

Sygn. akt: KIO 2683/13

WYROK
z dnia 6 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 grudnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 listopada 2013 r. przez **SOLVER Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Busko-Zdrój**

przy udziale wykonawców:

1. **Eco-Team Sp. z o.o. Sp. k.** z siedzibą w Częstochowie,
2. **P..... M..... i W..... Ś..... Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe „WIKTOR” sp. j.** z siedzibą w Radomsku,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę punktu 11.1 załącznika nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez wykreślenie wymogu dotyczącego minimalnej temperatury stagnacji kolektora słonecznego;**
2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Busko-Zdrój** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Gminy Busko-Zdrój** na rzecz **SOLVER Sp. z o.o.** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą

uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Busko-Zdrój – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zaprojektowanie i wykonanie instalacji solarnych na budynkach użyteczności publicznej i domach prywatnych w gminach powiatu buskiego i pińczowskiego wraz z wykonaniem systemu monitorującego, szkoleniami przyszłych użytkowników oraz modelową instalacją solarną jako element promocji projektu - Kontrakt nr 1 - Instalacja kolektorów słonecznych w ramach projektu pn. „Instalacja systemów energii odnawialnej na budynkach użyteczności publicznej i domach prywatnych w gminach powiatu buskiego i pińczowskiego”.*

W dniu 19 listopada 2013 r. wykonawca Solver Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 30 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w pkt 11.1. programu funkcjonalno-użytkowego Zamawiający określił podstawowe wymagania dotyczące parametrów kolektora poprzez ustalenie wymaganej temperatury stagnacji badanej zgodnie z normą PN-EN 12975 na poziomie minimum 200°C. Takie żądanie ogranicza bez żadnego uzasadnienia funkcjonalnego, czy jakościowego możliwość zastosowania lepszych jakościowo kolektorów słonecznych, ograniczając bez faktycznego uzasadnienia konkurencję w postępowaniu poprzez uniemożliwienie złożenia ofert z zastosowaniem najbardziej zaawansowanych technicznie kolektorów, które charakteryzują się lepszymi nawet niż żądane przez Zamawiającego parametrami technicznymi.

Odwołujący podniósł, że w zakresie porównywania temperatury stagnacji kolektorów słonecznych jest zależność, że im niższa temperatura stagnacji, czyli temperatura maksymalna do jakiej może się nagrzać kolektor bez odbioru ciepła, tym lepiej dla wszystkich materiałów zastosowanych przy produkcji kolektora, a więc i dla całego urządzenia. Ograniczenie wprowadzone przez Zamawiającego prowadzi do preferowania urządzeń gorszej jakości i ograniczenia dostępu urządzeń o wyższej jakości.

Odwołujący wyjaśnił, iż norma PN-EN 12975-2 definiuje temperaturę stagnacji, jako temperaturę, która występuje, kiedy ciepło użyteczne nie jest odbierane z kolektora, gdy równocześnie występuje wysokie promieniowanie słoneczne i temperatura otoczenia. W normie PN-EN 12975-1 określono warunki klimatyczne, przy których należy wyznaczyć

temperaturę stagnacji kolektora, tj.: natężenie promieniowania pól sferycznego na płaszczyznę kolektora $1\ 000\ \text{W/m}^2$, temperatura powietrza otaczającego $30\ ^\circ\text{C}$. Obliczoną temperaturę stagnacji wykorzystuje się do wyznaczenia temperatury pomiarowej w celu zbadania ciśnienia wewnętrznego kolektorów z absorberami organicznymi oraz zbadania odporności na wysoką temperaturę, stosując obieg z gorącym płynem.

W związku z powyższym Odwołujący podniósł, że im niższa temperatura stagnacji, czyli temperatura maksymalna do jakiej może się nagrzać kolektor bez odbioru ciepła, tym lepiej dla kolektora i systemu solarnego. Również absorber, czyli najważniejszy element w kolektorze, posiada określoną najwyższą temperaturę stagnacji przy której zachowuje swoje właściwości i trwałość, więc im mniejsza temperatura na jaką jest narażony podczas braku pracy instalacji solarnej i braku odbioru ciepła, tym mniejsze obciążenie dla absorbera i innych materiałów użytych do produkcji kolektora oraz dłuższy okres ich żywotności, co znacząco wpływa na dłuższą żywotność całego systemu solarnego, a co za tym idzie pozwala osiągnąć większe zyski dla użytkownika.

Odwołujący wskazał, że temperatura stagnacji nie jest wykorzystywana w obliczeniach punktu 6 normy EN 12975-2 „Badanie charakterystyki cieplnej kolektorów cieczowych”, nie ma zatem bezpośredniego związku pomiędzy temperaturą stagnacji, a uzyskiem energetycznym kolektora, a zatem funkcjonalnym wymogiem kolektora, niezbędnym do osiągnięcia przez urządzenie. Odporność kolektora słonecznego na temperaturę określa maksymalna temperatura pracy i to właśnie ten parametr świadczy o jakości materiałów wykorzystanych do budowy kolektora, w tym o ich odporności na wysoką temperaturę. Temperatura stagnacji nie świadczy o odporności na temperaturę oraz o jakości kolektora. Maksymalna temperatura pracy zawsze musi być wyższa od temperatury stagnacji, w przeciwnym przypadku dojdzie do zniszczenia kolektora.

Odnosząc się do wskazań w zakresie wymogów dotyczących kolektorów słonecznych zawartych w Polskich Normach należy - zdaniem Odwołującego - dojść do wniosku, że Zamawiający w sposób nieuzasadniony i nieuprawniony rozszerzył opis przedmiotu zamówienia, wychodząc poza wymogi określone w Polskich Normach, poprzez wskazanie wymaganych parametrów nie mających znaczenia dla funkcjonalności przedmiotu zamówienia. W ocenie odwołującego parametr "temperatura stagnacji" nie powinien być w ogóle brany pod uwagę w ramach oceny sprzętu, z uwagi na brak przełożenia tego parametru na pracę kolektora, poza takim przełożeniem (jak wskazano w odwołaniu), że im wyższa temperatura stagnacji, tym mniejsza może okazać się jego żywotność. Odwołujący podkreślił, że producenci kolektorów wymagają, w przypadku nawet niezbyt długiego braku odbioru ciepła, zakrywanie kolektorów słonecznych, gdyż obawiają się, że temperatura kolektora podczas braku pracy instalacji solarnej i braku odbioru ciepła przekroczy

temperaturę maksymalną, co może uszkodzić nieodwracalnie kolektor. Biorąc pod uwagę efektywność i żywotność instalacji solarnej, kolektory słoneczne powinny charakteryzować się jak najwyższym uzyskiem energetycznym oraz niską temperaturą stagnacji. Stawianie wymogu temperatury stagnacji minimum 200°C nie jest uzasadnione ani ze względu na większe uzyski kolektora, ani ze względów bezpieczeństwa instalacji, a wręcz pogarsza to jego trwałość i wpływa znacząco na skrócenie jej żywotności.

Dodatkowo Odwołujący zaznaczył, że maksymalna temperatura pracy instalacji solarnej wynosi ok. 120°C, wtedy sterownik zablokuje pompę solarną, gdyż wysoka temperatura mogłaby uszkodzić zasobnik. Sterownik uruchamia pompę, gdy temperatura na kolektorze spadnie poniżej wspomnianych 120°C. Można zauważyć, że im niższa temperatura na jaką ogrzeje się kolektor ponad 120°C, tym szybciej schłodzi się i wróci do poprawnej pracy i będzie wykorzystywał ciepło z kolektorów podczas gdy kolektory i dużą temperaturą stagnacji będą potrzebowały znacząco więcej czasu, aby schłodziły się do temperatury prac. Podsumowując, uzyskanie wysokiej temperatury stagnacji powyżej 200°C powoduje spadek żywotności materiałów, z których zbudowana jest instalacja. Dodatkowo pogorszeniu ulegają właściwości glikolu, negatywnie oddziałując na jakość przewodzenia ciepła. W rezultacie takie instalacje cechują się krótszą żywotnością, a zachodząca konieczność wymiany poszczególnych materiałów podzespołów ulegających degradacji wiąże się ze wzrostem kosztów co przyczynia się do pogorszenia efektu ekologicznego i ekonomicznego inwestycji, które powinny być głównym wyznacznikiem osiągnięcia zamierzonego celu Zamawiającego działającego w interesie publicznym.

Ponadto Odwołujący podniósł, że Zamawiający ograniczył konkurencyjność w niniejszym postępowaniu poprzez wskazanie konkretnych rozwiązań w zakresie oferowanego sprzętu, nie dopuszczając jednocześnie istniejących na rynku rozwiązań równoważnych, lepszych jakościowo niż te wskazane w dokumentacji przetargowej. W pkt 11.1. PFU Zamawiający wymaga, by rama obudowy kolektora była aluminiowa, malowana proszkowo. Taki wymóg - zdaniem Odwołującego - nie znajduje żadnego uzasadnienia w funkcjonalności przedmiotu zamówienia, a jednocześnie uniemożliwia zastosowanie rozwiązań lepszych jakościowo, a oferowanych przez innych producentów. Jeśli Zamawiający opisał konkretnie wymóg winien był dopuścić rozwiązania równoważne, zwłaszcza jeśli takie istnieją na rynku. Nie można mówić o dopuszczeniu rozwiązań równoważnych, gdy Zamawiający zobowiązuje wykonawcę do uzgodnienia zamiany w formie pisemnej z Instytucją Zarządzającą i dalej uzyskania zgody na zastosowanie urządzeń i materiałów zamiennych wydaną w formie pisemnej przez projektanta. Zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp opis przedmiotu zamówienia winien dopuścić rozwiązania równoważne bez uzyskiwania przez wykonawców zgody od Instytucji Zarządzającej.

Zamawiający stosując powyższy zapis naruszył zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców, powodując możliwość złożenia oferty z urządzeniami o gorszych parametrach, a uniemożliwiając zastosowanie lepszych jakościowo urządzeń.

W podsumowaniu Odwołujący stwierdził, że dla prawidłowego i zgodnego z prawem sformułowania opisu przedmiotu zamówienia niezbędne jest wykreślenie wymogu dotyczącego temperatury stagnacji z SIWZ, albowiem wymóg ten w żaden sposób nie przekłada się faktycznie na funkcjonalność kolektorów, ewentualnie mając na uwadze interes Zamawiającego w zastosowaniu urządzeń o najwyższej jakości wpisanie parametru w sposób „temperatura stagnacji o wartości maksymalnej 170°C”, aby z jednej strony zapewnić dostęp do zamówienia wykonawcom oferującym bardziej zaawansowane technologicznie kolektory, a z drugiej strony zapewnić instalowanym kolektorom i instalacjom solarnym większą żywotność, oraz dopuszczenie rozwiązań równoważnych w zakresie ramy obudowy kolektora, w szczególności dopuszczenie możliwości zaoferowania anodowej ramy obudowy kolektora.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ, poprzez:

- wykreślenie parametru dotyczącego temperatury stagnacji i określenia jej wysokości na poziomie min. 200 °C, alternatywnie o jego zmianę poprzez określenie dopuszczalnej temperatury stagnacji na poziomie maksymalnym 170°C, jako korzystniejszej dla Zamawiającego i dopuszczającej do postępowania wykonawców oferujących bardziej zaawansowane technologicznie rozwiązania,
- dopuszczenie możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych tym, które Zamawiający opisał podając konkretne rozwiązania lub konkretnych producentów, w tym w szczególności dopuszczenie możliwości zaoferowania ramy obudowy kolektora anodowej.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie i przedstawione dowody, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niemożności udziału w postępowaniu, a w konsekwencji niezyskaniu zamówienia.

W związku ze złożeniem przez Odwołującego podczas posiedzenia oświadczenia o wycofaniu zarzutu dotyczącego wskazania w SIWZ konkretnych rozwiązań dotyczących obudowy kolektora, Izba nie rozpoznała merytorycznie tego zarzutu.

Izba ustaliła, że Zamawiający w punkcie, 11.1 załącznika nr 9 do SIWZ (Program funkcjonalno-użytkowy), określił następujące wymagania dotyczące parametrów kolektorów słonecznych:

- 1) wielkość (wymagana minimalna powierzchnia absorbera) $1,8\text{m}^2$,
- 2) parametry pokrycia absorbera:
 - minimalny współczynnik absorpcji $95\% \pm 2\%$
 - maksymalny współczynnik emisji $5\% \pm 2\%$
- 3) temperatura stagnacji badana zgodnie z normą PN-EN 12975 min. 200°C ,
- 4) sprawność (optyczna odniesiona do powierzchni apertury min. 80% ,
- 5) współczynnik strat ciepła:
 - maksymalny współczynnik strat ciepła liniowy (a_1) maks. $3,8\text{ W/m}^2\text{ K}$
 - maksymalny współczynnik strat ciepła kwadratowy (a_2) maks. $0,03\text{ W/m}^2\text{ K}^2$.

W ocenie Izby ustalenie przez Zamawiającego minimalnej temperatury stagnacji na poziomie 200°C stanowiło naruszenie przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z powyższym przepisem przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oczywistym jest, że nie oznacza to konieczności dokonania takiego opisu przedmiotu zamówienia, który da możliwość udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danej branży. Opis ten musi odpowiadać uzasadnionym potrzebom zamawiającego, pozwalając uzyskać przedmiot zamówienia, który będzie zgodny pod względem jakości i funkcjonalności z oczekiwaniami zamawiającego. Konieczność zapewnienia jak największej konkurencji, poprzez umożliwienie otrzymania zamówienia nieograniczonemu kręgowi wykonawców nie może bowiem prowadzić do sytuacji, w której zamawiający zmuszony jest nabyć dostawy, usługi lub roboty budowlane nieprzydatne, niespełniające jego obiektywnie uzasadnionych oczekiwań. Innymi słowy, zamawiający ma pełne prawo tak opisać przedmiot zamówienia, aby zapewnić jak najlepszą realizację swoich potrzeb. Nie jest to jednak prawo nieograniczone. Swoboda zamawiającego w tym zakresie nie może bowiem w sposób nieuzasadniony zawężać kręgu wykonawców, którzy mogą wykonać przedmiot zamówienia. Zatem oceniając opis przedmiotu zamówienia pod kątem zgodności z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp należy ustalić, czemu służą jego poszczególne elementy - czy są one uzasadnione

istotą i celem zamówienia, czy też, nie służąc żadnym obiektywnie uzasadnionym potrzebom, zawężają krąg wykonawców mogących zamówienie wykonać.

Nie ma wątpliwości, że w przedmiotowym postępowaniu określenie parametru kolektora dotyczącego minimalnej temperatury stagnacji na poziomie 200°C uniemożliwia ubieganie się o udzielenie zamówienia tym wykonawcom, którzy oferują kolektory o niższej temperaturze stagnacji. Nie ma przy tym znaczenia podnoszony przez Zamawiającego fakt, że na rynku działa wielu wykonawców będących w stanie ww. wymaganie spełnić. Nieuzasadnione ograniczenie konkurencji może mieć bowiem miejsce nie tylko w sytuacji, gdy krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie zostaje ograniczony do jednego czy dwóch, ale również wtedy, gdy dopuszczając do postępowania wielu wykonawców, w sposób nieuzasadniony uniemożliwia się udział w nim równie dużej grupie.

Wobec powyższego, rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało dokonania oceny, czy tak określony wymóg znajduje uzasadnienie w usprawiedliwionych potrzebach Zamawiającego. Na tak postawione pytanie należy - zdaniem Izby - udzielić odpowiedzi negatywnej.

W ocenie Izby Zamawiający nie potrafił w sposób przekonujący uzasadnić konieczności określenia minimalnej temperatury stagnacji kolektora. Tymczasem Odwołujący wykazał, że wysoka temperatura stagnacji nie tylko nie poprawia jakości funkcjonalnej urządzenia, ale może też pogarszać warunki jego eksploatacji. Według informacji zawartych w przedłożonych przez Odwołującego ekspertyzach, *zbyt wysoka temperatura stagnacji może mieć ujemny wpływ na charakterystyki użytkowe układu w dłuższym okresie czasu. Im dłużej kolektor przebywa w warunkach wysokiej temperatury stagnacji, tym szybciej starzeje się absorber (maleje m.in. współczynnik jego absorpcji), a w rezultacie szybciej spada sprawność kolektora. Płyny solarne produkowane na bazie glikolu propylenowego w warunkach długo utrzymujących się temperatur powyżej 200 °C ulegają przyspieszonemu starzeniu się; im wyższa temperatura i im dłużej układ pozostaje w tych warunkach, tym krótszy czas żywotności glikolu, a tym samym płynu i układu solarnego* (ekspertyza dra hab. Inż. A..... C..... z Instytutu Maszyn Przepływowych Polskiej Akademii Nauk). Podobne tezy przedstawione zostały w przedłożonej przez Odwołującego opinii sporządzonej przez prof. dra hab. Inż. A..... S..... z Instytutu Techniki Ciepłej Politechniki Śląskiej. W opinii stwierdza się m.in., że *im wyższa temperatura stagnacji, tym krótsza żywotność samego kolektora, jak i niektórych innych elementów instalacji. (...) w przypadku dłuższych okresów stagnacji, temperatura stagnacji kolektora będzie odgrywała znaczną rolę. Z tego względu należy uznać, że korzystne są niskie wartości temperatury stagnacji.* Analogiczne wnioski wynikają z przedstawionej przez Odwołującego ekspertyzy pn. *Badanie wytrzymałości absorbera na wysoką temperaturę* (dr inż. T..... Ł.....). Ponadto, co przyznał

Zamawiający, temperatury stagnacji nie narzuca norma PN-EN 12975, do której odwołują się postanowienia specyfikacji, co oznacza, że Zamawiający rozszerzył - w stosunku do tej normy - wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia.

Zamawiający natomiast nie przedstawił żadnego dowodu przeciwnego w stosunku do dowodów przedłożonych przez Odwołującego, a jego wyjaśnienia nie uzasadniały w sposób logiczny konieczności utrzymania spornego wymogu. Z twierdzeń Zamawiającego wynika, że parametr dotyczący temperatury stagnacji miałby zapewnić, że kolektory będą wykonane z lepszych materiałów. Tymczasem rodzaj materiałów, z których ma być wykonany kolektor został w specyfikacji odrębnie określony. W punkcie 11.1 załącznika nr 9 do SIWZ Zamawiający wskazał wymagania w tym zakresie: absorber słoneczny wykonany z miedzi dobrze przewodzącej ciepło, pokryty substancjami tworzącymi jego powłokę, takimi jak wysokoselektywna warstwa związków tytanu napyłana w próżni metodą elektrostatyczną, szyba solarna ze szkła hartowanego zwiększonej przenikalności promieni UV, odpornego na zmiany temperatury oraz odpornego na gradobicie zgodnie z normą PN-EN 12150, sztywna konstrukcja wykonana przy zastosowaniu materiałów odpornych na korozję i promieniowanie UV z dodatkową powłoką lakierniczą, rama obudowy aluminiowa, malowana proszkowo lub - po zmianie SIWZ - anodowo.

Należy więc stwierdzić, że zapewnienie odpowiedniej jakości materiałów, z których wykonany jest kolektor, mogło nastąpić poprzez bezpośrednie wskazanie wymagań w tym zakresie (co Zamawiający uczynił). Ponadto, z przywołanej wyżej opinii eksperta z Politechniki Śląskiej wynika, że temperatury stagnacji nie należy wiązać z jakością wykonania kolektora. *Narażenie na wyższe temperatury rodzi konieczność stosowania droższych rozwiązań, ale nie znaczy to, że będą to rozwiązania trwalsze. Kolektor o niższym poziomie t_{stag} w trakcie eksploatacji nie będzie narażony na wyższe temperatury, nie ma więc konieczności stosowania materiałów odpornych na wyższe niż t_{stag} temperatury. Ze względu na ograniczoną ofertę rynkową niektórych podzespołów często kolektory wykonane są z tych samych materiałów niezależnie od temperatury stagnacji.*

Zamawiający nie przedstawił innych, nawet niepopartych dowodami wyjaśnień na temat przyczyn, dla których wysoka temperatura stagnacji ma, jego zdaniem, znaczenie. W związku z tym brak było podstaw do uznania, że określenie spornego parametru było usprawiedliwione obiektywnymi potrzebami. W konsekwencji opis przedmiotu zamówienia prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu wykonawców mogących je zrealizować, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku ze stwierdzeniem naruszenia przepisów ustawy Pzp, które to naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, odwołanie - stosownie do art. 192 ust. 2 - zostało uwzględnione.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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).

Przewodniczący: