Nawet moduły fotowoltaiczne, których karty katalogowe przedstawił Zamawiający, nie odpowiadają wymogom co do wymiarów opisanych w SIWZ, w związku z czym trudno uznać sposób opisu modułów w tym zakresie za prawidłowy. Zamawiający powinien określić chociażby minimalny zakres dopuszczalnego rozmiaru modułu i zawrzeć taką możliwość w dokumentacji projektowej. Takie rozwiązanie pozwoliłoby na dopuszczenie większej liczby produktów dostępnych powszechnie na rynku.

Ponadto według Prezesa Urzędu, wbrew stanowisku Zamawiającego, w informacji o wyniku kontroli nie zawarto stwierdzenia, że zamawiane urządzenia muszą bezwzględnie stanowić produkty szeroko dostępne na rynku, będące w seryjnej produkcji. Prawo zamówień publicznych nie zabrania w sposób generalny opisu przedmiotu zamówienia preferującego rozwiązanie o jakości wyższej niż standardowa. Jednakże każdorazowo opis przedmiotu o takim charakterze, powodujący zawężenie kręgu wykonawców, bądź produktów, musi mieć podstawę w realnych potrzebach zamawiającego i korzyściach kompensujących ograniczenie konkurencji. W niniejszym postępowaniu sposób opisu szeregu wymogów, takich jak grubość i metoda wzmocnienia szkła, powierzchnia modułu, moc modułu spowodował znaczne ograniczenie liczby dostawców modułów fotowoltaicznych. Biegły potwierdził wprost, że na rynku nie występują w seryjnej produkcji moduły spełniające wszystkie cechy opisane w SIWZ łącznie. W opinii uzupełniającej biegły potwierdził swoje stanowisko, że rygorystyczny opis przedmiotu zamówienia prowadzący do tak znacznego ograniczenia konkurencji nie przekładał się na istotne korzyści do osiągnięcia z planowanej farmy fotowoltaicznej.

W odniesieniu do kwestii opisu wymagań inwerterów fotowoltaicznych Prezes Urzędu zwrócił uwagę, że Zamawiający wskazał, że wymóg dotyczący 9 niezależnych wejść MPPT jest uzasadniony ze względu na zapewnienie większych uzysków rocznych. Zamawiający podniósł również m.in. wpływ zacienienia na działanie inwertera, a ponadto wymienił kilka innych korzyści wynikających z zastosowania tego rodzaju inwertera.

Prezes Urzędu powołał się na następujące stanowisko biegłego odnośnie argumentów Zamawiającego w zastrzeżeniach. *Ilość wejść MPPT ma duże znaczenie w przypadku występowania zacienienia, jednak chodzi tu o zacienienie pochodzące od otaczających obiektów, co zawsze należy szczegółowo rozważyć i odpowiednio usytuować moduły. Zacienienie takie nawet niewielkiego obszaru ogniwa może powodować istotne straty w większej części instalacji. Wpływ tego typu zacienienia na instalację fotowoltaiczną może zostać uwzględniony poprzez przeprowadzenie symulacji komputerowej. W przypadku instalacji dużych, które projektowane są tak, by zaciemnione takie nie występowało, ilość wejść MPPT w inwerterze ma mniejsze znaczenie. Wspomniany*

w Opinii Polskiego Instytutu Innowacyjności i Transferu Technologii z Lublina, a następnie powtórzony w Opinii Prawnej z dnia 24 lutego 2016 r., wpływ zachmurzenia (chmur) na działanie instalacji fotowoltaicznej nie jest poparty żadnymi informacjami i danymi źródłowymi na podstawie, których wnioskować można o istotnym wpływie ilości wejść MPPT na pracę instalacji w polskich warunkach klimatycznych. Lepsze uzyski z działania instalacji fotowoltaicznej, w której zastosowano inwerter o większej liczbie wejść MPPT, zostaną zaobserwowane jedynie przy wystąpieniu częściowego zacienienia instalacji, które występować będzie bardzo krótko oraz relatywnie rzadko. Niestety brak jest informacji, które potwierdzają w sposób naukowy przedstawione informacje. Liczba wejść MPPT nie powinna decydować o wyborze konkretnego urządzenia. Jest wiele rozwiązań pozwalających zapewnić wyższe uzyski bez konieczności zakupu nietypowych urządzeń. Przykładem rozwiązania zapewniającego wyższe uzyski jest zastosowanie mikroinwerterów lub większej liczby inwerterów mniejszej mocy, które mogą posiadać mniejszą liczbę wejść MPPT. Czynnikiem decydującym powinna być sprawność samego inwertera oraz ewentualnie moc instalacji przypadająca na jedno wejście MPPT. Te dwa parametry zapewnią wysokie uzyski energii z instalacji oraz nie ograniczą dostępnej gamy rozwiązań.

Prezes Urzędu podsumował, że aktualne pozostaje stwierdzenie zawarte w informacji o wyniku kontroli, iż opis przedmiotu zamówienia w zakresie modułów oraz inwerterów fotowoltaicznych stawiał przed wykonawcami konieczność zaoferowania urządzeń wykonanych na zlecenie, z uwagi na zablokowanie możliwości dostarczenia jakichkolwiek gotowych, dostępnych na rynku rozwiązań. Jak wykazał biegły, tak wysoko postawione wymogi nie miały przy tym żadnego uzasadnienia technicznego, ani ekonomicznego. Postawione przez Zamawiającego wymogi nie służyły zapewnieniu znaczących korzyści w postaci uzysków energetycznych, a spowodowały znaczące ograniczenie konkurencji. Biegły wskazał przy tym alternatywne rozwiązania techniczne pozwalające na poprawę efektów technologicznych przy dopuszczeniu większego poziomu konkurencyjności. Dodatkowo w przypadku paneli fotowoltaicznych tylko jeden producent, spośród producentów polskich, dysponował możliwością wytworzenia wymaganego urządzenia. Z tych względów, mając na uwadze opisane wyżej okoliczności oraz opinię biegłego powołanego w sprawie, podtrzymano stanowisko, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie modułów oraz inwerterów fotowoltaicznych został dokonany z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy pzp, tzn. w sposób naruszający uczciwą konkurencję.

Prezes Urzędu, działając na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, przekazał 11 marca 2016 r. {pismem z 10 marca 2016 r., znak UZP/DKUE/W3/421/34(16)/15/JB(2450)} zastrzeżenia w zakresie nieuwzględnionym do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

IV.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, ustaliła i zważyła, co następuje:

Na podstawie przekazanych akt kontroli Izba stwierdziła, że przywołane powyżej za informacją o wyniku kontroli okoliczności faktyczne sprawy odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy wynikającemu z tej dokumentacji i są wyczerpujące.

Ad 1.

Izba potwierdza, że w toku kontroli opis przedmiotu zamówienia poddano całościowej analizie z udziałem biegłego, która doprowadziła do ustalenia, że niektóre spośród parametrów wymaganych dla modułów fotowoltaicznych (typ szkła przedniego, moc, powierzchnia oraz wymiary laminatu) oraz inwerterów (izolacja galwaniczna oraz liczba niezależnych wejść MPPT), zwłaszcza występując łącznie, prowadzą do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji.

Izba stwierdziła, że w odniesieniu do modułów fotowoltaicznych następujące istotne ustalenia stanu faktycznego dokonane z udziałem biegłego nie zostały podważone w zastrzeżeniach (z uwzględnieniem załączonych do nich opinii – prawnej i technicznych).

Dla porządku odnotować można, że zasadność uwagi wstępnej biegłego, który zwrócił uwagę na błędne użycie dla nazwania modułów fotowoltaicznych (czyli kompaktowego elementu składającego się z odpowiednio ze sobą połączonych ogniw fotowoltaicznych) terminu „panel fotowoltaiczny” (który odnosi się do połączonych ze sobą modułów), znajduje potwierdzenie w drugiej z załączonych do zastrzeżeń opinii technicznych oraz załączonych do niej karatach katalogowych.

Pomimo słusznego generalnego założenia osiągnięcia jak największych uzysków energetycznych z instalacji fotowoltaicznej zbudowanej na określonej powierzchni, ustalona dla pojedynczego modułu moc i powierzchnia definiują jego sprawność w warunkach STC na poziomie osiągalnym dla wielu produktów standardowo dostępnych na rynku. W tym dla modułów, w których konstrukcji nie zastosowano szkła o grubości 1,5 mm wzmocnianego

metodą chemiczną. Poza nazwaniem w opisie wymagania takiego szkła jako cechującego się podwyższoną transmitancją, odstąpiono od określenia minimalnego wymaganego poziomu transmitancji dla szkła przedniego. Tymczasem porównywalnym poziomem transmitancji mogą cechować się również rozwiązania oparte na innej grubości szkła, wzmacnianego innymi metodami. Wśród wymaganych parametrów nie ma również odniesienia do refleksyjności. W rezultacie opis przedmiotu zamówienia nie zawierał określenia wymaganych parametrów optycznych, które obiektywnie przesądzą o efektywności energetycznej modułu.

Jednocześnie za niesporną należy uznać okoliczność, że zakwestionowane parametry oznaczają konieczność wykonania modułów woltaicznych specjalnie na potrzeby tego zamówienia.

Dodatkowo w toku kontroli ustalono, że krąg producentów zdolnych wykonać moduły woltaiczne według specyficznych parametrów określonych przez Zamawiającego sprowadza się potencjalnie do trzech firm zagranicznych, a faktycznie – do ML System S.A. z siedzibą w Rzeszowie.

Załączona do zastrzeżeń opinia prawna zawiera polemikę ze stwierdzeniami zawartymi w opinii biegłego, które nie mają istotnego znaczenia dla sprawy, a nierzadko podnoszona argumentacja jest wewnątrznie sprzeczna. Przykładowo wpierv uznaje za ważne, aby zakwestionować stwierdzenie biegłego, że stosowanie szkła wzmacnianego metodą wymiany jonowej nie jest popularne w rozwiązaniach przeszkleń modułów fotowoltaicznych, aby następnie przyznać ten fakt, tym razem podnosząc, że brak szerokiego rozpowszechnienia nie świadczy o nieprzydatności takiego rozwiązania. Z jednej strony powołuje się na załączone wydruki kart katalogowych modułów wykorzystujących takie szkło, ale z drugiej strony pośrednio potwierdza, że opisano produkt, który musi być wykonany na zlecenie i nie jest typowo dostępny na rynku, co ma być jednak okolicznością nieistotną. Natomiast nie ma znaczenia, czy wątpliwości biegłego co do trwałości mechanicznej cienkiego szkła są zasadne, gdyż ostatecznie przedmiotem sformułowanego zarzutu jest niedopuszczenie innych rodzajów szkła, które również mają parametry optyczne pozwalające na osiągnięcie założonej sprawności modułów fotowoltaicznych.

Należy zauważyć, że załączone do zastrzeżeń opinie techniczne w żaden sposób nie podważają istotnych ustaleń kontroli dokonanych z udziałem biegłego, gdyż zostały przygotowane jako potwierdzenie przydatności zastosowania ultra cienkiego szkła hartowanego metodą wymiany jonowej w modułach fotowoltaicznych, co nie przesądza o nieprzydatności zastosowania w nich innych rozwiązań, które wskazał powołany przez Prezesa Urzędu biegły w specjalności energetyki słonecznej. Wynika to choćby z tego, że pierwsza z opinii została sporządzona przez specjalistę od technologii szkła, a nie

w dziedzinie fotowoltaiki. Również druga opinia skupia się na parametrach optycznych i mechanicznych szkła jako takiego, a nie kompleksowo rozważanej sprawności i wytrzymałości całego modułu fotowoltaicznego, a swoje wywody opiera również na wykresie (o którym mowa poniżej) pochodzącym z pierwszej opinii.

Nie znajduje również w żadnej z tych opinii technicznych konkretnego potwierdzenia jakoby cienkie szkło utrwalane metodą chemiczną cechowało się parametrami o kilkadziesiąt procent lepszymi niż wszystkie inne asortymenty szkła. Jak sam zauważa autor opinii prawnej, wymagałoby to dopiero sporządzenia opinii przez innych ekspertów niż osoby, które sporządziły opinie techniczne załączone do zastrzeżeń.

Przed wszystkim obie opinie, w których kluczową rolę pełni ten sam wykres prezentujący transmitancję w funkcji długości fali elektromagnetycznej dla różnych rodzajów szkła, uwzględniają szkło wzmocnione metodą chemiczną o grubości 0,8 mm. Nie wiadomo zatem, jaką transmitancją cechuje się tak wzmocnione szkło o grubości 1,5 mm (pośrednio można wnioskować, że gorszą, skoro według opinii dla szkła o mniejszej grubości niż zaprezentowanego na wykresie miała być ona jeszcze lepsza). W połączeniu z faktem, że w opisie modułów fotowoltaicznych nie sprecyzowano wymaganego dla szkła przedniego minimalnego poziomu transmitancji, nie sposób stwierdzić, że opinie te dowodzą, że takiego poziomu transmitancji nie można by osiągnąć przy zastosowaniu innego rodzaju szkła. Ponadto nawet na zaprezentowanym wykresie (i abstrahując od wątpliwości co do jego adekwatności dla niektórych rodzajów szkieł) krzywa dla szkła LOW IRON wydaje się wręcz pokrywać, dla szkła TRC Durasolar P+ SANDY odbiega nieznacznie, a dla szkła OPTI WHITE 2 mm nie odbiega znacząco, od krzywej dla szkła 0,8 mm hartowanego metodą wymiany jonowej.

Z powyższych względów rozpatrywane zastrzeżenia zostały uznane za nieuzasadnioną polemikę z ustaleniami faktycznymi kontroli, które zostały oparte na wewnętrznie spójnej, logicznej i wyczerpującej opinii biegłego z zakresu energetyki słonecznej.

W odniesieniu do stwierdzonego naruszenia dotyczącego opisu inwerterów, w pierwszej kolejności Izba wyraża wątpliwość co do tego, czy Zamawiający zgłosił w tym zakresie zastrzeżenia, gdyż kwestia ta nie została choćby zasygnalizowana w zasadniczym dokumencie. Co prawda tematyka ta pojawia się w opinii prawnej, ale przede wszystkim w końcowej części, gdzie do pkt 3 pn. „Szczegółowa charakterystyka techniczna dotycząca ultra cienkiego szkła hartowanego metodą wymiany jonowej do zastosowań w panelach fotowoltaicznych” wklejono w całości treść zawartą w drugiej z załączonych opinii technicznych. Ponadto w opinii prawnej odniesiono się do inwerterów w końcowej części pkt

4 pn. Analiza prawna w zakresie zasady konkurencyjności. Ostatecznie przyjęto jednak, jak to uczynił Prezes UZP, korzystne dla Zamawiającego założenie, że załączona opinia prawna, stanowi integralną część zastrzeżeń, a nie wewnętrzny dokument Zamawiającego, na podstawie którego podjął on decyzję w jakim zakresie wnosi zastrzeżenia.

Tym niemniej Izba nie widzi podstaw, aby stanowisko zaprezentowane w opinii technicznej podważało zasadność ustaleń kontroli dokonanych z udziałem biegłego, że w odniesieniu do modułów fotowoltaicznych zastosowanych w projektowanej instalacji, które zwrócone są w tym samym kierunku, przy braku w pobliżu obiektów, które mogłyby zacieniać instalację, nie znajduje uzasadnienia stosowanie inwerterów o dopuszczalnej mocy maksymalnej modułów około 20 kW o 9 wejściach śledzących punkt mocy maksymalnej (MPP) modułów w sytuacji, gdy dostępne na rynku urządzenia wyposażane są standardowo przeważnie w dwa takie wejścia, a w każdym razie nie więcej niż w osiem. Biegły wskazał również, że to nie liczba wejść MPPT powinna decydować o doborze urządzenia, a sprawność samego inwertera oraz ewentualnie moc instalacji przypadająca na jedno wejście MPPT, gdyż takie podejście zapewnia wysokie uzyski energii z instalacji, bez konieczności zakupu nietypowych urządzeń.

Wreszcie należy zauważyć, że w opinii technicznej załączonej do zastrzeżeń, a w konsekwencji w opinii pranej, nie zawiera zastrzeżenia odniesieniu do zakwestionowanego również jako nieuzasadnionego wymagania posiadania przez inwertery izolacji galwanicznej.

W rezultacie za adekwatne należy uznać ustalenie biegłego, że założony w projekcie cel systemu fotowoltaicznego – pozyskania energii elektrycznej o mocy 580 kW, czego efektem będzie wygenerowanie z odnawialnego źródła 555 MWh energii – jest wynikiem typowym dla większości systemów fotowoltaicznych budowanych w Polsce, stąd nie uzasadnia stawiania zakwestionowanych wymagań dotyczących modułów i inwerterów.

Tym samym za prawidłowe należy uznać stwierdzenie przez kontrolę, że zakwestionowane wymagania stawiane modułom fotowoltaicznym oraz inwerterom nie były konieczne dla zapewnienia celu projektowanej instalacji fotowoltaicznej, czyli uzyskania założonych uzysków energetycznych w okresie trwałości projektu, gdyż zaspokojenie tej potrzeby Zamawiającego mogły zapewnić istniejące na rynku gotowe rozwiązania, które *de facto* zostały wyłączone przez dobór parametrów wymagających zastosowania urządzeń nietypowych, co oznacza dokonanie opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 29 ust. 2 pzp, gdyż w nieuzasadniony sposób ograniczało konkurencję w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Nie zasługuje na uznanie prezentowane również w zastrzeżeniach i załączonej opinii prawnej stanowisko, sprowadzające się de facto do rozumowania, że skoro roboty budowlane mają być wykonane według projektu sporządzanego przez Zamawiającego, nie można wymagać, aby został on sporządzony w sposób, który nie będzie prowadził do ograniczenia uczciwej konkurencji. Ewentualne koszty, konieczność dostosowania uzyskanych pozwoleń administracyjnych czy ryzyko niedotrzymania terminów wynikających z udzielonego dofinansowania nie zwalniają również z obowiązku poprawienia opisu przedmiotu zamówienia wadliwego w kontekście art. 29 ust. 2 pzp.

O ile zatem nie sposób zakwestionować trafności generalnych wypowiedzi orzecznictwa sądów okręgowych i Izby zaprezentowanych w załączonej opinii prawnej, o tyle nie znajdują one przełożenia w okolicznościach ustalonych w toku kontroli.

Natomiast skoro w powyżej opisanym zakresie dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie był poparty jego obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami, za wyrokiem Izby z 21 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 434/09) należy przypomnieć, że *Ograniczenie w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia wskazuje norma art. 29 Pzp, która zakazuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję poprzez użycie takich sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty. 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.*

Podobnie w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z 9 listopada 2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05) wskazał, 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.* Ponadto Sąd Okręgowy w Lublinie zwrócił uwagę, że: *Jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 ustawy użyty w treści tego przepisu zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu*

*wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Stanowisko to zostało także wielokrotnie potwierdzone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – m.in. w wyrokach wydanych: 24 kwietnia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 466/09, KIO/UZP 486/09), 26 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 752/11), 26 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1734/11). Sąd Okręgowy w Lublinie doszedł do konkluzji, że: *Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest więc 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.* Analogiczne stanowisko wyraziła również Izba m.in. w wyroku z 14 grudnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 2608/10).*

W doktrynie zwrócono uwagę, że rozpatrując możliwość ograniczenia uczciwej konkurencji przez dokonanie tendencyjnego opisu przedmiotu zamówienia, nie sposób abstrahować od warunków rynku właściwego dla danych dostaw, usług czy robót budowlanych. W okolicznościach kontrolowanego postępowania ustalono, że pomimo istnienia na rynku szeregu gotowych rozwiązań w zakresie modułów fotowoltaicznych i inwerterów, które mogłyby posłużyć do wykonania systemu fotowoltaicznego zaspakajającego obiektywne potrzeby Zamawiającego, w przypadku modułów faktycznie tylko jeden producent krajowy oraz jedynie hipotetycznie trzech innych producentów zagranicznych mogłoby się podjąć na specjalne zamówienie wykonania według specyficznych parametrów ustalonych w projekcie wykonawczym.

Ad 3-5

Izba stwierdza w pierwszej kolejności, że w piśmie z 25 lutego 2016 r. Zamawiający zawarł zastrzeżenia odnośnie naruszeń opisanych w pkt 3-5. Czym innym jest kwestia merytorycznej oceny zgłoszonych zastrzeżeń, w których z jednej strony rzeczywiście nie zakwestionowano faktu naruszenia wskazanych informacji o wyniku kontroli przepisów, ale z drugiej strony wskazano na fakt, że nie miało to wpływu na wynik prowadzonego postępowania, co niewątpliwie zmniejsza wagę stwierdzonych w tym zakresie naruszeń.

Krajowa Izba Odwoławcza – działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....