

Sygn. akt: KIO 3335/24

WYROK

Warszawa, dnia 4 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmína Pawlik

Anna Osiecka - Baran

Aleksandra Patyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 października 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2024 r. przez wykonawcę Bergerat Monnoyeur Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Izabelinie - Dziekanówku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej - Gliwice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy Energetyka Solarna Ensol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Raciborzu

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie, w jakim zarzuty odwołania dotyczą elementów charakterystyki kolektorów słonecznych wskazanych w podpunktach 1-9 oraz 12-13 uzasadnienia odwołania;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego Bergerat Monnoyeur Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Izabelinie - Dziekanówku i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3335/24

Uzasadnienie

Zamawiający Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej - Gliwice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na budowę zespołu kolektorów słonecznych dla potrzeb ciepłej wody dla miasta Gliwice wraz z magazynem ciepła realizowanego w ramach zadania „Budowa efektywnego systemu ciepłowniczego wykorzystującego OZE wraz z Magazynem Ciepła w PEC- Gliwice Sp. z o.o.” (wewnętrzny identyfikator: DZ/1/3/2024). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S:171/2024 nr 528111-2024 z dnia 3 września 2024 r. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 13 września 2024 r. wykonawca Bergerat Monnoyeur Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Izabelinie - Dziekanówku (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołania wobec dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności, poprzez dobór parametrów technicznych i preferencje określonych rozwiązań technicznych, które charakteryzują produkty konkretnego producenta oraz stawianie względem przedmiotu zamówienia wymagań nieproporcjonalnych do celu zamówienia, doprowadzając przy tym do wyeliminowania innych wykonawców, w tym Odwołującego i jego produktów. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 oraz art. 99 ust. 4 ustawy Pzp i wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu zmianę treści specyfikacji warunków zamówienia w zakresie charakterystyki kolektorów słonecznych określonej w: - Załączniku nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia - Programu Funkcjonalno – Użytkowego dla Zespołu Kolektorów Słonecznych wraz z Magazynem Ciepła, Rozdział V, pkt 4, strona 50-51 oraz

- Załączniku nr 3 do PFU - Projektu budowy zespołu ciepłowniczych kolektorów słonecznych na terenie zakładu PEC- Gliwice Sp. z o.o. nr projektu PECG-005-2101.O.001-00 : Projekt Zagospodarowania Terenu, pkt 4.2.6.1. „Kolektory solarne” strona 20-21,

poprzez wykreślenie ww. postanowień bądź ich modyfikację i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji i proporcjonalnie do celu zamówienia.

Zarzuty odwołania dotyczyły następujących elementów charakterystyki kolektorów słonecznych przyjętych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia:

1. Masa własna 443 kg
2. Powłoka absorbera 3 warstwowy selektywny MEMO
3. Izolacja termiczna wełna mineralna 80/35mm
4. Temperatura stagnacji 210 st. C
5. Pojemność płynu solarnego 28 litrów
6. Wydajność wg. Solar Keymark $n_0=0,895$; $a_1=3,325$; $a_2=0,0108$
7. Materiał obudowy kolektora: aluminium, łączenie narożników obudowy spawane
8. Minimalna dolna izolacja kolektora 70 mm
9. Rodzaj absorbera: miedziany lub aluminiowy
10. Minimalna powierzchnia czynna apertury/powierzchnia brutto pojedynczej baterii kolektora $12m^2/13 m^2$:
11. Minimalna moc wyjściowa z kolektora przy nasłonecznieniu $1000 W/m^2$ i różnicy temperatur $T_m-T_a 30^\circ C$ (wg normy PN EN 12975-2:2007) 8800W
12. Maksymalna moc wyjściowa z kolektora przy nasłonecznieniu $1000 W/m^2$ i różnicy temperatur $T_m-T_a 30^\circ C$ (wg normy PN EN 12975-2:2007) nie niżej 11500 W
13. Moc nominalna każdego kolektora wynosi 13,2 kW w warunkach różnicy temperatur między średnią temperaturą kolektora, a temperaturą otoczenia wynoszącą $0K$ oraz „Zabudowa zespołu kolektorów słonecznych obejmuje budowę 3 pól kolektorów cieczowych typu płaskiego wraz z niezbędną infrastrukturą o sumarycznej mocy nominalnej 13,211 MW: 332 kolektorów, moc nominalna – 4 386 kW, 326 szt. kolektorów, moc nominalna – 4 307 kW, 342 szt. kolektorów, moc nominalna – 4 518 kW
14. Każde z pól będzie miało możliwość pracy niezależnej od siebie ze względu na zabudowanie osobnych zestawów wymienników i pomp. Kolektory zostaną połączone w baterie w ilości do 9 sztuk. Zwiększenie ilości kolektorów w rzędzie powoduje większe opory przepływu na baterii kolektorów, a co za tym idzie również większą wysokość podnoszenia pomp układu glikolowego.

Zamawiający w dniu 27 września 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w części dotyczącej następujących elementów charakterystyki kolektorów słonecznych: pkt 10, 11 i 14. W pozostałym zakresie (pkt 1 -9 oraz 12 i 13) Zamawiający uwzględnił odwołanie.

Odwolujący w dniu 1 października 2024 r. złożył pismo procesowe zawierające jego stanowisko wobec argumentacji Zamawiającego przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie.

Na posiedzeniu w dniu 2 października 2024 r. pismo procesowe w sprawie wraz z dowodami złożył wykonawca Energetyka Solarna Ensol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Raciborzu (dalej jako „Przystępujący”), wnosząc o oddalenie odwołania.

Ww. wykonawca, który stał się Uczestnikiem postępowania wobec stwierdzenia przez Izbę skuteczności zgłoszonego przystąpienia, na posiedzeniu w dniu 2 października 2024 r. złożył oświadczenie do protokołu, że nie wnosi sprzeciwu wobec czynności uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w części.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie, w jakim zarzuty odwołania dotyczą elementów charakterystyki kolektorów słonecznych wskazanych w podpunktach 1-9 oraz 12 i 13 uzasadnienia odwołania.

Odwolujący w piśmie procesowym z dnia 1 października 2024 r. oświadczył, że cofa odwołanie w części dotyczącej elementów charakterystyki kolektorów słonecznych wskazanych w podpunktach 1, 2, 4, 5, 7, 8 i 9. Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Izby. Ww. regulacje

znajdują zastosowanie również w przypadku wycofania zarzutów w części, skoro bowiem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, może także zrezygnować z popierania części zarzutów odwołania. Złożenie przez wykonawcę oświadczenia o wycofaniu odwołania w części wiąże Izbę i obliuguje ją do umorzenia postępowania odwoławczego w danym zakresie. W konsekwencji, z uwagi na częściowe wycofanie odwołania, postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w zakresie dotyczącym elementów charakterystyki kolektorów słonecznych wskazanych w podpunktach 1, 2, 4, 5, 7, 8 i 9 w oparciu o art. 520 ust. 1 w zw. z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp.

Z kolei w zakresie dotyczącym elementów charakterystyki kolektorów słonecznych wskazanych w podpunktach 3, 6, 12 i 13 uzasadnienia odwołania postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 568 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie

odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni odwołanie w części dotyczącej elementów charakterystyki kolektorów słonecznych wskazanych w podpunktach 1-9 oraz 12-13 uzasadnienia odwołania. Wykonawca, który przystąpił po jego stronie do postępowania odwoławczego (Energetyka Solarna Ensol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Raciborzu) nie wniósł sprzeciwu wobec tej czynności. Powyższe wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania w ww. części. Zmiany w dokumentach zamówienia, jakie zostaną wprowadzone przez Zamawiającego na skutek częściowego uwzględnienia odwołania, podlegać będą ewentualnemu zaskarżeniu w drodze odrębnego środka ochrony prawnej.

W konsekwencji Izba rozpoznała zarzuty odwołania w zakresie, w jakim odnosiły się do elementów charakterystyki kolektorów słonecznych wskazanych w podpunktach 10, 11 i 14 uzasadnienia odwołania.

Izba uznała, że Odwołujący, jako podmiot bezpośrednio zainteresowany ubieganiem się o udzielenie zamówienia i złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu, dążący do wyeliminowania wymagań, które w jego ocenie naruszają przepisy ustawy Pzp ograniczając konkurencję, wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności treść SWZ wraz z załącznikami, a także pisma procesowe złożone w sprawie oraz stanowiska Stron i Uczestnika przedstawione na rozprawie. Izba włączyła ponadto w poczet materiału dowodowego dokumenty:

a) załączone do odwołania:

- karta produktu kolektora Savo 15SG-M Savosolar wraz z tłumaczeniem na język polski, - certyfikat Solar Keymark, wydany dla urządzenia SF500-15SG-M wraz z tłumaczeniem na język polski,
- karta produktu kolektor MT- Power v4 wraz z tłumaczeniem na język polski,
- certyfikat Solar Keymark, wydany dla urządzenia MT- Power v4 wraz z tłumaczeniem na język polski,
- tabela porównawcza produkcji ciepła oraz efektywności kolektorów Savo 15SG-M i MT- Power v4 (opracowanie Odwołującego),

b) załączone do pisma Odwołującego:

- rysunek poglądowy dotyczący powierzchni zabudowy kolektorów,
- karta produktu Ensol ES2V/2,65S i ES2V/2,65B,
- gwarancja produktu dla kolektora MT-Power v.4 wraz z tłumaczeniem na język polski, c) załączone do pisma Przystępującego:
- opinia AGH dotycząca aktualnych wymagań w zakresie obudów kolektorów słonecznych,
- ekspertyzy Sieci Łukasiewicz – Analiza chemiczna (raport z badania nr 48/2022, raport z badań próbek metodami analizy termicznej),
- wyciąg z prezentacji A. Pason „Możliwości zastosowania kolektorów słonecznych wykonanych z tworzyw sztucznych”,
- wydruk artykułu D. Pantera „Dlaczego niektóre kolektory próżniowe pracują słabiej” (InstalReporter),
- wydruk artykułu A. Pason „Wyzwania techniczne w optymalizacji wydajności wielkopowierzchniowych instalacji

solarnych BigSolar współpracujących z magazynami ciepła" (wyd. AGH),

- wyciągi ze specyfikacji zapytania instalacji solarnej Steyerberg wraz z tłumaczeniem na język polski,
- opinia Instytutu Maszyn Przepływowych PAN „Porównanie układu hydraulicznego kolektora, pomiędzy układem pojedynczej harfy a podwójnej i meandrycznej”,
- opracowanie Instytutu Certyfikacji Emisji Budynków ICEB Sp. z o.o. dotyczące różnic w uzyskiwaniu energii słonecznej oraz stratach ciepła typów instalacji słonecznych zbudowanych z typów konstrukcyjnych kolektorów SF500-155G-M (Savosolar) i MT-Power v.4 (TVP Solar),

na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, wskazane odpowiednio przez Odwołującego i Przystępującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem II.1 SWZ przedmiotem zamówienia jest budowa zespołu kolektorów słonecznych dla potrzeb ciepłej wody dla miasta Gliwice wraz z magazynem ciepła realizowanego w ramach zadania "Budowa efektywnego systemu ciepłowniczego wykorzystującego OZE wraz z Magazynem Ciepła w PEC- Gliwice Sp. z o.o." Zadanie obejmuje wykonanie: 1) Budowa farmy termicznej wraz z układem sieciowym i układem 7

wymiany ciepła i układem pompowym – całość zaopatrzona w układ regulacji i sterownia w tym zabudową budynku technicznego- zgodnie z pozwoleniem na budowę. 2) Budowa magazynu ciepła wraz z układem sieciowym i układem wymiany ciepła i układem pompowym – całość zaopatrzona w układ regulacji i sterownia - zgodnie z pozwoleniem na budowę. Szczegółowy zakres zamówienia oraz warunki realizacji zostały określone w Programie funkcjonalno-użytkowym stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ. Pozostałe warunki realizacji zamówienia zostały określone we wzorze umowy - załącznik nr 3 do SWZ.

W Rozdziale V punkt 4 PFU określono wymagania techniczne dla instalacji solarnej IS: „Zabudowa zespołu kolektorów słonecznych obejmuje budowę 3 pól kolektorów cieczowych typu płaskiego wraz z niezbędną infrastrukturą o sumarycznej mocy nominalnej 13,211 MW : • 332 szt. kolektorów, moc nominalna – 4 386 kW,

- 326 szt. kolektorów, moc nominalna – 4 307 kW,
- 342 szt. kolektorów, moc nominalna – 4 518 kW.

Każde z pól będzie miało możliwość pracy niezależnej od siebie ze względu na zabudowanie osobnych zestawów wymienników i pomp. Kolektory zostaną połączone w baterie w ilości do 9 sztuk. Zwiększenie ilości kolektorów w rzędzie powoduje większe opory przepływu na baterii kolektorów, a co za tym idzie również większą wysokość podnoszenia pomp układu glikolowego. Każda bateria kolektorów będzie wyposażona w armaturę odcinającą, regulacyjną, odpowietrzającą. Baterie kolektorów w ramach pola będą połączone rurociągami stalowymi preizolowanymi, a następnie będą odprowadzać ciepło do budynku technologicznego.

Dane charakterystyczne zastosowanych kolektorów słonecznych:

- Typ zastosowanego kolektora słonecznego: płaski
- Materiał obudowy kolektora: aluminium, łączenie narożników obudowy spawane.
- Izolacja: wysokoodporna izolacja z wełny mineralnej lub innej równoważnej.
- Zabezpieczenie przed warunkami atmosferycznymi podwójna szyba pryzmatyczna, antyrefleksyjna odporna na gradobicia.
- Minimalna powierzchnia czynna apertury/powierzchnia brutto pojedynczej baterii kolektora 12m²/13 m².

Uwaga : Wymiary wszystkich kolektorów montowanych w baterię na instalacji muszą być takie same.

Parametry do zastosowania kolektora:

- Minimalna moc wyjściowa z kolektora przy nasłonecznieniu 1000 W/m² i różnicy temperatur T_m-T_a 30°C (wg normy PN EN 12975-2:2007) 8800W
- Maksymalna moc wyjściowa z kolektora przy nasłonecznieniu 1000 W/m² i różnicy

temperatur T_m-T_a 30°C (wg normy PN EN 12975-2:2007) nie niżej 11500 W

- Minimalna sprawność optyczna odniesiona do powierzchni brutto, potwierdzonej Solar Keymark, wydany przez DIN Certco lub ISFH 75%
- Maksymalny współczynnik utraty ciepła a1 2,8 W/m²K
- Maksymalny współczynnik zależności temperatury utraty ciepła a2 0,020 W/m²K²

- Układ hydrauliczny kolektora Harfa lub układ meandryczny
- Minimalna dolna izolacja kolektora 70 mm
- Rodzaj absorbera : miedziany lub aluminiowy

Uwaga: wymienione wyżej wartości odnoszą się do powierzchni czynnej (apertury). Zamawiający wymaga, aby oferowane kolektory słoneczne posiadały jakość potwierdzoną przez odpowiednie certyfikaty dotyczące jakości i spełniania norm:

- PN-EN 12975-1 Słoneczne systemy grzewcze i ich elementy - Kolektory słoneczne - Część

1 : Wymagania ogólne (lub równoważna). Dotyczy to zwłaszcza wymagań zawartych w następujących punktach normy:

- p.6. Bezpieczeństwo
- p.7 Identyfikacja kolektora: oznakowanie kolektora, instrukcja dla instalatora
- Załącznik A. Opis zastosowanych materiałów i wykonania kolektorów słonecznych
- Załącznik B. Ochrona środowiska

PN-EN 12975-2 (za wyjątkiem badania wg pkt 5.8) Słoneczne systemy grzewcze i ich elementy-Kolektory słoneczne - Część 2. Metody badań (lub równoważna) przynajmniej w takim zakresie, jaki jest stosowany dla płaskich kolektorów z niezamarzającą cieczą tj.:

- Badanie odporności na ciśnienie wewnętrzne absorbera –rozdział 5.2 PN-EN 12975-2
- Badanie odporności na działanie czynników atmosferycznych –rozdział 5.4 PN-EN 12975-2
- Próba odporności na zewnętrzne wstrząsy cieplne– rozdział 5.5 PN-EN 12975-2
- Próba odporności na wewnętrzne wstrząsy cieplne– rozdział 5.6 PN-EN 12975-2
- Próba szczelności– rozdział 5.7 PN-EN 12975-2
- Próba zmęczeniowa– rozdział 5.9 PN-EN 12975-2
- Przegląd końcowy - rozdział 5.11 PN-EN 12975-2
- Próba właściwości cieplnych kolektorów słonecznych – rozdział 6.1PN-EN 12975-2
- Oznaczenie temperatury zastoju (stagnacji) - załącznik C PN-EN 12975-2
- Ponadto wymagane jest, aby kolektory słoneczne uzyskały pozytywne wyniki z próby odporności na uderzenia, przeznaczone do kreślenia odporności na silne uderzenia spowodowane przez grad, zgodnie z wymaganiami normy PN-EN 12975-2 (lub równoważnej) rozdział 5.10 tj.:
- Próba odporności na uderzenia– rozdział 5.10.2.2 Metoda 1 PN-EN 12975-2
- Warunki testowania –do 2 m łącznie– rozdział 5.10.3 PN-EN 12975-2
- Kolektor płaski musi posiadać certyfikat DIN EN 12975- 1:2011-01 i DIN EN ISO

9806:2018-04 wydany przez TÜV Rheinland Immissionsschutz und Energiesysteme GmbH lub inną uznaną jednostkę certyfikującą oraz certyfikat jakości Solar Keymark.

Dostawca układu solarnego przedstawi Zamawiającemu kartę charakterystyki panela określającą ślad węglowy produktu dostarczonego panelu.

Połączenie paneli solarnych w baterie z zachowaniem stosownych kompensacji i dylatacji zapewniające rozszerzalność cieplną instalacji nie wyłączając połączenia instalacji wylotowej z baterii solarnej z siecią preizolowaną.”

Ponadto w załączniku nr 3 do PFU – Projekt budowy przemysłowego pola solarnego w postaci ciepłowniczych kolektorów słonecznych na terenie zakładu PEC Gliwice Sp. z o.o. (PECG-005-2101.O.001-00) w punkcie 4.2.6.1 Kolektory solarne wskazano:

„Moc nominalna każdego kolektora wynosi 13,2 kW w warunkach różnicy temperatur między średnią temperaturą kolektora, a temperaturą otoczenia wynoszącą 0K.

Zastosowano kolektory o parametrach:

- Temperatura stagnacji 210 st. C
- Powłoka absorbera 3 warstwowy selektywny MEMO
- Maksymalne ciśnienie robocze 1000kPa
- Izolacja termiczna wełna mineralna 80/35mm
- Szkło hartowane antyrefleksyjne bezpieczne solarnie szkło
- Przepuszczalność solarna szkła 95%
- Pojemność płynu solarnego 28 litrów
- Masa własna 443 kg
- Wydajność wg. Solar Keymark $n_0=0,895$; $a_1=3,325$; $a_2=0,0108$
- Modyfikator kąta padania $K50=0,96$

Całość zabudowy kolektorów solarnych podzielono na 3 pola kolektorów:

- 332 szt. kolektorów, moc nominalna - 4386 kW
- 326 szt. kolektorów, moc nominalna - 4307 kW
- 342 szt. kolektorów, moc nominalna - 4518 kW

Nachylenie kolektorów zostało ustalone na poziomie 35o, co zwiększa również uzysk ciepła z energii słonecznej zimą. Odległość pomiędzy rzędami kolektorów została ustalona na poziomie 5 m, aby kolektory solarne nie zacięniały się wzajemnie w czasie padania słońca.

Każde z pól będzie miało możliwość pracy niezależnej od siebie ze względu na zabudowanie osobnych zestawów wymienników i pomp. Kolektory zostaną połączone w baterie w ilości do 9 sztuk. Zwiększenie ilości kolektorów w rzędzie powoduje większe opory przepływu na baterii kolektorów, a co za tym idzie również większą wysokość podnoszenia pomp układu 10

glikolowego. Każda bateria kolektorów będzie wyposażona w armaturę odcinającą, regulacyjną, odpowietrzającą. Baterie kolektorów w ramach pola będą połączone rurociągami stalowymi preizolowanymi, a następnie będą odprowadzać ciepło do budynku technologicznego.

Zastosowane w instalacji kolektory solarne muszą posiadać wymagane certyfikaty dopuszczające kolektory do wprowadzenia na obszar handlowy Unii Europejskiej, min. Certyfikat zgodności z DIN EN12975-2:2000 oraz certyfikat Solar Keymark.

Armatura odcinająca prefabrykowana dla preizolacji oraz przystosowana do pracy w warunkach $P_N=1,6\text{MPa}$, $t=135$ st. C."

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie – w zakresie podlegającym rozpoznaniu - nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba za bezzasadny uznała zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 oraz art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, który Odwołujący opierał na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności poprzez dobór parametrów technicznych i preferencje określonych rozwiązań technicznych, które charakteryzują produkty konkretnego producenta oraz stawianie względem przedmiotu zamówienia wymagań nieproporcjonalnych do celu zamówienia, doprowadzając do wyeliminowania innych wykonawców, w tym Odwołującego i jego produktów.

Przywołując treść przepisów, których naruszenie zarzucono w odwołaniu, należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. W myśl art. 99 ust. 4 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

W ramach uwag natury ogólnej Izba wskazuje, że zamawiający ma prawo, wyznaczając cel, jaki zamierza zrealizować, tak określić przedmiot zamówienia, aby opisać go adekwatnie do tego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu swoich potrzeb. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia powinien mieć na względzie

treść art. 17 ustawy Pzp, a więc uzyskanie najlepszej jakości w wyniku udzielenia zamówienia w ramach

przeznaczonych środków na ten cel. Zamawiający zobowiązany jest przy tym respektować art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, który zakazuje dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Podkreślenia jednak wymaga, że powyższa norma nie może być równoważona z obowiązkiem wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia uzasadnionych wymagań, które dla wykonawcy mogą stanowić źródło niedogodności. Skład orzekający podziela pogląd wielokrotnie prezentowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż nie narusza przepisów ustawy Pzp sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, który uwzględnia potrzeby zamawiającego, nawet jeżeli utrudnia lub uniemożliwia niektórym podmiotom dostęp do zamówienia. Określenie przez Zamawiającego oczekiwań dotyczących przedmiotu zamówienia, jego cech i funkcjonalności ze swej natury stanowi pewne ograniczenie kręgu wykonawców, którzy mogą złożyć ofertę, co samo w sobie nie może być utożsamiane z naruszeniem ustawy Pzp. Przy ocenie zgodności opisu przedmiotu zamówienia z zasadą uczciwej konkurencji dochodzi zatem do pewnego ważenia interesów zamawiającego oraz interesów wykonawcy potencjalnie zainteresowanego udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Rozstrzygnięcie powyższej kolizji interesów zasadniczo polega na analizie potrzeb zamawiającego w zakresie ich celowości i efektywności. Nie jest obowiązkiem zamawiającego dopuszczenie do udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców działających na danym rynku, a jedynie takich, którzy zaspokoją obiektywne, niedyskryminacyjne i uzasadnione potrzeby zamawiającego, pozwalając na osiągnięcie założonego efektu.

Podkreślenia wymaga ponadto, że odwołania wnoszone wobec treści dokumentów zamówienia, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa, a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy mające wpływ lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Rolą środków ochrony prawnej nie jest ułatwianie wykonawcom procesu ofertowania i dostosowanie wymagań zamawiającego bezpośrednio do produktów produkowanych czy dystrybuowanych przez wykonawców. Odwołanie służy wyłącznie konwalidacji sprzecznych z prawem czynności zamawiającego.

Na potrzeby rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy należy jeszcze zwrócić uwagę na dwie istotne kwestie podnoszone w orzecznictwie (por. m.in. wyrok KIO z dnia 22 września 2023 r., sygn. akt KIO 2516/23, wyrok KIO z dnia 25 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1464/22). Po pierwsze na wagę, jaką dla wyniku postępowania ma sposób skonstruowania podstaw faktycznych stawianych zarzutów. Treść zarzutu to przede wszystkim okoliczności faktyczne zawarte w uzasadnieniu odwołania. Podstawa faktyczna zarzutu powinna odnosić się do wykazania konkretnych przyczyn, które zdaniem Odwołującego świadczą o tym, że

doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp – Odwołujący powinien więc przedstawić argumentację, dlaczego dane wymaganie narusza przywołane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp. Nie jest zatem wystarczające zwrócenie uwagi na istnienie określonego problemu, lecz niezbędne jest przedstawienie argumentacji, dlaczego dane okoliczności świadczą o naruszeniu przepisów prawa. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Konsekwencją powyższego jest fakt, iż rozszerzanie podstaw faktycznych zarzutów po upływie terminu na wniesienie odwołania, na późniejszym etapie postępowania odwoławczego jest działaniem spóźnionym, a tak podniesiona argumentacja nie może stanowić dla Izby podstawy rozstrzygnięcia.

Drugą kwestią jest odpowiednie sformułowanie i uzasadnienie żądań odwołania. Przede wszystkim postulowane do wprowadzenia zmiany powinny korelować z argumentacją wskazywaną na poparcie określonego zarzutu. Precyzyjnie postawione przez Odwołującego zarzuty odwołania oraz skorelowane z nim odpowiednio żądania wykonawcy wyznaczają granice postępowania odwoławczego prowadzonego przez Izbę. Wykonawca, który kwestionuje w ramach środków ochrony prawnej treść postanowień SWZ winien w sposób jednoznaczny i staranny określić żądania oraz wyjaśnić, dlaczego postulowana zmiana SWZ prowadzi będzie do konwalidacji czynności, której wadliwość została w odwołaniu zakwestionowana. W szczególności w sytuacji, gdy wykonawca domaga się dopuszczenia przez Zamawiającego zaoferowania innych rozwiązań, które uważa za równoważne do wymaganych, to powinien być w stanie wykazać w postępowaniu odwoławczym tę równoważność, jak i sformułować konkretne postulaty, w jaki sposób należy zmodyfikować określone parametry techniczne zamawianych urządzeń, tak aby możliwe było zaoferowanie rozwiązań równoważnych.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, że w postępowaniu odwoławczym nie wykazano, aby opis przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym elementów charakterystyki kolektorów słonecznych opisanych w pkt 10, 11 i 14 odwołania, mógł prowadzić do utrudnienia konkurencji w sposób nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Mając na uwadze, że w odniesieniu do wszystkich trzech ww. elementów charakterystyki kolektorów słonecznych o oddaleniu zarzutów przesądzały podobne okoliczności, Izba odniosła się do nich w sposób łączny.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wywodził naruszenie art. 99 ust. 4 i art. 16 ustawy Pzp z opisanego przedmiotu zamówienia w taki sposób, że warunki zamówienia mogą zostać spełnione wyłącznie przez jednego producenta (kolektory SF500-15SG-M Savosolar), co narusza zasadę uczciwej konkurencji. Odwołujący wskazywał, że wymagania są nadmiernie szczegółowe i bazują na parametrach konkretnego produktu, zawężając bezpodstawnie krąg potencjalnych oferentów. Zauważyć jednak należy, że zawarta w odwołaniu argumentacja

dotycząca parametrów przywołanych w pkt 10, 11 i 14 (tj. minimalna powierzchnia, moc wyjściowa oraz maksymalna liczba kolektorów w baterii) nie wskazywała, że są to parametry charakteryzujące wyłącznie jeden produkt - kolektory SF500-15SG-M Savosolar. Tam gdzie Odwołujący uważał, że określone parametry mogły zostać przeniesione z karty ww. produktu, tam wprost na to w treści odwołania wskazywał. Natomiast w przypadku pkt 10, 11 i 14 Odwołujący jedynie wyraził hasłowe przypuszczenia, że „wskazanie minimalnej powierzchni ogranicza możliwość zastosowania kolektorów

o innych wymiarach, co przemawia za nieuzasadnioną preferencją użycia rozwiązania konkretnego producenta”, „określenie mocy wyjściowej ogranicza możliwość zastosowania kolektorów innej konstrukcji”, czy „ograniczenie liczby kolektorów w baterii do 9 sztuk może służyć ograniczeniu zastosowania innych kolektorów o mniejszych powierzchniach”. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnej rzeczowej argumentacji, która pozwalałaby przyjąć, że faktycznie tylko jeden konkretny produkt posiada wymagane właściwości, nie złożył też na tę okoliczność żadnych dowodów.

W ocenie Izby cała argumentacja Odwołującego w zakresie dotyczącym pkt 10, 11 i 14 pozostała w sferze przypuszczeń, ograniczała się do lakonicznego, jednozdaniowego stwierdzenia, że określony parametr może wykluczać zastosowanie innego rozwiązania. Izba podzieliła stanowisko Przystępującego zawarte w piśmie procesowym, że zarzuty nie zostały przez Odwołującego w sposób należyty skonkretyzowane i ograniczały się do ogólnego stwierdzenia, że wskazanie danego parametru ogranicza możliwość zastosowania innych rozwiązań. Odwołujący nie tylko nie udowodnił, ale nawet nie uprawdopodobnił, że te konkretne trzy parametry (w pozostałym zakresie Zamawiający uwzględnił odwołanie i wprowadzi zmiany) faktycznie są parametrami ograniczającymi konkurencję i wskazującymi na określony produkt. Odwołujący nie przedstawił obiektywnej analizy rozwiązań dostępnych na rynku, z której wynikałyby parametry kolektorów stosowane przez wiodących producentów i która pozwalałaby ocenić czy istnieją rozwiązania mogące wpisywać się w wymagania określone w pkt 10, 11 i 14. Poprzestanie na lakonicznym, ogólnym stwierdzeniu, że dane wymaganie może ograniczać możliwość zastosowania innych rozwiązań, bez przedstawienia jakiegokolwiek szerszej analizy problemu, trudno uznać za przekonujące i przesądzające o zasadności zarzutów.

Ponadto nawet uznając, że przedmiotowe elementy charakterystyki kolektorów słonecznych mogły wskazywać na okoliczność, że Zamawiający dąży do zakupienia kolektorów wielkopowierzchniowych, to kolektory Savosolar nie są jedynymi dostępnymi na rynku kolektorami wielkopowierzchniowymi, okoliczności przeciwnej Odwołujący w żaden sposób nie wykazał. Zamiast tego Odwołujący powoływał się jedynie na inne konstrukcyjne rozwiązanie, które sam oferuje. Tymczasem okoliczność, że Odwołujący może nie oferować rozwiązań o wymaganych przez Zamawiającego parametrach technicznych, a dystrybuuje

produkty o innych wymiarach i konstrukcji (kolektory próżniowe TVP Solar), nie powoduje, że mamy do czynienia z nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencji. Rolą środków ochrony prawnej nie jest ułatwianie wykonawcom procesu ofertowania i dostosowanie wymagań Zamawiającego bezpośrednio do produktów dystrybuowanych przez wykonawców. Zamawiającemu nie chodzi o to, aby nabyć produkt jakikolwiek, lecz taki który w warunkach rzeczywistych będzie spełniał swoje funkcje, gwarantując jakość i bezpieczeństwo. Zamawiający nie ma obowiązku akceptacji każdego dostępnego na rynku produktu. Ponadto skoro Odwołujący uważał, że inne konstrukcyjne rozwiązania mogą być równoważne do zamawianych, to okoliczność tę powinien wykazać. Tymczasem twierdzenia Odwołującego również w tym aspekcie były bardzo ogólne. Odwołujący wskazywał, że „możliwe jest osiągnięcie wymaganej mocy instalacji przy użyciu kolektorów o innych powierzchniach”, „możliwe jest osiągnięcie zamawianej mocy przy użyciu większej liczby kolektorów o mniejszych wymiarach” czy „zapis może wykluczać bardziej efektywne rozwiązania technologiczne”, niemniej jego stanowisko pozostało wyłącznie hasłowe i nie zostało poparte rzeczową, szczegółową argumentacją. Ponadto jedynymi dowodami złożonymi przez Odwołującego były opracowana przez Odwołującego tabela porównawcza kolektorów Savosolar i TVP Solar oraz karty i certyfikaty dla tych dwóch produktów, które nie zostały nawet szerzej omówione (pozostałe dowody złożone przez Odwołującego dotyczyły parametrów, co do których Zamawiający uwzględnił odwołanie). Takie ogólne, wybiórcze porównanie dwóch dostępnych na rynku kolektorów nie stanowi wykazania, że opis przedmiotu zamówienia rzeczywiście ogranicza konkurencję i to w sposób nieuzasadniony potrzebami instytucji zamawiającej. Przy czym nie budzi wątpliwości Izby to, że ocena efektywności danego rozwiązania nie może zostać dokonana w oparciu wyłącznie o charakterystykę samego kolektora, lecz powinna uwzględniać całą instalację oraz szereg innych czynników, takich jak chociażby koszty eksploatacji. Analiza prezentowana przez Odwołującego była więc nie tylko bardzo ogólna, ale i niekompletna, pomijała ww. okoliczności oraz nie uwzględniała ogółu dostępnych na rynku rozwiązań. Z kolei argumentacja zawarta w piśmie procesowym w zakresie pkt 10, 11 i 14 w części wykraczała poza podstawy faktyczne zarzutów przedstawione w odwołaniu, co odnosi się w szczególności do wątpliwości Odwołującego dotyczących sposobu sformułowania wymagań w zakresie minimalnej powierzchni baterii/kolektora oraz do przedstawionych przykładów dotyczących ilości produkowanego ciepła przy zastosowaniu baterii złożonej z mniejszych kolektorów i awarii pojedynczego kolektora.

Okolicznością istotną w sprawie był także sposób sformułowania przez Odwołującego żądań. Odwołujący domagał się wykreślenia postanowień Rozdziału V.4 PFU (str. 50-51) oraz postanowień pkt 4.2.6.1 PEGG-005-2101.O.001-00: Projekt Zagospodarowania Terenu -

załącznika nr 3 do PFU (str. 20-21) bądź ich modyfikacji i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji i proporcjonalnie do celu zamówienia. Tak skonstruowane żądanie nie mogło zostać uwzględnione. Słusznie postrzegł Przystępujący, że domaganie się wykreślenia wszystkich ww. postanowień (mimo nie objęcia ich w pełni zakresem zaskarżenia) jest nieprawidłowe i prowadziłoby do konieczności akceptacji przez Zamawiającego dowolnych rozwiązań technicznych występujących na rynku, co nie znajduje żadnego uzasadnienia. Z kolei żądanie modyfikacji postanowień PFU i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji jest żądaniem blankietowym, uniemożliwiającym ustalenie, jaka zmiana dokumentów zamówienia prowadziłaby w ocenie Odwołującego do konwalidacji zarzucanego naruszenia przepisów ustawy Pzp. Izba podkreśla, że Odwołujący formułując swoje żądania powinien wskazać, jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie zaproponować zmiany SWZ, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Pzp. Przypomnienia wymaga, że pełne przedstawienie zarzutów i żądań w odwołaniu ma znaczenie nie tylko dla zachowania ustawowego, zawitego terminu na jego wniesienie ale także - wobec obowiązku przekazania kopii odwołania Zamawiającemu - służy zapewnieniu Zamawiającemu możliwości analizy jego zasadności i podjęcia na podstawie podniesionych zarzutów wraz z korespondującymi z nimi żądaniami ewentualnej decyzji o uwzględnieniu odwołania w całości lub części. Podniesione

żądania powinny być przy tym na tyle precyzyjne, aby można było w wyroku - w przypadku uznania ich zasadności - nakazać Zamawiającemu dokonanie konkretnej a nie blankietowej zmiany treści dokumentów zamówienia. Wyrok z sentencją blankietową pozostawałby w rzeczywistości nieegzekwowalny, a jego wykonanie przez zamawiającego byłoby niedookreślone, dowolne i ocenne.

Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu konkretnych postulatów, jakie w jego ocenie parametry techniczne należałoby przyjąć, aby wyeliminować zarzucane ograniczenie konkurencji, nie określił żadnych wartości brzegowych. W zakresie minimalnej powierzchni czynnej aparatury/powierzchni pojedynczej baterii (pkt 10) Odwołujący jedynie wskazał, że możliwe jest osiągnięcie wymaganej mocy instalacji przy użyciu kolektorów o innej powierzchni aparatury i powierzchni brutto, nie wyjaśniając, co należy rozumieć przez tą „inną powierzchnię”, jakie wartości zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien przyjąć w odniesieniu do powierzchni. Analogiczne w zakresie minimalnej mocy wyjściowej (pkt 11) Odwołujący zakwestionował wymaganie mocy na poziomie min. 8800W, nie podając jaką minimalną moc wyjściową należałoby jego zdaniem przyjąć ani też nie wyjaśniając, dlaczego z parametru tego należałoby zrezygnować całkowicie. Kwestionując wymóg dotyczący maksymalnej liczby kolektorów w baterii (pkt 14) Odwołujący również nie wskazał, jaka w jego ocenie liczba kolektorów w baterii powinna zostać przewidziana w opisie przedmiotu

zamówienia, czy że może należało zrezygnować całkiem z tego wymogu. W oparciu o treść odwołania nie sposób wyinterpretować stanowiska Odwołującego co do tego, jak należałoby zmienić dokumenty zamówienia, aby doprowadzić do ich zgodności z ustawą Pzp. Odwołujący nie wskazał żadnych konkretnych parametrów technicznych, jakimi należałoby zastąpić parametry wymagane. Nie budzi w takiej sytuacji zaskoczenia okoliczność, że zapowiedziane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie zmiany SWZ mogły nie satysfakcjonować Odwołującego, skoro Odwołujący w ogóle nie wyraził w treści odwołania swoich oczekiwań. Nie jest rolą Izby ani Zamawiającego domyślanie się, co Odwołujący chciał osiągnąć wnosząc odwołanie, jeżeli Odwołujący nie był w stanie w sposób precyzyjny i konkretny opisać swoich postulatów.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego.

Izba oddaliła złożony na rozprawie wniosek Zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz od Odwołującego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b) ww. Rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej „kosztami”, zalicza się: uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych. Z powyższego przepisu wprost wynika, że wysokość kosztów obejmujących wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika musi zostać wykazana stosownym rachunkiem lub spisem kosztów, który należy złożyć do akt sprawy. Zamawiający domagając się zasądzenia kosztów zastępstwa prawnego nie złożył do akt sprawy żadnego dokumentu potwierdzającego wysokość poniesionych z tego tytułu kosztów. Tym samym jego wniosek nie zasługiwał na uwzględnienie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: