

Sygn. akt KIO 948/23

WYROK

z dnia 21 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie 18 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 3 kwietnia 2023 r.

przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe EKOSUN P.Cz., Koszalin [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Energy biznes – Farma fotowoltaiczna i pompa ciepła (nr WIM.DEA.0812.8.2022)

prowadzonym przez zamawiającego: Warmia i Mazury sp. z o.o. z siedzibą w Szymanach [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawcy: ADAMIETZ sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) odpowiadającą uzasadnionym kosztom Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

U z a s a d n i e n i e

Warmia i Mazury sp. z o.o. z siedzibą w Szymanach {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz” lub „Pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. Energy biznes – Farma fotowoltaiczna i pompa ciepła (nr WIM.DEA.0812.8.2022).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 28 grudnia 2022 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr S_250 pod poz. 729647.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

24 marca 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej w części I tego zamówienia – dot. budowy instalacji pomp ciepła o łącznej mocy grzewczej 1500 kW – oferty złożonej przez ADAMIETZ sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich {dalej: „Adamietz” lub „Przystępujący”}.

3 kwietnia 2023 r. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe EKOSUN P.Cz. z Koszalina {dalej: „Ekosun” lub „Odwołujący”} wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego, a także od zaniechania odrzucenia oferty Adamietza.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie f i b ustawy pzp – przez niezastosowanie tych przepisów i nieodrżucenie oferty Adamietza, który nie wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył minimum jedno zamówienie polegające na wykonaniu robót polegających na budowie instalacji gruntowych pomp ciepła o mocy co najmniej (minimum) 700 kW.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Powtórzenia badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.
3. Odrzucenia oferty Adamietzu.

W ramach uzasadnienia powyższy zarzut został doprecyzowany przez powołanie się na następujące okoliczności.

Brzmienie warunku określonego w rozdziale VI ust. 1 pkt 1.1 ppkt 1.1.4 SWZ: Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał w sposób

należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył minimum jedno zamówienie polegające na wykonaniu robót polegających na budowie instalacji gruntowych pomp ciepła o mocy co najmniej (minimum) 700 kW oraz budowie, przebudowie lub rozbudowie infrastruktury technicznej, a także robót ogólnobudowlanych na łączną kwotę co najmniej (minimum) 5 000 000,00 zł brutto (słownie: pięć milionów złotych).

20 stycznia 2023 r. na pytanie nr 1: Czy Zamawiający uzna warunek spełnienia zdolności technicznej określony w rozdziale VI, punkt 1.1.4. SWZ polegający na „budowie instalacji gruntowych pomp ciepła o mocy co najmniej (minimum) 700 kW” za spełniony jeżeli oferent wykaże się montażem instalacji pomp ciepła typu woda/woda (gruntowych) współpracujących z dolnym źródłem ciepła innym niż wymiennik gruntowy (woda ciepła odzyskowego)? – Zamawiający odpowiedział: Warunki udziału w postępowaniu Zamawiający określa w treści SWZ.

Zdaniem Odwołującego oznacza to, że mawiający nie wyraził zgody na zastosowanie instalacji ciepła z innym źródłem ciepła niż wymiennik gruntowy.

Gruntowa pompa ciepła to urządzenie grzewcze, która pobiera ciepło z gruntu (np. dzięki odwiertom w gruncie). Odwołujący wyraził przekonanie, że nie wymaga to wiedzy specjalistycznej, skoro zgodnie z internetowym słownikiem języka polskiego [] słowo „grunt” oznacza: 1) «wierzchnią warstwę ziemi nadającą się pod uprawę»; 2) «powierzchnia ziemi»; 3) «obszar własności ziemskiej»; 4) «dno zbiornika wodnego»; 5) «substancję służącą jako podkład przy tynkowaniu, malowaniu itp.; też: zaschnięta warstwa tej substancji»; 6) «zasadniczy element czegoś»; 7) «pewna całość kulturowa, ideowa, społeczna».

Natomiast z referencji udzielonych przez Toms Polska sp. z o.o. z siedzibą w Lesznie wynika, że Adamietz w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał pompę ciepła o mocy 1248 kW z dolnym źródłem w postaci zbiornika tworzywowego o pojemności 38 m³. Ponieważ w tym przypadku pompa pobiera ciepło ze zbiornika z wodą odpadową z produkcji, nie jest to instalacja pracująca na wymienniku gruntowym, lecz na odzysku ciepła z ciągu technologicznego i/lub z instalacji chłodniczej.

W odpowiedzi na odwołanie z 17 kwietnia 2023 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie, przy czym zawarte w tym piśmie uzasadnienie zajęcia takiego stanowiska sprowadza się do następujących okoliczności i argumentów.

Zamawiający z następujących powodów zdecydował się na określenie warunku udziału dotyczącego zdolności zawodowej, który będzie referował wyłącznie do urządzeń pomp gruntowych o wymaganej łącznej mocy, czyli bez określania rodzaju dolnego źródła ciepła, (co następnie potwierdził – przez odesłanie do warunku udziału opisanego w SWZ –

w ramach zacytowanej w odwołaniu odpowiedzi na pytanie nr 1).

Po pierwsze, wszystkie powszechnie dostępne źródła, które przeanalizował Zamawiający, posługiwały się podziałem pomp ciepła na powietrzne i gruntowe. O ile w przypadku powietrznych pomp ciepła dolnym źródłem jest powietrze zewnętrzne lub powietrze odpadowe (z central wentylacyjnych), o tyle dolnym źródłem dla gruntowych pomp ciepła mogą być: 1) sondy gruntowe (kolektor poziomy lub pionowy), 2) woda gruntowa, 3) woda ze zbiornika naturalnego (jeziora, rzeki), 4) woda ze zbiornika sztucznego (poprodukcyjna, gromadzona w zbiornikach).

Po drugie, to samo urządzenie, czyli pompa gruntowa może współpracować z różnymi dolnymi źródłami ciepła, zarówno wysokotemperaturowymi (np. ściekami przemysłowymi), jak i niskotemperaturowymi (sondy gruntowe).

Po trzecie, ponieważ kluczowe znaczenie dla powodzenia przedsięwzięcia ma właściwy dobór urządzenia pompy gruntowej, został określony parametr jej mocy.

Po czwarte, dla Zamawiającego nie miało znaczenia, jakiego rodzaju dolne źródło ciepła ma zostać wykonane w ramach realizacji tego zamówienia, gdyż nie jest uprawnione przenoszenie warunków realizacji zamówienia wynikających z opisu przedmiotu zamówienia na warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 1 ustawy pzp.

Jak trafnie wskazała bowiem Izba w uzasadnieniu wyroku z 6 maja 2021 r. sygn. akt KIO 834/21: Warunek udziału w postępowaniu nie musi i nie powinien obejmować zamówienia identycznego, bo też nie taka jest rola wykazania warunków udziału w postępowaniu. Powinien umożliwiać on ocenę zdolności (potencjału) wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto, warunki udziału w postępowaniu powinny być określane z zachowaniem zasady proporcjonalności.

Zamawiający powołał się również na to, że zgodnie z utrwalonym od lat w orzecznictwie Izby stanowiskiem spełnianie warunków udziału w postępowaniu należy oceniać ściśle, bez domniemywania ograniczeń, które z warunku wprost nie wynikają, czyli w tym przypadku – rodzaju dolnego źródła ciepła. Oznaczałoby bowiem uzupełnienie czy też

sprecyzowanie (względnie rozszerzenie) warunku udziału w postępowaniu, o wymagania które nie zostały określone w dokumentach zamówienia, co jest oczywiście niedopuszczalne na etapie badania złożonych przez wykonawców ofert.

Zamawiający zakwestionował pod względem formalnym i merytorycznym załączone do odwołania opinie techniczne.

W aspekcie formalnym zwrócił uwagę, że nie mają one waloru opinii biegłego, która została wymieniona w ramach otwartego katalogu dowodów z art. 538 ustawy pzp, a stanowią jedynie opinie prywatne. Jako dokumenty prywatne stanowią one jedynie dowód, że osoby, które go podpisały, złożyły oświadczenie zawarte w ich treści. Nie korzystają także

z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń. Z kolei oceniając ich wiarygodność, należy wziąć pod uwagę, że powstały na potrzeby postępowania odwoławczego, na zlecenie Odwołującego.

Zamawiający podkreślił, że opinie te nie spełniają przyjętych na gruncie norm procesowych cywilnych oraz administracyjnych standardów, które wymagają, aby możliwe było przeanalizowanie procesu badawczego w celu stwierdzenia, czy wyciągnięte z określonego stanu faktycznego wnioski i oceny są rzetelne i prawidłowe.

W tym kontekście kluczowy według Zamawiającego jest brak odwołania się do obiektywnych podstaw prawnych (konkretnych aktów prawnych), normalizacyjnych (norm polskich przenoszących normy europejskie) lub choćby technicznych (danych technicznych zebranych z wiarygodnych i powszechnie dostępnych źródeł).

Kwestionując merytoryczną wartość opinii załączonych do odwołania, Zamawiający zwrócił również uwagę, że zawarte w nich wywody dotyczą dolnego źródła ciepła do układu pompy, a nie samej pompy ciepła. Zdaniem Zamawiającego autorzy tych opinii nie podjęli nawet próby obiektywnego wyjaśnienia, dlaczego przedsięwzięcie, na którego wykonanie powołał się Adamietz, nie można uznać za dotyczące pompy gruntowej.

Poza tym w ocenie Zamawiającego pierwsza opinia nie jest miarodajna również z tego powodu, że punktem jej wyjścia jest negatywna ocena wyjaśnień treści udzielonych w związku z pytaniem nr 1.

Z kolei nie wiadomo na jakiej podstawie autor drugiej opinii doszedł do wniosku, że Adamietz nie zrealizował rozwiązania, które można określić mianem gruntowej pompy ciepła, skoro wskazuje jednocześnie, że różnica dotyczy wyłącznie źródła ciepła, a nie samej pompy.

Niezależnie od powyższego Zamawiający zwrócił uwagę, że w swoim piśmie z 14 kwietnia 2023 r. Odwołujący posługuje się podziałem pomp ciepła na powietrzne i solankowe, który nie pojawił się uprzednio w odwołaniu i załączonych do niego opiniach, a tym bardziej nie był stosowany w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia.

Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia z 7 kwietnia 2023 r. oraz w piśmie z 17 kwietnia 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania, przy czym uzasadnienie zajęcia takiego stanowiska opiera się generalnie na okolicznościach i argumentach zbieżnych z odpowiedzią na odwołanie (których nie ma potrzeby powtarzania).

Poza tym według Przystępującego nazwa „gruntowa pompa ciepła” wskazuje tylko na określoną konstrukcję urządzenia, w której ciepło z dolnego źródła za pośrednictwem cieczy (wody lub roztworów glikolu, tzw. solanki) przekazywane jest do wymiennika tego urządzenia. Gruntowe pompy mogą być typu woda/woda lub solanka/woda. W szczególności

zasada pracy i konstrukcja urządzenia jest niemal identyczna, zarówno przy dolnym źródle w postaci sond pionowych, jak i poborze ciepła ze zbiornika ścieków technologicznych.

Na potwierdzenie możliwości zastosowania dla tych samych modeli pomp ciepła jako dolnego źródła ciepła zarówno gruntu czy wód gruntowych, jak i wód odpadowych z procesów przemysłowych Przystępujący powołał się na załączone do zgłoszenia przystąpienia: 1) kartę katalogową producenta Oilon/Gazuno dla pomp ciepła serii P/RE/S, 2) wytyczne projektowe producenta Viessmann dla VITOCAL 300-G PRO.

Z kolei na potwierdzenie, że pompa ciepła zastosowana w ramach przedsięwzięcia wskazanego przez Adamietz dla wykazania spełniania warunku udziału do drugiego pisma załączono korespondencję z Johnson Controls International, który jako dostawca zamontowanej tam pompy potwierdza, że może ona współpracować z dolnym źródłem zarówno wysokotemperaturowym (ścieki przemysłowe), jak i niskotemperaturowym (sondy pionowe w gruncie).

Tym samym zdaniem Przystępującego pompę ciepła zamontowaną przez niego w ramach zamówienia referencyjnego można określić jako gruntową.

Powyższe ma potwierdzać dodatkowo opinia techniczna załączona również do tego pisma.

W piśmie z 14 kwietnia 2023 r. Odwołujący w ramach polemiki z treścią zgłoszenia przystąpienia wywiódł, co następuje.

Istotny jest podział pomp ciepła na powietrzne i solankowe, z kolei te ostatnie dzielą się na gruntowe i z odzyskiem ciepła z innych cieczy. O ile każda solankowa pompa ciepła przystosowana do pracy z wymiennikiem gruntowym (= pompa gruntowa) może w pewnym zakresie pracować też na innych źródłach (ścieki, odzyski przemysłowe), o tyle nie każda pompa ciepła stosowana do odzyskiwania ciepła w przemyśle nadaje się do pracy z wymiennikiem gruntowym.

Pompa gruntowa, jak sama nazwa wskazuje, wykorzystuje zasoby ciepła pochodzące z ziemi, czyli energię geotermalną skumulowaną w gruncie na skutek nagrzewania jego zewnętrznych warstw. W przypadku tego rodzaju systemu

grzewczego konieczny jest montaż wymiennika gruntowego, odpowiedzialnego za pobór energii cieplnej z ziemi, w postaci systemu rur z tworzywa sztucznego umieszczonego pod ziemią na odpowiedniej głębokości, pionowo lub poziomo. Kolektory poziomo są układane pod powierzchnią ziemi na obszarze nawet kilkudziesięciu metrów kwadratowych, podczas gdy kolektory pionowe wymagają wykonania głębokich nawet na 100 m odwiertów. Rury wymiennika gruntowego wypełnia się płynem niezamarzającym, np. glikolem.

Pompy przeznaczone do odzysku ciepła odpadowego pracują nie wymagają takiego

wymiennika gruntowego i nie stosuje się tu glikolu, gdyż pracują w układzie woda-woda z temperaturami dolnego źródła powyżej +10°C.

Praca na wymienniku gruntowym wymaga możliwości pracy urządzenia z charakterystycznym zakresem temperatur do -5°C. Natomiast pompy ciepła korzystające z ciepła odpadowego pracują na wyższych temperaturach, a w konsekwencji używają innego czynnika chłodniczego (R134a, R450A, R513A, R1234ze) niż pompy gruntowe (R410A).

Warunek opisujący wymagane doświadczenie wykonawcy jako budowa instalacji gruntowych pomp ciepła... nie może być interpretować rozszerzająco, gdyż jest precyzyjny, a samo zastosowanie wykładni językowej prowadzi do jednoznacznych wniosków.

Nie można jednak tracić z pola widzenia, że doświadczenie wykonawcy powinno mieć charakter zbliżony do specyfiki zamówienia. W przedmiotowym zamówieniu wykonanie dolnego źródła w postaci wymiennika gruntowego – sond gruntowych jest głównym elementem zamówienia i stanowi 50% jego wartości

Stąd wykonanie dolnego źródła w postaci zbiornika na odpady nie jest zbliżone zakresem robót to prac objętych niniejszym zamówieniem. Wykonana przez Przystępującego pompa ciepła nie pobiera bowiem ciepła z gruntu i nie pracuje na wymienniku gruntowym, a jej praca polega na odzysku ciepła technologicznego lub/i z instalacji chłodniczej.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, wykazał, że ma taki interes, a ponadto, że w związku z objętym zarzutami odrzucenia zaniechaniem odrzucenia oferty Przystępującego może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zamawiający następująco sformułował warunek dotyczący zdolności zawodowej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia w części I: Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał w sposób należyty oraz

zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył minimum jedno zamówienie polegające na wykonaniu robót polegających na budowie instalacji gruntowych pomp ciepła o mocy co najmniej (minimum) 700 kW oraz budowie, przebudowie lub rozbudowie infrastruktury technicznej, a także robót ogólnobudowlanych na łączną kwotę co najmniej (minimum) 5 000 000,00 zł brutto (słownie: pięć milionów złotych) [pkt 1.1.4 rozdziału VI SWZ].

W ramach „Wyjaśnień treści SWZ (I)” z 20 stycznia 2023 r. na wszystkie poniższe pytania dotyczące powyżej przywołanego warunku udziału:

- Czy zamawiający uzna warunek spełniania zdolności technicznej i zawodowej określony w rozdziale VI, punkt 1.1.4 SWZ polegający na „budowie instalacji gruntowych pomp ciepła o mocy co najmniej (minimum) 700 kW” za spełniony, jeśli oferent wykaże się montażem instalacji pomp ciepła typu woda/woda (gruntowych) współpracujących z dolnym źródłem ciepła innym niż wymiennik gruntowy (woda ciepła odzyskowego)? [pytanie nr 1]
- Prosimy o potwierdzenie, czy warunki określone w rozdziale VI, punkt 1.1.4 SWZ w brzmieniu „budowie instalacji gruntowych pomp ciepła o mocy co najmniej (minimum) 700 kW” oraz „budowie, przebudowie lub rozbudowie infrastruktury technicznej, a także robót ogólnobudowlanych na łączną kwotę co najmniej (minimum) 5 000 000,00 zł brutto (słownie: pięć milionów złotych)” można traktować rozdzielnie? Czy zatem Oferent może wykazać ich spełnienie w dwóch oddzielnych zadaniach (osobno dla 700 kW i osobno dla 5.000.000 zł), a Zamawiający uzna dla takich referencji spełnienie tego warunku? [pytanie nr 2]
- W związku z zamiarem złożenia oferty cenowej w przedmiotowym postępowaniu przetargowym pn. „Farma fotowoltaiczna i pompa ciepła” zwracamy się z prośbą o zmianę zapisów zawartych w SIWZ w pkt VI. ppkt 1) 1.1.4) na następujący: „a)

Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył minimum jedno zamówienie polegające na wykonaniu robót polegających na: budowie

instalacji gruntowych pomp ciepła o mocy co najmniej (minimum) 500 kW oraz budowie, przebudowie lub rozbudowie infrastruktury technicznej, a także robót ogólnobudowlanych na łączną kwotę co najmniej (minimum) 5 000 000,00 zł brutto (słownie: pięć milionów złotych)". Uwzględnienie powyższej zmiany pozwoliłoby na zwiększenie konkurencyjności w przedmiotowym postępowaniu, zwiększyłoby dostęp innych doświadczonych podmiotów do zamówienia, a tym samym pozwoliłoby uzyskać

bardziej konkurencyjne ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Na przestrzeni ostatnich 5 lat, biorąc pod uwagę zamówienia publiczne, sporadycznie zdarzały się postępowania przetargowe obejmujące instalację gruntowych pomp ciepła o mocy wskazanej pierwotnie (700 kW) natomiast jako typowe były realizacje o parametrach 400-500 kW. W związku z powyższym zmiana zaproponowanych zapisów zabezpieczy Zamawiającego na okoliczność uzyskania większej ilości ofert gdyż w postępowaniu będą mogli wziąć udział doświadczeni Wykonawcy i zapobiegnie ograniczeniu zasady uczciwej konkurencji. [pytania nr 10 i 25]

- Wykonawca zwraca się z prośbą zmiany zapisu w SWZ pkt. 1.1. Część I, p.p.k.t. 1.1.3. oraz 1.1.4. Zamawiający postawił warunek dla wykonawcy zrealizowania następującego zadania: „wykonał w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył minimum jedno zamówienie polegające na wykonaniu robót polegających na: budowie instalacji gruntowych pomp ciepła o mocy co najmniej (minimum) 700 kW oraz budowie, przebudowie lub rozbudowie infrastruktury technicznej, a także robót ogólnobudowlanych na łączną kwotę co najmniej (minimum) 5 000 000,00 zł brutto (słownie: pięć milionów złotych)". Wykonawca zwraca się z prośbą o zmianę zapisu na: „wykonał w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył minimum jedno zamówienie polegające na wykonaniu robót polegających na: budowie instalacji gruntowych pomp ciepła o mocy co najmniej (minimum) 700 kW oraz budowie, przebudowie lub rozbudowie infrastruktury technicznej, a także robót ogólnobudowlanych na łączną kwotę co najmniej (minimum) 4 000 000,00 zł brutto (słownie: czterech milionów złotych)". W związku z tym, iż kwota zrealizowanego zadania o podobnym zakresie nie wpływa na zdolność techniczną lub zawodową jak mówi p.p.k.t. 1.1.4., a na zdolność ekonomiczną lub finansową wykonawcy. Po przeanalizowaniu przedmiarów oferent zdaje sobie sprawę z tego, iż zakres kwotowy części pierwszej zadania jest znacznie wyższy w związku z tym na potwierdzenie spełnienia warunku zdolności ekonomicznej lub finansowej proponuje zmienić zapis p.p.k.t. 1.1.3. z zapisu: „Wykonawca musi wykazać, że: posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej przedmiotem zamówienia na kwotę co najmniej 5 000 000,00 zł (słownie: pięć milionów zł)" na następujący: „Wykonawca musi wykazać, że: posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej przedmiotem zamówienia na kwotę co najmniej 5 000 000,00 zł (słownie: pięć milionów zł) oraz przedstawić informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzające wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem

terminu składania ofert na kwotę minimum 5 000 000,00 zł (słownie: pięć milionów zł)". Warunek ten potwierdzi fakt, że wykonawca będzie w stanie sfinansować kontrakt lub przynajmniej jego część (przy płatnościach częściowych). [pytanie nr 12]

- Czy Zamawiający dopuści jako warunek udziału w postępowaniu zamówienie polegające na wykonaniu robót polegających na: budowie instalacji pomp ciepła o mocy co najmniej (minimum) 700 kW z dolnym źródłem stanowiącym odwierty geotermalne oraz budowie, przebudowie lub rozbudowie infrastruktury technicznej, a także robót ogólnobudowlanych na łączną kwotę co najmniej (minimum) 5 000 000,00 zł brutto. [pytanie nr 32]

– Zamawiający udzielił jednobrzmiących odpowiedzi: Warunki udziału w postępowaniu Zamawiający określa w treści SWZ.

Każde z przytoczonych powyżej pytań stanowi de facto wniosek o zmianę w określony sposób warunku i jednocześnie oczywiste jest, że Zamawiający w odpowiedzi nie wyjaśniał treści warunku, a po prostu konsekwentnie nie zgadzał się ani na jego złagodzenie (do czego zmierzały wszystkie pytania z wyjątkiem ostatniego), ani na jego zaostrzenie. W szczególności Zamawiający nie przychylił się do sugestii, jakoby instalacja składająca się z pomp ciepła typu woda/woda współpracujących z dolnym źródłem ciepła innym niż wymiennik gruntowy mogła zostać poczytana jako instalacja gruntowych pomp ciepła. Z drugiej strony Zamawiający odmówił zawężenia warunku do instalacji gruntowych pomp ciepła analogicznych do tych, jakie mają być wykonane w ramach części I tego zamówienia.

Poza wszelkim sporem jest bowiem okoliczność, że przedmiotem zadania I części I tego zamówienia jest budowa instalacji pomp ciepła o łącznej mocy grzewczej 1500 kW w pięciu różnych lokalizacjach na terenie lotniska w Szymanach (nazywanych „obszarami" i oznaczanych jako „HP" z kolejnymi nr), spośród których w czterech z nich ma być zastosowana technologia gruntowych pomp ciepła typu solanka/woda łącznie o mocy 1490 kW, dla których temperatura solanki na wejściu może wahać się w przedziale od -10°C do +20°C, z dolnym źródłem ciepła w postaci kolektorów pionowych w postaci sond w kształcie „U", wymagających wykonania łącznie w gruncie 233 odwiertów o głębokości 150 m każdy:

- HP 1 kotłownia terminalu – cztery pompy o łącznej mocy 700 kW z kolektorem o łącznej długości 16500 mb, który wymaga 110 odwiertów,
- HP 2 kotłownia wieży kontroli lotów – dwie pompy o łącznej mocy 308 kW z kolektorem o łącznej długości 7040 mb, który wymaga 47 odwiertów,
- HP 3 kotłownia budynku nr 8 – jedna pompa o mocy 108 kW z kolektorem o łącznej długości 2469 mb, który

wymaga a 15 odwiertów,

- HP 4 kotłownia hangarów – 374 kW – dwie pompy o łącznej mocy 374 kW z kolektorem o dł. 9143 mb, który wymaga 61 odwiertów.

[patrz rozdział IV pkt 1 dla części I SWZ oraz pkt 5 lit. b) i pkt 6 z pkt 3 zawierającego część opisową do projektów technicznych powyższych instalacji – załącznik nr 1b do SWZ]

Jedynie w piątej lokalizacji – HP 5 budynku lotniskowych służb ratowniczo-gaśniczych, ma być zastosowana technologia powietrznej pompy ciepła o mocy 10 kW z zastosowaniem typu takiego typu pompy, dla której zakres temperatury powietrza jako źródła ciepła może wahać się w przedziale od +7°C do + 30°C.

[patrz rozdział IV pkt 1 dla części I SWZ oraz pkt 5 lit. b) z pkt 3 zawierającego

część opisową do projektu technicznego tej instalacji – załącznik nr 1b do SWZ] Zestawienie opisu przedmiotu zamówienia i opisu warunku udziału w zakresie mającym znaczenie dla rozpoznawanej sprawy prowadzi do wniosku, że Zamawiający uznał za proporcjonalne do przedmiotu zadania I części I, a zarazem umożliwiające ocenę zdolności do jego należytego wykonania (posługując się terminologią art. 112 ust. 1 ustawy pzp), doświadczenie w należyтым wykonaniu instalacji gruntowych pomp ciepła o mocy cieplnej odpowiadającej największej spośród czterech instalacji gruntowych pomp ciepła objętych tym zamówieniem. Co więcej, Zamawiający obstawał przy określeniu na takim poziomie minimalnego poziomu zdolności (o czym również mowa w art. 112 ustawy pzp), pomimo argumentacji, że jego obniżenie zwiększy konkurencyjność. Takie twierdzenie wykonawcy, który w tym celu wnioskował o obniżenie do 500 kW mocy cieplnej zrealizowanej instalacji gruntowych pomp ciepła, o tyle się potwierdziło, o ile w postępowaniu na część I oferty złożyło tylko dwóch wykonawców.

Zamawiający na rozprawie wywodził, że obawia się o dotrzymanie terminu wykonania niniejszego przedsięwzięcia dofinansowanego ze środków unijnych, co zdaje się być powodem odejścia od ścisłej interpretacji warunku, w kierunku dopuszczenia instalacji pomp ciepła z wodą ciepłą odzyskowego jako dolnym źródłem ciepła, pomimo że – jak to już powyżej ustalono – nie wyraził zgody ani na taką, ani żadną z innych propozycji zmiany treści warunku.

Zamawiający wspólnie z Przystępującym podjął zupełnie nieprzekonującą, a wręcz karkołomną próbę przekonania składu orzekającego Izby, że za wykonanie instalacji gruntowych pomp ciepła można poczytać instalację z pompą ciepła, która – co nie było sporne – w żaden sposób nie czerpie ciepła z gruntu, wód gruntowych lub wód powierzchniowych, a ze zbiornika z tworzywa sztucznego z wodą odpadową procesów technologicznych.

Interpretacja warunku forsowana przez Zamawiającego i Przystępującego przechodzi do porządku dziennego nad tym, że w jego treści mowa jest o „instalacji gruntowych pomp

ciepła”, co służy dochowaniu proporcjonalności do przedmiotu zamówienia, a nie o samej pompie cieplnej jako urządzeniu funkcjonującemu w oderwaniu od zrealizowanej faktycznie instalacji, która zawsze będzie obejmuje w szczególności tzw. dolne źródło. Innymi słowy powszechnie używane określenie „gruntowa pompa ciepła” jest pewnym skrótem myślowym, gdyż – jak to było do pewnego stopnia niesporne w sprawie – w zakresie określonym przez ich producentów takie same urządzenia mogą współpracować z różnymi dolnymi źródłami ciepła. Jednakże oczywiste jest, że istotą warunku jest doświadczenie należyтым wykonaniu instalacji gruntowych pomp ciepła, czyli takiej instalacji, w której występuje gruntowy wymiennik ciepła.

Z powyższych względów niczego do sprawy na korzyść strony Zamawiającego nie mogły wnieść załączone do zgłoszenia przystąpienia specyfikacje techniczne wybranych modeli pomp ciepła dwóch producentów (podobnie jak oświadczenie dostawcy urządzeń), gdyż istotne jest, jaką faktycznie instalację wykonał Adamietz w ramach referencyjnego przedsięwzięcia, a nie jaką mógłby wykonać z użyciem tego samego czy podobnego urządzenia.

Co więcej, w „Karcie katalogowej wysokotemperaturowych pomp ciepła...” producent Gauzuno odróżnia odzyskiwanie ciepła odpadowego ze ścieków komunalnych lub przemysłowych (Pompy ciepła mogą być wykorzystywane do odzyskiwania ciepła odpadowego ze ścieków komunalnych lub przemysłowych) od gruntowego źródła ciepła (Ciepło ze źródła gruntowego to darmowa energia słoneczna zmagazynowana w ziemi. Pompy ciepła tego typu mogą wykorzystywać tę energię do ogrzewania, zastępując drogie źródła ciepła.) [cytaty ze str. 3].

Z kolei z „Wytucznych projektowych” producenta Viessmann wynika że co prawda Vitocal 300-G Pro jest pompą ciepła solanka/woda, która może wykorzystać jako źródło ciepła zarówno grunt (bezpośrednio solanka/woda), co wymaga jednak zastosowania sond gruntowych, jak i wodę (woda/woda z obiegiem pośrednim), przy czym stosuje się zupełnie inny wymiennik ciepła, jeżeli ma to być woda gruntowa (studnie czerpalna i zrzutowa), niż dla wody z procesu technologicznego (płyty lub płaszczowo-rurowy wymiennik ciepła) [patrz informacje na str. 1., 50., 52. i 54.].

Wymaganie zrealizowania instalacji gruntowych pomp ciepła o mocy cieplnej na poziomie 700 kW jest relatywnie wysokim wymaganiem, na co wskazywali wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w tym postępowaniu, wnioskując o jej obniżenie do 500 kW. Potwierdza to również dokumentacja techniczna tego zamówienia, gdyż w jedynej lokalizacji, w której ma powstać instalacja o takiej mocy, składa się ona z układu czterech pomp cieplnych i kolektora gruntowego o ponad 16-km łącznej długości rur. Natomiast w przypadku instalacji przemysłowych pomp ciepła, gdy źródłem ciepła jest woda odpadowa z

procesów technologicznych, dzięki jej wyższej temperaturze niż źródeł związanych z gruntem, osiągnięcie takiego poziomu jest relatywnie łatwiejsze. Stąd przy pojemności zbiornika nieco poniżej 40 tys. litrów możliwe jest osiągnięcie

mocy cieplnej na poziomie przekraczającym 1200 kW, jak w przypadku przedsięwzięcia zrealizowanego przez Adamietz.

Pismem z 3 marca 2023 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy pzp, wezwał Adamietz jako wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w określonym terminie podmiotowych środków dowodowych, w tym na potwierdzenie warunku udziału opisanego w pkt 1.1.4 rozdziału VI SWZ:

1.1. Wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane – wzór wykazu robót budowlanych stanowi Załącznik nr 5 do SWZ.

1.2. Dowodów określających należyte wykonanie robót budowlanych uwzględnionych w wykazie, o którym mowa w ppkt 1.1 powyżej. Dowodami są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty.

W określonym terminie Adamietz przesłał wykaz robót budowlanych, w którym wskazał na wykonanie w okresie od 22.02.2018 r. do 08.04.2020 r. budowy zakładu przemysłowego wraz z budynkami i infrastrukturą towarzyszącą w Nowej Soli o wartości 158.478.438,57 zł, na rzecz Toms Polska sp. z o.o. z siedzibą w Lesznie, oraz załączył wystawione 1 lipca 2022 r. przez ten ostatni podmiot referencje.

Przy czym w treści powyższych dokumentów złożonych na potwierdzenie warunku nigdzie nie pada odpowiadające jego treści sformułowanie o „wykonaniu budowy instalacji gruntowych pomp ciepła”. W oświadczeniu własnym Adamietz powołał się na to, że powyższe przedsięwzięcie obejmowało „budowę instalacji pomp ciepła o mocy 1248 kW”, a w wystawionych na pół roku przed wszczęciem niniejszego postępowania referencjach mowa jest o „pompie ciepła o mocy 1248 kW, z dolnym źródłem w postaci zbiornika tworzywowego o pojemności 38 m³”, co trafnie wychwycił Odwołujący.

Odwołanie ani nie zawiera zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przywołanego powyżej przepisu przez zaniechanie wezwania Adamietz do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa w pkt 1.1.4 rozdziału VI SWZ, ani nie wskazuje na okoliczności, które powodowałyby zbędność tej czynności, w szczególności innych powodów odrzucenia oferty Adamietz.

Reasumując, o ile Zamawiający nieprawidłowo ocenił, że Adamietz wykazał spełnianie warunku udziału, o którym mowa w pkt 1.1.4 rozdziału VI SWZ, o tyle nie jest to wystarczające dla uznania, że jego oferta powinna zostać odrzucona jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, gdyż nie był w tym zakresie wzywany do uzupełnienia dokumentów.

Ponieważ spór w tej sprawie zasadzał się na interpretacji warunku udziału w postępowaniu, której dokonanie nie wymaga wiadomości specjalnych, nie uwzględniono zawartego w odwołaniu wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu ciepłownictwa na okoliczność niespełnienia przez pompę ciepła z dolnym źródłem w postaci zbiornika tworzywowego parametrów instalacji gruntowych pomp ciepła oraz niespełnienia przez Adamietz warunku udziału w postępowaniu.

Niezależnie od tego względy ekonomiki procesowej w sytuacji, gdy odwołanie nie mogło zostać uwzględnione z uwagi na zakres podniesionych w nim okoliczności, wskazywały, że dopuszczenie takiego dowodu prowadziłoby jedynie do przewlekłości postępowania odwoławczego.

Z kolei załączone do odwołania i pisma Przystępującego opinie techniczne z powodów formalnych, które trafnie zidentyfikował Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, mogły być poczytane co najwyżej za tzw. opinie prywatne bez szczególnego waloru dowodowego, natomiast Izba potraktowała je li tylko za powtórzenie lub uzupełnienie okoliczności i argumentacji podnoszonej przez daną stronę sporu.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest niezasadne.

Rozpoznając sprawę w granicach zarzutu zawartego w odwołaniu, Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a i b ustawy pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, jest przedwczesny, z uwagi na art. 128 ust. 3 pzp, którego naruszenie nie zostało jednak objęte odwołaniem.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę: a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub

oświadczeń.

Przy czym art. 128 ust. 1 ustawy pzp stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta

wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Izba zważyła, że według art. 552 ust. 1 pzp wydając wyrok, bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Ponieważ Zamawiający nie wzywał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku, którego nie udało mu się wykazać za pomocą pierwotnie złożonych dokumentów, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 pzp czyli, za bezzasadny, bo przedwczesny należy uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż Zamawiający ma obowiązek dokonać czynności, o której mowa w art. 128 ust. 1 pzp i nie można z góry przesądzić, jaki będzie jej rezultat.

Zgodnie natomiast z art. 555 pzp {poprzednio identyczną regulację zawierał art. 192 ust. 7 ustawy pzp z 2004 r.} Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzuty podlegające rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym przedmiocie. W szczególności w uzasadnieniu wyroku z 1 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1633/09 Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 ustawy pzp z 2004 r.) [obecnie analogiczną regulację zawiera art. 513 pkt 1 i 2 pzp] oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Wniesione w tej sprawie odwołanie nie tylko nie zawiera zarzutu zaniechania przez Zamawiającego czynności, do której był zobowiązany z mocy art. 128 ust. 1 pzp, ale wręcz ogranicza się do okoliczności, które miałyby wskazywać na definitywne niewykazanie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu, co miałyby prowadzić do wykluczenia go z tego postępowania o udzielenie tego zamówienia i odrzucenia jego oferty.

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż co najwyżej mógł on naruszyć art. 128 ust. 1 pzp, co jednak znajduje się poza granicami kognicji Izby w tej sprawie wyznaczonymi zakresem zarzutów wniesionego odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jej wyniku, na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 zd. 1 w zw. z § 5 ust. 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożyły się: wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.