

WYROK
z dnia 7 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2019 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Grupę Górniczą S.A. z siedzibą w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **CFT Polska z o.o. z siedzibą w Tychach** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. 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.
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 796 zł (trzy tysiące siedemset dziewięćdziesiąt sześć złotych) stanowiące koszty poniesione z tytułu dojazdu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Polska Grupa Górnicza S.A. z siedzibą w Katowicach prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej: „ustawa Pzp”), postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę klimatyzacji grupowej o mocy chłodniczej 6MW dla potrzeb Polskiej Grupy Górnicznej S.A. Oddział w KWK Ruda Ruch Halemba”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 lipca 2018 r., pod numerem 2018/S 144-330317.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 13 grudnia 2018 r. wykonawca Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 91b ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CFT Polska sp. z o.o. z siedzibą w Tychach (dalej: „Przystępujący” lub „CFT”), jako niezgodnej z pkt 3.2 ppkt 1.4 i ppkt 2.3 Załącznika nr 1 do SIWZ (Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia), tj. wymogiem zaoferowania łącznie czterech wymienników ciepła (trzech w Etapie I i jednego w Etapie II) oraz bezpodstawne zaproszenie Przystępującego do udziału w aukcji elektronicznej;

2) art. 91b ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, jako niezgodnej z wymogiem wynikającym z odpowiedzi na pytanie nr 48 i pytanie nr 70 z dnia 7 września 2018 r., tj. wymogiem, według którego faktyczna temperatura wody dołowej na wlocie do wymiennika ciepła wynosi aż do 29° C, a nie jak przyjął CFT tylko 25° C oraz bezpodstawne zaproszenie Przystępującego do udziału w aukcji elektronicznej;

3) art. 91b ust. 1 w zw. z art. 22a ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i art. 24 ust. 1 pkt 12 i pkt 17 ustawy Pzp, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji pominięcie, iż Przystępujący podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a jego oferta winna zostać odrzucona i nie powinien on być zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej, gdyż powołanie się przez CFT na zasoby podmiotu trzeciego ma charakter pozorny;

ewentualnie:

4) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, w której Przystępujący winien być wezwany do uzupełnienia dokumentów wykazujących, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, w szczególności zobowiązania do udostępniania zasobów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, poprzez nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia Przystępującego do udziału w aukcji elektronicznej, unieważnienia czynności aukcji elektronicznej, która została dokonana przeprowadzona w dniu 7 grudnia 2018 r. oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania oferty Przystępującego i jej odrzucenia.

Uzasadniając zarzut dotyczący braku wymaganej ilości wymienników ciepła Odwołujący podkreślił, że w pkt 3.2 ppkt 1.4 Załącznik nr 1 do SIWZ wprost wskazano, że Zamawiający wymaga, aby oferta obejmowała - jeśli chodzi o Etap I - dostawę kompletnych wymienników ciepła w ilości 3 sztuk o mocy min. 3MW każdy wraz z niezbędną armaturą i rurociągami. W pkt 3.2 ppkt 2.3 Załącznika nr 1 do SIWZ wprost wskazano, że Zamawiający wymaga, by oferta obejmowała jeśli chodzi o Etap II - dostawę kompletnego wymiennika ciepła w ilości 1 sztuki o mocy min. 3MW wraz z niezbędną armaturą i rurociągami. Tak więc, zgodnie z SIWZ, Zamawiający wymagał łącznie tj. w ramach obu etapów robót dostawy i zabudowania w instalacji klimatyzacji grupowej łącznie 4 wymienników ciepła o mocy min. 3MW każdy. Tymczasem, Przystępujący zaoferował wyłącznie dwa wymienniki ciepła w ramach Etapu I oraz jeden wymiennik ciepła w ramach Etapu II, czyli łącznie tylko trzy wymienniki ciepła. Powyższe zdaniem Odwołującego wynika wprost z oferty Przystępującego, tj.:

