

Sygn. akt: KIO 783/19

WYROK

z dnia 1 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2019 r., 28 maja 2019 r., 11 czerwca 2019 r. i 24 czerwca 2019 r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę **INERGIS Spółkę Akcyjną z siedzibą w Częstochowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Jarocin**, przy udziale:

- A. wykonawcy **HEWALEX Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, Spółki komandytowej z siedzibą w Czechowicach-Dziedzicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- B. wykonawcy **Solartime Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- C. wykonawcy **Eco-Team Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, Spółki komandytowej z siedzibą w Częstochowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- D. wykonawcy **Energetyka Solarna Ensol spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Raciborzu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

- E. wykonawcy **FLEXIPOWER Group Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, Spółki komandytowej z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- F. wykonawcy **OEM Energy Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- G. wykonawcy **Sanito Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego **INERGIS Spółkę Akcyjną z siedzibą w Częstochowie** i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. Zasądza od odwołującego **INERGIS Spółkę Akcyjną z siedzibą w Częstochowie**, na rzecz zamawiającego **Gminy Jarocin** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 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 **Kaliszu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający, Gmina Jarocin, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę i montaż instalacji kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych, kotłów na biomasę oraz pomp ciepła na terenie Gminy Jarocin”, znak postępowania ISM.271.2.2019.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 kwietnia 2019 r. pod nr 2019/S 076-180368. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego tego samego dnia.

W dniu 29 kwietnia 2019 r. wykonawca INERGIS Spółka Akcyjna z siedzibą w Częstochowie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na sformułowaniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w zakresie części 1 zamówienia, z naruszeniem przepisów prawa, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w związku z naruszeniem art. 36aa ust. 1 ustawy w związku z art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, że w rezultacie opis ten utrudnia uczciwą konkurencję, tj. poprzez zaniechanie podziału części 1 zamówienia na dwie odrębne części oraz objęcie zakresem części 1 zamówienia zupełnie różnych produktów i instalacji, dostarczanych i montowanych przez zupełnie różnych wykonawców;
2. art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, tj. poprzez opisanie zamawianych produktów w taki sposób, że łącznie wymagania Zamawiającego wobec danego produktu spełnia tylko jeden konkretny produkt jednego konkretnego producenta;
3. art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 2 i 2c ustawy, poprzez przyjęcie kryteriów oceny ofert, które nie odnoszą się do przedmiotu zamówienia i które nie są związane z przedmiotem zamówienia;
4. art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 91 ust. 2 ustawy, poprzez przyjęcie kryterium oceny ofert, które preferuje jeden konkretny produkt jednego konkretnego producenta i tym samym pozbawia wykonawców oferujących inne produkty realnej szansy na uzyskanie zamówienia;

5. art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 22 ust. 1a ustawy poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. sformułowanie warunku, który jest nadmierny i nie znajduje uzasadnienia w przedmiocie zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie Odwołania i nakazanie Zamawiającemu aby:

- a) zmienił treść SIWZ oraz treść ogłoszenia o zamówieniu w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
- b) dokonał zmianę SIWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ, oraz zamieścił zmianę SIWZ na stronie internetowej na której SIWZ jest udostępniana,
- c) przesunął termin składania ofert o niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, z uwzględnieniem postanowień art. 12a ust. 2 ustawy,
- d) niezwłocznie po przekazaniu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zamieścił informację o zmianach na stronie internetowej.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy, ponieważ jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia w zakresie części 1 zamówienia. Jednak w sytuacji, gdy postanowienia SIWZ zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą, w szczególności gdy Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, przyjął kryterium oceny ofert, które preferuje jeden konkretny produkt jednego konkretnego producenta, oraz wadliwie określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia, Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty spełniającej jednocześnie wszystkie wymagania SIWZ. Odwołujący wskazał, że kwestionowane przez niego postanowienia SIWZ pozbawiają go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach. Ponadto w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to prawidłowo sformułowałby postanowienia SIWZ, a to umożliwiłoby Odwołującemu złożenie oferty spełniającej wszystkie wymagania SIWZ. Tym samym oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. W aktualnym stanie rzeczy Odwołujący nie jest w stanie złożyć prawidłowej oferty, spełniającej wszystkie wymagania SIWZ. W rezultacie Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia.

Uzasadnienie zarzutów odwołania było następujące.

Zarzut 1.

Zamawiający wskazał w Rozdziale 4 pkt 4.3. SIWZ, że zgodnie z art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp dopuszcza składanie ofert częściowych z podziałem na 3 części, tj.:

- 1) część 1 zamówienia - „Dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych oraz instalacji fotowoltaicznych na terenie Gminy Jarocin”,
- 2) część 2 zamówienia - „Dostawa i montaż kotłów na biomasę w budynkach mieszkalnych na terenie Gminy Jarocin”,
- 3) część 3 zamówienia - „Dostawa i montaż pomp ciepła w budynkach mieszkalnych zlokalizowanych na terenie Gminy Jarocin”.

Ww. podział zamówienia na części niemal pokrywa się z wybranymi przez Zamawiającego rodzajami instalacji wykorzystujących Odnawialne Źródła Energii (dalej w skrócie OZE), jednak za wyjątkiem części 1 zamówienia, która to część obejmuje jednocześnie dostawę i montaż instalacji kolektorów słonecznych i instalacji fotowoltaicznych. Zdaniem Odwołującego połącznie w jednej części zamówienia instalacji kolektorów słonecznych i instalacji fotowoltaicznych jest niezrozumiałe i pozbawione uzasadnienia. Poza tym, iż oba typy instalacji korzystają z energii słonecznej, nic więcej ich nie łączy. Odwołujący wyjaśnił, że instalacje fotowoltaiczne należą do branży elektrycznej, gdyż służą do produkcji prądu a ich kluczowym instrumentem są panele fotowoltaiczne. Natomiast instalacje kolektorów słonecznych należą do branży sanitarnej, gdyż służą do podgrzewania wody a ich kluczowym instrumentem są kolektory słoneczne. Odwołujący wskazał, że są to zupełnie różne instalacje, budowane w całkowicie odmienny sposób i z kompletnie różnych komponentów i urządzeń. Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że wymagania wobec instalacji kolektorów słonecznych i instalacji fotowoltaicznych Zamawiający opisał w sposób odrębny i niepowiązany ze sobą. W SIWZ wymagania dotyczące instalacji kolektorów słonecznych są wskazane w Rozdziale 4 ppkt 4.3.1.1., natomiast wymagania dotyczące instalacji fotowoltaicznych - odrębnie i niezależnie w Rozdziale 4 ppkt 4.3.1.2. Ten dualistyczny podział został utrzymany także w załącznikach do SIWZ: Dokumentacje techniczne instalacji kolektorów słonecznych zostały zamieszczone w Załączniku Nr 1aa, natomiast Dokumentacje techniczne instalacji fotowoltaicznych - w Załączniku Nr 1ab, tak samo jak w osobnych załącznikach do SIWZ zostały zamieszczone Dokumentacje techniczne kotłów na biomasę (Załącznik Nr 1b)- i Dokumentacje techniczne pomp ciepła (Załącznik Nr 1c). Ponadto jak wskazał Odwołujący ww. Dokumentacje dotyczące instalacji kolektorów słonecznych i instalacji fotowoltaicznych zostały sporządzone przez zupełnie różne osoby z zupełnie różnymi uprawnieniami budowlanymi. Dokumentacje techniczne instalacji fotowoltaicznych sporządziła osoba posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (tzw. uprawnienia

elektryczne), podczas gdy Dokumentacje techniczne instalacji kolektorów słonecznych sporządziła osoba posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych i oazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (tzw. uprawnienia sanitarne). Powyższe, zdaniem Odwołującego najlepiej wskazuje i dowodzi jak zupełnie różne są instalacje, które Zamawiający objął częścią 1 zamówienia. Sam Zamawiający, choć oba rodzaje instalacji objął częścią 1 zamówienia, to opisał je tak, jakby stanowiły odrębne i niepowiązane ze sobą części zamówienia, gdyż tak też jest w rzeczywistości.

Odwołujący zaznaczył, że podmioty wykonujące instalacje fotowoltaiczne na ogół nie zajmują się wykonawstwem instalacji kolektorów słonecznych i vice-versa.

Wszystko powyższe jednoznacznie zdaniem Odwołującego dowodzi, że połączenie w ramach jednej części zamówienia instalacji kolektorów słonecznych oraz instalacji fotowoltaicznych jest nieuprawnione. Zamawiający, poprzez objęcie jednym zamówieniem zupełnie różnych produktów, dostarczanych przez zupełnie różnych wykonawców, doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący, będący jednym z czołowych wykonawców instalacji fotowoltaicznych na terenie Polski, nie jest w stanie złożyć oferty spełniającej wymagania SIWZ. Odwołujący, tak samo zresztą jak i inni wykonawcy instalacji fotowoltaicznych, nie jest bowiem w stanie pozyskać z rynku m.in. kolektorów słonecznych i pojemnościowych podgrzewaczy ciepłej wody, spełniających wymagania SIWZ i służących do budowy instalacji kolektorów słonecznych. Jednocześnie Odwołujący jest w stanie zaoferować Zamawiającemu dostawę i montaż instalacji fotowoltaicznych i to na bardzo korzystnych warunkach. W ocenie Odwołującego obejmowanie jednym zamówieniem zupełnie różnych produktów i instalacji, istotnie utrudni uczciwą konkurencję, w szczególności poważnie ograniczy liczbę wykonawców, którzy z powodzeniem mogliby się ubiegać o udzielenie zamówienia, gdyby tylko Zamawiający prawidłowo opisał przedmiot zamówienia i podzielił część 1 zamówienia na dwie odrębne części.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, iż obecnie jest w Polsce boom na kolektory słoneczne a firmy zajmujące się nimi często mają już pełne obłożenie mocy przerobowych i nawet wspólne ubieganie się z nimi o udzielenie zamówienia jest bardzo utrudnione. Powyższe stanowi dodatkowy argument za podziałem części 1 zamówienia na dwie odrębne części, dotyczące odpowiednio instalacji fotowoltaicznych oraz instalacji kolektorów słonecznych. Umożliwi to nie tylko ubieganie się o zamówienie większej liczbie wykonawców i uzyskanie korzystniejszych ofert, lecz również zmniejszy ryzyko unieważnienia postępowania w części 1 zamówienia ze względu na brak ofert, względnie zbyt wysokie ceny złożonych ofert.

Naruszenia przywołanych w treści zarzutów przepisów ustawy pzp Odwołujący upatruje w tym, że dokonany przez Zamawiającego podział przedmiotowego zamówienia na

trzy części jest nielogiczny i niekonsekwentny łącząc w ramach części 1 zamówienia kolektory słoneczne i instalacje fotowoltaiczne. Odwołujący wskazał, że kwestia dopuszczenia składania ofert częściowych podlega kontroli pod względem zgodności z zasadami udzielania zamówień, przede wszystkim z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym zakresie Odwołujący przywołał liczne wyroki Izby o następujących sygnaturach akt sprawy: KIO 694/13, KIO/UZP 1001/08, KIO/UZP 1035/08, KIO 1549/12, KIO 1589/13, KIO 1314/13, KIO 938/14, KIO 28/14, KIO 2779/10, orzecznictwo sądów okręgowych wskazując na wyrok z dnia 9 listopada 2005 wydany w sprawie o sygnaturze akt II Ca 587/05 przez Sąd Okręgowy w Lublinie oraz wyrok z dnia 24 stycznia 2012, wydany w sprawie o sygn. akt VI ACa 965/11 wydany przez Sąd Okręgowy w Warszawie ponadto Odwołujący przywołał stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez podział części 1 zamówienia, czyli wydzielenie instalacji kolektorów słonecznych oraz instalacji fotowoltaicznych do odrębnych części zamówienia, w wyniku czego odrębną częścią zamówienia powinien stać się zakres zamówienia wskazany w Rozdziale 4 ppkt 4.3.1.1. SIWZ, jak i odrębną częścią zamówienia powinien stać się zakres zamówienia wskazany w Rozdziale 4 ppkt 4.3.1.2. SIWZ.

Zarzut 2

Zamawiający w zakresie instalacji kolektorów słonecznych (w Rozdziale 4 ppkt 4.3.1.1. SIWZ) przewidział trzy typy zestawów instalacji kolektorów słonecznych, tj.:

- 1) zestaw w skład którego wchodzi: 2 kolektory i zasobnik 200 dm³,
- 2) zestaw w skład którego wchodzi: 3 kolektory i zasobnik 300 dm³,
- 3) zestaw w skład którego wchodzi: 4 kolektory i zasobnik 400 dm³.

Odwołujący wyjaśnił, że ww. zasobniki to zasobniki ciepłej wody użytkowej, które w SIWZ i w załącznikach do SIWZ są określane również jako zasobniki c.w.u., zbiorniki solarne C.W.U., zasobniki ciepłej wody solarne, pojemnościowe podgrzewacze ciepłej wody i podgrzewacze c.w.u. - w każdym z ww. przypadków chodzi o to samo urządzenie. Wymagania wobec zasobników ciepłej wody użytkowej zostały opisane przez Zamawiającego:

- 1) w przypadku zasobnika 200 dm³ - w Załączniku nr 1aa do SIWZ, PROJEKT TECHNICZNY INSTALACJI KOLEKTORÓW SŁONECZNYCH - ZESTAW 2/200, w pkt 10 (Pojemnościowy podgrzewacz ciepłej wody) na str. 5-6;
- 2) w przypadku zasobnika 300 dm³ - w Załączniku nr 1aa do SIWZ, PROJEKT TECHNICZNY INSTALACJI KOLEKTORÓW SŁONECZNYCH - ZESTAW 3/300, w pkt 10 (Pojemnościowy podgrzewacz ciepłej wody) na str. 5-6;

3) w przypadku zasobnika 400 dm³ - w Załączniku nr 1a do SIWZ, PROJEKT TECHNICZNY INSTALACJI KOLEKTORÓW SŁONECZNYCH - ZESTAW 4/400, w pkt 10 (Pojemnościowy podgrzewacz ciepłej wody) na str. 5-6.

Odwołujący wskazał, że wymagania te są bardzo podobne, praktycznie identyczne, a jedyne różnice dotyczą wymaganej pojemności zasobników, natomiast w przypadku zasobnika 400 dm³ dodatkowo maksymalnej wysokości i szerokości zasobnika. Ponadto wymagania w PROJEKTACH TECHNICZNYCH są niezwykle szczegółowe, wręcz drobiazgowo. Tytułem przykładu Odwołujący wskazał wymagania dotyczące zasobnika 200 dm³:

„10. Pojemnościowy podgrzewacz ciepłej wody

Zaprojektowano pojemnościowy podgrzewacz ciepłej wody: emaliowany, z otworem rewizyjnym, z króćcem umożliwiającym zamontowanie grzałki elektrycznej i anody tytanowej. Zaprojektowano podgrzewacz dwuwężownicowy o pojemności 200 dm³, zaizolowany pianką poliuretanową twardą. Podgrzewacz ciepłej wody zabezpieczony zostanie aktywną anodą tytanową.

Podgrzewacz c.w.u. powinien być wyposażony w stopy poziomujące, termometr bimetaliczny tarczowy oraz króciec cyrkulacji ciepłej wody.

Na wyjściu ciepłej wody z podgrzewacza zostanie zamontowany termostatyczny zawór antyoparzeniowy o zakresie temp. 35-70oC z króćcami przyłączeniowymi minimum %" i kvs=1,7 m³/h.

Zaprojektowany podgrzewacz będzie pełnił funkcję podstawowego zbiornika c.w.u., współpracując z istniejącą instalacją c.w.u. Współczynnik przewodzenia ciepła izolacji, zbiornika zbadany wg normy PN-EN 12664:2001 lub równoważnej, przez akredytowane laboratorium, wynosi maximum 0,0205 W/mK przy AT =10 [°C], oraz maksymalnie 0,0228 W/mK przy AT =30 [°C] lub klasa energetyczna A zgodnie z rozporządzeniem UE 812/2013.

Wymiary:

Maksymalna wysokość zasobnika 200 1,45 m

Maksymalna szerokość zasobnika 200 0,7 m

Wymagane parametry techniczne podgrzewacza c.w.u.:

- dopuszczalna temperatura po stronie sola mej: min. 150°C,
- dopuszczalna temperatura po stronie grzewczej: min. 110°C,
- dopuszczalna temperatura po stronie wody użytkowej: min. 95°C,
- dopuszczalne nadciśnienie robocze w obiegu solarnym: min. 10 bar,
- dopuszczalne nadciśnienie robocze po stronie wody grzewczej: min. 10 bar,
- dopuszczalne nadciśnienie robocze w obiegu c.w.u: min. 10 bar,

Wymagana gwarancja producenta: minimum 5 lat."

Odwołujący wyjaśnił, że wymagania dla zasobnika 300 dm³ i 400 dm³ mają brzmienie identyczne z przytoczonym powyżej, za wyjątkiem różnic, na które wskazano powyżej.

W ocenie Odwołującego opis przedmiotu zamówienia w zakresie zasobników 200 dm³, 300 dm³ i 400 dm³ został dokonany niezgodnie z powołanymi w omawianym zarzucie przepisami ustawy i uniemożliwia skuteczne złożenie oferty w postępowaniu, ponieważ łącznie wymagania tam zawarte spełniają tylko zasobniki, których dystrybutorem jest OEM ENERGY Sp. z o.o. a producentem niemiecka spółka Winekelmann GmbH, która produkuje je dla OEM ENERGY Sp. z o.o. i które następnie OEM ENERGY Sp. z o.o. dystrybuje pod własną marką. Powyższe eliminuje zasobniki innych producentów, w tym także światowych potentatów w tej dziedzinie. Innymi słowy w tym postępowaniu mamy do czynienia z tzw. dyskryminującym zbiegiem wymagań. Oprócz zasobników, których dystrybutorem jest OEM ENERGY Sp. z o.o., nie istnieją żadne dostępne na rynku rozwiązania (produkty), które w całości (łącznie) spełniają wymagania SIWZ. Wykonawca, który chciałby zaoferować jakikolwiek inny zasobnik dostępny na rynku, będzie narażony na złożenie oferty o treści niezgodnej z treścią SIWZ, gdyż każdy zasobnik inny niż zasobnik produkowany na zlecenie OEM ENERGY Sp. z o.o. zawsze nie spełni jednego albo kilku z postawionych przez Zamawiającego wymagań. Odwołujący wskazał, że taki opis parametrów produktów dowodzi ograniczenia uczciwej konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

Ponadto dla Odwołującego niezrozumiałe jest również dlaczego Zamawiający zrównuje „Współczynnik przewodzenia ciepła izolacji zbiornika zbadany wg normy PN-EN 12664:2001 lub równoważnej” z „klasą energetyczną A zgodnie z rozporządzeniem UE 812/2013”. Takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia jest w ocenie Odwołującego jedynie grą pozorów, gdyż realnie powoduje dopuszczenie zasobników w każdej klasie energetycznej pod warunkiem przedłożenia badania współczynnika przewodzenia ciepła izolacji zbiornika, co w żaden sposób nie świadczy o klasie energetycznej zasobnika. Spełnianie pozbawionego znaczenia z punktu widzenia użytkownika parametru jakim jest współczynnik przewodzenia ciepła, charakterystycznego dla konkretnego materiału, z którego wykonana została izolacja zbiornika, nie może być porównywane z klasą energetyczną zasobnika. W oparciu o aktualne postanowienia SIWZ można zaoferować Zamawiającemu tańsze zasobniki klasy energetycznej B lub C pod warunkiem, że są to zasobniki produkowane na zlecenie OEM ENERGY Sp. z o.o.

Kolejna niejasność dotyczy wymogu, aby badanie współczynnika przewodzenia ciepła dla izolacji zbiornika było przeprowadzone według normy PN-EN 12664:2001 dla różnicy temperatur (AT) 109C i 30°G. Już w samej tej normie wskazano, że dla materiału o wielkości oporu cieplnego większego niż 0,5 m²K/W, a takim jest właśnie izolacja zbiornika, zalecane jest przeprowadzenie badania współczynnika przewodzenia według normy PN-EN 12667:2002. Ponadto, zgodnie z normą PN-B-02421:2000 "Ogrzewnictwo i ciepłownictwo -

Izolacja cieplna przewodów, armatury i urządzeń - Wymagania i badania odbiorczej dla urządzeń związanych z ogrzewaniem, w celu porównania cech materiałów izolacyjnych, współczynnik przewodności cieplnej jest wyznaczany dla temperatury 409C. Wynika to z temperatury pracy urządzenia, a w przypadku zasobnika ciepłej wody użytkowej jest to najniższa temperatura wody nadającej się do wykorzystania. Zamawiający poprzez powyższy wymóg narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ zmusza innych producentów do dopasowywania się do nieracjonalnych, niestosowanych i w praktyce niespotykanych wymagań. Oczywiście jedyną firmą, która może sprostać takim nietypowym wymaganiom, jest OEM Energy Sp. z o.o., która w swojej karcie produktowej podaje współczynniki przewodzenia dla temperatur identycznych jak wymagane przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego w kwestionowanym opisie przedmiotu zamówienia chodzi wyłącznie o wyeliminowanie zasobników o klasie energetycznej A, i faworyzowanie tych, które są produkowane na zlecenie OEM ENERGY Sp. z o.o., a mają niższą klasę energetyczną.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o zmianę ww. wymagań SIWZ poprzez zastąpienie wymagań przytoczonych powyżej następującymi wymaganiami: „Pojemnościowy podgrzewacz ciepłej wody Zaprojektowano pojemnościowy podgrzewacz ciepłej wody: emaliowany, z otworem rewizyjnym, z króćcem umożliwiającym zamontowanie grzałki elektrycznej i anody tytanowej.

Zaprojektowano podgrzewacz dwuwężownicowy o pojemności 200 dm³, zaizolowany pianką poliuretanową twardą. Podgrzewacz ciepłej wody zabezpieczony zostanie aktywną anodą tytanową.

Podgrzewacz c.w.u. powinien być wyposażony w stopy poziomujące, termometr bimetaliczny tarczowy oraz króciec cyrkulacji ciepłej wody.

Na wyjściu ciepłej wody z podgrzewacza zostanie zamontowany termostatyczny zawór antyoparzeniowy o zakresie temp. 35-70°C z króćcami przyłączeniowymi minimum 3/4" i kvs=1,7 m³/h.

Zaprojektowany podgrzewacz będzie pełnił funkcję podstawowego zbiornika c.w.u., współpracując z istniejącą instalacją c.w.u. Musi posiadać klasę energetyczną A zgodnie z rozporządzeniem UE 812/2013.

Wymagane parametry techniczne podgrzewacza c.w.u.:

- dopuszczalna temperatura po stronie solarnej: min. 110°C,
- dopuszczalna temperatura po stronie grzewczej: min. 110°C,
- dopuszczalna temperatura po stronie wody użytkowej: min. 95°C,
- dopuszczalne nadciśnienie robocze w obiegu solarnym: min. 10 bar,
- dopuszczalne nadciśnienie robocze po stronie wody grzewczej: min. 10 bar,
- dopuszczalne nadciśnienie robocze w obiegu c.w.u.: min. 10 bar,

Wymagana gwarancja producenta: minimum 5 lat."

Wymagania wobec kolektorów słonecznych: zostały opisane przez Zamawiającego:

- 1) w przypadku zestawu w skład którego wchodzi 2 kolektory - w Załączniku nr 1aa do SIWZ, PROJEKT TECHNICZNY INSTALACJI KOLEKTORÓW SŁONECZNYCH - ZESTAW 2/200, w pkt 5 (Przyjęte rozwiązanie technologiczno - instalacyjne) na str. 3, w pkt 6 (Kolektory słoneczne) na str. 4 oraz w pkt 12 w tabeli na str. 12;
- 2) w przypadku zestawu w skład którego wchodzi 3 kolektory - w Załączniku nr 1aa do SIWZ, PROJEKT TECHNICZNY INSTALACJI KOLEKTORÓW SŁONECZNYCH - ZESTAW 3/300, w pkt 5 (Przyjęte rozwiązanie technologiczno - instalacyjne) na str. 2-3, w pkt 6 (Kolektory słoneczne) na str. 3-4 oraz w pkt 12 w tabeli na str. 12;
- 3) w przypadku zestawu w skład którego wchodzi 4 kolektory - w Załączniku nr 1aa do SIWZ, PROJEKT TECHNICZNY INSTALACJI KOLEKTORÓW SŁONECZNYCH - ZESTAW 4/400, w pkt 5 (Przyjęte rozwiązanie technologiczno - instalacyjne) na str. 3, w pkt 6 (Kolektory słoneczne) na str. 4 oraz w pkt 12 w tabeli na str. 12.

Jak wyjaśnił Odwołujący w ww. punktach PROJEKTÓW TECHNICZNYCH Zamawiający wskazał m.in., że wymaga określonej minimalnej powierzchni apertury, zarówno w odniesieniu do pojedynczego kolektora jak i kolektorów wchodzących w skład danego zestawu. W przypadku zestawu w skład którego wchodzi 2 kolektory Zamawiający wymaga kolektorów o łącznej powierzchni apertury min. 4,90 m², w przypadku zestawu w skład którego wchodzi 3 kolektory - kolektorów o łącznej powierzchni apertury min. 7,35 m², w przypadku zestawu w skład którego wchodzi 4 kolektory - kolektorów o łącznej powierzchni apertury min. 9,80 m². Jak łatwo obliczyć w przypadku każdego zestawu Zamawiający wymaga kolektora o minimalnej powierzchni apertury 2,45 m² ($2 \times 2,45 \text{ m}^2 = 4,90 \text{ m}^2$, $3 \times 2,45 \text{ m}^2 = 7,35 \text{ m}^2$, $4 \times 2,45 \text{ m}^2 = 9,80 \text{ m}^2$). Jednocześnie dla każdego zestawu Zamawiający określił minimalną moc wyjściową powierzchni kolektorów przy nasłonecznieniu 1000W/m² i różnicy temperatur $T_m - T_a = 30^\circ\text{K}$ (wg normy PN EN 12975-2: 2007 lub równoważnej). Odwołujący wskazał wobec tego, że wymóg minimalnej powierzchni apertury nie ma żadnego uzasadnienia technicznego, skoro jednocześnie Zamawiający określił minimalną moc wyjściową powierzchni kolektorów. Na rynku dostępne są kolektory spełniające wszystkie wymagania minimalne i posiadające powierzchnię apertury mniejszą niż minimalna wymagana przez Zamawiającego, co świadczy o wysokiej wydajności takich kolektorów. Jednocześnie jednak wymóg minimalnej powierzchni apertury powoduje, że w przypadku kolektora o większej mocy jednostkowej przypadającej na jednostkę powierzchni nie można go zaoferować w przedmiotowym postępowaniu. Wymagana minimalna moc wyjściowa powierzchni kolektorów w przypadku zestawu w skład którego wchodzi 2 kolektory wynosi 3260 W, co daje dla jednego kolektora 1630 W. Taka sama moc jest wymagana dla jednego kolektora w przypadku zestawu w skład którego wchodzi 3

kolektory i 4 kolektory. Jednocześnie powierzchnia apertury pojedynczego kolektora nie może być mniejsza niż 2,45 m². W rezultacie dysponując kolektorem np. o powierzchni apertury 2,35 m² i o mocy 1650 W nie można go zaoferować Zamawiającemu, ponieważ nie spełnia on wymagań SIWZ co do minimalnej powierzchni apertury, mimo że jego moc jest większa niż wymagana w SIWZ. Zatem kwestionowane wymagania SIWZ prowadzą do tego, że wykonawca dysponujący gorszym kolektorem (tj. o mniejszej mocy), ale o odpowiedniej powierzchni apertury, będzie mógł go zaoferować Zamawiającemu, natomiast wykonawca dysponujący lepszym kolektorem (tj. o większej mocy), ale z mniejszą niż wymagana powierzchnią apertury, nie będzie mógł go zaoferować Zamawiającemu. Jest to ewidentne ograniczenie konkurencji poprzez postawienie wymagań, które nie mają żadnego uzasadnienia a jedynie zawężają, i to drastycznie, krąg możliwych do zaoferowania urządzeń. Nie ma zdaniem Odwołującego żadnego wyjaśnienia i usprawiedliwienia dla postanowień SIWZ, które wykluczają możliwość zaoferowania kolektorów o wysokiej wydajności i jednocześnie o mniejszej powierzchni. Takie kolektory mają bowiem same zalety, w szczególności ich mniejsza powierzchnia przekłada się na ich mniejszą wagę, mniejsza waga kolektora przekłada się z kolei na mniejsze obciążenie konstrukcji a w rezultacie na mniejsze zużycie konstrukcji.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o zmianę ww. kwestionowanych wymagań poprzez zmniejszenie minimalnej powierzchni apertury, zarówno w odniesieniu do pojedynczego kolektora jak i kolektorów wchodzących w skład danego zestawu. Odwołujący wniósł o dopuszczenie możliwości zaoferowania kolektora słonecznego o powierzchni apertury nie mniejszej niż 2,00 m², który osiąga minimalną moc wyjściową powierzchni kolektorów przy nasłonecznieniu 1000W/m² i różnicy temperatur $T_m - T_a = 30^\circ\text{K}$ (wg normy PN EN 12975-2: 2007 lub równoważnej) wynoszącą 1630 W. Co za tym idzie Odwołujący wniósł o dopuszczenie możliwości zaoferowania:

1. zestawów w skład których wchodzi 2 kolektory o łącznej powierzchni apertury min. 4,00 m² i minimalnej mocy wyjściowej powierzchni kolektorów przy nasłonecznieniu 1000W/m² i różnicy temperatur $T_m - T_a = 30^\circ\text{K}$ (wg normy PN EN 12975-2: 2007 lub równoważnej) wynoszącej 3260 W,
2. zestawów w skład których wchodzi 3 kolektory o łącznej powierzchni apertury min. 6,00 m² i minimalnej mocy wyjściowej powierzchni kolektorów przy nasłonecznieniu 1000W/m² i różnicy temperatur $T_m - T_a = 30^\circ\text{K}$ (wg normy PN EN 12975-2: 2007 lub równoważnej) wynoszącej 4890 W,
3. zestawów w skład których wchodzi 4 kolektory o łącznej powierzchni apertury min. 8,00 m² i minimalnej mocy wyjściowej powierzchni kolektorów przy nasłonecznieniu 1000W/m² i różnicy temperatur $T_m - T_a = 30^\circ\text{K}$ (wg normy PN EN 12975-2: 2007 lub równoważnej) wynoszącej 6520 W.

W ocenie Odwołującego jedynym powodem, dla którego Zamawiający sformułował ww. kwestionowane wymagania, jest faworyzowanie kolektorów słonecznych dystrybuowanych przez firmę OEM Energy Sp. z o.o., produkowanych przez polskiego producenta Ensol Sp. z o.o. dla OEM ENERGY Sp. z o.o. i które następnie OEM ENERGY Sp. z o.o. dystrybuuje pod własną marką. Kolektory słoneczne dystrybuowane przez firmę OEM Energy Sp. z o.o. spełniają ww. kwestionowane wymagania, w przeciwieństwie do zdecydowanej większości kolektorów słonecznych innych producentów. O ewidentnym faworyzowaniu kolektorów słonecznych dystrybuowanych przez firmę OEM Energy Sp. z o.o. świadczy również przyjęte przez Zamawiającego pozacenowe kryterium oceny ofert, o czym Odwołujący napisał w dalszej części odwołania.

Odwołujący wskazał też, że w ww. punktach PROJEKTÓW TECHNICZNYCH Zamawiający wskazał ponadto, że wymaga m.in. następujących parametrów kolektorów słonecznych (niezależnie od liczby kolektorów w danym zestawie): Układ hydrauliczny kolektora- Meandrowy.

Odwołujący w nawiązaniu do powyższego wymogu wyjaśnił, że istnieją trzy podstawowe rodzaje układów hydraulicznych kolektorów: meander (meandrowy), harfa pojedyncza, harfa podwójna. Ww. nazwy nawiązują do kształtu danego rodzaju układu hydraulicznego kolektora.

W ocenie Odwołującego narzucenie przez Zamawiającego konkretnego rodzaju układu hydraulicznego kolektora nie ma żadnych podstaw i stanowi wyłącznie niedopuszczalne ograniczenie uczciwej konkurencji. Kolektor, który posiada wymagany w SIWZ certyfikat SOLAR KEYMARK lub certyfikat zgodności z normą PN-EN 12975-1 (lub równoważną) lub z normą PN- EN 12975-2 (lub równoważną) lub z normą PN-EN ISO 9806 (lub równoważną) wydany przez właściwą jednostkę certyfikującą, ma konkretne uzyski i wydajność energetyczną, potwierdzone przez ww. certyfikaty. To właśnie te uzyski pozwalają na ustalenie ile energii w ciągu roku zostanie wyprodukowane przez dany kolektor słoneczny. Ponadto żadna z ww. norm nie dokonuje podziału kolektorów pod względem układu hydraulicznego, a kolektory przechodzą takie same badania bez względu na budowę układu hydraulicznego. Co więcej, w żadnym z ww. certyfikatów nie jest podawana informacja o rodzaju układu hydraulicznego kolektora, co najlepiej świadczy o tym, że jest ona nieistotna z punktu widzenia zarówno badań jak i użytkowników instalacji kolektorów słonecznych. Powyższe wynika z tego, że układ hydrauliczny kolektora jest parametrem dotyczącym wyłącznie jego wewnętrznej konstrukcji, która wynika z przyjętego przez producenta rozwiązania produkcyjnego. Rodzaj układu hydraulicznego kolektora nie jest też wyznacznikiem kolektora lepszej jakości, tj. kolektora o większych uzyskach, a jedynie sztucznym ograniczeniem konkurencji. Zatem rodzaj układu hydraulicznego kolektora jest parametrem kompletnie pozbawionym znaczenia.

Natomiast poprzez narzucenie konkretnego rodzaju układu hydraulicznego kolektora Zamawiający ogranicza możliwość złożenia ofert tym wykonawcom, którzy chcą zaoferować kolektory z innym rodzajem układu hydraulicznego, mimo iż mogą one osiągać lepsze parametry energetyczne.

Dodatkowo wskazać należy, że kolektor z układem hydraulicznym meandrowym charakteryzuje się większymi oporami przepływu niż kolektor z układem hydraulicznym harfowym. Nie ma zatem żadnych argumentów przemawiających za narzuceniem tylko jednego dopuszczalnego rodzaju układu hydraulicznego kolektora. Trzeba też podkreślić, że zdecydowana większość zrealizowanych dotychczas zamówień publicznych na instalacje kolektorów słonecznych, w tym największe projekty gminne z ostatnich lat, w ramach których zainstalowano kilkanaście tysięcy instalacji kolektorów słonecznych, oparta jest o kolektor z układem hydraulicznym w postaci harfy pojedynczej. Ich wieloletnia praca potwierdza, że nie jest to rozwiązanie, które należałoby z jakiegoś powodu eliminować.

Odwołujący wskazał, że wadliwość kwestionowanego w odwołaniu parametru potwierdza także orzecznictwo KIO, w tym zakresie przywołał wyrok z dnia 23 kwietnia 2014 r., sygn. akt. KIO 698/14, gdzie Izba zgodziła się z odwołującym się w tej sprawie wykonawcą, że narzucenie w SIWZ konkretnego rodzaju układu hydraulicznego kolektora nie ma żadnych podstaw i ogranicza uczciwą konkurencję.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o zmianę ww. kwestionowanych parametrów poprzez usunięcie wymogu „Układ hydrauliczny kolektora Meandrowy”.

W ocenie Odwołującego jedynym powodem, dla którego Zamawiający sformułował ww. kwestionowane wymagania, jest faworyzowanie kolektorów słonecznych dystrybuowanych przez firmę OEM Energy Sp. z o.o., produkowanych przez polskiego producenta Ensol Sp. z o.o. dla OEM ENERGY Sp. z o.o. i które następnie OEM ENERGY Sp. z o.o. dystrybuuje pod własną marką. Kolektory słoneczne dystrybuowane przez firmę OEM Energy Sp. z o.o. spełniają ww. kwestionowane wymagania. O ewidentnym faworyzowaniu kolektorów słonecznych dystrybuowanych przez firmę OEM Energy Sp. z o.o. świadczy również przyjęte przez Zamawiającego pozacenowe kryterium oceny ofert, o czym Odwołujący napisał w dalszej części odwołania.

Odwołujący zwrócił też uwagę, że w ww. punktach PROJEKTÓW TECHNICZNYCH Zamawiający wskazał ponadto, że wymaga m.in. następujących parametrów, kolektorów słonecznych (niezależnie od liczby kolektorów w danym zestawie):

Minimalna grubość szyby solarnej 4,0 mm

Średnica kul gradowych użyta w raporcie na gradobicie Min. 15 mm

Zamawiający wskazał tam ponadto (niezależnie od liczby kolektorów w danym zestawie), że: „Kolektory solarne muszą posiadać certyfikat Sotar Keymark lub inny

równoważny certyfikat wydany przez akredytowaną jednostkę w zgodności z normą PN-EN 12975-1: 2007 lub równoważną: Słoneczne systemy grzewcze i ich elementy - kolektory słoneczne - Część 1: Wymagania ogólne, którego integralną częścią powinno być sprawozdanie z badań kolektorów, przeprowadzonych z normą PN-EN 12975-2: 2007 lub równoważną: Słoneczne systemy grzewcze / ich elementy - kolektory słoneczne - Część 2: Metody badań wykonane przez akredytowane laboratorium badawcze oraz sprawozdanie z badań wg norm PN-EN 12975- 1:2007 oraz PN-EN 12975-2:2007 lub równoważnych."

Odnosząc się do wymogu minimalnej grubości szyby solarnej Odwołujący wskazał, że odpowiednia grubość szyby jest dobierana do gabarytów kolektora słonecznego wyłącznie przez producenta kolektora słonecznego. Jeżeli kolektor posiada odporność na gradobicie, potwierdzoną certyfikatem jakości, np. certyfikatem Solar Keymark, wówczas grubość szyby nie ma dla Zamawiającego żadnego znaczenia. Stosowanie szyby grubszej niż wymaga tego konstrukcja kolektora słonecznego nie oznacza lepszej odporności na gradobicie, gdyż ta zależy w dużej mierze od sposobu zamontowania szyby w obudowie kolektora, nie zaś tylko i wyłącznie od jej grubości. Generalnie formułowanie wymogu co do minimalnej grubości szyby solarnej, bez żadnego powiązania go z wymaganiami co do wytrzymałości szyby, jest pozbawione sensu i prowadzi do absurdalnych rezultatów. Większa grubość szyby solarnej wcale nie musi oznaczać jej większej wytrzymałości na gradobicie, gdyż ta, oprócz sposobu zamontowania szyby w obudowie kolektora, zależy przede wszystkim od jakości materiału użytego do produkcji szyby. Absurdalność i dyskryminujący charakter kwestionowanych postanowień SIWZ dobrze pokazuje następujący przykład: wykonawca dysponujący kolektorem, z szybą o większej grubości (4,0 mm) ale z gorszego materiału (tj. o mniejszej wytrzymałości na uderzenia), w rezultacie czego szyba wytrzyma uderzenia, kul gradowych o średnicy wyłącznie 15 mm, będzie mógł zaoferować taki kolektor Zamawiającemu. Natomiast wykonawca dysponujący kolektorem z szybą o mniejszej grubości (3,2 mm) ale z lepszego materiału (tj. o większej wytrzymałości na uderzenia), w rezultacie czego szyba wytrzyma uderzenia kul gradowych o średnicy 25 mm czy nawet większej, nie będzie mógł zaoferować takiego kolektora Zamawiającemu. Jeżeli zatem dla Zamawiającego liczy się (a powinna się liczyć) wytrzymałość szyby solarnej, to wymóg co do minimalnej grubości szyby stanowi sztuczne ograniczenie, służące tylko i wyłącznie eliminacji najwyraźniej niechcianej konkurencji. Jednocześnie, ponieważ Zamawiający wymaga przedstawienia certyfikatu „Solar Keymark” lub równoważnego, który w pełni potwierdza, że dany kolektor jest odporny na gradobicie, dodatkowy wymóg dotyczący minimalnej grubości szyby oceniać należy jako niezrozumiały i nieuzasadniony.

Jeżeli natomiast dla Zamawiającego z jakiś, niezrozumiałych względów bardziej niż wytrzymałość szyby solarnej liczy się jej grubość, to powstaje pytanie dlaczego wymaga grubości minimalnej 4 mm, a nie np. 4,5 mm czy 5 mm. Jedynym logicznym wyjaśnieniem dla

wymagania grubości minimalnej 4 mm jest to, że dokładnie taką właśnie grubość szyby solarnej posiadają kolektory słoneczne dystrybuowane przez firmę OEM Energy Sp. z o.o., produkowane przez polskiego producenta Ensol Sp. z o.o. dla OEM ENERGY Sp. z o.o. i które następnie OEM ENERGY Sp. z o.o. dystrybuuje pod własną marką. Odwołujący raz jeszcze podkreślił, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający ewidentnie faworyzuje ww. kolektory, formułując wymagania w które ww. kolektory wręcz idealnie się wpisują.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że wraz ze wzrostem grubości szyby solarnej obniża się efektywność kolektora na skutek niższej transmisyjności dla energii słonecznej. Innymi słowy zwiększenie grubości szyby wpływa bardzo znacząco na obniżanie uzysków z kolektora słonecznego. Co więcej, wymóg minimalnej grubości szyby solarnej (4,0 mm) ma charakter dyskryminujący i ogranicza uczciwą konkurencję, gdyż zdecydowana większość producentów (w tym najbardziej znani jak Viessmann, Vaillant, Bosch, Hewalex, GrennOneTec) używa do produkcji, kolektorów o tej wielkości szyby solarnej o grubości od 3 do 3,2 mm. Tym samym wymóg postawiony przez Zamawiającego, nie mający żadnego obiektywnego uzasadnienia, eliminuje z postępowania zdecydowaną większość kolektorów słonecznych.

Trzeba wreszcie zauważyć, że wymaganie minimalnej grubości szyby solarnej wynoszącej 4 mm nie ma żadnego uzasadnienia w świetle aktualnego stanu wiedzy na temat uszkodzeń kolektorów słonecznych w wyniku gradobicia. Z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że przypadki uszkodzenia kolektorów słonecznych o grubości szyby solarnej, 3,2 mm w wyniku gradobicia praktycznie się nie zdarzają. Zatem kwestionowane wymaganie nie jest oparte na racjonalnych podstawach.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o zmianę ww. kwestionowanych parametrów poprzez usunięcie wymogu „Minimalna grubość szyby solarnej 4,0 mm”, względnie poprzez wprowadzenie w jego miejsce wymogu „Minimalna grubość szyby solarnej 3,0 mm”.

Odnosząc się do wymogu minimalnej średnicy kul gradowych użytych w raporcie na gradobicie Odwołujący wskazał na następujące kwestie. Przede wszystkim podkreślić trzeba, że powołana przez Zamawiającego norma PN-EN 12975-2: 2007 „Słoneczne systemy grzewcze i ich elementy - kolektory słoneczne - Część 2: Metody badań” została wycofana 03 lutego 2014 r. i zastąpiona przez normę PN-EN ISO 9806:2014-02 „Energia słoneczna -- Słoneczne kolektory grzewcze - Metody badań”. Z kolei ta ostatnia norma została wycofana 21 grudnia 2017 r. i zastąpiona przez normę PN-EN ISO 9806:2017-12 „Energia słoneczna -- Słoneczne kolektory grzewcze - Metody badań” która aktualnie obowiązuje. Co jednak najważniejsze, zarówno nieobowiązująca już norma PN-EN 12975-2:2007, jak i nieobowiązująca już norma PN-EN ISO 9806:2014-02 jak i aktualnie obowiązująca norma PN-EN ISO 9806:2017-12 przewidują dwie równoważne metody badania odporności na

gradobicie: z użyciem kulek lodu albo kulek stalowych. W przypadku metody 1: badanie odporności na uderzenia przy użyciu kulek lodu, faktycznie do badania wykorzystuje się kulki lodu, przy czym powołana przez Zamawiającego norma PN-EN 12975-2: 2007 wymaga wyłącznie kulek lodu o średnicy 25 mm (z dokładnością +/-5%), natomiast badanie z użyciem kulek lodu o średnicy 15 mm jest przewidziane w normie PN-EN ISO 9806:2014-02 oraz w normie PN-EN ISO 9806:2017-12. Z kolei w przypadku metody 2: badanie odporności na uderzenie przy użyciu kulek stalowych, wykorzystuje się wyłącznie kulki stalowe w celu symulacji uderzenia gradem, natomiast kulki lodu nie są w ogóle wykorzystywane. Trzeba przy tym podkreślić, że ww. dwie metody badań są w pełni równoważne i tak samo wiarygodne a żadna z nich nie jest metodą bardziej zalecaną. Producent kolektora może zlecić przeprowadzenie badania jego odporności na gradobicie za pomocą którejkolwiek z ww. metod, według swojego uznania. Nie sposób wreszcie nie zauważyć, że jednym z warunków uzyskania wymaganego przez Zamawiającego certyfikatu Solar Keymark jest przebadanie kolektora słonecznego według normy EN ISO 9806. W rezultacie, poprzez wprowadzenie w SIWZ bezwzględnego wymogu badania odporności na gradobicie przy użyciu kulek lodu, Zamawiający wyeliminował możliwość zaoferowania mu tych wszystkich kolektorów słonecznych, które zostały przebadane pod kątem odporności na gradobicie przy użyciu kulek stalowych. W rezultacie kolektor słoneczny, przebadany według normy EN ISO 9806 przy użyciu kulek stalowych, odporny na gradobicie i posiadający certyfikat Solar Keymark, nie może zostać zaoferowany Zamawiającemu, gdyż Zamawiający w sposób całkowicie dowolny i uznaniowy taką możliwość wykluczył. Ograniczenie przez Zamawiającego uczciwej konkurencji, nie dość, że oczywiste i rażące, nie ma przy tym jakiegokolwiek uzasadnienia, skoro badanie odporności na uderzenie przy użyciu kulek stalowych jest w pełni równoważne badaniu odporności na uderzenia przy użyciu kulek lodu i tak samo potwierdza odporność na gradobicie.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o zmianę ww. kwestionowanych parametrów poprzez usunięcie wymogu „Średnica kul gradowych użyta w raporcie na gradobicie Min. 15 mm”.

W ocenie Odwołującego jedynym powodem, dla którego Zamawiający wymaga ww. kwestionowanych parametrów, jest faworyzowanie kolektorów słonecznych dystrybuowanych przez firmę OEM Energy Sp. z o.o., produkowanych przez polskiego producenta Ensol Sp. z o.o. dla OEM ENERGY Sp. z o.o. i które następnie OEM ENERGY Sp. z o.o. dystrybuuje pod własną marką. Kolektory słoneczne dystrybuowane przez firmę OEM Energy Sp. z o.o. spełniają bowiem ww. kwestionowane parametry, w przeciwieństwie do zdecydowanej większości kolektorów słonecznych innych producentów. O ewidentnym faworyzowaniu kolektorów słonecznych dystrybuowanych przez firmę OEM Energy Sp. z o.o. świadczy

również przyjęte przez Zamawiającego pozacenowe kryterium oceny ofert, o czym więcej poniżej.

Podsumowując sformułowane powyżej zarzuty Odwołujący wskazuje, że wedle utrwalonego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia, względnie stawia wybranych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji wobec pozostałych. Odwołujący ponownie wskazał na orzecznictwo KIO i Sądów Okręgowych, obszernie przytoczone we wcześniejszej części uzasadnienia odwołania. W świetle ww. orzecznictwa Zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub, parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Z powołanych na wstępie przepisów ustawy wynika jednoznacznie, iż przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nie utrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych.

Odwołujący jest przekonany, że opisanie przedmiotu zamówienia w inny sposób, tj. zgodnie z żądaniami odwołania, umożliwi realizację potrzeb Zamawiającego przy jednoczesnym poszanowaniu zasad równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania przetargowego zgodnie z zasadą zachowania uczciwej konkurencji.

Zarzut 3

Odwołujący zaznaczył, że zarzut ten jest ściśle związany z zarzutem zaniechania przez Zamawiającego podzielenia części 1 zamówienia na części, tj. wydzielenia instalacji kolektorów słonecznych oraz instalacji fotowoltaicznych do odrębnych części zamówienia.

Odnosnie kryteriów oceny ofert Zamawiający wskazał w Rozdziale 18 w pkt 18.1. SIWZ, że: „Zamawiający dokona oceny ofert, które nie zostały odrzucone, na podstawie następujących kryteriów oceny ofert:

w zakresie części 1 zamówienia:

Lp.	Nazwa kryterium	Znaczenie kryterium (w %)
1	Cena	60
2	Sprawność optyczna kolektora słonecznego w odniesieniu do apertury	10
3	Średnica kul śnieżnych użytych do raportu na gradobicie	10
2	Współczynnik wypełnienia modułu fotowoltaicznego	10
3	Moc modułu fotowoltaicznego	10

Przyjęte przez Zamawiającego pozacenowe kryteria oceny ofert dotyczą zarówno kolektorów słonecznych jak i modułów fotowoltaicznych. Nawiązując do zarzutu 1 i żądania podzielenia części 1 zamówienia na części, Odwołujący podniósł, że obecne ukształtowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert w zakresie części 1 zamówienia nie będzie miało żadnego uzasadnienia w sytuacji podziału części 1 zamówienia na osobne części. Zgodnie z art. 91 ust. 2 i 2c ustawy kryteria oceny ofert muszą odnosić się do przedmiotu zamówienia i muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Nie ma wątpliwości, że w przypadku podziału części 1 zamówienia na części, czyli wydzielenia instalacji kolektorów słonecznych oraz instalacji fotowoltaicznych do odrębnych części zamówienia, adekwatne będzie, jeżeli pozacenowe kryteria dotyczące kolektorów słonecznych będą obowiązywać wyłącznie w części zamówienia dotyczącej instalacji kolektorów słonecznych. Tak samo adekwatne będzie, jeżeli pozacenowe kryteria dotyczące modułów fotowoltaicznych będą obowiązywać wyłącznie w części zamówienia dotyczącej instalacji fotowoltaicznych. Tak rozdzielone pozacenowe kryteria, odrębne dla odrębnych części zamówienia, niewątpliwie będą odnosić się do przedmiotu zamówienia i będą związane z przedmiotem zamówienia w danej części zamówienia.

Odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez rozdzielenie pozacenowych kryteriów oceny ofert, konsekwentnie do podziału części 1 zamówienia na części. W rezultacie pozacenowe kryteria dotyczące kolektorów słonecznych powinny obowiązywać wyłącznie w części zamówienia dotyczącej instalacji kolektorów słonecznych, natomiast pozacenowe kryteria dotyczące modułów fotowoltaicznych powinny obowiązywać wyłącznie w części zamówienia dotyczącej instalacji fotowoltaicznych.

Zarzut 4

W ocenie Odwołującego, Zamawiający faworyzuje kolektory słoneczne dystrybuowane przez firmę OEM Energy Sp. Z o.o. Świadczą o tym zarówno kwestionowane wcześniej minimalne parametry kolektorów, ale także przyjęte przez Zamawiającego pozacenowe kryterium oceny ofert.

Odwołujący ponownie przywołał wskazane przez Zamawiającego w Rozdziale 18 w pkt 18.1. SIWZ kryteria oraz wskazał, że odnośnie kryterium „Średnica kul śnieżnych użytych do raportu na gradobicie” Zamawiający wskazał w Rozdziale 18 w pkt 18.6. SIWZ, że: „Punkty za kryterium Średnica kul śnieżnych użytych do raportu na gradobicie - PŚR - zostaną przyznane w skali:

Średnica kul śnieżnych użytych do raportu na gradobicie Liczba punktów

min. 15 mm PŚR = 0 pkt

min. 25 mm PŚR = 2,5 pkt

min. 35 mm PŚR = 5 pkt

min. 45 mm PŚR = 10 pkt

Odwołujący wskazał, że kryterium „Średnica kul śnieżnych użytych do raportu na gradobicie” jest dyskryminujące i narusza zasadę uczciwej konkurencji z powodów wskazanych wcześniej w odwołaniu. Zamawiający ignoruje zdaniem Odwołującego całkowicie to, że zarówno nieobowiązująca już norma PN-EN 12975-2: 2007, jak i nieobowiązująca już norma PN-EN ISO 9806:2014-02 jak i aktualnie obowiązująca norma PN-EN ISO 9806:2017-12 przewidują dwie równoważne metody badania odporności na gradobicie: z użyciem kulek lodu albo kulek stalowych. W rezultacie Zamawiający, bez jakichkolwiek racjonalnych podstaw, dyskryminuje tych wykonawców, którzy chcieliby zaoferować mu kolektory słoneczne przebadane pod kątem odporności na gradobicie przy użyciu kulek stalowych. Jednocześnie Zamawiający, również bez jakichkolwiek racjonalnych podstaw, faworyzuje tych wykonawców, którzy zaoferują mu kolektory słoneczne przebadane pod kątem odporności na gradobicie przy Użyciu kulek lodu o średnicy minimum 25 mm lub większej. W rezultacie kolektor słoneczny, przebadany według normy EN ISO 9806 przy użyciu kulek stalowych, odporny na gradobicie i posiadający certyfikat Solar Keymark, nie ma żadnych szans na uzyskanie punktów w ramach ww. kryterium, mimo że ma ono dotyczyć właśnie odporności na gradobicie. Ograniczenie przez Zamawiającego uczciwej konkurencji, nie dość, że oczywiste i rażące, nie ma przy tym jakiegokolwiek uzasadnienia, skoro badanie odporności na uderzenie przy użyciu kulek stalowych jest w pełni równoważne badaniu odporności na uderzenia przy użyciu kulek lodu i tak samo potwierdza odporność na gradobicie.

W ocenie Odwołującego jedynym powodem, dla którego Zamawiający sformułował ww. kwestionowane kryterium oceny ofert, jest faworyzowanie kolektorów słonecznych dystrybuowanych przez firmę OEM Energy Sp. z o.o. Ww. kolektory bowiem nie tylko, że zostały przebadane pod kątem odporności na gradobicie przy użyciu kulek lodu, to jeszcze, inaczej niż w przypadku innych kolektorów przebadanych tą metodą, średnica kulek lodu użytych do badania wyniosła w ich przypadku 45 mm, podczas gdy powszechnie używa się kulek lodu o średnicy 25 mm. W rezultacie wykonawca, który zaoferuje kolektory słoneczne dystrybuowane przez firmę OEM Energy Sp. z o.o., automatycznie otrzyma w ramach ww. kryterium maksimum punktów, tj. 10 punktów, co da mu oczywistą przewagę konkurencyjną nad pozostałymi wykonawcami, oferującymi inne kolektory. Jednocześnie jest niemal pewne, że żaden inny wykonawca nie otrzyma w ramach ww. kryterium większej liczby punktów niż 2,5 pkt, gdyż powszechnie do badania odporności na gradobicie przy użyciu kulek lodu używa się kulek o średnicy 25 mm, natomiast kulki o średnicy 45 mm zostały wykorzystane do badania kolektorów słonecznych dystrybuowanych przez firmę OEM Energy Sp. z o.o., Zatem w rzeczywistości ww. kryterium nie służy przyznaniu dodatkowej punktacji za większą średnicę

kul śnieżnych użytych do raportu na gradobicie, lecz przyznaniu dodatkowej punktacji za zaoferowanie kolektorów słonecznych dystrybuowanych przez firmę OEM Energy Sp. z o.o. Również sposób punktacji w ramach kwestionowanego kryterium preferuje kolektory słoneczne dystrybuowane przez firmę OEM Energy Sp. z o.o. Liczba punktów nie zwiększa się bowiem proporcjonalnie do średnicy kulki lodu: za kulkę lodu o średnicy 15 mm oferta otrzyma 0 pkt, za kulkę lodu o średnicy 25 mm - 2,5 pkt, za kulkę lodu o średnicy 35 mm - 5 pkt, natomiast za kulkę lodu o średnicy 45 mm oferta otrzyma nie jak by się można spodziewać 7,5 pkt, lecz maksimum, tj. 10 punktów. Jak wynika z powyższego w przedziale od 15 do 35 mm zwiększenie średnicy kulki lodu o 10 mm daje 2,5 pkt za każde 10 mm średnicy więcej, natomiast w przedziale powyżej 35 mm zwiększenie średnicy kulki lodu o 10 mm daje już 5 pkt za 10 mm średnicy więcej. Zatem wartość punktowa takiego samego odcinka średnicy jest różna i dwukrotnie wzrasta w przypadku kulki lodu o średnicy 45 mm. Takie rozbieżności w sposobie punktacji można logicznie wyjaśnić tylko tym, że dzięki nim oferta oparta na kolektorach słonecznych dystrybuowanych przez firmę OEM Energy Sp. z o.o. uzyska odpowiednio wysoką przewagę punktową nad ofertami opartymi na kolektorach innych producentów.

Wykonawcy, którzy nie zaoferują kolektorów słonecznych dystrybuowanych przez firmę OEM Energy Sp. z o.o. i tym samym nie otrzymają w ramach ww. kryterium 10 punktów, będą mieli bardzo duże trudności z obniżeniem ceny swojej oferty na tyle, aby zniwelować przewagę punktową w ramach kwestionowanego kryterium większą liczbą punktów uzyskaną w ramach kryterium ceny. Przykładowo wykonawca, który w ramach ww. kryterium pozacenowego otrzyma 2,5 pkt (gdyż średnica kul śnieżnych użytych do raportu na gradobicie będzie w jego przypadku wynosić 25 mm), będzie musiał zaoferować cenę aż o ponad 12,5% niższą niż wykonawca, który otrzyma w ramach ww. kryterium pozacenowego 10 punktów. Biorąc pod uwagę jak niewielkie są zazwyczaj różnice w cenach oferowanych przy tego rodzaju zamówieniach takie obniżenie ceny niemal na pewno nie będzie możliwe.

W rezultacie ww. kryterium nie tylko, że faworyzuje wykonawcę, który zaoferuje kolektory słoneczne dystrybuowane przez firmę OEM Energy Sp. z o.o., to jeszcze faworyzuje wykonawcę oferującego wyższą cenę, a którego jedyną „zaletą” jest to, że średnica kul śnieżnych użytych do raportu na gradobicie w przypadku oferowanych przez niego kolektorów była odpowiednio duża. Ww. kryterium jest zatem pozbawione jakiegokolwiek racjonalnego uzasadnienia. Pozwala bowiem zaoferować kolektor dużo gorszy pod względem uzysku (czyli najważniejszego parametru dla użytkownika instalacji, decydującego o ilości oszczędzanej energii i redukcji emisji dwutlenku węgla), ale przebadany z użyciem kulki lodowej z odpowiednio dużą średnicą, tak aby w rezultacie uzyskać niemożliwą do zniwelowania przewagę punktową.

Przykładanie tak ogromnej wagi do średnicy kul śnieżnych użytych do raportu na gradobicie nie ma żadnego uzasadnienia w świetle aktualnego stanu wiedzy na temat uszkodzeń kolektorów słonecznych w wyniku gradobicia. Z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że przypadki uszkodzenia kolektorów słonecznych o grubości szyby solarnej 3,2 mm w wyniku gradobicia praktycznie się nie zdarzają. Zatem kryterium oceny ofert dotyczące tego aspektu nie jest oparte na racjonalnych, podstawach.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o zmianę kryteriów oceny ofert poprzez usunięcie kryterium „Średnica kul śnieżnych użytych do raportu na gradobicie” i zastąpienie go następującym kryterium:

„Roczny uzysk z kolektora słonecznego w kWh dla lokalizacji Wiirzburg i temperatury 50°C.

Punkty za ww. kryterium zostaną obliczone według wzoru:

$PRU = RUb / RUm_{ax} \times 10 \text{ pkt}$ Gdzie:

PRU - ilość punktów za ww. kryterium,

RUb - roczny uzysk z kolektora słonecznego w kWh dla lokalizacji Wiirzburg i temperatury 50°C dla kolektora zaoferowanego w ofercie badanej,

RUm_{ax} - najwyższy roczny uzysk z kolektora słonecznego w kWh dla lokalizacji Wiirzburg i temperatury 50°C spośród uzysków z kolektorów zaoferowanych w ofertach nieodrzuconych.

W ww. kryterium oferta z najwyższym rocznym uzyskiem z kolektora słonecznego w kWh dla lokalizacji Wiirzburg i temperatury 50°C otrzyma 10 punktów a pozostałe oferty po matematycznym przeliczeniu w odniesieniu do najwyższego rocznego uzysku z kolektora słonecznego w kWh dla lokalizacji Wiirzburg i temperatury 50°C odpowiednio mniej. Końcowy wynik powyższego działania zostanie zaokrąglony do dwóch miejsc po przecinku.

Uwaga! Roczny uzysk z kolektora słonecznego w kWh dla lokalizacji Wiirzburg i temperatury 50°C będzie ustalony na podstawie informacji podanych w załączniku do certyfikatu zgodności z normą PN-EN 12975-2: 2007: „Słoneczne systemy grzewcze i ich elementy - kolektory słoneczne - Część 2: Metody badań”, lub normą PN-EN ISO 9806:2014-02 „Energia słoneczna — Słoneczne kolektory grzewcze — Metody badań” lub normą PN-EN ISO 9806:2017-12 „Energia słoneczna — Słoneczne kolektory grzewcze — Metody badań”, lub inną równoważną.”

W uzasadnieniu powyższego żądania Odwołujący wskazał, że roczny uzysk z kolektora słonecznego w kWh to ilość pozyskanej przez kolektor w ciągu roku energii słonecznej, wykorzystanej do celów grzewczych. Jest to parametr, który z punktu widzenia użytkownika instalacji kolektorów słonecznych ma największe znaczenie, zatem to przede wszystkim on powinien być punktowany w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert. W załącznikach do certyfikatów zgodności z ww. normami, których to certyfikatów Zamawiający wymagana w SIWZ, podaje się roczny uzysk z kolektora słonecznego w kWh dla różnych lokalizacji, w tym dla lokalizacji Wurzburg, i dla różnych temperatur, w tym dla temperatury

50°C. Przyjęcie lokalizacji Wiirzburg i temperatury 50°C jest uzasadnione tym, że najbardziej odpowiadają one warunkom pracy kolektora słonecznego w Polsce.

W uzasadnieniu powyższego zarzutu i żądania Odwołujący wskazał ponadto na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 4 maja 2017 r., sygn. akt KIO 777/17 oraz w wyroku z dnia 13 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2803/10.

Zarzut 5

Odwołujący wskazał, że zarzut ten jest związany z zarzutem 1.

W Rozdziale 6 (WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU) ppkt 6.2.3. SIWZ Zamawiający sformułował następujący warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej: „Zamawiający określa, że ww. warunek zostanie spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonuje) należycie: a) w zakresie części 1 zamówienia:

co najmniej jedno zamówienie polegające na dostawie wraz z montażem instalacji kolektorów słonecznych do podgrzewania ciepłej wody użytkowej w ilości min. 200 instalacji (zestawów) - w ramach jednego kontraktu i

co najmniej jedno zamówienie polegające na dostawie wraz z montażem instalacji fotowoltaicznych na budynkach w ilości min. 100 instalacji - w ramach jednego kontraktu".

Zamawiający dalej w tym samym punkcie SIWZ zamieścił następującą Uwagę:

„1) Wykonawca w zakresie części 1 zamówienia może wykazać spełnienie warunku w taki sposób, że dostawa wraz z montażem instalacji kolektorów słonecznych do podgrzewania ciepłej wody użytkowej w ilości min. 200 instalacji (zestawów) oraz dostawa wraz z montażem instalacji fotowoltaicznych na budynkach w ilości min. 100 instalacji miała miejsce w ramach jednego zamówienia lub dwóch odrębnych zamówień."

Z powyższego wynika, że jeżeli wykonawca chce złożyć ofertę w postępowaniu na część 1 zamówienia, to musi wylegitymować się dostawą i montażem zarówno instalacji kolektorów słonecznych do podgrzewania ciepłej wody użytkowej, jak i instalacji fotowoltaicznych na budynkach. Nawiązując do zarzutu 1 i żądania podzielenia części 1 zamówienia na części, Odwołujący podniósł, że obecne ukształtowanie warunku udziału w postępowaniu nie będzie miało żadnego uzasadnienia w sytuacji podziału części 1 zamówienia na części i nie będzie służyć niczemu poza eliminacją z postępowania wykonawców jak najbardziej zdolnych do należytego wykonania zamówienia. W przypadku podziału części 1 zamówienia na części adekwatne będzie, jeżeli wykonawca składający ofertę na część zamówienia dotyczącą instalacji kolektorów słonecznych wylegitymuje się doświadczeniem dotyczącym dostawy wraz z montażem instalacji kolektorów słonecznych do podgrzewania ciepłej wody użytkowej. Tak samo adekwatne będzie, jeżeli wykonawca

składający ofertę na część zamówienia dotyczącą instalacji fotowoltaicznych wylegitymuje się doświadczeniem dotyczącym dostawy wraz z montażem instalacji fotowoltaicznych na budynkach. Tak sformułowane warunki doświadczenia, odrębne dla odrębnych części zamówienia, będą proporcjonalne do przedmiotu zamówienia w danej części zamówienia.

Ze względu na powyższe Odwołujący wniósł, aby Zamawiający zmienił treść SIWZ oraz treść ogłoszenia o zamówieniu poprzez ukształtowanie warunku udziału w postępowaniu proporcjonalnie do danej części zamówienia tj.:

„W przypadku składania oferty na część zamówienia dotyczącą dostawy i montażu instalacji kolektorów słonecznych wymagane jest wykazanie co najmniej jednego zamówienia polegającego na dostawie wraz z montażem instalacji kolektorów słonecznych do podgrzewania ciepłej wody użytkowej w ilości min. 200 instalacji (zestawów) - w ramach jednego kontraktu" oraz

„W przypadku składania oferty na część zamówienia dotyczącą dostawy i montażu instalacji fotowoltaicznych wymagane jest wykazanie co najmniej jednego zamówienia polegającego na dostawie wraz z montażem instalacji fotowoltaicznych na budynkach w ilości min. 100 instalacji - w ramach jednego kontraktu."

Zmiana ta stanowi wystarczającą gwarancję, że o daną część zamówienia będą się ubiegać wykonawcy faktycznie zdolni do należytego wykonania zamówienia w danej części. Co więcej, warunki postulowane przez Odwołującego, inaczej niż warunki aktualnie wskazane w SIWZ i w ogłoszeniu o zamówieniu, nie będą nikogo dyskryminować. Nadal bowiem o udzielenie zamówienia i to we wszystkich częściach będą się mogli ubiegać wykonawcy, którzy wykonali dostawy proporcjonalne do zakresu danej części zamówienia i zarazem gwarantujące posiadanie przez nich wystarczającego doświadczenia.

Odwołujący przywołał stanowisko Izby wyrażone w wyroku KIO z dnia 17 marca 2015 r., sygn. akt KIO 412/15.

W ocenie Odwołującego wszystkie kwestionowane w niniejszym odwołaniu postanowienia SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu mają na celu doprowadzenie do sytuacji, w której jedyną ofertę niepodlegającą odrzuceniu będzie w stanie złożyć wykonawca FLEXIPOWER GROUP Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej. Niniejsze postępowanie jest bowiem kolejnym postępowaniem, w którym powtarzają się kwestionowane w odwołaniu: warunki udziału w zakresie doświadczenia, kryteria oceny ofert oraz opis przedmiotu zamówienia, przede wszystkim w zakresie zasobników i kolektorów słonecznych, sporządzony zresztą przez te same osoby. We wszystkich postępowaniach z postanowieniami analogicznymi z kwestionowanymi w niniejszym odwołaniu jedyną ofertę, opartą na wskazanych w odwołaniu produktach wytwarzanych na zlecenie OEM ENERGY Sp. z o.o., złożył wykonawca FLEXIPOWER GROUP Sp. z o.o. Sp. K. W ocenie Odwołującego nie sposób mówić tutaj o przypadku a w razie braku zmiany postanowień SIWZ i ogłoszenia o

zamówieniu zgodnie z żądaniami odwołania również w przedmiotowym postępowaniu jedyną ofertę, ponownie opartą na wskazanych w odwołaniu produktach wytwarzanych na zlecenie OEM ENERGY Sp. z o.o., złożył wykonawca FLEXIPOWER GROUP Sp. z o.o. Sp. K. Taką sytuację oceniać należy jako niedopuszczalną i stanowiącą zaprzeczenie podstawowych zasad ustawy, w tym przede wszystkim zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców. Powyższe stanowi też kolejny argument za zasadnością zarzutów sformułowanych w odwołaniu.

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

Pismem z dnia 15 maja 2019 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, domagając się oddalenia odwołania w całości. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania, Zamawiający wskazał następującą argumentację.

Zarzut 1 i 5

Odwołujący w istocie swój zarzut skupia na stwierdzeniu, że instalacja kolektorów słonecznych i instalacja kolektorów fotowoltaicznych stanowią odmienne branże. Instalacja fotowoltaiczna to branża elektryczna, a kolektory słoneczne to branża sanitarna. Jest to oczywiste, w związku z tym Zamawiający uznał w tym zakresie okoliczność za bezsporną.

Zamawiający zwróci uwagę, że Odwołujący traci z pola widzenia, iż nie tożsamość branż decyduje o tym, czy zamówienie powinno być podzielone na części. Zamawiający wskazał następujące powody, dla których uznał za istotne pozyskanie dostawę i montaż w ramach jednej części zamówienia kolektorów słonecznych i fotowoltaicznych.

1. Po pierwsze przemawiał za tym sposób montażu. Instalacje te są montowane na dachach, w związku z tym sposób montażu i organizacja pracy nie mogą ze sobą kolidować. Każdy z budynków, na którym montowane będą obie instalacje ma odmienne dachy, w związku z tym wykonawca montujący kolektory słoneczne musi samodzielnie określić miejsce i powierzchnię dla instalacji fotowoltaicznej. Wykonawca

realizujący obie instalacje najlepiej będzie wiedział, gdzie poszczególną instalację zamontować, tak aby jak najlepiej każda z nich funkcjonowała.

2. W przypadku powierzenia osobno montażu każdej instalacji istnieje realne ryzyko, że brak właściwej współpracy wykonawców, w szczególności co do pozostawienia odpowiedniego miejsca na dachu drugiemu wykonawcy, spowoduje że jedna z instalacji może nie funkcjonować optymalnie.
3. Istnieje możliwość organizacji pracy wykonawcy obu instalacji tak, aby w czasie jednego dnia wykonać obie instalacje na obiekcie. Powyższy sposób organizacji pracy jest oczekiwany przez użytkowników, tj. mieszkańców Gminy, gdyż nie będzie powodował nadmiernych uciążliwości związanych z udostępnieniem budynku w celu prowadzenia prac.

Na poparcie powyższego Zamawiający złożył dowód w postaci oświadczenia projektanta

4. Zakres prac niezbędnych do wykonania dla montażu obu instalacji w dużej części się pokrywa. W rezultacie wykonawca realizujący obie instalacje jest w stanie zaoferować korzystniejszą cenowo ofertę w stosunku do ofert na każdą osobno wycenianą instalację.
5. Brak podziału na części zamówienia nie spowoduje ograniczenia liczby potencjalnych wykonawców. Wedle wiedzy Zamawiającego jest szereg wykonawców, którzy realizują dostawę i montaż instalacji kolektorów słonecznych i instalacji fotowoltaicznych. Między innymi jest to: Eco-Team sp. z o.o. sp. k., FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. K., SANITO sp. z o.o., Skorut Systemy Solarne sp. z o.o., Solartime sp. z o.o. oraz Antinus sp. z o.o.

Zamawiający zwrócił uwagę, że również Odwołujący jest wykonawcą, który realizuje dostawę i montaż instalacji kolektorów słonecznych i instalacji fotowoltaicznych. Na potwierdzenie czego Zamawiający złożył wydruk ze strony internetowej Odwołującego

Objęcie jednym zamówieniem instalacji solarnych i fotowoltaicznych nie spowoduje ograniczenia konkurencji również i z tego względu, że w warunkach udziału w postępowaniu dotyczących wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej pkt 6.2.3. SIWZ wskazano, że warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat wykonał co najmniej jedno zamówienie polegające na dostawie wraz z montażem instalacji kolektorów słonecznych do odgrzewania ciepłej wody użytkowej w ilości 150 instalacji w ramach jednego kontraktu i co najmniej jedno zamówienie polegające na dostawie wraz z montażem instalacji fotowoltaicznych na budynkach w ilości min. 200 instalacji — w ramach jednego kontraktu.

Jednakże wykonawca może wykazać spełnienie tego warunku w taki sposób, że dostawa wraz z montażem instalacji kolektorów słonecznych do podgrzewania ciepłej wody użytkowej w ilości min. 150 instalacji oraz dostawa wraz z montażem instalacji

fotowoltaicznych na budynkach w ilości min 200 instalacji miała miejsce w ramach jednego zamówienia lub dwóch odrębnych zamówień.

Oznacza to tym samym, że Zamawiający dopuścił możliwość wykazania się doświadczeniem w dostawie i montażu instalacji kolektorów słonecznych oraz instalacji fotowoltaicznych, nie tylko realizowanych w ramach jednego zamówienia. Wykonawca może przedstawić dwa odrębne zamówienia w celu spełnienia w/w warunku.

Nie tylko Zamawiający w tym postępowaniu w ten sposób podzielił zamówienie na dostawę i montaż instalacji kolektorów słonecznych i instalacji fotowoltaicznych, taka praktyka stosowana jest również w postępowaniach przeprowadzonych przez Gminę Zaklików, Gminę Kamień, Miasto Przeworsk. W ramach prowadzonego rozliczenia projektów wszystkie postępowania przetargowe zostały poddane kontroli przez Urząd Marszałkowski, który nie zgłosił zastrzeżeń w zakresie połączenia instalacji solarnych i fotowoltaicznych. W tym zakresie Zamawiający na dowód złożył oświadczenie z dnia 9 maja 2019 r. i informację z dnia 14 lutego 2018 r. z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podkarpackiego.

Zarzut 2

Zamawiający wskazał, że na rynku oferowane są zasobniki spełniające wymagania SIWZ między innymi takich producentów jak LEMET, GALMET, REFLEX.

Parametr wymiaru zasobnika jest dla Zamawiającego istotny wobec specyfiki miejsca ich montażu. Wymiar zasobnika powinien być odpowiedni do jego montażu w budynkach mieszkalnych użytkowników, w których futryny drzwi stanowią ograniczenie dla możliwości montażu każdego dostępnego na rynku zasobnika.

Wymiary zasobnika wpływają również na straty ciepła. Zbiorniki niższe i szersze cechuje mniejsza strata ciepła, bo przy tej samej objętości mniejsza jest powierzchnia izolacji. Powyższe okoliczności związane z wymaganymi parametrami zasobnika znajdują potwierdzenie w oświadczeniu projektanta i inspektora nadzoru, które zostało złożone jako dowód.

W zakresie parametru „współczynnik przewodzenia ciepła” Zamawiający wskazał, że parametr ten nie jest obojętny, gdyż współczynnik przewodzenia ciepła związany jest z określeniem strat ciepła. Zamawiający dąży do uzyskania urządzeń zapewniających najmniejsze straty ciepła, w związku z tym uprawniony jest również do opisu przedmiotu zamówienia poprzez parametr przewodzenia ciepła.

Co do niejasności wymogu badania współczynnika przewodzenia ciepła dla izolacji zbiornika według normy PN EN 12664:2001, gdzie Odwołujący wskazuje, że badanie przeprowadzane powinno być według normy PN EN 12667:2002 - Zamawiający wyjaśnił, że postawił wymóg badania według normy PN-EN 12664:2001, a nie normy PN-EN 12667:2002, gdyż badanie współczynnika przewodzenia ciepła według normy PN-EN 12664:2001 ma charakter szerszy, co pozwoli uzyskać zbiorniki o lepszej izolacji.

Co do wymogu minimalnej powierzchni apertury Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący stawiając ten zarzut domaga się jednocześnie zmiany SIWZ w ten sposób, aby dopuścić możliwość zaoferowania kolektora słonecznego o powierzchni apertury nie mniejszej niż 2,00 m². Zarzut ten w ocenie Zamawiającego pozostaje nieuzasadniony, tym bardziej, że sam Odwołujący przyznaje wnosząc o zmianę treści SIWZ, że sam parametr winien być elementem opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie podając żadnego uzasadnienia wnosi o wskazanie w SIWZ powierzchni apertury nie mniejszej niż 2,00 m². W tym stanie rzeczy zarzut pozostaje bezzasadny merytorycznie i nieudowodniony.

W zakresie zarzutu bezzasadnego narzucenia układu hydraulicznego/meandrowego kolektora, Zamawiający wyjaśnił, że porównanie różnych układów kolektora w odniesieniu do funkcjonalności pojedynczego urządzenia może nie ujawniać znaczących różnic pomiędzy nimi. Jednakże różnice w efektywności funkcjonowaniu kolektora ujawniają się, gdy bada się nie jedno urządzenie, ale kilka połączonych. W przypadku grupy połączonych kolektorów układ hydrauliczny zapewnia większą efektywność ich funkcjonowania. Zamawiający określając w SIWZ oczekiwanie co do układu hydraulicznego kierował się tym, że kolektory w każdym z budynków będą montowane w ilości kilku sztuk połączonych ze sobą.

Istotna różnica w układach kolektora polega na przepływie płynu solarnego, co w przypadku jednego kolektora może nie mieć znaczenia, jednakże dla funkcjonowania kilku połączonych kolektorów ma znaczenie dla ich efektywności. Zastosowanie układu hydraulicznego zapewnia równomierny przepływ cieczy przez kilka kolektorów, co za tym idzie przepływ ciepła przez grupę kolektorów jest równomierny. Zapewnienie równomierności przepływu ciepła przez kolektory pozytywnie wpływa na efektywność całego układu kolektorów. Układy harfowe nie zapewniają takiej równomierności.

Zamawiający wyjaśnił, że określając parametr w postaci rodzaju układu kolektora dąży do uzyskania najlepszej efektywności funkcjonowania układu kilku kolektorów, które docelowo zostaną zamontowane na budynkach.

W zakresie podnoszonego przez odwołującego braku znaczenia wymogu grubości szyby solarnej i średnicy kul gradowych, Zamawiający wyjaśnił, że posługując się parametrem grubości szyby solarnej co najmniej 4 mm miał na względzie następujące okoliczności:

1. grubość szyby wpływa na większą odporność na gradobicia, im większa grubość szyby tym kolektor jest bardziej wytrzymały.
2. grubsza szyba kolektora zwiększa wytrzymałość całego urządzenia,
3. określenie średnicy kul gradowych użytych w raporcie na gradobicie ma na celu zapewnienie Zamawiającemu najlepszego parametru wytrzymałości kolektora. Obserwowane zmiany klimatyczne ukazują realność zagrożenia występowania gradobić, w których średnica kul gradowych może znacząco odbiegać od typowych.

Zarzuty 3, 4, 5

Zamawiający wskazał, że w zakresie tych zarzutów Odwołujący w istocie powiela argumentację zawartą dla uzasadnienia zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i podziału zamówienia na części, wobec czego powody przedstawione powyżej przez Zamawiającego dla wykazania ich bezzasadności znajdują odpowiednio zastosowanie również w kontekście zarzutów dotyczących kryterium oceny ofert.

W toku postępowania następujący wykonawcy zgłosili chęć udziału w charakterze uczestnika postępowania:

1. ECO –TEAM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, spółka komandytowa z siedzibą w Częstochowie, zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego,
2. FlexiPower Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, spółka komandytowa z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej, zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego,
3. Energetyka Solarna Ensol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Raciborzu, zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego,
4. OEM Energy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
5. Sanito spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego,
6. Hewalex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, spółka komandytowa z siedzibą w Czechowicach – Dziedzicach, zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego,
7. Solartime spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron i uczestników postępowania złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła, co następuje.

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

Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem zainteresowanym o ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przez niżej wskazanych wykonawców przystąpień do przedmiotowego postępowania odwoławczego:

1. ECO –TEAM spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, spółkę komandytowa z siedzibą w Częstochowie, zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego,
2. FlexiPower Group spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, spółkę komandytowa z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej, zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego,
3. Energetyka Solarna Ensol Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Raciborzu, zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego,
4. OEM Energy spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
5. Sanito spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego,
6. Hewalex spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, spółkę komandytowa z siedzibą w Czechowicach – Dziedzicach, zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego,
7. Solartime spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego.

W tym miejscu Izba wskazuje, że żadna ze Stron nie zgłaszała opozycji wobec zgłoszonych przystąpień przez ww. wykonawców.

Izba ustaliła stan faktyczny.

Jak wynika z treści SIWZ przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało podzielone na trzy części, z czego w ramach części 1 Zamawiający jest zainteresowany złożeniem zamówienia na *„Dostawę i montaż instalacji kolektorów słonecznych oraz instalacji fotowoltaicznych na terenie Gminy Jarocin”*, obejmującą:

„4.2.1.1. w zakresie instalacji kolektorów słonecznych:

1) dostawę i montaż w oparciu o posiadaną przez Zamawiającego dokumentację techniczną 628 zestawów instalacji kolektorów słonecznych montowanych na budynkach mieszkalnych osób fizycznych, w tym:

- 463 zestawów (w skład, którego wchodzi: 2 kolektory i zasobnik 200 dm³),
- 148 zestawów (w skład, którego wchodzi: 3 kolektory i zasobnik 300 dm³),
- 17 zestawów (w skład, którego wchodzi: 4 kolektory i zasobnik 400 dm³),

(...)

4.2.1.2. w zakresie instalacji fotowoltaicznych:

1) dostawę i montaż w oparciu o posiadaną przez Zamawiającego dokumentację techniczną 270 zestawów instalacji fotowoltaicznych montowanych na budynkach mieszkalnych osób fizycznych, w tym:

- 2 zestawy instalacji fotowoltaicznych składających się z max. 4 szt. paneli fotowoltaicznych o mocy min. 1,08 kWp,
- 2 zestawy instalacji fotowoltaicznych składających się z max. 6 szt. paneli fotowoltaicznych o mocy min. 1,62 kWp,
- 21 zestawów instalacji fotowoltaicznych składających się z max. 8 szt. paneli fotowoltaicznych o mocy min. 2,16 kWp,
- 5 zestawów instalacji fotowoltaicznych składających się z max. 10 szt. paneli fotowoltaicznych o mocy min. 2,7 kWp,
- 236 zestawów instalacji fotowoltaicznych składających się z max. 12 szt. paneli fotowoltaicznych o mocy min. 3,24 kWp,
- 1 zestaw instalacji fotowoltaicznej składający się z max. 14 szt. paneli fotowoltaicznych o mocy min. 3,78 kWp,
- 2 zestawy instalacji fotowoltaicznych składający się z max. 16 szt. paneli fotowoltaicznych o mocy min. 4,32 kWp,
- 1 zestaw instalacji fotowoltaicznej składający się z max. 20 szt. paneli fotowoltaicznych o mocy min. 5,4 kWp, (...).”

W Rozdziale 5 „Termin wykonania zamówienia” SIWZ w pkt 5.2. Zamawiający wskazał następujące postanowienie „Zamawiający wymaga, aby wykonanie instalacji kolektorów słonecznych lub instalacji fotowoltaicznych lub kotłów na biomasę lub pomp ciepła w ramach jednego budynku mieszkalnego nie trwało dłużej niż 3 dni robocze następujące po sobie (3 dni dla każdej instalacji). Nie dopuszcza się, aby bez uzasadnionej przyczyny Wykonawca przerwał rozpoczętą robotę w zakresie jednego budynku.”

W Rozdziale 6 „Warunki udziału w postępowaniu” SIWZ w pkt a) w odniesieniu do części 1, Zamawiający wskazał: „co najmniej jedno zamówienie polegające na dostawie wraz z montażem instalacji kolektorów słonecznych do podgrzewania ciepłej wody użytkowej w ilości min. 200 instalacji (zestawów) – w ramach jednego kontraktu i co najmniej jedno zamówienie polegające na dostawie wraz z montażem instalacji fotowoltaicznych na budynkach w ilości min. 100 instalacji – w ramach jednego kontraktu”. W tabeli poniżej poczyniono również uwagę, zgodnie z którą: „Wykonawca w zakresie części 1 zamówienia może wykazać spełnienie warunku w taki sposób, że dostawa wraz z montażem instalacji kolektorów słonecznych do podgrzewania ciepłej wody użytkowej w ilości min. 200 instalacji (zestawów) oraz dostawa wraz z montażem instalacji fotowoltaicznych na budynkach w ilości min. 100 instalacji miała miejsce w ramach jednego zamówienia lub dwóch odrębnych zamówień.”

W pkt 8.7.3. zawartym w Rozdziale 8 „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają złożyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu z postępowania” SIWZ, Zamawiający wskazał, że: „8.7.3. W celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego:

w zakresie części 1 zamówienia:

- a) certyfikat SOLAR KEYMARK lub certyfikat zgodności z normą PN-EN 12975-1 (lub równoważną) lub z normą PN-EN 12975-2 (lub równoważną) lub z normą PN-EN ISO 9806 (lub równoważną) wydany przez właściwą jednostkę certyfikującą;
- b) karta techniczna kolektora i zasobnika obejmująca informacje potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik Nr 1aa do SIWZ, zgodnie z pkt. 6 (dla kolektora) i pkt. 10 (dla zasobnika) projektu. (...)

W Rozdziale 18 „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert”, w odniesieniu do części 1 zamówienia, Zamawiający wskazał w tabeli na str. 36 SIWZ:

Lp.	Nazwa kryterium	Znaczenie kryterium (w %)
1	Cena	60
2	Sprawność optyczna kolektora słonecznego w odniesieniu do apertury	10
3	Średnica kul śnieżnych użytych do raportu na gradobicie	10

2	Współczynnik wypełnienia modułu fotowoltaicznego	10
3	Moc modułu fotowoltaicznego	10

Następnie w pkt 18.6. SIWZ Zamawiający wyjaśnił jak będą przyznawane punkty w kryterium nr 3, co obrazuje poniższa tabela ze str. 37 SIWZ:

Średnica kul śnieżnych użytych do raportu na gradobicie	Liczba punktów
min. 15 mm	P _{ŚR} = 0 pkt
min. 25 mm	P _{ŚR} = 2,5 pkt
min. 35 mm	P _{ŚR} = 5 pkt
min. 45 mm	P _{ŚR} = 10 pkt

Zgodnie ze wzorem umowy dotyczącym realizacji części 1 przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 2a do SIWZ w §2 „Termin wykonania umowy”, Zamawiający zawarł postanowienia, zgodnie z którymi:

- „1. Zamawiający wyznacza termin realizacji zadania objętego przedmiotem niniejszej umowy do dnia 31.08.2020 r.
2. Terminy realizacji dostawy i montażu poszczególnych instalacji zostaną określone w harmonogramie rzeczowo – finansowym złożonym przez Wykonawcę po podpisaniu umowy. Terminy, o których mowa w zdaniu poprzedzającym będą uwzględniały termin realizacji zadania wskazany w ust. 1 powyżej. Strony przewidują możliwość późniejszych zmian harmonogramu w przypadkach uzasadnionych bez konieczności zmiany treści umowy za wyjątkiem zmiany terminu ostatecznego, która to zmiana wymaga zmiany treści umowy i jest możliwa jedynie w sytuacjach wskazanych w art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych.
3. Wykonawca, za zgodą Zamawiającego, może dokonać zmian w harmonogramie za wyjątkiem zmiany, o której mowa w ust. 2, informując pisemnie o nich Zamawiającego z co najmniej 30 dniowym wyprzedzeniem.”

Jak wynika z rozdziału 4 ppkt 4.3.1.1 SIWZ, Zamawiający przewidział trzy typy zestawów instalacji kolektorów słonecznych, tj.

1. zestaw, w skład którego wchodzi 2 kolektory i zasobnik 200 dm³,
2. zestaw, w skład którego wchodzi 3 kolektory i zasobnik 300 dm³,
3. zestaw, w skład którego wchodzi 4 kolektory i zasobnik 400 dm³.

Wymagania wobec zasobników ciepłej wody opisano w załączniku 1aa do SIWZ Projekt techniczny instalacji kolektorów słonecznych – Zestaw 2/200, w pkt 10, str. 5-6, w następujący sposób:

„10. Pojemnościowy podgrzewacz ciepłej wody

Zaprojektowano pojemnościowy podgrzewacz ciepłej wody: emaliowany, z otworem rewizyjnym, z króćcem umożliwiającym zamontowanie grzałki elektrycznej i anody tytanowej. Zaprojektowano podgrzewacz dwuwężownicowy o pojemności 200 dm³, zaizolowany pianką poliuretanową twardą. Podgrzewacz ciepłej wody zabezpieczony zostanie aktywną anodą tytanową.

Podgrzewacz c.w.u. powinien być wyposażony w stopy poziomujące, termometr bimetaliczny tarczowy oraz króciec cyrkulacji ciepłej wody.

Na wyjściu ciepłej wody z podgrzewacza zostanie zamontowany termostatyczny zawór antyoparzeniowy o zakresie temp. 35-70°C z króćcami przyłączeniowymi minimum 1" i kvs=1,7 m³/h.

Zaprojektowany podgrzewacz będzie pełnił funkcję podstawowego zbiornika c.w.u., współpracując z istniejącą instalacją c.w.u. Współczynnik przewodzenia ciepła izolacji, zbiornika zbadany wg normy PN-EN 12664:2001 lub równoważnej, przez akredytowane laboratorium, wynosi maximum 0,0205 W/mK przy AT =10 [°C], oraz maksymalnie 0,0228 W/mK przy AT =30 [°C] lub klasa energetyczna A zgodnie z rozporządzeniem UE 812/2013.

Wymiary:

Maksymalna wysokość zasobnika 200 1,45 m

Maksymalna szerokość zasobnika 200 0,7 m

Wymagane parametry techniczne podgrzewacza c.w.u.:

- dopuszczalna temperatura po stronie sola mej: min. 150°C,
- dopuszczalna temperatura po stronie grzewczej: min. 110°C,
- dopuszczalna temperatura po stronie wody użytkowej: min. 95°C,
- dopuszczalne nadciśnienie robocze w obiegu solarnym: min. 10 bar,
- dopuszczalne nadciśnienie robocze po stronie wody grzewczej: min. 10 bar,
- dopuszczalne nadciśnienie robocze w obiegu c.w.u: min. 10 bar,

Wymagana gwarancja producenta: minimum 5 lat."

Wymagania wobec zasobników ciepłej wody opisano w załączniku 1aa do SIWZ Projekt techniczny instalacji kolektorów słonecznych – Zestaw 3/300, w pkt 10, str. 5-6, w następujący sposób:

„10. Pojemnościowy podgrzewacz ciepłej wody

Zaprojektowano pojemnościowy podgrzewacz ciepłej wody: emaliowany, z otworem rewizyjnym, z króćcem umożliwiającym zamontowanie grzałki elektrycznej i anody tytanowej. Zaprojektowano podgrzewacz dwuwężownicowy o pojemności 300 dm³, zaizolowany pianką poliuretanową twardą. Podgrzewacz ciepłej wody zabezpieczony zostanie aktywną anodą tytanową.

Podgrzewacz c.w.u. powinien być wyposażony w stopy poziomujące, termometr bimetaliczny tarczowy oraz króciec cyrkulacji ciepłej wody.

Na wyjściu ciepłej wody z podgrzewacza zostanie zamontowany termostatyczny zawór antyoparzeniowy o zakresie temp. 35-70°C z króćcami przyłączeniowymi minimum 3/4 i kvs=1,7 m³/h.

Zaprojektowany podgrzewacz będzie pełnił funkcję podstawowego zbiornika c.w.u., współpracując z istniejącą instalacją c.w.u. Współczynnik przewodzenia ciepła izolacji, zbiornika zbadany wg normy PN-EN 12664:2001 lub równoważnej, przez akredytowane laboratorium, wynosi maximum 0,0205 W/mK przy AT =10 [°C], oraz maksymalnie 0,0228 W/mK przy AT =30 [°C] lub klasa energetyczna A zgodnie z rozporządzeniem UE 812/2013.

Wymiary:

Maksymalna wysokość zasobnika 200 1,45 m

Maksymalna szerokość zasobnika 200 0,75 m

Wymagane parametry techniczne podgrzewacza c.w.u.:

- dopuszczalna temperatura po stronie sola mej: min. 150°C,
- dopuszczalna temperatura po stronie grzewczej: min. 110°C,
- dopuszczalna temperatura po stronie wody użytkowej: min. 95°C,
- dopuszczalne nadciśnienie robocze w obiegu solarnym: min. 10 bar,
- dopuszczalne nadciśnienie robocze po stronie wody grzewczej: min. 10 bar,
- dopuszczalne nadciśnienie robocze w obiegu c.w.u: min. 10 bar,

Wymagana gwarancja producenta: minimum 5 lat."

Wymagania wobec zasobników ciepłej wody opisano w załączniku 1aa do SIWZ Projekt techniczny instalacji kolektorów słonecznych – Zestaw 4/400, w pkt 10, str. 5-6, w następujący sposób:

„10. Pojemnościowy podgrzewacz ciepłej wody

Zaprojektowano pojemnościowy podgrzewacz ciepłej wody: emaliowany, z otworem rewizyjnym, z króćcem umożliwiającym zamontowanie grzałki elektrycznej i anody tytanowej. Zaprojektowano podgrzewacz dwuwężownicowy o pojemności 400 dm³, zaizolowany pianką poliuretanową twardą. Podgrzewacz ciepłej wody zabezpieczony zostanie aktywną anodą tytanową.

Podgrzewacz c.w.u. powinien być wyposażony w stopy poziomujące, termometr bimetaliczny tarczowy oraz króciec cyrkulacji ciepłej wody.

Na wyjściu ciepłej wody z podgrzewacza zostanie zamontowany termostatyczny zawór antyoparzeniowy o zakresie temp. 35-70°C z króćcami przyłączeniowymi minimum 3/4 i kvs=1,7 m³/h.

Zaprojektowany podgrzewacz będzie pełnił funkcję podstawowego zbiornika c.w.u., współpracując z istniejącą instalacją c.w.u. Współczynnik przewodzenia ciepła izolacji,

zbiornika zbadany wg normy PN-EN 12664:2001 lub równoważnej, przez akredytowane laboratorium, wynosi maximum 0,0205 W/mK przy $AT = 10$ [°C], oraz maksymalnie 0,0228 W/mK przy $AT = 30$ [°C] lub klasa energetyczna A zgodnie z rozporządzeniem UE 812/2013.

Wymiary:

Maksymalna wysokość zasobnika 200 1,60 m

Maksymalna szerokość zasobnika 200 0,85 m

Wymagane parametry techniczne podgrzewacza c.w.u.:

- dopuszczalna temperatura po stronie sola mej: min. 150°C,
- dopuszczalna temperatura po stronie grzewczej: min. 110°C,
- dopuszczalna temperatura po stronie wody użytkowej: min. 95°C,
- dopuszczalne nadciśnienie robocze w obiegu solarnym: min. 10 bar,
- dopuszczalne nadciśnienie robocze po stronie wody grzewczej: min. 10 bar,
- dopuszczalne nadciśnienie robocze w obiegu c.w.u: min. 10 bar,

Wymagana gwarancja producenta: minimum 5 lat."

Izba zważyła, co następuje.

Zarzut 1

Jest okolicznością między Stronami i Uczestnikami postępowania bezsporną, że zarówno instalacje fotowoltaiczne jak i kolektory słoneczne należą do dwóch różnych branż i ich montaż będzie wykonywany przez osoby z różnymi uprawnieniami budowlanymi. Ze stanowiska Odwołującego wynika, że z uwagi na powyższe okoliczności nie ma uzasadnienia łączenie tych instalacji w ramach jednej części zamówienia. Ponadto Odwołujący wskazał, że sam Zamawiający mimo połączenia tych przedmiotów zamówienia w ramach części 1 opisał je w sposób oddzielny i niepowiązany ze sobą. Takie postępowanie Zamawiającego utrudnia uczciwą konkurencję, ponieważ ogranicza liczbę wykonawców, którzy mogliby się ubiegać o udzielenie zamówienia w sytuacji gdyby część 1 została podzielona na dwie części tj. na część obejmującą kolektory słoneczne i część obejmującą instalacje fotowoltaiczne. Podczas rozprawy w dniu 15 maja 2019 r. Odwołujący przedłożył dowód nr 1 zestawienie postępowań, w których nastąpił podział na oddzielne części zamówienia na instalacje fotowoltaiczne i kolektory słoneczne. W wykazie tym ujęto 14 postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i montaż kolektorów słonecznych i instalacji fotowoltaicznych. Każde z postępowań zostało podzielone na dwie części, gdzie jedna z części dotyczyła kolektorów słonecznych, a druga instalacji fotowoltaicznych. Jak wynika ze złożonego dowodu w części dotyczącej kolektorów słonecznych, w postępowaniach, w których zgodnie z deklaracją Odwołującego wymagania wobec kolektorów i zasobników były takie same, bądź bardzo podobne jak w przedmiotowym postępowaniu, składanych było od jednej do dwóch ofert, przy

czym zawsze w tych częściach ofertę składa jeden z przystępujących po stronie Zamawiającego w tym postępowaniu. Natomiast w części dotyczącej instalacji fotowoltaicznych składanych było od 2 do 7 ofert, w tym oferty składane były przez jednego z przystępujących po stronie Zamawiającego w tym postępowaniu odwoławczym.

Z dowodu nr 2 złożonego przez Odwołującego w dniu 15 maja 2019 r. podczas rozprawy, zawierającego zestawienie 7 postępowań, gdzie takiego podziału nie było wynika, że składano jedną albo dwie oferty, wszystkie były składane przez przystępujących po stronie Zamawiającego w tym postępowaniu odwoławczym. Odwołujący zastrzegł przy tym, że wymagania w dokumentacji technicznej w tych postępowaniach były identyczne albo takie same jak w tym postępowaniu. Złożony przez Odwołującego dowód 4 – zastawienie własne Odwołującego w postępowaniach na dostawę i montaż kolektorów słonecznych o wymogach jak w tym postępowaniu pokazuje, że oferty składane były tylko przez jednego z Przystępujących po stronie Zamawiającego.

Powyższe dowody potwierdzają, w ocenie składu orzekającego, że brak podziału zamówienia na części, z których każda dotyczy oddzielnie kolektorów słonecznych i instalacji fotowoltaicznych negatywnie może oddziaływać na konkurencję w postępowaniach, gdzie wymagania w zakresie kolektorów słonecznych i zasobników są identyczne albo takie same jak w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Niemniej jednak nie może to stanowić o uwzględnieniu omawianego zarzutu, z następujących powodów.

Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie oraz ze stanowiska Zamawiającego prezentowanego podczas rozprawy, Zamawiający miał następujące powody, dla których zdecydował się na taki model prowadzenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia:

1. Sposób wykonania zamówienia jest zbliżony dla obu instalacji, gdyż obie instalacje są montowane na dachach. Powyższe prowadzi natomiast do tego, że sposób montażu i jego wykonanie w przypadku obu instalacji nie mogą ze sobą kolidować, a ponadto wykonawca sam musi określić miejsce montażu tak aby zapewnić optymalne działanie obu instalacji. W ocenie Zamawiającego racjonalne jest wobec tego zlecenie wykonania tych prac jednemu wykonawcy.

2. Powierzenie montażu dwóm różnym wykonawcom spowoduje ryzyko niewłaściwej współpracy, w wyniku czego jedna z instalacji może nie funkcjonować optymalnie.

3. W przypadku powierzenia pracy jednemu wykonawcy istnieje możliwość takiej jej organizacji aby montaż został zakończony jednego dnia, co jest też okolicznością pożądaną przez mieszkańców Gminy.

Na dowód powyższego zostało przez Zamawiającego złożone oświadczenie projektanta.

4. Zlecenie montażu jednemu wykonawcy pozytywnie przełoży się na cenę, ponieważ zakres prac w dużej mierze jest tożsamy.

5. Jest szereg wykonawców mogących zrealizować przedmiotowe zamówienie: Eco – Team sp. z o.o. sp. k., FlexyPower Group sp. z o.o. sp. k., SANITO sp. z o.o., Skorut Systemy Solarne sp. z o.o., Solartime sp. z o.o., Antinus sp. z o.o. W ocenie Zamawiającego również Odwołujący jest w stanie zrealizować zamówienie na dowód czego Zamawiający złożył wydruki ze strony internetowej Odwołującego.

Ponadto Zamawiający wskazał, że podobna praktyka w zakresie połączenia zamówienia na obie instalacje w ramach jednej części zamówienia została przyjęta również w Gminach Zaklików, Kamień i w Mieście Przeworsk, a ponadto w ramach rozliczenia projektów wszystkie postępowania zostały poddane kontroli przez Urząd Marszałkowski, który co do połączenia zamówień w ramach jednej części nie zgłosił zastrzeżeń, na dowód czego Zamawiający przedstawił oświadczenie z 9 maja 2019 oraz informację z 14 lutego 2018 r.

Odnosząc się do powyższych argumentów Zamawiającego i przedstawionych przez niego dowodów, Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że argumenty wskazane w pkt 3 i 5 nie zasługują na uwzględnienie. Argumentacja wskazana w pkt 3 nie ma przede wszystkim oparcia w treści SIWZ, gdzie w pkt 5.2 SIWZ wprost wskazano, że w ramach jednego budynku mieszkalnego montaż nie może trwać dłużej niż 3 dni robocze następujące po sobie i że te 3 dni odnoszą się do każdej z instalacji. Podobnie w projekcie umowy próżno szukać postanowień mówiących o tym, że montaż w ramach jednego budynku mieszkalnego obu instalacji ma trwać jeden dzień. Wobec tego Izba nie uznała również mocy dowodowej oświadczenia projektanta złożonego na tę okoliczność. Z tych względów Izba uznała, że ten argument jako niemający pokrycia w dokumentacji postępowania jest gołosłowny. Podobnie nie przekonało Izby stanowisko wskazane w pkt 5 powyżej. Zamawiający wymienił bowiem szereg wykonawców potencjalnie mogących zrealizować przedmiotowe zamówienie jednak w przypadku Eco – Team sp. z o.o. sp. k., FlexyPower Group sp. z o.o. sp. k., SANITO sp. z o.o. jednak z dowodów przedstawionych przez Odwołującego wynika, że przeważnie nie konkurują oni między sobą w ramach danego zamówienia. Natomiast w przypadku wykonawcy Solartime sp. z o.o. Izba wskazuje, że jego udział w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie Odwołującego, jest dla Izby wystarczającym potwierdzeniem, iż może nie być on w stanie złożyć oferty w tym postępowaniu.

Argumentacja Zamawiającego, który powoływał się na przykłady realizacji zamówienia w podobnej konwencji w innych gminach i mieście wraz ze złożonymi dowodami jest dla Izby o tyle wątpliwa, że z treści złożonych dowodów nie wynikają powody dla których zamawiający nie rozdzielili zamówień na dwie różne części, a które jak się wydaje były kluczowe dla oceny prawidłowości takiego a nie innego sposobu przeprowadzenia postępowania.

Przechodząc do oceny powodu podanego przez Zamawiającego w pkt 4 Izba wskazuje, że przeprowadzone postępowanie dowodowe w tym zakresie nie dało jednoznacznej odpowiedzi na pytanie czy połączenie zamówienia na oba rodzaje instalacji w ramach jednej części z całą pewnością zawsze przełoży się na niższą cenę (o czym będzie jeszcze mowa poniżej), natomiast Izba rozpoznając złożone dowody i przedstawioną przez Strony i Uczestników postępowania argumentację w tym zakresie doszła do przekonania, że rzeczywiście może okazać się, że połączenie w ramach jednej części zamówienia na obie instalacje może wpłynąć pozytywnie na zaoferowaną cenę.

W tym miejscu Izba odnosząc się do dowodów i twierdzeń Odwołującego i Przystępującego Hewalex wskazanych w pismach z dnia 22 maja 2019 r., wskazuje co następuje. Tytułem przykładu zarówno Odwołujący jak i Przystępujący Hewalex wskazali na postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę i montaż kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych, kotłów na biomasę oraz pomp ciepła na terenie gmin Zagórz i Dydnia” (nr IKR.271.4.2018) oraz na „Dostawę i montaż kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych, kotłów na biomasę oraz pomp ciepła na terenie gmin Zagórz i Dydnia” (nr IKF.271.15.2018). Następnie wyjaśnili, że w postępowaniu nr IKR.271.4.2018, w którym zamówienie na oba rodzaje instalacji było prowadzone w ramach jednej części, Przystępujący FlexiPower Group złożył ofertę droższą o 3.166.627,54 zł niż w postępowaniu nr IKF.271.15.2018, gdzie nastąpił podział zamówienia na oddzielne części, z których każda obejmowała dany rodzaj instalacji. Przystępujący Hewalex zaznaczył, że nie było zmian ilościowych w ww. postępowaniach. Z powyższego Odwołujący i Przystępujący Hewalex wywiedli, że podział zamówienia na części z których każda oddzielnie dotyczy zamówienia na kolektory słoneczne i instalacje fotowoltaiczne generuje dla zamawiających oszczędności a dodatkowo przyczynia się do zwiększenia konkurencyjności. Na dowód powyższego Odwołujący i Przystępujący Hewalex złożyli informację zgodnie z art. 86 ust. 5 ustawy Pzp z dnia 20.04.2018 r. dla zadania nr IKF.271.4.2018 oraz analogiczną informację z dnia 28.06.2018 r. dla zadania nr IKR.271.15.2018. Ponadto Odwołujący przedłożył jeszcze ogłoszenie o zamówieniu nr IKF.271.4.2018 oraz o zamówieniu nr IKF.271.15.2018, zawiadomienie o unieważnieniu postępowania nr IKF.271.4.2018 oraz informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w zamówieniu nr IKF.271.15.2018. Ponadto Odwołujący przedłożył zestawienie własne 7 postępowań o udzielenie zamówień publicznych, gdzie nie było podziału zamówienia na części adekwatnie do rodzaju zamawianej instalacji, z którego wynika, że w 4 z 7 postępowań ceny złożonych ofert przekraczały kwoty, jakie zamawiający przeznaczyci na realizację zamówienia. Z czego Odwołujący wywiodł, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego brak podziału zamówienia na części nie jest gwarancją nieprzekroczenia zaplanowanego na realizację zamówienia budżetu.

W odpowiedzi na powyższą argumentację i dowody Przystępujący FlexiPower podczas rozprawy w dniu 28 maja 2019 r. przedstawił dowód nr 2 – opinię z dnia 27 maja 2019 r, z treści której wynika, że do różnicy w cenach między jednym a drugim postępowaniem przyczyniły się m.in. wprowadzone przez zamawiającego w wyniku odpowiedzi na jedno z pytań zmiany w treści OPZ skutkujące możliwością zaoferowania produktów „większości znanych producentów falowników w tym również tych z niższej półki cenowej”. Z tego tylko powodu w opinii wskazano na różnice w cenie między jednym a drugim postępowaniem na poziomie 1.085.659,50 zł.

Mając na uwadze powyższe stanowiska Stron i Uczestników postępowania, skład orzekający doszedł do przekonania, że na kształtowanie się wysokości cen oferowanych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia ma wpływ wiele czynników, a sama kwestia podziału zamówienia na części bądź jego zaniechania nie odgrywa tu kluczowej roli (tj. nie jest jedynym przesądającym o tym argumentem). Nie można zatem z całą stanowczością stwierdzić, że podział zamówienia, bądź brak takiego podziału zawsze znajdzie swoje negatywne czy też pozytywne przełożenie na ceny składanych ofert. Należy mieć bowiem na uwadze, że każde postępowanie ma swoją specyfikę i okoliczności (jak np. wolumen zamówienia, czy też termin jego realizacji) i dopiero wszystko to wzięte pod uwagę przekłada się m.in. na cenę oferty.

W tym miejscu Izba przywołuje stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone w formie pytań i odpowiedzi dotyczących przepisów nowelizacji ustawy Pzp w zakresie podziału zamówienia na części, gdzie w odpowiedzi na pytanie „czy zamawiający, który dokonuje podziału zamówienia na mniej części niż jest to możliwe narusza przepisy Pzp?”, wskazał, że: „Decyzja co do podziału zamówienia na określoną ilość części należy do zamawiającego. Zamawiający podejmuje ją w zależności od swoich potrzeb, jednakże jego swoboda jest ograniczona zasadą zachowania uczciwej konkurencji. Należy zatem badać, czy w konkretnych okolicznościach decyzja (co do podziału zamówienia i na ile części) nie naruszy konkurencji poprzez ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienie mniejszym podmiotom, w szczególności małym i średnim przedsiębiorstwom. Prawdliwość postępowania zamawiającego, który nie dokonał podziału zamówienia na tyle części, na ile jest to potencjalnie możliwe, oceniana musi być każdorazowo przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności sprawy.” (vide: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/podzial-zamowienia-na-czesci>).

Mając powyższe na uwadze, Izba wskazuje, co następuje.

Argumentami przemawiającymi za udzieleniem w tym postępowaniu zamówienia w ramach jednej części zamówienia (tj. zaskarżonej Części 1), a w konsekwencji za oddaleniem odwołania w tym zakresie, są w ocenie Izby, po pierwsze - łatwość w dochodzeniu ewentualnych roszczeń od jednego wykonawcy. Zgodzić się należy z Odwołującym, że kwestie te mogły by podlegać ewentualnej regulacji na poziomie umowy o zamówienie, choć uregulowanie wzajemnych obowiązków i zakresu odpowiedzialności w sposób kompleksowy byłoby zabiegiem dość skomplikowanym, to jednak nie niemożliwym. Jednak dokonując oceny okoliczności sprawy Izba kierowała się tym, że końcowym odbiorcą i użytkownikiem instalacji będą mieszkańcy Gminy, racjonalnym wydaje się również z ich punktu widzenia, aby prace wykonywane były przez jednego wykonawcę. Powyższe potwierdza złożony przez Przystępującego FlexiPower dowód nr 8 z dnia 28 maja 2019 r. zawierający oświadczenie jednego z mieszkańców Gminy Kaszowice.

Po drugie - Izba wskazuje także, że choć na podstawie lektury dokumentacji przetargowej rzeczywiście można mieć wątpliwości co do tego, czy i ile instalacji fotowoltaicznych jest przeznaczonych do łącznego montażu z kolektorami słonecznymi, to uznając ten argument jako potrzebę Zamawiającego uzasadniającą udzielenie przedmiotowego zamówienia w ramach Części 1, Izba miała na uwadze dowód nr 1 złożony przez Zamawiającego na rozprawie w dniu 11 czerwca 2019 r., tj. oświadczenie z dnia 27 maja 2019 r. złożone przez wiceprezesa zarządu firmy, która sporządzała wniosek o dofinansowanie z którego wynika, że do wspólnego montażu przewidziano 141 sztuk instalacji fotowoltaicznych i kolektorów słonecznych.

Odnosząc się natomiast dowodu nr 3 z dnia 28 maja 2019 r. złożonego przez Przystępującego FlexiPower tj. opinii z dnia 27 maja 2019 r., Izba wskazuje, że zawarte w niej twierdzenia traktuje jak stanowisko własne Przystępującego FlexiPower. Opinia ta jako sporządzona w trakcie postępowania odwoławczego przed Izbą nie stanowi dla Izby obiektywnego stanowiska osoby, która ją sporządziła. Podobnie Izba oceniła złożony przez Przystępującego FlexiPower dowód nr 7 z dnia 28 maja 2019 r., tj. „Opinię na temat zasadności wykonania instalacji fotowoltaicznej oraz montażu kolektorów słonecznych przez jednego wykonawcę” (brak daty sporządzenia) oraz dowód nr 6 z dnia 28 maja 2019 r., a także oświadczenie z dnia 12 maja 2019 r. złożone jako dowód nr 5 w dniu 28 maja 2019 r.

Po trzecie - wskazać należy, że rozpoznając omawiany zarzut Izba miała na uwadze, że zarzut ten sprowadzał się w głównej mierze do tego, że „Odwołujący (...) nie jest bowiem w stanie pozyskać z rynku kolektorów słonecznych i pojemnościowych podgrzewaczy ciepłej wody spełniających wymagania SIWZ i służących do budowy instalacji kolektorów słonecznych.” Przypomnienia wymaga, że ugruntowane jest w orzecznictwie Izby stanowisko, zgodnie z którym okoliczność, że odwołujący nie jest w stanie złożyć w danym postępowaniu

oferty nie może sama w sobie stanowić o naruszeniu przepisów ustawy Pzp. Niemniej jednak Izba wskazuje, że stanowisko to nie może zasługiwać na uwzględnienie również z tego powodu, że jak wykazał Przystępujący Ensol załączonymi do pisma z dnia 14 maja 2019 r. dowodami w postaci korespondencji e-mail z przedstawicielem Odwołującego, z której wynika, że jest możliwe nawiązanie współpracy z jednym z partnerów handlowych Przystępującego, w celu nabycia kolektorów słonecznych (vide: korespondencja e-mail z dnia 30 kwietnia 2019 r. oraz z dnia 10 maja 2019 r.) oraz w postaci ofert cenowych nr OS/19/00601 i nr OS/19/00603 z dnia 2 maja 2019 r. od Galmet sp. z o.o. dla Inergis Częstochowa na zasobniki 200 dm³, 300 dm³, 400 dm³.

Z tych względów zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzuty 4 i 6 jako ściśle związane z zarzutem 1, wobec nieuwzględnienia tego zarzutu, również podlegały oddaleniu.

Zarzut 2

W ramach podniesionego naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Odwołujący kwestionował opis przedmiotu zamówienia w zakresie w jakim odnosi się on do:

1. zasobników ciepłej wody użytkowej o pojemności 200 dm³, 300 dm³, 400 dm³ – który w ocenie Odwołującego powoduje, że łącznie wymagania tam opisane spełniają produkty producenta Winekelmann GmbH, dystrybuowane przez Przystępującego OEM Energy, jednocześnie eliminowane są zasobniki innych producentów. Ponadto Odwołujący kwestionował parametr „współczynnik przewodzenia ciepła izolacji zbiornika”, oraz to, że ma być zbadany wg normy PN-EN 12664:2001 lub równoważnej. W konkluzji Odwołujący wskazał, że przy aktualnym brzmieniu SIWZ można zaoferować zasobniki o klasie energetycznej B i C, produkcji OEM Energy. Ponadto, Zamawiający powołując się na ww. normę stosuje niestandardowe wymogi co do badania omawianego współczynnika dla temperatury 10°C i 30°C, podczas gdy współczynnik przewodności cieplnej jest wyznaczany dla temperatury 40°C. Firmą, która w swojej karcie produktowej wykazuje badanie współczynnika ciepła wg. temperatur wskazanych przez Zamawiającego jest OEM Energy.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o zmianę postanowień SIWZ w Załączniku 1aa do SIWZ, Projekt techniczny instalacji kolektorów słonecznych zestaw 2/200, 3/300 i 4/400, w pkt 10 Pojemnościowy podgrzewacz ciepłej wody na str. 5-6, poprzez zastąpienie postanowieniem o treści:

„Pojemnościowy podgrzewacz ciepłej wody.

Zaprojektowano pojemnościowy podgrzewacz ciepłej wody: emaliowany, z otworem rewizyjnym, z króćcem umożliwiającym zamontowanie grzałki elektrycznej i anody tytanowej.

Zaprojektowano podgrzewacz dwuwężownicowy o pojemności 200 dm³, zaizolowany pianką poliuretanową twardą. Podgrzewacz ciepłej wody zabezpieczony zostanie aktywną anodą tytanową.

Podgrzewacz c.w.u. powinien być wyposażony w stopy poziomujące, termometr bimetaliczny tarczowy oraz króciec cyrkulacji ciepłej wody.

Na wyjściu ciepłej wody z podgrzewacza zostanie zamontowany termostatyczny zawór antyoparzeniowy o zakresie temp. 35-70°C z króćcami przyłączeniowymi minimum 3A" i kvs=1,7 m³/h.

Zaprojektowany podgrzewacz będzie pełnił funkcję podstawowego zbiornika c.w.u., współpracując z istniejącą instalacją c.w.u. Musi posiadać klasę energetyczna A zgodnie z rozporządzeniem UE 812/2013.

Wymagane parametry techniczne podgrzewacza c.w.u.:

- dopuszczalna temperatura po stronie solarnej: min. 110°C,
- dopuszczalna temperatura po stronie grzewczej: min. 110°C,
- dopuszczalna temperatura po stronie wody użytkowej: min. 95°C,
- dopuszczalne nadciśnienie robocze w obiegu solarnym: min. 10 bar,
- dopuszczalne nadciśnienie robocze po stronie wody grzewczej: min. 10 bar,
- dopuszczalne nadciśnienie robocze w obiegu c.w.u.: min. 10 bar,

Wymagana gwarancja producenta: minimum 5 lat."

Odnosząc się do powyższych argumentów Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego jakoby tylko jeden producent spełniał wymagania SIWZ i wskazał, że możliwe jest zaoferowanie zasobników takich producentów jak LEMET, GALMET i REFLEX. Ponadto Zamawiający wyjaśnił, że wymiar zasobnika jest dla niego istotny z powodu miejsca montażu, tj. w budynkach mieszkalnych użytkowników, których futryny drzwi stanowią ograniczenie dla „montażu każdego dostępnego na rynku zasobnika”. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że wymiary zasobnika mają wpływ na straty ciepła, w ten sposób, że im niższy i szerszy zasobnik tym mniejsze straty ciepła, gdyż przy tej samej objętości mniejsza jest powierzchnia izolacji. Na dowód czego Zamawiający złożył oświadczenie projektanta i inspektora nadzoru. Odnosząc się do kwestionowanego „współczynnika przewodzenia ciepła izolacji zbiornika”, Zamawiający wskazał, że parametr ten nie jest obojętny, gdyż jest powiązany z określeniem strat ciepła, a Zamawiający dąży do uzyskania najmniejszych strat ciepła. Natomiast w zakresie zakwestionowania przez Odwołującego zastosowania normy PN-EN 12664:2001 lub równoważnej, Zamawiający wskazał, że badanie współczynnika przewodzenia ciepła wg. podanej przez niego w SIWZ normy ma szerszy charakter co pozwoli na zakup zbiorników o lepszej izolacji.

Odwołujący podczas rozprawy w dniu 15 maja 2019 r., odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego jakoby zasobniki producenta REFLEX spełniały kwestionowany OPZ, przedstawił dowód nr 3 – korespondencję e-mail z przedstawicielem producenta, który wskazał, że „podgrzewacze c.w.u. występujące w ofercie produkcyjnej Reflex nie spełniają podanych wymagań” np. w zakresie dopuszczalnej temperatury po stronie solarnej. To poddaje zdaniem Odwołującego w wątpliwość prawdziwość oświadczenia co do pozostałych dwóch producentów tj. GALEMT i LEMET. Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że argumentacja Zamawiającego dotycząca maksymalnej szerokości zasobnika jest niekonsekwentna, gdyż z jednej strony Zamawiający powołuje się na ograniczenia ze względu na futryny drzwi, a z drugiej strony przyznaje, że im niższe i szersze zasobniki tym lepsze. W zakresie „współczynnika przewodzenia ciepła” Odwołujący wyjaśnił, że służy on do obliczenia klasy energetycznej urządzenia, w tym postępowaniu Zamawiający podał ten parametr w oderwaniu od innych parametrów.

Przystępujący Hewalex wskazał ponadto w swoim piśmie z dnia 15 maja 2019 r., że podstawowym czynnikiem ograniczającym konkurencję do produktów Przystępującego OEM Energy jest wskazanie przez projektanta temperatur wyznaczania współczynnika ciepła dla 10 i 30°C wg. podanej przez Zamawiającego normy. Przystępujący Hewalex wyjaśniał, że pianka izolacyjna stosowana przez Przystępującego OEM Energy ma co prawda korzystne właściwości izolacyjne, jednak inne produkty dostępne na rynku w żaden sposób nie odbiegają od produktów OEM Energy w tym zakresie. W konkluzji Przystępujący Hewalex wskazał, że „W konsekwencji zapisy SIWZ przy zachowaniu pozorów dopuszczenia konkurencyjnych zasobników wykonanych w klasie energetycznej A, pozwalają na dostarczenie zasobników jedynie przez spółkę OEM Solar (OEM Energy). Konkurencyjne produkty wykonane w identycznych klasach energetycznych jak produkty dostarczane przez wspomnianą spółkę, tj. w klasach B i C, są eliminowane z przedmiotowego postępowania nie z powodu gorszych właściwości użytkowych, czy też jakościowych, a wyłącznie dlatego, że nie posiadają wyznaczonych dla nietypowych warunków badań współczynników przewodzenia ciepła materiału izolacyjnego zasobnika.” Dodatkowo Przystępujący Hewalex wskazał, że „(...) jakiegokolwiek twierdzenia o istnieniu konkurencyjnych produktów spełniających warunki SIWZ, innych niż wykonanych w klasie energetycznej A, są całkowicie bezpodstawne.” Konsekwencją pozostawienia kwestionowanego postanowienia SIWZ w niezmienionej postaci będzie w ocenie Przystępującego Hewalex to, że chcąc złożyć ofertę konkurencyjną wobec Przystępującego OEM Energy (który ma możliwość zaoferowania podgrzewaczy w klasie energetycznej B i C) wykonawca będzie zmuszony zastosować podgrzewacz w klasie energetycznej A, który jest dużo droższy i to stawia go na przegranej pozycji. Przystępujący Hewalex również załączył korespondencję e-mail, z której wynika, że w ofercie produkcyjnej Reflex nie ma podgrzewaczy c.w.u. spełniających wymagania SIWZ. Ponadto jako dowód

Przystępujący Hewalex przedstawił korespondencję e-mail z Kospel S.A., NIBE-BIAWAR sp. z o.o. oraz Ferroli Poland sp. z o.o., z której również wynika, że producenci ci nie posiadają w swojej ofercie podgrzewacza spełniającego OPZ. Przystępujący Hewalex przyznał, że wyjątkiem jest firma Galmet, która prawdopodobnie jest w stanie wyprodukować podgrzewacz spełniający wymagania SIWZ. Ponadto przedstawił korespondencję z Galmet datowaną na luty br., z której wynika, że firma ta „nie może wykonać takich zbiorników” oraz że „badania nie zostały wykonane przez jednostkę nie posiadającą akredytacji”. W kolejnych pismach z dnia 22 maja 2019 r. i 19 czerwca 2019 r. Przystępujący Hewalex podjął dalszą polemikę w tym zakresie, jednak z uwagi na okoliczność iż odbiegała ona od istoty zarzutów odwołania (w szczególności w zakresie w jakim Przystępujący odwoływał się do innych postępowań czy też wchodził w szczegóły techniczne), została przez Izbę pominięta, jako wykraczająca poza zakres odwołania.

Przystępujący Ensol w piśmie z dnia 14 maja 2019 r., wskazał że zbiorniki spełniające OPZ ma w swojej ofercie firma Galmet i że podmiot ten składał oferty wielu podmiotom, w tym Odwołującemu, na dowód czego załączył karty katalogowe zbiorników Galmet oraz oferty złożone przez tą firmę innym podmiotom w tym Odwołującemu. Ponadto podczas rozprawy w dniu 28 maja 2019 r. Przystępujący Ensol złożył dowód nr 20 – oświadczenie producenta Galmet z dnia 24 maja 2019 r. z którego wynika m.in., że w katalogu produktowym wskazywane są tylko zbiorniki standardowe, produkowane na skalę masową do sprzedaży hurtowej i detalicznej. Katalogi te nie obejmują zbiorników produkowanych dla zagranicznych partnerów czy też dla „firm OEMowych”, a karty katalogowe są przygotowywane pod konkretną inwestycję. Ponadto z oświadczenia tego wynika, że zbiorniki produkowane zgodnie z wymaganiami w tym postępowaniu są w ofercie Galmet dostępne dopiero od marca 2019 r., z tego powodu nie były do tego czasu oferowane.

Przystępujący OEM Energy w piśmie z dnia 15 maja 2019 r. wskazał, że zasobnikami spełniającymi wymagania OPZ w tym postępowaniu są zasobniki ofertowane przez TESY, Galmet czy OEM, na dowód czego załączył wydruki z kart katalogowych tych producentów. Ponadto wskazał, że „współczynnik przewodzenia ciepła izolacji” jest „najbardziej adekwatnym do określenia elementem – ma proporcjonalny wpływ na straty ciepła istotne przy wyznaczaniu klasy energetycznej zbiornika”. W podsumowaniu Przystępujący OEM Energy wskazał, że Zamawiający dopuścił w tym postępowaniu zarówno podgrzewacze w klasie energetycznej A jak i „podgrzewacze izolowane najlepszej jakości pianką, niekoniecznie spełniające wymagania klasy energetycznej A, będące rozwiązaniem bardziej ekonomicznym.”

Mając na uwadze powyższe, Izba wskazuje co następuje.

W zakresie omawianego zarzutu, zauważyć w pierwszej kolejności trzeba, że istota tego zarzutu sprowadzała się do twierdzenia, że kwestionowany OPZ faworyzuje tylko zasobniki jednego producenta. Twierdzenie to nie znajduje oparcia w przedstawionych dowodach. Wskazać w tym zakresie należy przede wszystkim na oświadczenie producenta Galmet z dnia 24 maja 2019 r., z którego wynika, że oprócz zbiorników produkowanych masowo znajdujących się w tzw. standardowej ofercie, podmiot ten produkuje też na zamówienie, pod indywidualne potrzeby danego klienta. Wobec przyznania wprost, że od marca br. producent ten jest w stanie zaoferować również zasobniki odpowiadające OPZ w tym postępowaniu, twierdzenie Odwołującego jakoby zasobniki tego producenta nie spełniały wymagań OPZ w tym postępowaniu, nie mogło się ostać. Ponadto na uwagę zasługuje fakt, że okoliczność ta została przyznana nawet przez Przystępującego Hewalex (zgłaszający przystąpienie po stronie Odwołującego). Natomiast dowody złożone przez Przystępującego Hewalex przy piśmie z dnia 14 maja 2019 r., tj. korespondencję e-mail z lutego br., w obliczu oświadczenia Galmet z dnia 24 maja 2019 r., Izba oceniła za niewystarczające, gdyż w świetle przywołanego oświadczenia utraciły one swoją aktualność. Stanowisko Odwołującego i Przystępującego Hewalex w przedmiocie „współczynnika przewodzenia ciepła” również nie mogło zostać uwzględnione z następujących powodów. Ze stanowiska tego wynikało, że w efekcie powołania się w OPZ na kwestionowany parametr, Zamawiający w postępowaniu dopuszcza możliwość zaoferowania zasobników w klasie energetycznej B i C. Możliwość zaoferowania zasobników w klasie energetycznej A nie została w tym postępowaniu wyłączona i jest to okoliczność między Stronami i Uczestnikami postępowania bezsporna. W ocenie składu orzekającego, choć Zamawiający w postępowaniu, wydając środki publiczne powinien dążyć do optymalnego ich wydatkowania, co wyraża się nie tylko w korzystnej cenie zakupu ale również w kosztach użytkowania danego produktu mierzonych nierzadko w perspektywie wieloletniej, to jednak jeśli w tym postępowaniu Zamawiający za wystarczające uznał zakupienie zasobników w niższej klasie energetycznej, to jest to jego prawo jako gospodarza postępowania. Dostrzeżenia wymaga, że OPZ w obecnym brzmieniu nie wyłącza możliwości zaoferowania zasobnika w klasie energetycznej A, zatem nie została wyłączona możliwość zaoferowania produktu lepszego pod tym względem. Ponadto sam Przystępujący Hewalex przyznał, że pianka izolacyjna stosowana przez Przystępującego OEM Energy ma korzystne właściwości izolacyjne. W nawiązaniu do powyższego Izba nie znalazła również powodu do uwzględnienia twierdzeń Odwołującego w zakresie zastosowanej przez Zamawiającego normy. Natomiast odnosząc się do stanowiska Przystępującego Hewalex zawartego w piśmie z dnia 28 maja 2019 r., zgodnie z którym na rynku nie ma dostępnych zasobników, które spełniałyby wszystkie warunki zawarte w OPZ, Izba wskazuje, że okoliczność iż inni producenci nie posiadają w swojej ofercie standardowych rozwiązań

odpowiadającym potrzebom Zamawiającego nie może przesądzać o uwzględnieniu odwołania. Jak wskazano w toku postępowania odwoławczego jest możliwa produkcja tego typu urządzeń na zamówienie (vide: oświadczenie Galmet z dnia 24 maja 2019 r.), natomiast cała argumentacja Przystępujące Hewalex zawarta w piśmie z dnia 28 maja 2019 r. referuje do standardowych ofert producentów Galmet, Tessy czy Winkelmann.

2. minimalnej powierzchni apertury – w ocenie Odwołującego skoro Zamawiający jednocześnie określił minimalną moc wyjściową powierzchni kolektorów, to wymóg minimalnej powierzchni apertury nie ma żadnego uzasadnienia technicznego. Odwołujący wyjaśnił, że na rynku są dostępne kolektory spełniające wszystkie wymagania minimalne i posiadające powierzchnię apertury mniejszą niż minimalna wymagana przez Zamawiającego w tym postępowaniu, co oznacza ich wysoką wydajność. W rezultacie, przy takich postanowieniach SIWZ wykonawca dysponujący kolektorem o mniejszej mocy będzie mógł go zaoferować, a wykonawca dysponujący kolektorem o większej mocy ale z mniejszą powierzchnią apertury nie będzie go mógł zaoferować. Zdaniem Odwołującego w ten sposób Zamawiający powoduje ograniczenie konkurencji poprzez postawienie wymagań, które nie mają żadnego uzasadnienia a jedynie zawężają, i to drastycznie, krąg możliwych do zaoferowania urządzeń. W ocenie Zamawiającego nie da się uzasadnić wymogów SIWZ, które wykluczają możliwość zaoferowania kolektorów o wysokiej wydajności i jednocześnie o mniejszej powierzchni, które to mają same zalety, w szczególności ich mniejsza powierzchnia przekłada się na ich mniejszą wagę, mniejsza waga kolektora przekłada się z kolei na mniejsze obciążenie konstrukcji, a w rezultacie na mniejsze zużycie konstrukcji. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o zmianę postanowień:

1) w przypadku zestawu w skład którego wchodzi 2 kolektory w Załączniku nr 1 aa do SIWZ, PROJEKT TECHNICZNY INSTALACJI KOLEKTORÓW SŁONECZNYCH - ZESTAW 2/200, w pkt 5 (Przyjęte rozwiązanie technologiczno - instalacyjne) na str. 3, w pkt 6 (Kolektory słoneczne) na str. 4 oraz w pkt 12 w tabeli na str. 12;

2) w przypadku zestawu w skład którego wchodzi 3 kolektory - w Załączniku nr 1 aa do SIWZ, PROJEKT TECHNICZNY INSTALACJI KOLEKTORÓW SŁONECZNYCH - ZESTAW 3/300, w pkt 5 (Przyjęte rozwiązanie technologiczno - instalacyjne) na str. 2-3, w pkt 6 (Kolektory słoneczne) na str. 3-4 oraz w pkt 12 w tabeli na str. 12;

3) w przypadku zestawu w skład którego wchodzi 4 kolektory - w Załączniku nr 1 aa do SIWZ, PROJEKT TECHNICZNY INSTALACJI KOLEKTORÓW SŁONECZNYCH - ZESTAW 4/400, w pkt 5 (Przyjęte rozwiązanie technologiczno - instalacyjne) na str. 3, w pkt 6 (Kolektory słoneczne) na str. 4 oraz w pkt 12 w tabeli na str. 12,

przez „zmniejszenie minimalnej powierzchni apertury, zarówno w odniesieniu do pojedynczego kolektora jak i kolektorów wchodzących w skład danego zestawu. Odwołujący

wnosi o dopuszczenie możliwości zaoferowania kolektora słonecznego o powierzchni apertury nie mniejszej niż 2,00 m², który osiąga minimalną moc wyjściową powierzchni kolektorów przy nasłonecznieniu 1000W/m² i różnicy temperatur $T_m - T_a = 30^\circ\text{K}$ (wg normy PN EN 12975-2: 2007 lub równoważnej) wynoszącą 1630 W. Co za tym idzie Odwołujący wnosi o dopuszczenie możliwości zaoferowania:

- 1) zestawów w skład których wchodzi 2 kolektory o łącznej powierzchni apertury min. 4,00 m² i minimalnej mocy wyjściowej powierzchni kolektorów przy nasłonecznieniu 1000W/m² i różnicy temperatur $T_m - T_a = 30^\circ\text{K}$ (wg normy PN EN 12975-2: 2007 lub równoważnej) wynoszącej 3260 W,
- 2) zestawów w skład których wchodzi 3 kolektory o łącznej powierzchni apertury min. 6,00 m² i minimalnej mocy wyjściowej powierzchni kolektorów przy nasłonecznieniu 1000W/m² i różnicy temperatur $T_m - T_a = 30^\circ\text{K}$ (wg normy PN EN 12975-2: 2007 lub równoważnej) wynoszącej 4890 W,
- 3) zestawów w skład których wchodzi 4 kolektory o łącznej powierzchni apertury min. 8,00 m² i minimalnej mocy wyjściowej powierzchni kolektorów przy nasłonecznieniu 1000W/m² i różnicy temperatur $T_m - T_a = 30^\circ\text{K}$ (wg normy PN EN 12975-2: 2007 lub równoważnej) wynoszącej 6520 W.”

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że w jego ocenie zarzut ten nie został przez Odwołującego uzasadniony oraz udowodniony, a jedynie zostało przez niego wystosowane żądanie co do zmiany powierzchni apertury na nie mniejszą niż 2,00 m². Podczas rozprawy w dniu 15 maja 2019 r. Zamawiający podtrzymał ww. stanowisko. Natomiast na pytanie przewodniczącej wyjaśnił, że parametr ten wynika „z posiadanej przez niego wiedzy nt. wytrzymałości i jakości kolektorów oraz doświadczenia własnego.”

Podczas rozprawy w dniu 15 maja 2019 r. Odwołujący złożył dowód nr 5 „Tabela porównawcza zapisów SIWZ i kolektorów oferowanych na polskim rynku” sporządzoną w oparciu o dane z certyfikatu Solar Keymark, z którego wynika, że obniżenie powierzchni czynnej do 2m² przekłada się pozytywnie na wzrost konkurencji. Z zestawienia tego wynika, że wymóg w zakresie apertury eliminuje całą konkurencję.

W piśmie z dnia 14 maja 2019 r. Przystępujący Ensol odnosząc się do omawianego zarzutu wskazał, że argumentacja Odwołującego jest wewnętrznie sprzeczna, ponieważ z jednej strony Odwołujący podnosi, że wystarczające byłoby sformułowanie warunku dotyczącego minimalnej mocy wyjściowej powierzchni kolektorów, a z drugiej wnosi o zmianę wartości kwestionowanego wymogu. Natomiast podczas rozprawy w dniu 28 maja 2019 r. i 11 czerwca 2019 r. przywołał stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia z 10 lipca 2017 r. o

sygn. 1314/17 i wyjaśnił, że wyrok ten dotyczył wymogu powierzchni brutto. Natomiast apertura to powierzchnia netto kolektora, więc w ocenie Przystępującego Ensol przez analogię można zastosować stanowisko Izby wskazane w tym wyroku.

Przystępujący Hewalex w piśmie z dnia 15 maja 2019 r. wskazał, że kwestionowany wymóg z punktu widzenia celu postępowania jest bez znaczenia. Ponadto mniejszy kolektor może wytworzyć większą ilość energii. Przystępujący Hewalex załączył jako dowód opinię prywatną tj. Opinię nr CTSS-13/25/2019 z dnia 13 maja 2019 r. przygotowaną przez Park Naukowo Technologiczny Euro – Centrum sp. z o.o. Według Przystępującego Hewalex w świetle powyższej opinii należy usunąć postanowienie SIWZ odnoszące się do minimalnej powierzchni czynnej poszczególnych zestawów kolektorów jako ograniczających konkurencję.

Odnosząc się do powyższych argumentów i stanowisk, Izba doszła do przekonania, że zarzut w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie. Mając na uwadze treść odwołania, zgodzić się należy z Zamawiającym, że poza twierdzeniem, iż kwestionowany wymóg ogranicza konkurencję Odwołujący nie przywołał innej argumentacji.

3. układ hydrauliczny kolektora – zdaniem Odwołującego nie ma powodów, aby Zamawiający narzucał tylko jeden z rodzajów układu hydraulicznego kolektora tj. meandrowego. Zdaniem Odwołującego pozostałe typy układów hydraulicznych równie dobrze się sprawdzają. Kolektor, który posiada wymagany w SIWZ certyfikat SOLAR KEYMARK lub certyfikat zgodności z normą PN-EN 12975-1 (lub równoważną) lub z normą PN- EN 12975-2 (lub równoważną) lub z normą PN-EN ISO 9806 (lub równoważną) wydany przez właściwą jednostkę certyfikującą, ma konkretne uzyski i wydajność energetyczną, potwierdzone przez ww. certyfikaty. Odwołujący wyjaśnił, że to te uzyski pozwalają na ustalenie ile energii w ciągu roku zostanie wyprodukowane przez dany kolektor słoneczny. Ponadto żadna z ww. norm nie dokonuje podziału kolektorów pod względem układu hydraulicznego, a kolektory przechodzą takie same badania bez względu na budowę układu hydraulicznego. Rodzaj układu hydraulicznego kolektora nie jest też wyznacznikiem kolektora lepszej jakości. Zdaniem Odwołującego rodzaj układu hydraulicznego kolektora jest parametrem pozbawionym znaczenia. Natomiast poprzez narzucenie konkretnego rodzaju układu hydraulicznego kolektora Zamawiający ogranicza możliwość złożenia ofert tym wykonawcom, którzy chcą zaoferować kolektory z innym rodzajem układu hydraulicznego, mimo iż mogą one osiągać lepsze parametry energetyczne. Odwołujący przywołał wyrok Izby o sygn. 648/14. W konkluzji Odwołujący stwierdził, że wymóg ten faworyzuje Przystępującego OEM Energy. Odwołujący wniósł wobec tego o wykreślenie postanowienia „Układ hydrauliczny kolektora Meandrowy”.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający argumentował, że „Porównanie różnych układów kolektora w odniesieniu do funkcjonalności pojedynczego urządzenia może nie ujawniać znaczących różnic pomiędzy nimi. Jednakże różnice w efektywności w funkcjonowaniu kolektora ujawniają się, gdy bada się nie jedno urządzenie, ale kilka połączonych. W przypadku grupy połączonych kolektorów układ hydrauliczny zapewnia większą efektywność ich funkcjonowania. Zamawiający określając w SIWZ oczekiwanie co do układu hydraulicznego kierował się tym, że kolektory w każdym z budynków będą montowane w ilości kilku sztuk połączonych ze sobą. Istotna różnica w układach kolektora polega na przepływie płynu solarnego, co w przypadku jednego kolektora może nie mieć znaczenia, jednakże dla funkcjonowania kilku połączonych kolektorów ma znaczenie dla ich efektywności. Zastosowanie układu hydraulicznego zapewnia równomierny przepływ cieczy przez kilka kolektorów, co za tym idzie przepływ ciepła przez grupę kolektorów jest równomierny. Zapewnienie równomierności przepływu ciepła przez kolektory pozytywnie wpływa na efektywność całego układu kolektorów. Układy harfowe nie zapewniają takiej równomierności. Zamawiający określając parametr w postaci rodzaju układu kolektora dąży do uzyskania najlepszej efektywności funkcjonowania układu kilku kolektorów, które docelowo zostaną zamontowane na budynkach.”

Podczas rozprawy w dniu 15 maja 2019 r., Odwołujący odnosząc się do kwestii budowy absorbera, tj. czy ma to być meander czy harfa odwołał się do dowodu nr 5 i zawartego tam porównania, z którego w jego ocenie wynika, że meander nie ma przewagi. Zamawiający natomiast zwrócił uwagę, że Odwołujący porównuje w swoim zestawieniu pojedyncze urządzenia, podczas gdy w tym postępowaniu będą przypadki, że będzie działać więcej niż 1 urządzenie razem oraz odesłał do argumentacji zawartej w odpowiedzi na odwołanie.

Ponadto wskazać należy, że w zakresie omawianego zarzutu uczestnicy postępowania przedstawili obszerny materiał dowody, tj.:

1. Opinię na temat zasadności stosowania układów hydraulicznych meandrycznych vs harfowych w absorberach płaskich kolektorów słonecznych z dnia 12 maja 2019 r. (Politechnika Śląska, Wydział Środowiska i Energetyki, Instytut Techniki Ciepłej), załącznik do pisma Przystępującego Ensol z dnia 14 maja 2019 r.
2. Porównanie układu hydraulicznego kolektora, pomiędzy układem pojedynczej harfy a podwójnej i meandrycznej z dnia 17 lipca 2015 r. (Instytut Maszyn Przepływowych im. Roberta Szewalskiego PAN w Gdańsku), załącznik do pisma Przystępującego Ensol z dnia 14 maja 2019 r.
3. Opinię odnośnie do równoważności oferowanych na rynku rozwiązań orurowania absorberów w płaskich kolektorach słonecznych, z maja 2019 r., (Centrum Badawcze

Energetyki i Ochrony Środowiska Instytut Badań Stosowanych Politechniki Śląskiej), załącznik do pisma Przystępującego Hewalex z dnia 15 maja 2019 r.

4. Pisma wystosowane przez Przystępującego Hewalex do przedstawicieli Politechniki Śląskiej z dnia 27 maja 2019 r. w sprawie wydanej opinii z dnia 12 maja 2019 r., załącznik do pisma Hewalex z dnia 28 maja 2019 r.,
5. Wnioski dotyczące opracowania „Porównanie układu hydraulicznego kolektora, pomiędzy układem pojedynczej harfy a podwójnej i meandrycznej” (...) Instytut Maszyn Przepływowych PAN w Gdańsku z dnia 17.07.2019 r., opracowanie I. J., załącznik do pisma Hewalex z dnia 28 maja 2019 r.,
6. Korespondencję między Przystępującym Hewalex a przedstawicielami Politechniki Śląskiej w sprawie opinii z dnia 12 maja 2019 r., złożona jako dowód nr 4 podczas rozprawy w dniu 11 czerwca 2019 r., przez Przystępującego Ensol.
7. Opinię dotyczącą aktualnych wymagań w zakresie obudów kolektorów słonecznych z dnia 12 września 2016 r., (Akademia Górniczo-Hutnicza w Krakowie, Wydział Metali Niezależnych), wraz z dotyczącą jej korespondencją, załącznik do pisma Hewalex z dnia 19 czerwca 2019 r.
8. Artykuł autorstwa P. B. złożony jako dowód nr 7 przez Hewalex w dniu 11 czerwca 2019 r.

Mając na uwadze powyższe, Izba doszła do przekonania, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba miała na uwadze przede wszystkim potrzeby Zamawiającego jakimi kierował się on formułując kwestionowany wymóg, a przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, tj. dotyczące równomierności przepływu cieczy (płynu solarnego). Przedłożone przez Przystępujących Ensol i Hewalex dowody wskazane powyżej, jako odnoszące się bardzo szczegółowo do kwestii technicznych nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia, ponieważ sami Odwołujący i Zamawiający nie referowali do aż tak szczegółowej argumentacji w swoich stanowiskach. Jednakże w zakresie w jakim argumentował Zamawiający Izba jedynie na marginesie wskazuje, że opinia złożona przez Przystępującego Hewalex jako załącznik do pisma z dnia 15 maja 2019 r., zdaje się potwierdzać to stanowisko, gdyż autorka tej opinii stwierdza w jej treści, m.in., że „Jeżeli natomiast weźmie się pod uwagę możliwość popełnienia błędów montażowych, wtedy kolektor z absorberem meandrycznym z dwiema rurami zbiorczymi w absorberze będzie mniej wrażliwy na nierównomierność przepływu niż kolektor z pojedynczą harfą.” Ponadto w ww. opinii znajduje się również stwierdzenie, że „Kolektor z absorberem meandrycznym bez rury zbiorczej zawsze zapewnia pełną równomierność przepływu, niezależnie od wielkości tego przepływu i od tego, czy w układzie jest jeden, czy kilka kolektorów słonecznych.”

Przedmiotowy zarzut w zakresie w jakim dotyczy on minimalnej grubości szyby solarnej 4 mm, średnicy kul gradowych użytej w raporcie na gradobicie 15 mm, Izba rozpoznała łącznie z zarzutem nr 4.

4. minimalna grubość szyby solarnej 4mm – Odwołujący wyjaśnił, że grubość szyby jest dobierana do rozmiarów kolektora wyłącznie przez producenta, ponadto jeśli kolektor posiada certyfikat Solar Keymark to grubość szyby nie powinna mieć dla Zamawiającego znaczenia. Odporność szyby na gradobicie zależy od kilku czynników jak np. sposób jej zamontowania czy jakości materiału użytego do jej produkcji a nie tylko do jej grubości. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o usunięcie postanowienia „Minimalna grubość szyby solarnej 4,0 mm”, względnie, wprowadzenie w jego miejsce wymogu „Minimalna grubość szyby solarnej 3,0 mm”.

5. średnica kul gradowych użyta w raporcie na gradobicie 15 mm – Odwołujący wyjaśnił, że są dwie równoważne metody badania odporności na gradobicie w celu uzyskania certyfikatu Solar Keymark – kulami lodowe albo kulkami stalowymi, o tym, którym sposobem będzie przeprowadzone badanie decyduje producent. Przez ww. postanowienie Zamawiający ograniczył możliwość zaoferowania kolektora, który ma ważny certyfikat Solar Keymark ale jego odporność na gradobicie została ustalona przy badaniu z wykorzystaniem kul stalowych a nie lodowych. W ocenie Odwołującego brak argumentu za utrzymaniem ww. wymogu. Odwołujący wniósł o usunięcie wymogu „Średnica kul gradowych użyta w raporcie na gradobicie Min. 15 mm”.

Zarzut 4 - Odwołujący wskazał, że odnośnie kryterium „Średnica kul śnieżnych użytych do raportu na gradobicie” Zamawiający wskazał w Rozdziale 18 w pkt 18.6. SIWZ, że: „Punkty za kryterium Średnica kul śnieżnych użytych do raportu na gradobicie - PŚR - zostaną przyznane w skali:

Średnica kul śnieżnych użytych do raportu na gradobicie Liczba punktów

min. 15 mm PŚR = 0 pkt

min. 25 mm PŚR = 2,5 pkt

min. 35 mm PŚR = 5 pkt

min. 45 mm PŚR = 10 pkt

Odwołujący wskazał, że kryterium „Średnica kul śnieżnych użytych do raportu na gradobicie” jest dyskryminujące i narusza zasadę uczciwej konkurencji. Zamawiający ignoruje zdaniem Odwołującego całkowicie to, że zarówno nieobowiązująca już norma PN-EN 12975-2: 2007, jak i nieobowiązująca już norma PN-EN ISO 9806:2014-02 jak i aktualnie obowiązująca norma PN-EN ISO 9806:2017-12 przewidują dwie równoważne metody badania odporności na gradobicie: z użyciem kulek lodu albo kulek stalowych. W rezultacie Zamawiający, bez

jakichkolwiek racjonalnych podstaw, dyskryminuje tych wykonawców, którzy chcieliby zaoferować mu kolektory słoneczne przebadane pod kątem odporności na gradobicie przy użyciu kulek stalowych. Jednocześnie Zamawiający, również bez jakichkolwiek racjonalnych podstaw, faworyzuje tych wykonawców, którzy zaoferują mu kolektory słoneczne przebadane pod kątem odporności na gradobicie przy użyciu kulek lodu o średnicy minimum 25 mm lub większej. W rezultacie kolektor słoneczny, przebadany według normy EN ISO 9806 przy użyciu kulek stalowych, odporny na gradobicie i posiadający certyfikat Solar Keymark, nie ma żadnych szans na uzyskanie punktów w ramach ww. kryterium, mimo że ma ono dotyczyć właśnie odporności na gradobicie. Ograniczenie przez Zamawiającego uczciwej konkurencji, nie dość, że oczywiste i rażące, nie ma przy tym jakiegokolwiek uzasadnienia, skoro badanie odporności na uderzenie przy użyciu kulek stalowych jest w pełni równoważne badaniu odporności na uderzenia przy użyciu kulek lodu i tak samo potwierdza odporność na gradobicie.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wyjaśnił, że jego intencją był zakup bardziej wytrzymałego kolektora, a grubsza szyba wzmacnia w ocenie Zamawiającego wytrzymałość całego urządzenia. Natomiast w zakresie wymogu średnicy kul użytej w raporcie na gradobicie, Zamawiający wyjaśnił, że wymóg ten ma na celu zapewnienie Zamawiającemu kolektora o najlepszej wytrzymałości, Zamawiający powołał się przy tym na zachodzące zmiany klimatyczne, przez które wzrasta ryzyko gradobić, gdzie średnica kul odbiega od typowych. Natomiast podczas rozprawy w dniu 15 maja 2019 r. odnosząc się do kwestii kul gradowych Zamawiający wyjaśnił, że chce najbardziej wytrzymałego produktu. Nawiązując do załączonego do pisma Przystępującego Hewalex dowodu dotyczącego korespondencji email z ubezpieczycielem, gdzie jest mowa o gradzie o standardowej wielkości, wyjaśnił, że formułując ten wymóg kierował się również kwestią związaną z późniejszym ubezpieczeniem tej inwestycji. Potwierdził ponadto, że jego wymagania są bardziej rygorystyczne, niż to, co wynika z wymaganego przez niego certyfikatu. Dodatkowo wyjaśnił, że cała dokumentacja postępowania mówi o kulach gradowych, przez co rozumie kule śniegowe i stalowe. Wyjaśnia, że nie wynika to bezpośrednio z treści SIWZ, ale w jego ocenie, wynika to z treści certyfikatu. Wyjaśnia, że w treści rozdz. XVIII pkt 6 SIWZ zaszła pomyłka, którą dostrzegł na tym etapie, zamiast kule śnieżne powinno tam być kule gradowe.

W ocenie Izby zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Oddalając odwołanie w tym zakresie Izba miała na uwadze, że w treści odwołania Odwołujący nie zwracał uwagi na różnicę w nomenklaturze, która rzeczywiście ma miejsce w tym postępowaniu (okoliczność ta została przyznana również przez samego Zamawiającego). Jednak kwestia ta została przez Odwołującego podniesiona dopiero podczas rozprawy, w dniu 15 maja 2019 r. i jako

stanowiąca rozszerzenie zarzutu odwołania nie może zostać uwzględniona. Z argumentacji wskazanej przez Odwołującego w zakresie zarzutu 4 dotyczącego kwestionowanego kryterium nie wynika aby pojęcie użyte przez Zamawiającego „kula śniegowa” było dla Odwołującego wątpliwe. Odwołujący rozumiał pod tym pojęciem „kulę lodową”, o czym świadczy argumentacja zawarta w odwołaniu. Natomiast co się tyczy kwestii związanej z pojęciem „kula gradowa” rzeczywiście z dokumentacji postępowania nie wynika - co jest też okolicznością przyznaną przez samego Zamawiającego – co rozumie on pod tym pojęciem, tj. który rodzaj kuli: lodową, stalową czy oba te rodzaje. Jak wynika z treści zarzutu Odwołujący wywiódł z kwestionowanych postanowień SIWZ, że Zamawiający zawężił pojęcie „kula gradowa” tylko do kuli lodowej, eliminując tym samym możliwość przebadania odporności na gradobicie kulą stalową, pomimo posłużenia się normą, która dopuszcza obie metody badania tego parametru. Mając na uwadze okoliczności sprawy ujawnione w toku rozprawy, w tym argumentację Odwołującego i Zamawiającego, Izba doszła do przekonania, że rzeczywiście pojęcie „kula gradowa” jest pojęciem niezdefiniowanym i mogącym nasuwać wątpliwości, jednak wobec tego powinien być sformułowany zarzut w zakresie doprecyzowania sposobu rozumienia tego pojęcia, tj. zawarcia w treści SIWZ jego definicji. W świetle tych okoliczności żądanie usunięcia postanowienia „Średnica kul gradowych użyta w raporcie na gradobicie Min. 15 mm”, Izba uznała za zbyt daleko idące. W zakresie grubości szyby Izba również uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, przychylając się do stanowiska Zamawiającego zgodnie z którym grubsza szyba oznacza większą wytrzymałość na gradobicie. Mając natomiast na uwadze argumentację Odwołującego ze wymogi z kwestionowanych postanowień SIWZ spełnia tylko jeden producent, Izba wskazuje, że zarzut ten nie został wykazany. Jak wynika z przebiegu rozprawy Przystępujący Ensol wykazał, że warunek jest spełniony m.in. przez produkty Soltp. Jeśli chodzi natomiast o kwestię spełniania kryteriów w zakresie możliwej do uzyskania punktacji, Izba wskazuje, że taka jest rola kryteriów oceny ofert, że Zamawiający premiuje większą ilością punktów lepsze w jego ocenie rozwiązania, które wykraczają poza minimum niezbędne do uznania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Przedmiotowy zarzut w zakresie w jakim dotyczy kryterium nie mógł zostać uwzględniony również z uwagi na to, że Odwołujący nie kwestionował samego sposobu przyznawania punktacji (z tego powodu Izba pominęła stanowisko Przystępującego Hewalex jako odmienne od tego prezentowanego przez Odwołującego) lecz domagał się zastąpienia tego kryterium, nowym, zupełnie odmiennym od tego kwestionowanego. W tym miejscu Izba wskazuje, że formułowanie kryteriów udziału w postępowaniu jest zadaniem należącym do Zamawiającego, natomiast rolą Izby jest ocena prawidłowości ich zastosowania w okolicznościach danego stanu faktycznego, a nie ich formułowanie za Zamawiającego. Rolą kryteriów jest bowiem premiowanie parametrów, na których Zamawiającemu szczególnie zależy uwzględniając jego potrzeby w uzyskaniu jak najkorzystniejszego rozwiązania.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), stosownie do wyniku postępowania. Orzekając o kosztach z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Izba miała na uwadze postanowienia §3 pkt 2 lit. b) ww. rozporządzenia, zgodnie z którym do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania obejmujące w szczególności wynagrodzenie pełnomocników jednak nie wyższe niż kwota 3600 zł.

Przewodniczący: