

WYROK
z dnia 17 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 czerwca 2015 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **29 maja 2015 r.** przez wykonawcę **Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Wojewódzki im. dr Ludwika Rydygiera w Suwałkach, ul. Szpitalna 60, 16-400 Suwałki**

przy udziale wykonawcy **Lebart B. Ł. i Wspólnik Sp. j., ul. Kryształowa 21, Rakowiska, 21-500 Biała Podlaska** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od wykonawcy **Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa** na rzecz **Szpitala Wojewódzkiego im. dr Ludwika Rydygiera w Suwałkach, ul. Szpitalna 60, 16-400 Suwałki** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Suwałkach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawę i montaż kolektorów słonecznych i pompy ciepła w ramach projektu pn” Odnawialne źródła energii w Szpitalu Wojewódzkim im. dr Ludwika Rydygiera w Suwałkach - wykorzystanie kolektorów i pomp ciepła do produkcji ciepła na potrzeby własne”, znak sprawy: 7/PN/MS/2015 zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2015/S 052-090417 z 14.03.2015 r., przez Szpital Wojewódzki im. dr Ludwika Rydygiera w Suwałkach, ul. Szpitalna 60, 16-400 Suwałki zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 19.05.2015 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy: Lebart B. Ł. i Wspólnik Sp. j. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła firma: E. T. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Podlaskie Przedsiębiorstwo Sanitarne E. T., ul. Leśna 5, 16 – 400 Suwałki zwana dalej: „Podlaskie Przedsiębiorstwo Sanitarne E. T.”. Trzecią pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła firma: Antinus Sp. z o. o., ul. Sobieskiego 39B5, 96 – 100 Skierniewice zwana dalej: „Antinus Sp. z o. o.”. Czwartą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła firma: A. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Wykonawstwa Instalacji Sanitarnych i C.O., A. S.o, ul. Różana 4 m 6, 15 – 669 Białystok zwana dalej: „Zakład Wykonawstwa Instalacji Sanitarnych i C.O., A. S.”. Piątą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła firma: Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02 – 884 Warszawa zwaną dalej: „Sanito Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”. Dodatkowo Zamawiający odrzucił firmę: Ekoinstal Sp. z o.o., Sierakowice Prawe 141 D, 96 – 100 Skierniewice zwaną dalej: „Ekoinstal Sp. z o.o.” na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” w zw. z art. 90 ust.3 Pzp.

W dniu 29.05.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Sanito Sp. z o.o. wniosło odwołanie na w/w czynność z 19.05.2015 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 29.05.2015 r. (faxem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj. naruszenie:

- 1) art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców: 1. Lebart B. Ł. i

Wspólnik sp. j., ul. Kryształowa 21, Rykowska, 21-500 Biała Podlaska, zwanego dalej „Lebart” 2. Antinus Sp. z o.o., ul. Sobieskiego 39B5, 96-100 Skierniewice, zwanego dalej „Antinus”, 3. Podlaskie Przedsiębiorstwo Sanitarne E. T., ul. Leśna 5, 16-400 Suwałki, zwane dalej „PPS E. T.”, 4. Zakład Wykonawstwa Instalacji Sanitarnych i C.O. A. S., ul. Różana 4 m 6, 15-669 Białystok, zwany dalej „ZWISiCO A. S.”, 5. Ekoinstal Sp. z o.o., Sierakowie Prawe 141 D, 96-100 Skierniewice, zwane dalej „Ekoinstal”, do uzupełnienia wymaganych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub złożenia stosownych wyjaśnień - w zależności od ostatecznych ustaleń i rozstrzygnięcia KIO);

2) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców: Lebart, Antinus, PPS E. T., ZWISiCO A. S. oraz Ekoinstal, związku z niewykazaniem przez ww. wykonawców spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

3) art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert przez Lebart, Antinus, PPS E. T., ZWISiCO A. S. oraz Ekoinstal, w tym zaniechanie ustalenia zgodności zakładanych przez Zamawiającego parametrów i osiąгов, w odniesieniu do zaoficerowanych przez ww. wykonawców rozwiązań.

4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenie ofert wykonawców Lebart, Antinus, PPS E. T., ZWISiCO A. S. oraz Ekoinstal, z uwagi na to, że treść ofert ww. wykonawców nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”);

5) art. 92 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zarzucanych w niniejszym Odwołaniu przepisów obowiązującego prawa, w tym dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród wykonawców podlegających wykluczeniu oraz ofert, które winny być odrzucone (w przypadku Ekoinstal na podstawie dodatkowej przesłanki, aniżeli wskazał to Zamawiający) w związku z czym, doszło do naruszenia przepisów Pzp, mających istotny wpływ na wynik postępowania.

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania, albowiem ww. naruszenia miały istotny wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji Odwołujący wnosi o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na dokonaniu jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Lebart;

2. nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności oceny i badania ofert złożonych w postępowaniu oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w świetle ustalonych przez Zamawiającego kryteriów i wymaga.

Zamawiający, na podstawie treści pkt 7.2.2 SIWZ w zakresie wykazania wiedzy i doświadczenia, wskazał, że uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże posiadanie wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu

składania ofert, albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie:

- co najmniej 1 dostawę wraz z montażem kolektorów słonecznych o powierzchni nie mniejszej niż 150m²;
- co najmniej 1 dostawę wraz z montażem pompy ciepła do przygotowania ciepłej wody użytkowej, o mocy nie mniejszej niż 100 kW

Tym samym, każdy wykonawca powinien udokumentować, że co najmniej na jednej inwestycji dostarczył i zamontował jedną pompę ciepła o mocy 100 kW przeznaczonej do przygotowania ciepłej wody użytkowej. Zwrócić należy uwagę, że pompy ciepła często montowane są z innym przeznaczeniem tj. do instalacji centralnego ogrzewania (czyli instalacji grzewczej) lub instalacji technologicznych np. zasilania nagrzewnic w centralach wentylacyjnych, co z punktu widzenia brzmienia postawionego wymogu nie może być uznawane jako doświadczenie wystarczające dla wykazania spełnienia tego warunku. Zamawiający, formułując warunek udziału w postępowaniu, wyraźnie i jednoznacznie wskazuje, że pompa ciepła o mocy 100 kW ma być przeznaczona do c.w.u. a nie np. do c.o. Zamawiający nie wskazuje, aby dopuszczalne było też zastosowanie kaskady urządzeń, czyli dwóch lub trzech współpracujących ze sobą pomp ciepła o łącznej mocy 100 kW.

Odnosząc powyższe do doświadczenia wykazanego przez poszczególnych wykonawców, należy zauważyć, iż:

Referencje firmy Lebart B. Ł. i Wspólnik Sp. j. - dotyczyły termomodernizacji budynków z montażem pompy ciepła. Zamawiającym był Zespół Szkół Centrum Kształcenia Rolniczego im. Jadwigi Dziubińskiej wg Gołądkowie. Zadanie dotyczyło dostawy i montażu pomp ciepła dla trzech obiektów, a w żadnym z obiektów pompa ciepła nie dostarczała mocy 100 kW do przygotowania ciepłej wody użytkowej. Pompy ciepła były przeznaczone do ogrzewania centralnego oraz przygotowania ciepłej wody. Czyli moc była podzielona na dwie instalacje. Brakuje jakiegokolwiek informacji że pompa ciepła dostarcza wymaganą moc grzewczą potrzebną do przygotowania ciepłej wody. Z wiedzy Odwołującego, wynika, że obiekty, w których był montaż pomp ciepła posiadały zapotrzebowania na ciepłą wodę w wymiarze mniejszym niż 100 kW.

Referencje firmy Antinus Sp. z o. o. - obejmowały dostawę i montaż pomp ciepła pracujących w układzie biwalentnym z istniejącymi kotłami olejowymi. Zamawiającym była Gmina Mińsk Mazowiecki. Robota budowlana dotyczyła siedmiu obiektów, w których łączna moc pomp ciepła wynosi 512 kW. Pompy ciepła pokrywały zapotrzebowanie w jednej części na cele ogrzewania budynków, a w drugiej części na podgrzewanie ciepłej wody użytkowej.

W żadnym obiekcie pompa ciepła nie pokrywała zapotrzebowania 100 kW do przygotowania ciepłej wody użytkowej. W większości przypadków pompy ciepła posiadały mniejsze moce niż wymagał Zamawiający.

Referencje firmy Hydrochem przedstawione przez Podlaskie Przedsiębiorstwo Sanitarne E. T., dotyczyły montażu pompy ciepła o mocy 143,6 kW w Gminie Legnickie Pole. Pompa ciepła -pokrywała zapotrzebowanie w jednej części na cele ogrzewania budynku a w drugiej części na podgrzewanie ciepłej wody użytkowej. Nie pokrywała zapotrzebowania 100 kW do przygotowania ciepłej wody użytkowej. Zamontowana pompa ciepła składała się z dwóch modułów. Zamawiający wymagał pompy ciepła o mocy 100 kW. Modułowa pompa ciepła składa się z części i nie jest jednym urządzeniem. Obiekt, w którym był montaż pomp ciepła posiadał zapotrzebowanie na ciepłą wodę mniejsze niż 100 kW.

Referencje firmy Zakład Wykonawstwa Instalacji Sanitarnych i C.O., A. S. dotyczyły dostawy i montażu pomp ciepła dla Gminy Brańsk, Gminy Zawady i Urzędu Miejskiego w Ciechanowcu. W żadnym z obiektów pompa ciepła nie dostarczała mocy 100 kW do przygotowania ciepłej wody użytkowej. Pompy ciepła były przeznaczone do ogrzewania centralnego oraz przygotowania ciepłej wody. W większości przypadków pompy ciepła posiadały mniejsze moce niż wymagał Zamawiający.

Referencje firmy Ekoinstal Sp. z o.o. - żadnym z obiektów pompa ciepła nie dostarczała mocy 100 kW do przygotowania ciepłej wody użytkowej. Brak jakichkolwiek informacji potwierdzających spełnienie przedmiotowego wymogu. Pompy ciepła były przeznaczone do ogrzewania centralnego oraz przygotowania ciepłej wody.

Według projektów wykonawczych (dot. wszystkich referencji,) pompy ciepła mają pokryć zapotrzebowanie dwóch odrębnych instalacji centralnego ogrzewania i przygotowania ciepłej wody. Żadne zadanie nie spełnia wymagań Zamawiającego, tj. że pompa ciepła dostarcza 100 kW mocy tylko na ciepłą wodę. Od strony technicznej, centralne ogrzewanie i ciepła woda użytkowa są to dwie instalacje o innych parametrach pracy i innych wymogach. Działają w nich różne ciśnienia i kierują się różnymi wymaganiami oraz normami, które ustalają ich charakter pracy.

W konsekwencji, wykazujemy, że referencje którymi posługiwali się wykonawcy opisują pompy ciepła do centralnego ogrzewania i przygotowania ciepłej wody. Żadna z pomp ciepła nie przeznaczona na moc 100 kW na ciepłą wodę. Takie fakty nie wpływają z przedstawionych przez wykonawców dokumentów - wręcz wykonawcy Ci dostarczyli dowody na to, że pompy wykorzystywane były na cele c.o. jak i c.w.u. Wskazać, również należy, że wykazywane przez wykonawców obiekty mają mniejsze zapotrzebowanie na ciepłą wodę i dostarczone przez wykonawców pompy ciepła dostarczają moc na dwa cele którym jest centralne ogrzewanie i ciepła woda (w mniejszym stopniu niż wymagane przez Zamawiającego).

Powyższe, ustalenia co do faktów, wynikających z przedłożonych dokumentów, obligowały Zamawiającego do wykluczenia wykonawców z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, a co najmniej obligowały Zamawiającego do wezwania wykonawców trybie art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp do uzupełnienia dokumentów lub przeprowadzenia stosownych wyjaśnień.

Odnosząc się zaś do drugiej kategorii zarzutów, zmierzających do wykazania zaofiarowania przez wykonawców rozwiązań niezgodnych z treścią SIWZ, należy wskazać. Zgodnie z SIWZ, w szczególności zgodnie z załącznikiem nr 5A do SWIZ - wymagane min. Parametry techniczne, Zamawiający wskazał minimalne wymogi dla wymaganych parametrów. Parametry urządzeń należało traktować jako wartości pomocnicze, albowiem nadrzędny wymóg dotyczył osiągnięcia rocznego uzysku ciepła z pompy - Min. 2 650,00 GJ/rok. Nadrzędny charakter takiego wymogu, potwierdza m.in. zapis par. 5 ust. 12 projektu umowy, w którym Zamawiający jednoznacznie wskazuje, że: „Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć i zamontować urządzenia objęte przedmiotem niniejszej umowy w tym m.in. pompę ciepła i kolektory słoneczne, które zapewniają uzyskanie: roczny uzysk ciepła z instalacji solarnej - min. 453,17 GJ/rok i roczny uzysk ciepła z pompy - min. 2 650,00 GJ/rok. Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność finansową w przypadku niezapewnienia wartości parametrów określonych w zdaniu pierwszym.”

Mając powyższe wymaganie, na uwadze, Odwołujący zaproponował pompę ciepła 247,2 kW przy parametrach brzegowych: temperatura powietrza zewnętrznego +10 °C, wymagana temperatura wody ogrzanej +65 °C (A10W65), gdyż minimalny parametr - Roczny uzysk ciepła z pompy określony przez zamawiającego na Min. 2 650,00 GJ/rok jest możliwy do uzyskania tylko i wyłącznie przy zwiększonej mocy pomp ciepła w stosunku do projektowanych argumentując jak poniżej.

1. Dane źródłowe dotyczące CWU. Do przeprowadzenia analizy wykorzystano historyczne dane źródłowe z pracy węzła PEC na potrzeby przygotowania CWU zużywanej przez Zamawiającego (lata 2013-2014). Na podstawie danych historycznych ustalono, że obiekt Zamawiającego (szpitala) zużywał miesięcznie od 427 do 937m³ CWU. Daje to średnią na poziomie 653,8m³ /m-c czyli 27,2m³/d. Do podgrzania CWU zużywana była energia z instalacji kolektorów słonecznych oraz węzła PEC. Celem analizowanego i realizowanego przez Zamawiającego przedsięwzięcia jest zastąpienie zużycia energii z węzła PEC energią odnawialną uzyskiwaną z pompy ciepła oraz instalacji kolektorów słonecznych. Z otrzymanych danych wynika, że średnio w latach 2013 i 2014 zużywano 3923,6 GJ/rok. Pompa ciepła powietrze - woda może pracować tylko przy temperaturze powietrza zewnętrznego wyższej od -5 °C. Należy zakładać, że pompa ta będzie mogła pracować przez ok. 270 dni w roku (w pozostałe dni temp. na zewnątrz spada poniżej -5°C). Przyjmując, że będą to miesiące od marca do listopada należałoby wyliczyć ile energii

będzie zużywał szpital na potrzeby CWU. Z danych historycznych wynika średnia wielkość zużycia energii na cele CWU wynosi 2740 GJ. Część z tych potrzeb pokryje nowa instalacja kolektorów słonecznych o powierzchni 294,4 m². Projekt oraz SIWZ zakłada wyprodukowanie przez tę instalację 453,17 GJ/rok (załącznik nr 5A do SIWZ - Wymagane min. parametry techniczne). Z powyższego wynika różnica: 2740 GJ - 453 GJ = 2287 GJ. Jest to już ilość energii mniejsza niż wymagana produktywność pompy ciepła - określona w SIWZ na minimum 2650 GJ. Do tego należałoby uwzględnić jeszcze różnicę pomiędzy maksymalnym zapotrzebowaniem na moc grzewczą CWU (określona w mocy zamówionej w PEC na poziomie 279,4kW) a mocą nominalną pompy założoną w projekcie w wysokości 193kW. Przy takiej dysproporcji należy zakładać, że zapotrzebowanie na energię powyżej 193 kW będzie musiało być pokrywane przez węzeł PEC -minimum 15-5-20% rocznej energii na potrzeby CWU, czyli kolejne ok. 550 GJ. Pozostaje do pokrycia przez pompę ciepła ok. 2287-550=1737 GJ.

2. Porównanie możliwości produkcyjnych Pomp Ciepła z projektu i oferty. Biorąc pod uwagę moc pomp ciepła w zależności od temperatury dolnego źródła, danych statystycznych temperatur zewnętrznych dla Suwałk, uwzględniając pracę instalacji solarnej oraz nanosząc to na zużycie CWU Szpitala w Suwałkach wynika że jedynie zaoferowana przez Sanito pompa ciepła o mocy 247,2 kW pokryje szczyty wynikające z mocy zamówionej w PEC, a więc jest w stanie wyprodukować a w tym czasie instalacja odebrać 2287 GJ/rok. Pompa ciepła zgodna z dokumentacją przetargową (załącznik do SIWZ - projekt) wyprodukuje a instalacja zdoła odebrać tylko 1737 GJ/ rok energii. Przy wyliczeniach, uwzględniono zakres temperatur powietrza powyżej -5°C zgodnie z zakresem pracy pompy ciepła (wytyczne projektowe), oraz uwzględniono wymogi Polskiej Normy.

3. Zwiększenie ilości energii na potrzeby CWU pokrywane przez pompę ciepła. Na podstawie powyższych rozważań nasuwa się podstawowy wniosek, że aby wyprodukować (a przede wszystkim skonsumować) ilość energii założoną w SIWZ na poziomie 2650 GJ należy skupić się na podstawowych poniższych elementach:

- zapewnić całkowite pokrycie szczytowego zapotrzebowania na moc do podgrzania CWU aby wyeliminować pracę węzła cieplnego PEC (ok. 550GJ) - w tym celu należy zwiększyć moc pompy ciepła, która pokryje szczytowe zapotrzebowanie cwu.
- wydłużyć okres pracy pompy ciepła powyżej 270 dni w roku (miesiące - I, II i XII) zakładając możliwość pracy pompy w temperaturach poniżej -5°C.
- wyprodukowane ciepło odprowadzić do atmosfery przez Dry Cooler, ale rozwiązanie to nie jest zgodne ze sztuką inżynierską jest nieracjonalne i jednocześnie naraża Zamawiającego na niegospodarność finansową.

Innymi słowy, zapewnienie uzysku na poziomie wymaganych przez Zamawiającego min. 2 650,00 GJ/rok, nie jest możliwe w przypadku zastosowania się do minimalnych

parametrów, pomocniczo sformułowanych przez Zamawiającego w SIWZ. Powyższe determinowało konieczność uwzględnienia przez wykonawców w swoich ofertach pompy ciepła o wyższych parametrach, niż minimalne podawane przez Zamawiającego. Nadrzędny wymóg dotyczył, bowiem poziomu osiąganego uzysku, który jak wykazujemy przy parametrach przedstawionych w ofertach pięciu wykonawców, nie jest możliwy do osiągnięcia w sposób racjonalny i odpowiadający wymogom SIWZ, w tym w sposób odpowiadający zasadom gospodarności. Powyższe w ocenie Odwołującego determinowało, konieczność odrzucenia ofert ww. wykonawców z uwagi na niezapewnienie osiągnięcia wymaganego w SIWZ uzysku, a co najmniej determinowało konieczność przeprowadzenia wyjaśnień i ustaleń w zakresie założeń ww. wykonawców, co do sposobu osiągnięcia tego uzysku.

Odwołujący zwraca też uwagę na formalno-prawną konieczność respektowania ustalonych uprzednio wymagań i zasad określonych w SIWZ - wymagania dotyczącego osiągnięcia uzysku. Jak wynika z utrwalonego w tym zakresie orzecznictwa, Zamawiający ma obowiązek stosować ustalone zasady do każdego z wykonawców. Niewątpliwie, w oparciu o ugruntowane i wielokrotnie przywoływane orzecznictwo KIO, należy zauważyć, iż *„Treść oferty wówczas nie odpowiada treści SIWZ, gdy proponuje np. inny przedmiot, inne terminy wykonania zamówienia niż określił to zamawiający w SIWZ. Inaczej mówiąc, z odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 p.z.p. mamy do czynienia wówczas, gdy wykonawca zaproponował inaczej niż żądał zamawiający”* - wyrok z dnia 27.10.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-3076/05. W podobnym charakterze stwierdzono również w wyroku z dnia 07.04.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-612/05 *„Wykonawcy są związani treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i składając ofertę winni w sposób ścisły stosować się do jej zapisów”*. Dodatkowo, zauważył, że ww. nieprawidłowości, w zakresie nie zapewnienia zakładanego przez Zamawiającego uzysku, nie mogą być kwalifikowane jako takie, które mogą być poprawione (zmienione na inne) w wyniku uzupełnienia czy wyjaśnień Wykonawcy, albowiem w ich wyniku doszłoby do zmiany treści oferty. Wyżej opisane niezgodności treści oferty skutkują koniecznością odrzucenia ww. ofert bez jednoczesnej możliwości uzupełnienia jej treści. Odwołujący podziela jako słuszny następujący podgląd *„Skoro więc treść oferty Odwołującego jest sprzeczna z wymaganiami określonymi w treści SIWZ niedopuszczalnym jest zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p., a tym samym wezwanie go do uzupełniania dokumentów, które będą potwierdzać, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymogom wskazanym w SIWZ. Uzupełnianie takich dokumentów, a więc dokumentów przedmiotowych, jest możliwe jedynie wtedy, gdy nie prowadzi do zmiany treści oferty złożonej przez danego wykonawcę, tj. zmiany zaoferowanego produktu, usługi bądź też sposobu wykonania robót budowlanych”* - Wyrok KIO z 25.08.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1745/10. W konsekwencji, gdy dokumenty składane

wraz z ofertą, nawet gdyby zakwalifikowane zostały jako dokumenty składane na potwierdzenie, że oferowane usługi/dostawy odpowiadają wymogom Zamawiającego, wskazują wprost na niezgodność oferowanych parametrów lub innych wymagań - co wykazujemy powyżej - ofertę należy odrzucić. Niedopuszczalnym jest, bowiem przedstawienie nowych, bądź też dodatkowych dokumentów, gdyż w konsekwencji prowadziłyby to do zmiany zaoferowanego przedmiotu zamówienia.

W podobnym charakterze wypowiedziało się KIO w wyroku z dnia 25.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1474/12, w którym potwierdzono: „Przepis art. 87 ust 1 p.z.p. wyraża ogólną zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert. Nie będzie dopuszczalna sytuacja, że w ramach wyjaśnień udzielonych na podstawie art. 87 ust 1 p.z.p., czy też w wyniku uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust 3 i ust 4 p.z.p. nastąpi zmiana treści oferty”.

W konsekwencji, dostrzeżone niezgodności treści ofert polegające na niemożności osiągnięcia wymaganego przez Zamawiającego uzysku, winny skutkować odrzuceniem oferty, lub względnie mogą podlegać wyjaśnieniom w zakresie ustalenia sposobu i założeń ww. wykonawców w zakresie osiągnięcia wymaganego przez Zamawiającego uzysku.

Zamawiający w dniu 29.05.2015 r. (umieszczając na stronie internetowej) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 01.06.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Lebart B. Ł. i Wspólnik Sp. j., ul. Kryształowa 21, Rakowiska, 21-500 Biała Podlaska zwanego dalej: „Lebart B. Ł. i Wspólnik Sp. j.” albo „Przystępującym” zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W podstawie merytorycznej w/w zarzutów Odwołujący enigmatycznie i niespójnie podnosi w uzasadnieniu dwie kategorie: ocenę warunku doświadczenia i negację poprawności zapisów w SIWZ dotyczących parametrów technicznych określonych przez Zamawiającego. Przystępujący wskazywał, na fakt, iż oferta Odwołującego w ramach kryteriów określonych w postępowaniu (CENA: 95%, termin wykonania: 5%) - uzyskała 52,58 pkt (odpowiednio cena (koszt) - 49,18 pkt i termin wykonania - 3,40 pkt). Przy pięciu ważnych nie podlegających wykluczeniu Wykonawców i nie podlegających odrzuceniu ofert oferta Odwołującego uzyskała najmniejszą liczbę punktów 52,58 (5 poz.).

Zarzuty Odwołującego podniesione w odwołaniu nie zasługują na uznanie zarówno z powodów merytorycznych jak i formalnych. Bezsprene żądanie nakazania Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności oceny i badania oferty nr 1: Ekoinstal Sp. z o.o. z siedzibą w Sierakowie Prawe 141 D 96 - 100 Skierniewice jest bezzasadne

w związku z już dokonany odrzuceniem oferty przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż kolektorów słonecznych i pompy ciepła w ramach projektu pn. *"Odnawialne źródła energii w Szpitalu Wojewódzkim im. dr. Ludwika Rydygiera w Suwałkach - wykorzystanie kolektorów i pomp ciepła do produkcji ciepła na potrzeby własne"*. Zgodnie z opisem przedmiotu zamieszczonym np. w pkt 4.1 SIWZ jest to dostawa i montaż instalacji solarnej o łącznej powierzchni czynnej absorbera min. $F=294,4$ m² i łącznej mocy zainstalowanej $Q=206$ kW na dachach budynku K (2A i 2B) i H oraz dostawa i montaż pompy ciepła o mocy 193,4 kW na dachu budynku pralni pod potrzeby c.w.u. Szpitala Wojewódzkiego im. Dr Ludwika Rydygiera w Suwałkach przy ul. Szpitalnej 60.

W celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp każdy wykonawca został zobowiązany do wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia potwierdzających, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał np. co najmniej 1 dostawę wraz z montażem pompy ciepła do przygotowania ciepłej wody użytkowej, o mocy nie mniejszej niż 100 kW. Przystępujący podkreśla, że zgodnie z pkt 13.2 SIWZ treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ.

Odwołujący w uzasadnieniu dokonał nieuprawnionej próby interpretacji warunku udziału w postępowaniu dotyczącym posiadania wiedzy i doświadczenia, uznając, że wymagane doświadczenie *„dostawy wraz z montażem pompy ciepła do przygotowania ciepłej wody użytkowej) o mocy nie mniejszej niż 100 kW”* dotyczyło pompy ciepła, która dostarcza 100 kW mocy *„tylko na ciepłą wodę”*. Przystępujący do Odwołania potwierdza okoliczność bezsporną, że w/w warunek dotyczy pompy ciepła, której przeznaczeniem jest na pewno przygotowanie ciepłej wody użytkowej, a pompa winna mieć moc nie mniejszą niż 100 kW. Moc maksymalna pompy nie została określona. Wszelkie dywagacje związane z przeznaczeniem, komplementarnością związkiem przyczynowo skutkowym postawionego warunku i wynikających z niego możliwych wariantów są spóźnione. Przystępujący podkreśla, że Odwołujący nie skorzystał zapisu pkt 10.1 SIWZ *„Wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”*. Zamawiający jednoznacznie określił w SIWZ, iż uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże posiadanie wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i pomiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie:

- co najmniej 1 dostawę wraz z montażem kolektorów słonecznych o powierzchni nie mniejszej niż 150 m²;

- co najmniej 1 dostawę wraz z montażem pompy ciepła do przygotowania ciepłej wody użytkowej, o mocy nie mniejszej niż 100 kW

W znowelizowanym załączniku nr 5A do SIWZ „Wymagane min. parametry techniczne pompy ciepła” wskazał wyłącznie parametry: moc pompy, COP i Roczny uzyska ciepła z pompy podając wymagane minimum parametrów.

Przystępujący z całą odpowiedzialnością i stanowczością uznał stanowisko Zamawiającego za uzasadnione. Próba stosowania przez Odwołującego na tym etapie postępowania interpretacji zapisów SIWZ jest niedopuszczalna, a ewidentna chęć uzyskania zamówienia z 4 pozycji punktowej poprzez wyeliminowanie 3 (4) ofert jest nie tylko niezrozumiała, ale i pozbawiona logiki i racjonalności. Potwierdza tę tezę również zarzut skierowany do zamawiającego o błędnym opisanu przedmiotu zamówienia „ *Innymi słowy, zapewnienie uzysku na poziomie wymaganych przez Zamawiającego min. 2 650,00 GJ/rok, nie jest możliwe w przypadku zastosowania się do minimalnych parametrów, pomocniczo sformułowanych przez Zamawiającego w SIWZ. Powyższe determinowało konieczność uwzględnienia przez wykonawców w swoich ofertach pompy ciepła o wyższych parametrach, niż minimalne podawane przez Zamawiającego. Nadrzędny wymóg dotyczył, bowiem poziomu osiąganego uzysku, który jak wykazujemy przy parametrach przedstawionych w ofertach wykonawców Lebart, Antinus, PPS E. T., ZWISiCO A. S. oraz Ekoinstal, nie jest możliwy do osiągnięcia w sposób racjonalny i odpowiadający wymogom SIWZ, w tym w sposób odpowiadający zasadom gospodarności.*”.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na piątej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku skutecznego podważenia wszystkich czterech ofert, które go poprzedzają ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, zał. nr 5, zał. nr 5a, zał. nr 6 do SIWZ, wzoru umowy (zał. nr 8 do SIWZ), odpowiedzi na pytania – pismo z 2.04.2015 r., zmian postanowień SIWZ z 10.04.2015 r., ofert wszystkich czterech Wykonawców (Lebart B. Ł. i Wspólnik Sp. j., Podlaskie Przedsiębiorstwo Sanitarne E. T., Antinus Sp. z o. o., Zakład Wykonawstwa Instalacji Sanitarnych i C.O., A. S.), korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z w/w Wykonawcami w zakresie oceny spełniania przez nich warunków udziału w zakresie wymaganego wiedzy i doświadczenia, oryginalnej dokumentacji projektową - opis techniczny w projekcie budowlanym branża sanitarna złożona przez Zamawiającego na czas przygotowania orzeczenia, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 19.05.2015 r.

Izba nie dopuściła jako dowód w sprawie złożonych przez strony - na posiedzeniu i rozprawie opinii prywatnych (opinia załączona do odpowiedzi na dowołanie przez Zamawiającego oraz dwie opinie Odwołującego przedłożone na rozprawie) - Izba uznaje niniejsze opinie jako stanowisko stron w sprawie. Izba przypomina za judykaturą, że mają one charakter opinii prywatnych, które jednakże nie mogą stanowić dowodu w sprawie wskazując, iż na podstawie art. 278 k.p.c opinią biegłego jest wyłącznie opinia sporządzona przez osobę wyznaczoną przez sąd (uzasadnienie wyroku SN z dnia 10 grudnia 1998 r., I CKN 922/97). Według judykatury, nie może być traktowana jako dowód w postępowaniu opinia biegłego (w tym również biegłego sądowego) sporządzona na polecenie strony i złożona do akt sądowych (za wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 22.01.2009 r., sygn. akt: X Ga 22/08). Izba w konsekwencji wskazuje, że uznaje złożone opinie w sprawie za opinie prywatne - stanowiącą stanowisko stron, stanowi ona jedynie dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie - złożony przez Odwołującego na rozprawie materiał dowodowy odnośnie sformułowanej pierwszej grupy zarzutów - w postaci segregatora: SIWZ, dokumentacji projektowej, referencji i korespondencji.

Nadto, Odwołujący złożył poglądowo pismo z 01.04.2015 r. skierowane w toku postępowania przetargowego do Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie złożone na posiedzeniu przez Zamawiającego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutów zawartych w odwołaniu dotyczących naruszenia przez Zamawiającego określonych przepisów należy je podzielić na dwie grupy:

Pierwszą dotyczącą oceny przez Zamawiającego spełniania przez objętych zakresem odwołania Wykonawców warunków udziału w zakresie wymaganego wiedzy i doświadczenia zalicza się do niej zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 Pzp i związany z nim zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp;

Drugą dotyczącą zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego zakwestionowanych przez Odwołującego ofert z uwagi na to, że ich treść nie odpowiada postanowieniom SIWZ, tj. naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, tudzież art. 87 ust.1 Pzp.

W konsekwencji zostały także sformułowane zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 Pzp z uwagi na poprzednie zarzuty oraz art. 92 ust.1 pkt 1 oraz pkt 2 Pzp w zw. z art. 91 ust.1 Pzp.

Wszystkie niniejsze zarzuty generalnie, w ocenie Izby podlegała oddaleniu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów odwołania:

W tym zakresie, Izba przywołuje wynikające z odwołania postanowienia SIWZ, w tym pkt 7.7.2 oraz zał. nr 5a Do SIWZ oraz wzór umowy, treść ofert Wykonawców objętych zakresem zaskarżenia, oraz korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z tymi Wykonawcami w zakresie oceny spełniania przez nich warunków udziału w zakresie wymaganego wiedzy i doświadczenia, stwierdzając zarazem, że stan faktyczny pomiędzy stronami nie był sporny, a przedmiotem sporu była ocena tego stanu faktycznego w świetle obowiązującego prawa. Odnosząc się do poszczególnych kwestii spornych w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

W konsekwencji Izba uznała co następuje.

Na wstępie Izba wyjaśnia, że w ramach uzasadnienia Izba odniesie się generalnie względem zarzutów, które odnosiły się do czterech Wykonawców, którzy zostali sklasyfikowani na pozycjach wyższych niż Odwołujący w ramach rankingu złożonych i punktowanych ofert w ramach informacji z 19.05.2105 r. Odnosnie oferty firmy Ekoinstal Sp. z o.o. zarzuty skierowane względem tej oferty oraz tego Wykonawcy w żaden sposób nie mają wpływu na wynik postępowania, albowiem oferta niniejszego Wykonawcy została

skutecznie odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, czyli z innej podstawy prawnej, w konsekwencji w trybie art. 192 ust.2 Pzp wszystkie zarzuty wobec tego Wykonawcy, tak z pierwszej, jak i drugiej grupy podlegają oddaleniu, także zarzuty będące ich konsekwencją.

Odnosząc się, zaś do pierwszej grupy zarzutów, Izba wskazuje na następujące okoliczności. Interpretacja wymogu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia przedstawiona przez Odwołującego w odwołaniu oraz na rozprawie nie jest jedyną możliwą, przy przyjętym przez Zamawiającego brzmieniu w pkt 7.2.2 SIWZ. Niewątpliwie bowiem należało się wykazać 1 dostawą wraz z montażem pompy ciepła o mocy nie mniejszej niż 100 kW. Jednakże brak jest podstaw do uznania za wiodącą wykładnie Odwołującego, że chodziło tylko i wyłącznie o pompy ciepła do przygotowania ciepłej wody użytkowej. Należy przyznać zasadność argumentacji Zamawiającego, że dopuszczalne było także wykazanie się doświadczeniem odnośnie pompy ciepła służącej zarówno do przygotowania ciepłej wody użytkowej, jak i centralnego ogrzewania. Ważne było aby służyła ona także do przygotowania ciepłej wody użytkowej. Izba stoi na stanowisku, że wykazanie się doświadczeniem w dostawie i montażu pompy cieplnej służącej obu tym celom może być nawet uznane za doświadczenie dalej idące, czy też bardziej wartościowe niż ograniczające się tylko do przygotowania ciepłej wody użytkowej.

Odnosnie dywagacji Odwołującego, że moc pompy nie mniejsza niż 100 kW winna być utożsamiana z wykorzystaniem w pełni w tym zakresie do przygotowania ciepłej wody użytkowej, jest to - co prawda z pewnością przejawem przyjętej argumentacji, ale nie ma oparcia w treści wymogu, który ściśle dotyczy mocy pompy cieplnej sensu stricto.

W konsekwencji należy stwierdzić, że należało się wykazać – co najmniej 1 dostawą wraz z montażem – pompy ciepła, czyli jednej pompy – do przygotowania ciepłej wody użytkowej (przy czym z warunku nie wynika, że „tylko”, a nie „także”) – o mocy nie mniejszej niż 100 kW (dotyczy wskazanej jednej „pojedynczej” pompy).

Izba wskazuje, że zgodnie z obowiązującą w orzecznictwie zasadą, nieprecyzyjne, niejednoznaczne, czy też wieloznaczne postanowienia SIWZ, w tym wypadku warunku w zakresie sformułowanego wymogu wymaganej wiedzy i doświadczenia, nie mogą być interpretowane na niekorzyść Wykonawców, w konsekwencji zasadnie uczynił Zamawiający nie wykluczając czterech Wykonawców, którzy uplasowali się w rankingu złożonych ofert przed Odwołującym. Złożony przez Odwołującego na rozprawie materiał dowodowy odnośnie sformułowanej pierwszej grupy zarzutów - w postaci segregatora: SIWZ, dokumentacji projektowej, referencji i korespondencji – nie tylko potwierdza spełnianie wymogu wymaganej wiedzy i doświadczenia przez objętych zakresem odwołania Wykonawców, ale może zostać potraktowany jako materiał komplementarny względem

udzielonych przez poszczególnych czterech Wykonawców odpowiedzi na wezwania do wyjaśnień, tudzież uzupełnień.

W ocenie Izby, w konsekwencji uzyskanych odpowiedzi nie zasadny jest także zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 lub ust. 4 Pzp, chociażby z tego powodu, że wszyscy Wykonawcy, w tym także odrzucony z innej podstawy prawnej byli wzywani do wyjaśnienia/uzupełnienia oferty. Było to spowodowane jak wynika z analizy poszczególnych stanów faktycznych koniecznością wyjaśnienia, w sytuacji podania łącznej mocy kilku pomp w wykazanej inwestycji, czy też podania ogólnej informacji o montażu, nie odnoszącym się do dostawy, ani tego czy obejmuje pompę ciepła do przygotowania ciepłej wody użytkowej. Nie były one wynikiem poprzedzającego odwołanie pisma Odwołującego skierowanego do Zamawiającego (otrzymanego przez Zamawiającego przed wyborem oferty najkorzystniejszej).

Zaś, w pozostałym zakresie, Izba także stwierdza, że okoliczność, iż czterech (ale także odrzucony) zrozumieli wymóg w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia odmiennie niż Odwołujący - daje wystarczające podstawy do przyjęcia, że przedstawiona przez Odwołującego interpretacja sformułowanego wymogu nie była jedyną możliwą, a z całą pewnością nie była wiodącą.

Należy zauważyć, że argumentacja przedstawiona przez Odwołującego w odwołaniu i na rozprawie, jeśli uznawał, że jego interpretacja wymogu w zakresie wiedzy i doświadczenia powinna być obowiązująca, winna zostać wyrażona przed terminem składania ofert, tak aby uniknąć istniejących w chwili obecnej dwuznaczności. Kolejnym przejawem błędnego, zawężającego stanowiska Odwołującego była argumentacja Odwołującego odnosząca się do doświadczenia wykazanego przez Wykonawcę: E. T. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Podlaskie Przedsiębiorstwo Sanitarne E. T. - negujące doświadczenie oparte na pompie spełniającej wymóg w zakresie mocy, ale o charakterze dwumodułowym. Brak jest jakichkolwiek podstaw do nie uznawania doświadczenia opartego na pompie tego rodzaju. Przyjęte stanowisko Odwołującego niewątpliwie wynika z jego strategii procesowej i konieczności podważenia ofert wszystkich Wykonawców, którzy uplasowali się przed nim w rankingu złożonych ofert. Dodatkowo, Izba wskazuje, że Odwołujący nie sformułował zarzutu złożenia nieprawdziwej informacji, w konsekwencji skonstruowanie wykazu dostaw stricte pod sformułowany przez Zamawiającego wymóg, w żaden sposób nie może być podstawą do negocjowania spełniania, zwłaszcza w kontekście postępowania wyjaśniającego/uzupełniającego i dowodów złożonych przez Odwołującego na rozprawie, które de facto potwierdzają zasadność działania Zamawiającego i udzielone przez Wykonawców wyjaśnienia. Izba także podnosi, że zakresem odwołania nie był objęty zarzut naruszenia art. 22 ust. 4 Pzp, wobec powyższego jego podnoszenie na etapie rozprawy jest spóźnione, choć jest już spóźnione

nawet z uwagi na aktualny etap postępowania przetargowego, tj. po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odnosząc się zaś szczegółowo do ofert poszczególnych Wykonawców:

Oдноśnie Wykonawcy wybranego, czyli Przystępujący - Lebart . Ł. i wspólnik sp.j. wraz z ofertą złożył załącznik nr 6 (na str. 5) wykazując inwestycję zrealizowaną przez siebie dla Zespołu Szkół Centrum Kształcenia Rolniczego im. Jadwigi Dziubińskiej w Gołądkowie w ramach której wskazał realizację montażu pomp ciepła o łącznej mocy 386kW. Dołączył również poświadczenie z 7.07.2014 r. (str. 6 oferty) wskazujące na prawidłowe ukończenie ww. inwestycji, zgodnie ze sztuką budowlaną. Wezwaniem z 8.05.2015 r. (do wyjaśnień i uzupełnień oferty) Zamawiający zażądał od wykonawcy (pkt c) wezwania), wskazania – wobec jego braku w wykazie „(...) *czy chociaż jedna z montowanych pomp posiadała parametr nie mniejszy niż 100 kW.*”. W odpowiedzi na to wezwanie pismem z 11.05.2015 r. Wykonawca wyjaśnił, że jedna z pomp ciepła pracująca do przygotowania ciepłej wody użytkowej ma moc 210 kW czym potwierdził spełnienie wymagań określonych w SIWZ.

Odpowiednie, tj. dotyczące tej inwestycji materiały przedstawione na rozprawie przez Odwołującego także potwierdzają tą okoliczność.

Oдноśnie Antinus Sp. z o.o. wraz z ofertą złożył wykaz dostaw w treści którego wskazał inwestycję w Gminie Mińsk Mazowiecki w ramach której nastąpiła dostawa i montaż pomp ciepła o mocy 512 kW w tym jednej pompy ciepła dla przygotowania ciepłej wody użytkowej o mocy ponad 100 kW. (pierwotnie tajemnica przedsiębiorstwa – oddzielnie załączone do oferty). O fakcie zastosowania jednej pompy ciepła o wymaganym parametrze świadczy użycie liczby pojedynczej w treści załącznika nr 6 do SIWZ. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku Wykonawca przedłożył również dokument z 6.10.2014 r. - referencje wraz z zobowiązaniem podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów potwierdzający należyte i terminowe wykonanie inwestycji. Na wezwanie do udzielenia wyjaśnień, Wykonawca pismem z 11.05.2015 r. raz jeszcze potwierdził oświadczenia złożone wraz z ofertą, które zostały uznane przez Zamawiającego. Wykonawca wskazał na dostawę i montaż przynajmniej jednej pompy ciepła służącej do podgrzewu ciepłej wody użytkowej, a więc spełniającej ten warunek. (w przedstawionym powyżej zakresie, Izba podała informacje za odpowiedzią na odwołanie – w ramach której Zamawiający upublicznił przedstawione powyżej dane).

Odpowiednie, tj. dotyczące tej inwestycji materiały przedstawione na rozprawie przez Odwołującego także potwierdzają tą okoliczność. W tym zakresie Izba zidentyfikowała z pośród licznych materiałów odnoszących się do powyższej inwestycji pompę przywołaną przez Wykonawcę – w tym zakresie identyfikacja nastąpiła na podstawie dokumentacji

projektowej – która odnosi się generalnie do pompy dla przygotowania ciepłej wody użytkowej o mocy ponad 100 kW.

Odnosnie oferty E. T. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Podlaskie Przedsiębiorstwo Sanitarne E. T. złożyła wraz z ofertą wykaz dostaw (str. 9 oferty) oraz referencję (pierwotnie tajemnica przedsiębiorstwa) z 20.10.2014 r. wystawione dla Hydrochem DGE SA, która to spółka użyczyła Wykonawcy potencjału niezbędnego do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu (oddzielnie). Referencja w swojej treści wskazuje na instalację pomp ciepła o mocy 143 kW. Zamawiający pismem z 13.05.2015 r. wezwał wykonawcę do udzielenia wyjaśnień i uzasadnienia spełnienia warunku. Pismem z 13.05.2015 r. spółka Hydrochem DGE S.A. wskazała na wykonanie w ramach wykonanej przez siebie inwestycji na którą powoływał się Wykonawca roboty której przedmiotem była dostawa i montaż pompy ciepła o mocy 143,6kW dwumodułowej, typu master/slave do przygotowania ciepłej wody użytkowej. Pismo z 13.05.2015 r. zostało złożone jako załącznik pisma wezwanego wykonawcy z 14.05.2015 r. Zamawiający jak stwierdził w odpowiedzi na odwołanie uznał, że wyjaśnienie to potwierdza spełnienie wymagań ponieważ nie zastrzegł w treści warunku, że wykazanie jego spełnienia nie może dotyczyć połączonych instalacji modułowych, gdzie obie pompy pracują w układzie połączonym technicznie tworząc jedno urządzenie obsługujące tylko jedną instalację. W takich instalacjach nie ma fizycznego rozdziału pracy obu połączonych pomp na dwie instalacje. Kolokwialnie rzecz ujmując instalacja modułowa w takim przypadku pracuje jak układ dwóch połączonych baterii o mniejszych mocach zamiast jednej baterii o mocy większej spełniając założenia zasilania tej samej instalacji większą mocą niż każda z pomp posiada odrębnie (w przedstawionym powyżej zakresie. Izba podała informacje za odpowiedzią na odwołanie – w ramach której Zamawiający upublicznił przedstawione powyżej dane).

Odpowiednie, tj. dotyczące tej inwestycji materiały przedstawione na rozprawie przez Odwołującego także potwierdzają tą okoliczność (załączono pismo z 13.05.2015 r.).

Odnosnie A. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Wykonawstwa Instalacji Sanitarnych i CO A. S. Wykonawca wraz z ofertą przedstawił wykaz - załącznik nr 6 do SIWZ (str. 5 oferty) w którym wskazał inwestycję wykonaną dla Gminy Zawady. Do wykazu załączył referencję z dnia 19 marca 2013 r. potwierdzającą montaż pompy ciepła o mocy 240 kW (str. 6 oferty). Wykonawca ten również został wezwany do złożeniu wyjaśnień pismem z dnia 13.05.2015 r. w odpowiedzi na które to wezwanie oświadczył (pismem z 14.04.2015 r.) wykonanie w ramach układu pomp jednej o mocy 120 kW dla potrzeb ogrzewania ciepłej wody użytkowej. Załączył także schemat technologiczny potwierdzający jego wyjaśnienia. Odpowiednie, tj. dotyczące tej inwestycji materiały przedstawione na rozprawie przez Odwołującego także potwierdzają tą okoliczność, w tym

ten sam schemat technologiczny.

W zakresie drugiej grupy zarzutów, Izba podnosi, że wszystkie zarzuty oparte są na założeniu, że oferty wszystkich zakwestionowanych Wykonawców nie spełniają wymogu w zakresie osiągnięcia rocznego uzysku ciepła z pompy min. 2 650,00 GJ/rok. Należy zauważyć, tak jak wskazywał Zamawiający, że w odróżnieniu od parametrów technicznych dotyczących kolektorów słonecznych, dane techniczne dotyczące pompy ciepła nie zawierają żadnego narzędzia wiążącej weryfikacji. Jednakże kluczowym jest, że wymóg powyższy został obłożony obostrzeniem zawartym w § 5 ust. 12 wzoru umowy. Wynika z niego, że skoro - w wypadku jego niedotrzymania, Wykonawcy grozi kara finansowa w postaci kary umownej (§ 11 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy), to - nie był on wymogiem, którego nie osiągnięcie skutkuje odrzuceniem oferty. Jednocześnie należy zauważyć, że jeśli istniały dwa obowiązujące dokumenty w postępowaniu, tj. dokumentacja projektowa do postępowania oraz załącznik nr 5a do SIWZ, to w takiej sytuacji wobec ewidentnej sprzeczności tych dokumentów przetargowych – obowiązująca na etapie składania oferta była wartość względniejsza, tj. 2550 GJ/rok.

Izba dodatkowo wskazuje, że obie strony przedstawiły na posiedzeniu i rozprawie (Zamawiający razem z odpowiedzią na odwołanie) opinie prywatne, które ze względu na ich charakter są uznawane w orzecznictwie sądów powszechnych jako stanowisko stron. Nadto, w znacznej części operują danymi rzeczywistymi uzyskanymi na potrzeby przedmiotowego postępowania odwoławczego, które nie były udostępnione w postępowaniu przetargowym, albowiem obowiązującym był zał. Nr 5 do SIWZ obejmujący dokumentację projektową bazującą na przyjętych przez projektanta określonych założeniach wynikających względem pompy ciepła z pkt 3.1 oraz pkt 12.1 opisu technicznego w projekcie budowlanym branża sanitarna.

Nie zmienia, to jednakże wcześniejszego stanowiska Izby w tym zakresie, ma to jedynie na celu przedstawienie mankamentów złożonych opinii w kontekście danych, na jakich oparte miały być złożone oferty. Zał. nr 5a do SIWZ nie przedstawiał szczegółowo sposobu obliczenia rocznego uzysku ciepła z pompy - upatrując w profesjonalnym charakterze Wykonawców dostatecznej gwarancji rzetelności złożonych ofert i przyjętej jako zabezpieczenie kary finansowej. W żadnym jednak wypadku z SIWZ nie wynika sankcja odrzucenia w wypadku jego nie dotrzymania, a jedynie kara finansowa. Nie wynika ona z odpowiedzi na pytanie nr 18 – pismo z 02.04.2015 r. Należało jedynie złożyć wypełniony w zakresie pompy ciepła stosowny zał. nr 5a do SIWZ z założonymi parametrami minimalnymi.

Przy czym, w konsekwencji założoną wielkość roczną nie można traktować jako minimalny wymóg, skoro dopuszczalne było de facto zaoferowanie innej wielkości, a jedyną sankcją za to była kara umowna na etapie realizacji.

W konsekwencji powyższej argumentacji - niezasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust.1 Pzp oraz pozostałe zarzuty sformułowane w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący :

.....