- na str. 37 oferty wskazano - w ramach robót do wykonania w I Etapie na zabudowę kompletnych wymienników ciepła 2 x min. 3 MW wraz z niezbędną armaturą i rurociągami (3 sztuka wymiennika dostarczona a zabudowana w II Etapie) - z czego wynika, że Przystępujący zaoferował łącznie 3 wymienniki ciepła z 4 wymaganych przez Zamawiającego;

- na str. 38 oferty CFT wskazano, że w etapie II zostanie zabudowany wymienniki o mocy 1 sztuka x 3MW = 3MW plus w I Etapie 2 x 3MW = 6 MW - z czego wynika, że CFT zaoferowała łącznie 3 wymienniki ciepła z 4 wymaganych przez Zamawiającego;

- na str. 39 oferty CFT wskazano, że z uwagi na to, iż projektuje się zabudowę łącznie trzech wymienników ciepła wody dołowej na jeden wymiennik kierowane będzie 173 m³/h wody - z czego wynika, że CFT zaoferowała łącznie 3 wymienniki ciepła z 4 wymaganych przez Zamawiającego;

- na str. 40 oferty CFT wskazano, iż CFT oferuje wyłącznie dwa wymienniki ciepła w Etapie I i jeden w Etapie II, gdyż tylko taka ilość wymienników została pokazana na rysunku;

- na str. 41 oferty CFT wskazano, iż CFT oferuje wyłącznie dwa wymienniki ciepła w Etapie I i jeden w Etapie II, gdyż tylko taka ilość wymienników została pokazana na schemacie instalacji.

W ocenie Odwołującego, w świetle jednoznacznej treści oferty wykonawcy CFT nie ma wątpliwości, co do tego, że CFT zaoferowała wykonanie instalacji ze zbyt małą ilością wymienników ciepła, tj. oferta CFT jest sprzeczna z wymogami 3.2 ppkt 1.4 i ppkt 2.3 Załącznika nr 1 do SIWZ, co sprawia, że winna zostać odrzucona, a CFT nie powinna być zaproszona do udziału w aukcji elektronicznej i w niej uczestniczyć

Uzasadniając zarzut drugi Odwołujący stwierdził, że instalacja zaoferowana przez CFT narusza wymóg odnośnie temperatury wody dołowej na wlocie do wymienników, wobec czego oferta tego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ i winna ulec odrzuceniu. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający wskazał w odpowiedzi na pytanie 48 i pytanie 70, że maksymalna temperatura wody dołowej na wlocie do wymienników ciepła wynosi aż do 29 st. C, gdyż w okresie letnim woda osiąga taką właśnie temperaturę. Z treści oferty CFT str. 39 wynika jednak, iż **projektowana (założona przez CFT w projekcie temperatura wody dołowej wynosi 25 st. C), co oznacza, że instalacja zaoferowana przez CFT nie spełnia wymogu w zakresie faktycznej** wartości temperatury na wlocie do wymienników. W opinii Odwołującego, Przystępujący zaprojektował bowiem instalację z założeniem, że temperatura wody dołowej na wlocie do wymienników wynosi 25 st. C, podczas, gdy faktycznie jest ona o wiele wyższa i wynosi aż 29 st. C. W odpowiedzi na pytanie nr 48 i pytanie nr 70 z dnia 7 września 2018 r., Zamawiający poinformował bowiem wykonawców, że temperatura wody na wlocie do wymienników w zależności od okresu letnio-zimowego wynosi od 26 st. C do 29 st. C, wobec czego taki wymóg należało uwzględnić projektując instalację.

Odwołujący podkreślił, że przyjęcie przez CFT - jako założenia projektowego - zaniżonej wartości temperatury wody dołowej na wlocie do wymiennika na poziomie 25 st. C, sprawia, że wymiennik ciepła jest znacznie mniejszych wymiarów, co przekłada się na ograniczenie kosztów wykonania zamówienia. Co więcej, zaoferowanie wymiennika o mniejszych rozmiarach powoduje nieprawidłową pracę instalacji w okresie letnim kiedy temperatura wody dołowej wynosi 29 st. C, co przekłada się na niewystarczającą wydajność urządzeń chłodniczych, których zadaniem jest zwalczania zagrożenia temperaturowego panującego w podziemnych wyrobiskach górniczych. Odwołujący podkreślił także, iż efektem błędnego założenia co do wartości faktycznej temperatury wody na wlocie do wymienników jest zaoferowanie przez Przystępującego jedynie trzech sztuk, a nie jak wymagał Zamawiający czterech sztuk wymienników ciepła. CFT założył bowiem błędnie, że faktyczna temperatura wody jest niższa, co spowodowało przyjęcie, że instalacja poradzi sobie przy pracy mniejszej, niż wymagana przez Zamawiającego ilości wymienników ciepła. Tak więc, oferta Przystępującego jest sprzeczna z wymogiem Zamawiającego, by instalacja uwzględniała faktyczną wartość temperatury wody dołowej na wlocie do wymienników (29 stopni C),

wynikającym z odpowiedzi na pytanie nr 48 i pytania nr 70 z dnia 7 września 2018 r., czyli jest sprzeczna z SIWZ i powinna ulec odrzuceniu.

Uzasadniając zarzut dotyczący zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu Odwołujący wskazał, że powołanie się przez Przystępującego na zasoby podmiotu trzeciego ma charakter pozorny i w konsekwencji wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd w tym zakresie. Wyjaśnił, że Przystępujący posłużył się w celu wykazania, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu udostępnieniem zasobu podmiotu trzeciego, które nie ma charakteru rzeczywistego, lecz fikcyjny. O fikcyjnym udostępnieniu zasobu świadczy wprost treść oferty CFT tj.

- w pisemnym zobowiązaniu wskazano, że udostępnienie zasobu nastąpi poprzez konsultacje i doradztwo oraz nadzór nad montażem maszyn chłodniczych, nie przewidując podwykonawstwa podmiotu udostępniającego zasób w jakimkolwiek zakresie;

- w wykazie podwykonawców nie wskazano, by podmiot udostępniający zasób miał realizować jakieś roboty jako podwykonawca CFT.

Z powyższego w ocenie Odwołującego wynika jednoznacznie, że podmiot udostępniający zasób nie zrealizuje robót budowlanych w jakimkolwiek zakresie. Dochodzi zatem do naruszenia normy określonej w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którą w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Sam fakt, iż podmiot udostępniający zasób **nie zrealizuje robót budowlanych, dla realizacji których konieczne jest jego doświadczenie** przesądza o pozorności udostępnienia zasobu, tj. o tym, iż został on udostępniony wyłącznie po to, by CFT mogła formalnie wykazać w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Niezależnie od tego, pozorność udostępnienia zasobów wynika również z samej deklarowanej formy udziału tego podmiotu przy realizacji zamówienia. W pisemnym zobowiązaniu wskazano, że będą to konsultacje i doradztwo oraz nadzór, co nie jest wystarczającą formą, by uznać, iż udostępnienie zasobu w postaci doświadczenia będzie realne, a CFT należycie zrealizuje zamówienie, zwłaszcza w kontekście stopnia skomplikowania robót, które będą musiały być wykonane. Co więcej, jak wskazano w zobowiązaniu z dnia 21 listopada 2018 r., przedmiotem udostępnienia są referencje, co jednoznacznie wskazuje, że celem udostępnienia było wyłącznie umożliwienie uczestnictwa Przystępującemu w postępowaniu, a nie faktyczne przekazanie wiedzy i doświadczenia WAT.

Odwołujący podkreślił, iż w przypadku, w którym już z oferty wynika, iż udostępnienie zasobu jest pozorne nie ma podstawy prawnej do wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, gdyż wykonawca

taki jako wprowadzający w błąd Zamawiającego w tym zakresie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Co więcej, wykonawca nie może zmienić po złożeniu oferty oświadczenia o zakresie podwykonawstwa i wykazu podwykonawców. Jedynie zatem z daleko idącej ostrożności procesowej, na wypadek przyjęcia, iż Zamawiający winien wezwać CFT do uzupełniania dokumentów w w/w zakresie, Odwołujący podnosi zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez jego bezpodstawne niezastosowanie i - w konsekwencji - zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, w szczególności, że udostępnienie zasobów jest realne.

W piśmie procesowym z dnia 4 stycznia 2018 r. Odwołujący wskazał, że Zamawiający jest w posiadaniu koncepcji instalacji pt. „Aktualizacja projektu koncepcyjnego budowy(...)” (dalej: „Koncepcja”), która stanowi element dokumentacji przetargowej i na podstawie której Zamawiający tworzył SIWZ i przyjął kluczowe założenia, jakie powinna spełniać oferowana instalacja (por. odp. na pyt. nr 15 z dnia 07.09.2018 r.). W Koncepcji na str. 64 i 65 opisane jest uzasadnienie (cel) co do stosowania w pierwszym etapie trzech, a w drugim etapie dobudowanie kolejnego (czwartego) wymiennika, mówiące o tym, że zawsze jeden wymiennik będzie stanowił rezerwę pozwalając na naprzemienne, okresowe ich czyszczenie, przy zachowaniu pracy klimatyzacji z pełną mocą chłodniczą. Ze względu na to, iż do wymiennika doprowadzana będzie niefiltrowana woda o znacznych zanieczyszczeniach mechanicznych i złej jakości fizykochemicznej wody, uzasadnionym rozwiązaniem jest zabudowa rezerwowego wymiennika. Zamawiający zdając sobie sprawę z tego, iż woda ta jest złej jakości, jako wymóg techniczny zapisał wymaganie, co do konstrukcji wymiennika, tj. ma mieć budowę płytową, umożliwiającą demontaż każdej płyty i jej mechaniczne czyszczenie (SIWZ pkt. 1.4 i 2.3 str. 19 i 26).

Ze względu, że wymienniki ciepła będą pracować z mocno agresywną wodą kopalnianą, Zamawiający podaje w wymaganiach, iż mają być wykonane ze specjalnego materiału o wysokiej odporności chemicznej i mechanicznej (SIWZ pkt. 1.4 i 2.3 str. 19 i 26). Ponadto, Zamawiający wymaga aż 5 letniej gwarancji na wymienniki, zdając sobie sprawę, że jest to klucz do prawidłowej pracy klimatyzacji.

Kolejnym argumentem potwierdzającym zasadność stosowania rezerwowego wymiennika jest odpowiedź na pytanie 89 z dnia 7 września 2018, gdzie Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko, że do wymiennika doprowadzana będzie niefiltrowana woda dołowa (bez wcześniejszego uzdatniania tej wody - co byłoby ekonomicznie nieuzasadnione). Zamawiający zdając sobie sprawę ze złej jakości wody wymaga dodatkowego wymiennika. Ponadto wymaga, aby każdy z wymienników wyposażony był w odpowiednie zawory umożliwiające wyłączenie poszczególnego wymiennika z pracy, umożliwiając jego okresowe

czyszczenie. Odwołujący wskazał także, że Zamawiający w SIWZ wielokrotnie zwraca uwagę na wyposażenie układu, w którym to mają być zabudowane urządzenia rezerwowe (np. zestawy pompowe obiegu wody lodowej, zestawy pompowe obiegu wody chłodzącej skraplacze, zestawy pompowe wody chłodzącej wymienniki, zdublowane czujniki pomiarowe, zawory odcinające (str. 19 i 20 SIWZ pkt. 1.6, 1.9, 1.10, 2.26.3, 2.26.4)), chcąc tym samym uzyskiwać pełną moc chłodniczą instalacji klimatyzacji, nawet przy pojedynczych awariach lub prowadzeniu czynności serwisowych, konserwacyjnych urządzeń wchodzących w skład instalacji klimatyzacji.

Mając na uwadze doświadczenie z pracą z wymiennikami ciepła pracującymi w układzie klimatyzacji grupowej w podziemnych zakładach górniczych, które to pracują na zanieczyszczonej, agresywnej chemicznie wodzie dołowej, czyszczenie każdego z wymienników musi odbywać się bardzo często.

Zgodnie natomiast z założeniami Zamawiającego instalacja klimatyzacji powinna pracować 7 dni w tygodniu (24h na dobę), co przy oferowanej instalacji bez rezerwowego wymiennika ciepła jest niemożliwe, gdyż konieczność prowadzenia czynności serwisowych spowoduje kilkunastogodzinne postoje po parę razy w tygodniu, co przełoży się na nieefektywną pracę klimatyzacji o często cyklicznie zmniejszonej mocy chłodniczej.

Odwołujący podkreślił, że zastosowanie wyłącznie 3 wymienników spowoduje - podczas okresowych prac serwisowych - zmniejszenie o ponad 30% mocy chłodniczej instalacji klimatyzacji, co przełoży się na podwyższoną temperaturę w wyrobiskach górniczych w których prowadzona jest eksploatacja, doprowadzając do powstania zagrożenia klimatycznego w tamtych rejonach. Oznacza to, iż instalacja oferowana przez CFT nie gwarantuje realizacji głównego celu Zamawiającego tj. ciągłego funkcjonowania instalacji klimatyzacji o mocy chłodniczej 6 MW, przesądzając, iż niezgodność ta ma charakter istotny.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a

zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę CFT Polska sp. z o.o. z siedzibą w Tychach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba odnosząc się do pierwszego z zarzutów ustaliła:

Zamawiający w punkcie 3.2. ppkt 1.4. załącznika nr 1 do SIWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w ETAPIE I wymagał *dostawy kompletnych wymienników ciepła w ilości 3 sztuk o mocy min. 3 MW każdy z wszelką niezbędną armaturą i rurociągami. Wymienniki ciepła powinny być wykonane z materiałów o odporności chemicznej i mechanicznej zapewniających ich odpowiednią wytrzymałość z uwagi na wysoką agresywność wód dołowych – wyniki badań wód dołowych do wglądu. Odprowadzenie całej ilości ciepła skraplania odbywać się będzie poprzez niefiltrowaną wodę dołową. Zabudowane wymienniki będą wyposażone w zawory odcinające umożliwiające ich odstawienie na czas czyszczenia. Wymienniki muszą posiadać konstrukcję umożliwiającą demontaż i czyszczenie mechaniczne każdej płyty.*

Natomiast jak wynika z punktu 3.2 ppkt 2.3 ww. załącznika Zamawiający w ETAPIE II wymagał *dostawy kompletnego wymiennika ciepła w ilości 1 sztuki o mocy min. 3 MW z wszelką niezbędną armaturą i rurociągami. Wymienniki ciepła powinny być wykonane z materiałów o odporności chemicznej i mechanicznej zapewniających ich odpowiednią wytrzymałość z uwagi na wysoką agresywność wód dołowych – wyniki badań wód dołowych do wglądu. Odprowadzenie całej ilości ciepła skraplania odbywać się będzie poprzez niefiltrowaną wodę dołową. Zabudowane wymienniki będą wyposażone w zawory odcinające umożliwiające ich odstawienie na czas czyszczenia. Wymienniki muszą posiadać konstrukcję umożliwiającą demontaż i czyszczenie mechaniczne każdej płyty.*

Przystępujący w złożonej ofercie w opisie proponowanego rozwiązania klimatyzacji wskazał, że w etapie I wykona „*zabudowę kompletnych wymienników ciepła 2 x min 3 MW wraz z niezbędną armaturą i rurociągami (3 sztuka wymiennika dostarczona a zabudowana w II Etapie)*”, a w etapie II dokona „*zabudowy kompletnych wymienników ciepła 2 x min 3 MW wraz z niezbędną armaturą i rurociągami*”.

Izba uwzględniając powyższe ustalenia uznała, iż wbrew stanowisku Odwołującego, Przystępujący zaoferował w złożonej ofercie 4 wymienniki ciepła, zgodnie z przywołanymi wyżej wymogami SIWZ, co w sposób wyraźny wynika z treści oferty.

Izba wskazuje ponadto, iż czwarty wymiennik ciepła miał pełnić funkcję rezerwową/dodatkową. Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż na złożonych wraz z ofertą Przystępującego schematach (które nie były przez Zamawiającego wymagane),

widnieją jedynie trzy wymienniki ciepła, w ocenie Izby wynikała jak wskazywał Przystępujący z tego, iż czwarty wymiennik ciepła pełni rolę rezerwową, dlatego nie został on ujęty na przygotowanym schemacie. W ocenie Izby powyższe stanowisko Przystępującego zasługiwało na uwzględnienie w związku z postanowieniami SIWZ, zgodnie z którymi wymienniki ciepła mają zostać wyposażone w zawory odcinające umożliwiające ich odstawienie na czas czyszczenia – *„wymienniki muszą posiadać konstrukcję umożliwiającą demontaż”*.

Okoliczność, iż wykonawca CFT zaoferował w postępowaniu 4 wymienniki ciepła wynika ponadto, z przedłożonego przez Zamawiającego na rozprawie jako dowód pisma Przystępującego z dnia 27 grudnia 2018r. stanowiącego odpowiedź na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności pomiędzy treścią oferty a złożonymi schematami. W ww. piśmie Przystępujący wyjaśnił: *„W naszej ofercie w opisie proponowanego rozwiązania klimatyzacji, ilość wymienników zarówno w etapie I, jak i II jest zgodna z wymaganiami SIWZ i wynosi 4 sztuki.*

Zgodnie z wymaganiami określonymi w treści SIWZ, modyfikacją SIWZ i odpowiedzią Zamawiającego na pytania (pytanie i odpowiedź nr 7 z dnia 30.10.2018r.) wymagane dokumenty, które muszą być dołączone do oferty to między innymi opis proponowanego rozwiązania klimatyzacji grupowej, obejmujący 2 etapy budowy. W znajdującym się w naszej ofercie w opisie proponowanego rozwiązania klimatyzacji, ilość wymienników zarówno w etapie I, jak i II jest zgodna z wymaganiami SIWZ i wynosi 4 sztuki.

W naszej ofercie i na dodatkowych (niewymaganych przez zamawiającego) poglądowych schematach załączonych do opisu proponowanego rozwiązania klimatyzacji zamierzaliśmy wskazać, że układ klimatyzacji składający się łącznie z 4 szt. maszyn WAT o mocy 1 MW oraz 1 szt. maszyny o mocy 2 MW, będzie wytwarzał ciepło skraplania łącznie w I etapie 5,2 MW, a w II etapie łącznie 7,8 MW. Do odebrania tego ciepła wystarczające jest wykorzystanie 3 wymienników, każdy o mocy 3 MW, czyli ze stosowną rezerwą, natomiast praca przewidzianej w SIWZ do dostawy 4-tej sztuki wymiennika 3 MW sprowadzi się do części rezerwowej układu.”

Uwzględniając powyższe skład orzekający uznał zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaoferowanie liczby wymienników ciepła niezgodnie z wymaganiami SIWZ za niezasadniony.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku spełnienia wymogu temperatury wody dołowej na wlocie do wymienników Izba ustaliła:

Zamawiający w dniu 7 września 2018 r. udzielił następujących odpowiedzi:

Pytanie nr 48:

Zwracamy się do zamawiającego z prośbą o podanie parametrów i ilości dostępnej wody chłodzącej do układu klimatyzacji. Jest to niezbędne w celu przygotowania prawidłowej oferty.

Odpowiedź Zamawiającego:

Temperatura wody dołowej (do której odprowadzane będzie ciepło skraplania) wynosi około 29 st. C w okresie letnim, około 26 st. C w okresie zimowym. Ilość dostępnej wody za ostatnie półrocze kształtuje się na poziomie 18400 m³/dobę i nie powinno ulec zmianie. Analiza chemiczna została zamieszczona na stronie w osobnym pliku.

Pytanie nr 70:

Dotyczy str. 18 SIWZ pkt. 3.1. Prosimy o podanie temperatury wody dołowej (do której odprowadzane będzie całe ciepło skraplania) oraz określenie jej natężenia przepływu, w celu wstępnego doboru wymienników ciepła. Czy wykonawca dobrze rozumie treść, że temperatura wody dołowej (do której odprowadzane będzie ciepło skraplania) opuszczając wymiennik ciepła nie może przekraczać 35 st. C? (Zgodnie z Dz. U. 2014.1800 zał. 4 tab. 11 rozp. M. Ś.) Prosimy również o podanie parametrów jakościowych wody - skład chemiczny, jak również określenia ilości dostępnej wody oraz informację czy ilość dostępnej wody będzie stała czy zróżnicowana?

Odpowiedź Zamawiającego

Temperatura wody dołowej (do której odprowadzane będzie ciepło skraplania) wynosi około 29 st. C w okresie letnim, około 26 st. C w okresie zimowym. Natężenie przepływu wody chłodzącej zależeć będzie od dobranych przez Wykonawcę na etapie projektowym pomp. Temperatura wody opuszczająca wymiennik ciepła musi być tak dobrana aby zapewnić możliwość jej wypompowania na powierzchnię przez pompy OWH-250S/10g (maksymalna temperatura pompowanej wody wynosi 40 st. C). Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska w sprawie warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu ścieków do wód lub do ziemi, oraz w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego (Dz.U. 2014.1800) zał. nr 4 tab. II rozp. MS.) temperatura 35 st. C nie może być przekroczona w miejscu zrzutu wód kopalnianych do rzeki Kłodnicy. Ilość dostępnej wody za ostatnie półrocze kształtuje się na poziomie 18400 m³/dobę i nie powinno ulec zmianie.

Przystępujący na stronie 39 oferty wskazał, że „ciepło oddawane będzie do wody dołowej powodując wzrost jej temperatury od 25 st. C do 40 st. C.”

Izba uwzględniając powyższe ustalenia, stwierdziła, że zarzut Odwołującego nie zasługiwał na uwzględnienie.

Wskazać należy w pierwszej kolejności, iż pytania zadane w trakcie postępowania dotyczyły temperatury wody dołowej do której odprowadzane będzie ciepło skraplania.

Również Przystępujący w złożonej ofercie wskazywał na temperaturę wody oddawanej z wymienników. Temperatura ta nie ma natomiast jak wyjaśniał Przystępujący żadnego związku z temperaturą wody podawaną do wymiennika ciepła. Uwzględniając więc okoliczność, że zarzut odwołania opierał się na twierdzeniu, iż Zamawiający w udzielonych odpowiedziach określił wysokość temperatury wody dołowej na wlocie do wymienników ciepła, co jak wyżej wskazano było twierdzeniem nieprawidłowym, spowodowało, iż skład orzekający za niezasadny uznał powyższy zarzut. Ponadto zgodzić się należy także z Zamawiającym, iż z uwagi na fakt, że na obecnym etapie postępowania Przystępujący nie wskazał konkretnego modelu proponowanego wymiennika ciepła to zarzut Odwołującego, iż Przystępujący zaoferował wymiennik o zbyt małych rozmiarach jest bezzasadny.

Tym samym Izba uznała, że zarzuty dotyczące naruszenia art. 91b ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty *CFT*

Odnosząc się kolejno do zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na fakt, że powoływanie się przez tego wykonawcę na zasoby podmiotu trzeciego ma charakter pozorny i w konsekwencji wykonawca ten wprowadził w błąd Zamawiającego, to Izba uznała, iż na obecnym etapie postępowania zarzut ten okazał się przedwczesny.

Izba ustaliła:

I. W części IX SIWZ – Oświadczenia i dokumenty, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu wstępnego potwierdzenia, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu i dołączyć do oferty Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) sporządzony według wzoru (formularza) stanowiącego Załącznik nr 10 do SIWZ dotyczący:

- 1) Wykonawcy a w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – każdego z nich.
- 2) Podmiotów, na których zasoby Wykonawca powołuje się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w zakresie braku przesłanek wykluczenia i spełniania warunku odnoszącego się do udostępnionego zasobu;
- 3) Zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobów – jeżeli Wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polega na zdolnościach innych podmiotów.

Ponadto zgodnie z punktem 2 ppkt 4) Wykonawca powinien ograniczyć się do wypełniania sekcji α części IV formularza.

III. Zgodnie natomiast z postanowieniami zawartymi w części X SIWZ Zamawiający postanowił, że wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona zobowiązany będzie

złożyć oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w Części VIII SIWZ oraz brak podstaw do wykluczenia.

III. Zamawiający w wyniku dokonanej modyfikacji SIWZ w zakresie części VII pkt 1 w zakresie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymagał wykazaniem się w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał roboty budowlane polegające na:

a) budowie lub modernizacji układów klimatyzacji obejmujących kompletną instalację dla podziemnych zakładów górniczych z centralną stacją na powierzchni lub grupową na dole o mocy min. 2 MW

lub

b) wykonał projekt wraz z dostawą maszyn i urządzeń do klimatyzacji grupowej lub klimatyzacji centralnej w podziemnych wyrobiskach górniczych

lub

c) wykonał dostawy urządzeń i podzespołów do klimatyzacji grupowej lub klimatyzacji centralnej w podziemnych wyrobiskach górniczych o łącznej wartości co najmniej 5 000 000,00 zł brutto.

4) Przystępujący wraz z ofertą złożył JEDZ oraz zobowiązanie Wärme-Austausch-Technik GmbH z siedzibą w Hamminkeln do oddania do dyspozycji zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania powyższego zarzutu podkreślić należy, że istotną okolicznością wymagającą wzięcia pod uwagę jest kwestia, iż w momencie wniesienia odwołania Zamawiający nie dokonywał jeszcze weryfikacji podmiotowej wykonawców. W momencie wniesienia odwołania postępowanie znajdowało się na etapie aukcji elektronicznej i ustalenia rankingu ofert. Zamawiający jak wynika z akt postępowania w dniu 10 grudnia 2018 r. wezwał wykonawcę CFT do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania oraz spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zakreślając wykonawcy CFT 10 dniowy termin na ich złożenie.

Z powyższego wynika więc, iż w momencie wniesienia odwołania Zamawiający nie posiadał wiedzy odnośnie sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego. Powyższe zostało przez Zamawiającego potwierdzone na rozprawie.

Izba w składzie orzekającym podziela pogląd Zamawiającego, iż dokonanie weryfikacji realności udostępnienia zasobów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie może być dokonywane w oderwaniu od postawionego warunku. Ocena

Sygn. akt KIO 2565/18

wykazania przez wykonawcę faktycznego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego powinna być dokonywana z uwzględnieniem realiów wykorzystania określonych zasobów przy realizacji konkretnego zamówienia. W szczególności istotny będzie przy tym rodzaj udostępnianego zasobu, charakter i złożoność zamówienia oraz odpowiadające mu warunki udziału w postępowaniu, określone przez Zamawiającego.

Tym samym na obecnym etapie postępowania Izba uznała, że dokonywanie oceny realności udostępnionych zasobów bez posiadania wiedzy co do sposobu w jaki Przystępujący wykazywać będzie spełnienie warunku w postępowaniu byłoby działaniem przedwczesnym.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzut powyższy nie zasługiwał na uwzględnienie.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972 ze zm.).

Przewodniczący:.....