

Sygn. akt: KIO 2338/12

WYROK

z dnia 9 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2012 r. przez wykonawcę **J..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Agregaty PexPool Plus J..... K..... z siedzibą w Dębicy**

w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Wsparcia Teleinformatycznego i Dowodzenia Marynarki Wojennej RP w Wejherowie**

przy udziale wykonawcy **Delta Power sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę **Delta Power sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niezgodnej z treścią SIWZ,
2. kosztami postępowania obciąża **Centrum Wsparcia Teleinformatycznego i Dowodzenia Marynarki Wojennej RP w Wejherowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **J..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Agregaty PexPool Plus J..... K..... z siedzibą w Dębicy** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Centrum Wsparcia Teleinformatycznego i Dowodzenia Marynarki Wojennej RP w Wejherowie** na rzecz **J..... K....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Agregaty PexPool Plus J..... K..... z siedzibą w Dębicy** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset 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 2010 r. 113, poz. 759 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Wsparcia Teleinformatycznego i Dowodzenia Marynarki Wojennej RP w Wejherowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa zespołów spalinowo-elektrycznych średniej mocy”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 sierpnia 2012 r., nr 2012/S 155-258933.

W dniu 16 października 2012 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu wykonawcę J..... K....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Agregaty PexPool Plus J..... K..... z siedzibą w Dębicy, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Delta Power sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec czynności zamawiającego, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego, a także wobec zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, odwołujący wniósł w dniu 26 października 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez błędne zastosowanie tego przepisu, w następstwie czego zamawiający nie odrzucił oferty przystępującego pomimo jej sprzeczności ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”). Sprzeczność oferty przystępującego z SIWZ miała wynikać z niespełnienia przez oferowany towar wymagań SIWZ w zakresie:

- a) określonym w pkt. 2.4.1. i pkt. 2.4.2. załącznika nr 4 do SIWZ — zaoferowany przez przystępującego towar nie spełnia wymogu nieuszkodzalności i trwałości pracy agregatu z uwagi na niezgodny ze sztuką i obowiązującymi normami dobór istotnych elementów przedmiotu zamówienia wpływających na generowaną moc i niezawodność urządzenia;
- b) określonym w pkt. 2.3.2 i pkt. 2.2.5 załącznika nr 4 do SIWZ - zaoferowany przez przystępującego towar nie spełnia wymagań dotyczących oddziaływań klimatycznych - zaoferowany przez przystępującego towar, z uwagi na pojemność i rodzaj przewidzianej baterii, nie spełnia wymogu możliwości rozruchu zespołów spalinowo-elektrycznych w żądanym zakresie temperatur ujemnych;
- c) określonym w pkt. 2.1.4 i pkt. 6.2 załącznika nr 4 do SIWZ - podane przez przystępującego parametry zużycia paliwa dla silnika, który ma się znaleźć na

wyposażaniu zespołów spalinowo-elektrycznych, są różne (niezgodne) względem parametrów podanych dla tego typu silnika przez producenta, a ponadto, parametry tego silnika nie spełniają wymaganego minimalnego czasu pracy ze zbiornika paliwa, który powinien wynosić 24h bez jego uzupełniania przy 100% obciążeniu;

2) przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędne zastosowanie tych przepisów, w następstwie czego zamawiający nie odrzucił oferty przystępującego pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z pominięciem oferty przystępującego.

Zarzut 1a

W uzasadnieniu zarzutu 1a odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt. 2.4.2. załącznika nr 4 do SIWZ wymóg trwałości pracy ZSE zakłada zapewnienie prawidłowej pracy ciągłej ZSE przy mocy nie niższej niż 65 kVA /52 kW.

Zaoferowany przez przystępującego ZSE nie spełnia powyższych wymogów. Z załączonej do oferty przystępującego karty katalogowej wynika bowiem, że:

- 1) deklarowana moc znamionowa ZSE wynosi 80 kVA / 64Kw + 10% przy prądzie znamionowym 116A i prądnicą 3xln przekracza wydajność prądową zastosowanego układu SZR na stycznikach ABB typ A75 o prądzie znamionowym 75A (AC-3);
- 2) wymagana minimalna moc ZSE określona w załączniku nr 4 do SIWZ 65 kVA/ 52kW + 10% przy prądzie znamionowym 95A nie może być generowana w sposób bezpieczny i bezawaryjny poprzez układ SZR na stycznikach ABB typ A75 o prądzie znamionowym 75A (AC-3).

Dla urządzeń przełączających wg normy PN-IEC 60364-5-537:1999 pkt. 537.5.1 przy doborze aparatury do łączy funkcjonalnych nakazuje się stosowania najcięższych kategorii użytkowania tj. (AC-3). Oznacza to, że zastosowane styczniki A75 firmy ABB w tym trybie nadają się do przeniesienia mocy nie wyższej niż 50 kVA / 40 kW bez ryzyka ich uszkodzenia, co nie odpowiada wymaganiom pkt. 2.4.2 załącznika nr 4 do SIWZ w zakresie minimalnej mocy która powinna być generowana i wydatkowana.

Zgodnie z pkt. 2.4.1. załącznika nr 4 do SIWZ, wymóg nieuszkodzalności ZSE zakłada czas pracy ZSE do naprawy głównej nie mniejszy niż 20 000 mth.

Zastosowane styczniki firmy ABB typ A75 - o prądzie znamionowym 75A (AC-3) dostosowane jedynie do mocy 50 kVA / 40kW nie będą pracowały poprawnie (bezawaryjnie)

w stanie przeciążenia mocą 65 kVA / 52 kW +10% a tym bardziej oferowaną mocą 80 kVA/ 65 kW + 10% przez czas 20 000 mth przewidziany do naprawy głównej.

Zarzut 1b

W uzasadnieniu zarzutu 1b odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt. 2.3.2. załącznika nr 4 do SIWZ, zespoły powinny być przystosowane do pracy w zakresie temperatur -30°C (graniczna -45°C) i +50°C (graniczna +65°C) oraz zgodnie z pkt. 2.2.5. załącznika nr 4 do SIWZ powinny być wyposażone w baterię o dużej pojemności.

Wywodził, że spełnienie warunku 2.3.2 załącznika nr 4 do SIWZ wymaga zastosowania specjalnych systemów wspomaganie rozruchu w niskich temperaturach oraz bardzo kosztownych urządzeń wentylacyjnych i grzewczych. W karcie katalogowej agregatu JD80M Visa, podany jest co najmniej jeden element, który zaprzecza zdolności rozruchu oferowanego agregatu przy temperaturze -30 stopni C oraz granicznej - 45 stopnia C. Wg tabeli wyposażenia silnika o mocy 72 kW zastosowano akumulator o pojemności zaledwie 100Ah, co wyklucza rozruch w żądanym zakresie temperatur ujemnych.

Producent silnika John Deere 4045TF258 (załączona karta katalogowa) podaje, iż prąd rozruchu z akumulatora 12V przy temp. -30 °C dla prawidłowego rozruchu wynosi aż 1000A. Wiodący producenci akumulatorów o pojemności 100Ah nie zapewniają prądu rozruchowego na poziomie 1000A przy znaczącym spadku sprawności w temp. -30 °C (graniczna -45°C). Według danych producenta silnika, pierwsza i tym bardziej każda kolejna próba rozruchu z akumulatora 100Ah w zakresie temperatur -30°C (graniczna -45°C) zakończy się niepowodzeniem.

Dla zapewnienia prawidłowego rozruchu w pkt. 2.2.5 warunków technicznych Zamawiający wymagał zastosowania baterii o dużej pojemności. Dobrany akumulator zaledwie 100Ah dla przemysłowego, wysokoprężnego silnika oraz granicznych ujemnych temperatur - nie spełnia tego wymagania.

Zarzut 1c

W uzasadnieniu zarzutu 1c, odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt. 2.1.4. załącznika nr 4 do SIWZ zastosowany silnik wysokoprężny powinien mieć zużycie paliwa na jednostkę pracy zgodne z parametrami oferowanymi przez producenta. Ponadto, zgodnie z pkt. 6.2. załącznika nr 4 do SIWZ pojemność zbiornika powinna być tak dobrana, aby został spełniony warunek 24 godzinnej pracy bez uzupełniania paliwa przy 100% obciążenia. Nieprawidłowość w ofercie przystępującego polega na znacznych rozbieżnościach poziomu spalania dla silnika John Deere 4045TF258 podanego w ofercie względem oficjalnych danych publikowanych przez producenta tegoż silnika jak wymaga zapis pkt 2.1.4 załącznika nr 4 do SIWZ. Z uwagi na wymóg minimalnego czasu pracy agregatu z pełnego zbiornika

paliwa istotny staje się parametr poziomu spalania przy 100% obciążenia. W ofercie przystępującego podane zużycie wynosi 19,5 l/h a według danych producenta silnika (dołączona karta katalogowa) spalanie to wynosi 23,3 l/h. Porównanie pełnej skali spalania dla wartości obciążenia 25%, 50% 75% i 100% daje podstawę twierdzenia, iż firma Delta Power błędnie podała zużycie dla innego silnika firmy John Deere z tej samej serii i o tej samej mocy, którego nie oferowała a mianowicie z modelu 4045TF250 (dołączona karta katalogowa dla porównania i weryfikacji).

Agregat prądotwórczy w ofercie przystępującego z silnikiem John Deere 4045TF258 według danych technicznych producenta silnika (dołączona karta techniczna) spala 23,3 l/h przy 100% obciążenia i jednocześnie nie spełnia wymagania pkt. 6.2 Załącznika nr 4 do SIWZ w zakresie niezbędnej 24 godzinnej pracy z pełnego zbiornika. Wielkość zbiornika paliwa dla oferowanego agregatu wg prostej kalkulacji powinna wynosić minimalnie $23,3 \text{ l} \times 24 \text{ h} = 559,2 \text{ l}$. Natomiast pojemność podana w ofercie jest mniejsza i wynosi jedynie 490 l, co nie spełnia określonego wymagania w zakresie pracy przez 24 godziny bez konieczności uzupełniania paliwa.

Zarzut 2

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp odwołujący odniósł się do wyjaśnień złożonych w toku badania i oceny ofert przez przystępującego.

Wywiódł, że ma rację przystępujący podnosząc, iż istotna różnica pomiędzy oszacowaną wartością zamówienia a złożoną przez wykonawcę ofertą nie jest wystarczającą przesłanką do uznania ceny za rażąco niską. Niemniej, taka istotna różnica powoduje, iż na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania i udowodnienia, iż pomimo tej różnicy zaofferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W ocenie składającego odwołanie, przystępujący nie wykazał oraz nie udowodnił tego faktu.

Odwołujący wskazał, że przywołane przez przystępującego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, w których wybrana oferta zawierała istotnie niższą cenę od wartości oszacowanej przez zamawiających, z cywilnoprawnego punktu widzenia, nie stanowi dowodu na okoliczność tego, że w postępowaniach tych nie została wybrana oferta zawierająca rażąco niskiej ceny i że cena zaofferowana przez przystępującego nie jest ceną rażąco niską. Wszystkie powołane przez przystępującego postępowania i złożone w nich ceny stanowią wyjątek od poziomu cen składanych w licznych innych postępowaniach.

W oparciu o ceny zaofferowane w innych przywołanych przez przystępującego postępowaniach nie można stwierdzić, że cena zaofferowana przez przystępującego nie jest ceną rażąco niską. Na wysokość ceny mają bowiem wpływ warunki realizacji zamówienia indywidualnie określone przez zamawiających (np. okres i warunki gwarancji, parametry

urządzeń). Przystępujący nie dokonał analizy tych warunków pod kątem wykazania i udowodnienia, że są one zbieżne z warunkami postawionym przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym porównanie cen z innych postępowań z ceną zaoferowaną przez przystępującego nie stanowi dowodu na okoliczność tego, że cena ta nie jest rażąco niska.

Odwołujący podniósł także, że za nic nie wnoszące i nieudowodnione należy uznać wyjaśnienia, w których przystępujący powołuje się w sposób bardzo ogólny na tendencje kursowe Euro czy położenie własnych placówek. Co do pierwszego argumentu - w sposób oczywisty nic on nie wnosi. Zgodnie z powołanymi wyżej przepisami, przystępujący powinien był wyjaśnić i udowodnić wpływ zmian kursu na możliwość zaoferowania ceny (np. przedstawiając dowody zakupu urządzeń), czego nie uczynił. Podobnie, położenie placówek przystępującego w bliskim sąsiedztwie miejsca wykonania zamówienia nie uzasadnia różnicy w realizacji zamówienia na poziomie 55% czy nawet 35%.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu. Zarzucał on zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp zaniechał odrzucenia tej oferty, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania tej czynności, czego efektem może być wybór oferty

odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że zasługuje ono na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

- 1. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo sprzeczności treści tej oferty z pkt 2.4.1. i pkt. 2.4.2. załącznika nr 4 do SIWZ w zakresie wymogu nieuszkodzalności i trwałości pracy agregatu z uwagi na niezgodny ze sztuką i obowiązującymi normami dobór istotnych elementów przedmiotu zamówienia wpływających na generowaną moc i niezawodność urządzenia**

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest wysokowydajny zespół spalinowo elektryczny (ZSE), co wynika z pkt 1 załącznika nr 4 do SIWZ. Zgodnie z pkt 2.4.2. załącznika nr 4 do SIWZ [Wymagania dotyczące trwałości (zasób pracy)] *ZSE musi być przeznaczony do pracy ciągłej i zapewnić moc nie niższą niż 52 kW*. Nadto, stosownie do pkt 2.4.1. załącznika nr 4 do SIWZ (Wymagania dotyczące nieuszkodzalności) *Czas pracy do naprawy głównej nie mniej niż 20 000 mth*.

Przystępujący zaoferował agregat prądotwórczy typu JD 80M+. To urządzenie o mocy w trybie ciągłym 80 kVA i mocy ciągłej nie mniej niż 64 kW. W tabeli „panel przełączania źródła zasilania (SZR)” wskazano jako typ aparatu SZR – ABB A75.

(karta katalogowa agregatu JD 80M+, załączona do oferty przystępującego).

Dobór stycznika ABB A75 jest zgodny ze sztuką i obowiązującymi normami i nie wpływa na generowaną moc i niezawodność urządzenia.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nie potwierdził się w zebranych materiałach dowodowych.

Odwołujący w treści odwołania powołał się na normę PN-IEC 60364-5-537:1999. Z treści tej normy wywodził, że przy doborze aparatury do łączy funkcjonalnych nakazuje się stosowanie najcięższych kategorii użytkowania tj. (AC-3). Oznacza to, że zastosowane przez przystępującego styczniki A75 firmy ABB w tym trybie nadają się do przeniesienia mocy nie wyższej niż 50 kVA / 40 kW bez ryzyka ich uszkodzenia, co nie odpowiada wymaganiom pkt. 2.4.2 załącznika nr 4 do SIWZ w zakresie minimalnej mocy która powinna być generowana i wydatkowana. Konsekwencją tego założenia było również twierdzenie, że zastosowane styczniki firmy ABB typ A75 - o prądzie znamionowym 75A (AC-3) dostosowane jedynie do

mocy 50 kVA / 40kW nie będą pracowały poprawnie (bezawaryjnie) w stanie przeciążenia mocą 65 kVA / 52 kW +10% a tym bardziej oferowaną mocą 80 kVA/ 65 kW + 10% przez czas 20 000 mth przewidziany do naprawy głównej.

Z kolei zamawiający w treści odpowiedzi na odwołania powołał się na normę PN-ISO 8528-4. Na tę samą normę, wskazał w swym piśmie procesowym przystępujący. Wywodził, że przywołana przez niego norma dotyczy zespołów prądotwórczych prądu przemiennego napędzanych silnikiem spalinowym tłokowym (a więc odpowiadającej zakresowi przedmiotowi niniejszego zamówienia). Natomiast powołana przez odwołującego norma PN-IEC 60364-5-537:1999 jest normą odnoszącą się do urządzeń do odłączania izolacyjnego i łączenia w aparaturze rozdzielczej stosowanej w instalacjach elektrycznych w obiektach budowlanych. Zaś układ SZR stanowi część oferowanego produktu - ZSE, nie stanowi jednak części obiektu budowlanego. Podniósł, iż norma PN-ISO 8528-4 pkt 5.1 wyraźnie określa dobór aparatów łączeniowych pod kątem prądu a nie mocy i w kategorii użytkowania AC-1 a nie AC-3.

Izba oceniając stanowiska Stron i uczestnika postępowania stwierdziła, że żadna ze Stron, jak również uczestnik postępowania odwoławczego nie złożyli norm, na które się powołały. Treść normy nie jest przepisem prawa i – tak jak inna okoliczność faktyczna – winna zostać wykazana przez tę stronę, która się na jej brzmienie powołuje.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

Izba stwierdziła, że stosownie do art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp ciężar dowodu obciążał w niniejszej sprawie odwołującego. Zamawiający i przystępujący zaprzeczyli jakoby w zakresie doboru styczników miała mieć zastosowanie norma PN-IEC 60364-5-537:1999.

Zatem sporną okoliczność powinien udowodnić odwołujący. Odwołujący nie sprostął zaś spoczywającemu na nim obowiązku wykazania, że dla urządzeń przełączających wg normy PN-IEC 60364-5-537:1999 nakazuje się stosowanie najwyższych kategorii użytkowania, tj. AC3, a w konsekwencji, iż dobór przez przystępującego stycznika ABB typ A75 był sprzeczny z treścią tej normy.

Reasumując, wobec braku dowodu przeciwnego, dokonany przez przystępującego dobór elementów przedmiotu zamówienia wpływających na generowaną moc i niezawodność urządzenia, tj. styczników firmy ABB typ A 75 Izba uznaje za zgodny ze sztuką i obowiązującymi normami.

Izba nie uwzględniła przy wyrokowaniu załączonej przez odwołującego do odwołania prywatnej ekspertyzy Wojskowego Instytutu Techniki Inżynierskiej z 24.10.2012 r., gdyż została sporządzona w oparciu o kartę katalogową agregatu prądotwórczego VISA typu JD80 M (ekspertyza – załącznik do odwołania). Tymczasem jak wynikało z treści oferty przystępującego zaoferował on agregat prądotwórczy typu VISA JD 80M+ (karta katalogowa w ofercie przystępującego). Przedstawiona przez odwołującego ekspertyza techniczna nie dotyczyła zatem agregatu prądotwórczego zaoferowanego przez przystępującego.

Izba na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp postanowiła oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność czy zastosowany system automatycznego załączania rezerwy (SZR) wykonany na stycznikach firmy ABB typ A75 o prądzie znamionowym producenta 75A (AC3) nie jest odpowiedni dla przekazania mocy oferowanego agregatu 80 kVA / 64 kW + 10% o prądzie znamionowym 116A z prądnicą 3xIn, jak również nie jest odpowiedni do przeniesienia minimalnej mocy wymaganej w warunkach techniczno – eksploatacyjnych tj. 65 kVA / 52 kW + 10% o prądzie znamionowym 95A bez ryzyka uszkodzenia tego elementu, gdyż okoliczność ta nie wymagała wiadomości specjalnych.

Jak wynikało z twierdzeń odwołującego okoliczność, iż zaproponowane przez przystępującego styczniki A75 firmy ABB w trybie AC 3 nadają się do przeniesienia mocy nie wyższej niż 50 kVA / 40 kW bez ryzyka ich uszkodzenia wywodził on z treści normy PN-IEC 60364-5-537:1999. Okoliczność ta wymagała zatem złożenia Izbie treści odpowiedniej normy, czemu odwołujący nie sprostął.

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo sprzeczności treści tej oferty pkt 2.3.2 i pkt 2.2.5 załącznika nr 4 do SIWZ, gdyż zaoferowany przez przystępującego towar nie spełnia wymagań dotyczących oddziaływań klimatycznych - z uwagi na pojemność i rodzaj przewidzianej baterii, nie spełnia wymogu możliwości

rozruchu zespołów spalinowo-elektrycznych w żądanym zakresie temperatur ujemnych

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa wysokowydajnych zespołów spalinowo-elektrycznych (ZSE) o mocy 65 kVA zainstalowanych w kontenerach (*pkt 1 załącznika nr 4 do SIWZ*).

Stosownie do postanowienia 2.3.2. załącznika nr 4 do SIWZ zatytułowanego „Wymagania dotyczące oddziaływań klimatycznych” *Zespoły powinny być przystosowane do pracy w zakresie temperatur -30°C (graniczna -45°C) i +50°C (graniczna +65°C), Powinien posiadać zabezpieczenie czerpni i wyrzutni powietrza przed wpływem czynników atmosferycznych i zanieczyszczeniami.*

Natomiast zgodnie z pkt 2.2.5. załącznika nr 4 do SIWZ zatytułowanego „Wymagania dotyczące zasilania w energię elektryczną” zamawiający wymagał *Układu 12 lub 24 V z alternatorem i elektrycznym rozrusznikiem, baterią dużej pojemności oraz układem jej ładowania w trakcie pracy agregatu.*

Stosownie do pkt 2 załącznika nr 4 do SIWZ *Zamawiane ZSE muszą spełniać wymagania NO-61-A208 Zespoły prądotwórcze prądu przemiennego z silnikami spalinowymi. Wymagania ogólne i metody badań.*

Natomiast w myśl przywołanej normy obronnej NO-61-A208 i jej pkt 3.19 zatytułowanego „próba uruchomienia w temperaturze ujemnej” *próba polega na określeniu czasu nagrzewania – łącznie z czasem rozruchu urządzenia podgrzewającego – do osiągnięcia przez zespół prądotwórczy gotowości do obciążenia mocą znamionową. Badany zespół prądotwórczy – z akumulatorami, paliwem i olejem silnikowym – umieścić w komorze zimna i schłodzić do temperatury obniżonej według 2.1.13. Czas przetrzymywania zespołu prądotwórczego w komorze zimna powinien wynosić od 6 h do 12 h, w zależności od wielkości zespołu prądotwórczego. Następnie korzystając z urządzeń wspomagających rozruch podgrzewaczy, świec żarowych, płomieniowych itp. należy dokonać rozruchu i nagrzewać zespół prądotwórczy do chwili uzyskania znamionowych obrotów (częstotliwości) i napięcia. Wynik próby należy uznać za pozytywny, jeżeli zespół prądotwórczy dał się uruchomić w czasie nie dłuższym niż określonym w 2.1.13.2, a wskazania przyrządów pomiarowych tablicy rozdzielczej podczas pracy na biegu jałowym i pod obciążeniem są prawidłowe.*

(norma obronna, złożona w trakcie rozprawy przez odwołującego)

Ustalono nadto, że przed upływem terminu składania ofert przystępujący skierował do zamawiającego wniosek o wyjaśnienie SIWZ dot. pkt 2.3.2. załącznika nr 4 do SIWZ o treści: *Zamawiający dopuszcza dostawę standardowych agregatów prądotwórczych, posadowionych w kontenerach umożliwiających zewnętrzną instalację, przystosowanych do pracy w podanym zakresie temperatur od -30 st. C do +50 st. C? Wymóg poszerzonego zakresu temperatur dla pracy agregatów prądotwórczych do wskazanych wartości granicznych wymaga zastosowania wielu dodatkowych, specjalnych opcji znacząco wpływających na koszt urządzeń.*

W odpowiedzi na tak sformułowany wniosek zamawiający udzielił wyjaśnienia, w którym wskazał, iż „wymaga spełnienia SIWZ”.

Przystępujący zaoferował agregat prądotwórczy typu JD 80M+. Zgodnie z kartą katalogową dołączoną do oferty przystępującego zamierzał on zastosować akumulator o pojemności 100 Ah. W świetle danych oferowanego przez przystępującego silnika John Deere 4045TF258, prąd obrotu rozrusznika przy systemie 12 V i temp. – 30 stopni Celsjusza wynosi 1000 amperów.

(karta katalogowa silnika, dołączona do odwołania).

Zastosowany akumulator o pojemności 100 Ah nie jest w stanie zapewnić rozruchu silnika John Deere 4045TF258 w temp. -30 (graniczna -45 stopni Celsjusza). Akumulator o pojemności 100 Ah zapewni rozruch silnika w temperaturze +5°C do +30°C, panującej wewnątrz kontenera

(okoliczność niesporna).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym. Odwołujący w treści odwołania wywodził, iż znajdujący się na wyposażeniu oferowanego przez przystępującego zespołu spalinowo-elektrycznego akumulator o pojemności 100 Ah nie zapewni rozruchu zespołu prądotwórczego w zakresie temperatur -30°C (graniczna -45°C). Powołując się na kartę katalogową silnika John Deere 4045TF258, załączoną do odwołania wywodził, że prąd rozruchu z akumulatora 12V przy temp. -30 °C dla prawidłowego rozruchu nie może być mniejszy niż 1000A. Powoływał się w tym zakresie na dane techniczne producenta silnika John Deere 4045TF258 wynikające z karty katalogowej.

Z kolei zamawiający, jak również przystępujący, odpowiednio w odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym wywodzili, iż pojemność dobieranego akumulatora musi spełnić wymagania udanego rozruchu zespołu prądotwórczego dla zakresu temperatur wyłącznie od +5°C do +30°C. Jest to bowiem temperatura panująca wewnątrz kontenera. Wywodzili, że dobrany akumulator o pojemności 100Ah spełnia te wymagania w całym

zakresie. W piśmie procesowym przystępujący wyjaśnił dodatkowo, że zamawiający nie wykluczył zastosowania takiego rozwiązania odpowiadając na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ.

Jednocześnie ani zamawiający ani przystępujący nie zaprzeczyli temu, że akumulator o pojemności 100 Ah nie może zapewnić rozruchu silnika John Deere 4045TF258 w temperaturze – 30 st. C (graniczna – 45 st. C), więc Izba uznała tę okoliczność za udowodnioną. Wobec takich stanowisk Stron i uczestnika postępowania podnoszona przez odwołującego okoliczność faktyczna, iż akumulator o pojemności 100 Ah nie będzie w stanie zapewnić rozruchu silnika John Deere 4045TF258 w temp. -30 (graniczna -45 stopni Celsjusza) okazała się niesporna pomiędzy nimi. W tej sytuacji Izba postanowiła na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, która miała służyć wykazaniu ww. okoliczności faktycznej.

Jednocześnie wobec tak sprecyzowanych stanowisk Stron i uczestnika sporną stała się okoliczność, czy wystarczające jest aby pojemność dobieranego akumulatora spełniła wymagania udanego rozruchu zespołu prądotwórczego dla zakresu temperatur wyłącznie od +5°C do +30°C, tj. w zakresie temperatur panujących wewnątrz kontenera.

Przystępujący wywodził w treści pisma procesowego, iż na zadane pytanie do SIWZ dot. dopuszczalności zastosowania takiego rozwiązania, zamawiający miał wskazać, iż kluczowym elementem jest spełnienie wymogów SIWZ nie wykluczając jednocześnie zastosowania takiego właśnie rozwiązania.

Jednakże analiza odpowiedzi, jakiej udzielił zamawiający na wniosek przystępującego o wyjaśnienie treści SIWZ prowadziła do odmiennej wykładni odpowiedzi na pytanie. Rzeczywiście można zgodzić się z przystępującym, iż zadał zamawiającemu pytanie o dopuszczalność takiego rozwiązania. Zapytał bowiem pytanie, czy *Zamawiający dopuszcza dostawę standardowych agregatów prądotwórczych, posadowionych w kontenerach umożliwiających zewnętrzną instalację, przystosowanych do pracy w podanym zakresie temperatur od -30 st. C do +50 st. C?* Analiza pytania wskazywała po pierwsze na ocenę postanowień SIWZ dokonaną przez przystępującego. Skoro pytał o dopuszczalność sugerowanego przez siebie rozwiązania, to uważał, iż na gruncie postanowień SIWZ taka możliwość nie była dopuszczona. Przystępujący rozumiał zatem postanowienia pkt 2.3.2. załącznika nr 4 do SIWZ analogicznie jak odwołujący. Zatem, zgodnie z zasadami logiki, zastosowanie proponowanego rozwiązania wymagało pozytywnej reakcji zamawiającego. Tymczasem zamawiający nie przychylił się do sugestii przystępującego, podtrzymując postanowienia SIWZ.

Przystępujący zaś, pomimo negatywnej odpowiedzi zamawiającego zaoferował sugerowane przez siebie rozwiązanie, w którym możliwość udanego rozruchu i pracy

zespołu w zakresie temperatur -30°C (graniczna -45°C) i $+50^{\circ}\text{C}$ (graniczna $+65^{\circ}\text{C}$) uzależniona jest od warunku, że rozruch zostanie przeprowadzony wewnątrz kontenera, w którym panować będzie temperatura od $+5^{\circ}\text{C}$ do $+30^{\circ}\text{C}$. W ocenie Izby zaś, warunek ten nie został dopuszczony przez zamawiającego ani w udzielonej odpowiedzi ani w pkt 2.3.2. załącznika nr 4 do SIWZ. Zgodnie z przywołanym postanowieniem SIWZ to *Zespoły powinny być przystosowane do pracy w zakresie temperatur -30°C (graniczna -45°C) i $+50^{\circ}\text{C}$ (graniczna $+65^{\circ}\text{C}$)*. Przywołany zapis odnosił się zatem do warunków do pracy w jakich ma być przystosowany sam zespół spalinowo-elektryczny. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający w załączniku nr 4 do SIWZ posługiwał się odrębnie pojęciami „zespół” i „kontener”, formułując wobec tych elementów odmienne wymagania.

Według Izby wymogu z pkt 2.3.2. nie eliminował inny zapis SIWZ dotyczący warunków klimatycznych jakie miały panować wewnątrz kontenera. Faktycznie kontener miał bowiem posiadać wewnętrzny system ogrzewania i wentylacji sterowany automatycznie zapewniający utrzymanie temperatury w zakresie $+5^{\circ}\text{C}$ do $+30^{\circ}\text{C}$ (pkt 2.2.7 załącznika nr 4 do SIWZ). Jednakże, gdyby wymóg z pkt 2.3.2., wbrew jego treści, miał dotyczyć zespołu znajdującego się w kontenerze, a nie samego zespołu to powinien brzmieć w ten sposób, iż to kontener ma zapewnić utrzymanie temperatury w zakresie $+5^{\circ}\text{C}$ do $+30^{\circ}\text{C}$, w sytuacji gdy na zewnątrz panuje temperatura -30°C (graniczna -45°C) i $+50^{\circ}\text{C}$ (graniczna $+65^{\circ}\text{C}$).

Ponadto zespół spalinowo – elektryczny zaoferowany przez przystępującego z akumulatorem o pojemności 100 Ah, nie przejdzie z wynikiem pozytywnym próby uruchomienia w temperaturze ujemnej, o której mowa w pkt 3.19 normy obronnej NO-61-A208. Zamawiający na konieczność stosowania tej normy wskazał w pkt 2 załącznika nr 4 do SIWZ. Jak wynika z opisu tej próby odbywa się ona w ten sposób, że zespół umieszcza się w komorze zimna, schładza do temperatur ujemnych, przetrzymuje w komorze zimna od 6 h do 12 h, a następnie usiłuje dokonać rozruchu. Skoro pojemność akumulatora nie zapewni rozruchu silnika w temperaturze -30°C , co nie było okolicznością sporną pomiędzy Stronami, zatem próba uruchomienia wedle procedury z pkt 3.19 normy obronnej z pewnością się nie powiedzie. Natomiast w świetle pkt 2.9.1 normy obronnej próba zdawczo-odbiorcza określona w pkt 3.19 – w przeciwieństwie do innych prób – jest obligatoryjna, zaś zamawiający procedur zdawczo-odbiorczych nie zmodyfikował.

Jednocześnie nieprzekonującą okazała się dla Izby argumentacja zamawiającego przedstawiona w trakcie rozprawy, iż autorem opisu przedmiotu zamówienia, w tym również odwołania do normy obronnej NO-61-A208 było Szefostwo Inżynierii Wojskowej Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych, zaś zamawiający tylko się do tego opisu zastosował. Skoro zamawiający zdecydował się na pozostawienie odniesienia do normy obronnej w opisie

przedmiotu zamówienia, to konieczność spełnienia wymogów z tej normy wiązała nie tylko wykonawców ale i zamawiającego.

Reasumując Izba stwierdziła, że zaoferowany przez przystępującego towar nie spełnia wymagań dotyczących oddziaływań klimatycznych. Z uwagi na pojemność zaoferowanego akumulatora o pojemności 100 Ah, wykluczony jest bowiem rozruch silnika zespołu spalinowo – elektrycznego w żądanym przez zamawiającego zakresie temperatur ujemnych. Powyższe świadczyło o niezgodności treści oferty przystępującego z pkt 2.3.2. i 2.2.5. załącznika nr 4 do SIWZ. Niezgodność ta winna skutkować odrzuceniem oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

- 3. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo sprzeczności treści tej oferty z pkt 2.1.4 i 6.2 załącznika nr 4 do SIWZ, gdyż podane przez przystępującego parametry zużycia paliwa dla silnika, który ma się znaleźć na wyposażeniu zespołów spalinowo-elektrycznych, są różne (niezgodne) względem parametrów podanych dla tego typu silnika przez producenta, a ponadto, parametry tego silnika nie spełniają wymaganego minimalnego czasu pracy ze zbiornika paliwa, który powinien wynosić 24h bez jego uzupełniania przy 100% obciążeniu**

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Stosownie do pkt 2.1.4 załącznika nr 4 do SIWZ *Do napędu prądnic powinny być zastosowane silniki wysokoprężny o mocy i zużyciu paliwa na jednostkę pracy zgodnie z parametrami oferowanymi przez producenta. Układy paliwowe i zbiornik paliwa powinien być wyposażony w wlew paliwa, korki spustowe, króćce zasilania silnika oraz powrotu (przelewu) z silnika. Ponadto powinny umożliwiać tankowanie agregatów w trakcie pracy, nie częściej niż co 24 godziny przy 100% obciążeniu.*

Nadto, zgodnie z pkt 6.2. załącznika nr 4 do SIWZ *ZSE powinny być przystosowany do pracy ciągłej. Pojemność zbiornika paliwa powinna być tak dobrana, aby spełniony był warunek 24 godzinnej pracy bez uzupełniania paliwa (przy 100% obciążenia).*

Ustalono również, że przystępujący zaoferował agregat prądotwórczy VISA JD80M+ o mocy znamionowej 80kVA/64kW. Częścią agregatu jest silnik John Deere typ 4045TF258. Jego moc na wale to 72 kW. Zużycie paliwa wynosi:

- przy 100% obc. dla mocy ciągłej – 19,5 l/h,
- przy 75% obc. dla mocy ciągłej – 14 l/h,
- przy 50% obc. dla mocy ciągłej – 10 l/h,
- przy 25% obc. dla mocy ciągłej – 5 l/h.

Ponadto agregat prądotwórczy posiada zbiornik paliwa o poj. 490 l.
(karta katalogowa firmy VISA - producenta agregatu, załączona do oferty przystępującego)

Producent silnika John Deere podaje następujące zużycie paliwa dla silnika typu 4045TF258 :

- przy 100% mocy – 23,3 l/h,
- przy 75% mocy – 16,7 l/h,
- przy 50% mocy – 11,9 l/h,
- przy 25% mocy – 5,9 l/h.

Ponadto ten sam producent podawał dla innego typu produkowanego przez siebie silnika , tj. typ 4045TF250 następujące zużycie paliwa:

- przy 100% mocy– 19,5 l/h,
- przy 75% mocy– 14 l/h,
- przy 50% mocy – 10 l/h,
- przy 25% mocy – 5 l/h.

(karty katalogowe, załączone do odwołania).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym. Odwołujący w treści odwołania wywodził z pkt 2.1.4. załącznika nr 4 do SIWZ, że należało podać zużycie paliwa na jednostkę pracy zgodnie z danymi producenta silnika. Zaś dane dotyczące zużycia paliwa podane w karcie katalogowej producenta agregatu – firmy VISA różniły się od danych wynikających z karty katalogowej producenta silnika John Deere. Z pierwszej karty, załączonej do oferty przystępującego, wynikało zużycie paliwa: przy 100% obc. dla mocy ciągłej – 19,5 l/h, przy 75% obc. dla mocy ciągłej – 14 l/h, przy 50% obc. dla mocy ciągłej – 10 l/h, przy 25% obc. dla mocy ciągłej – 5 l/h. Natomiast, jak wynikało z karty katalogowej załączonej do odwołania producent silnika John Deere podawał w karcie katalogowej zużycie paliwa: przy 100% mocy – 23,3 l/h, przy 75% mocy – 16,7 l/h, przy 50% mocy – 11,9 l/h, przy 25% mocy – 5,9 l/h.

Odwołujący z tych okoliczności wywodził niespełnienie przez przystępującego wymogu z pkt 2.1.4. załącznika nr 4 do SIWZ poprzez podanie danych dotyczących zużycia paliwa nie według wskazań producenta silnika, lecz producenta agregatu.

Z kolei zamawiający i przystępujący utrzymywali, że skoro wymagania techniczno-eksploatacyjne z załącznika nr 4 do SIWZ odnoszą się do zespołów elektryczno-spalinowych to również wymóg z pkt 2.1.4 dotyczy całego zespołu, a nie jego części, którą jest silnik. Zatem właściwe jest zużycie paliwa na jednostkę pracy podawane przez producenta zespołu prądotwórczego, a nie producenta silnika wchodzącego w jego skład.

Z kolei niespełnienie wymogu z pkt 6.2. załącznika nr 4 do SIWZ odwołujący upatrywał w tym, iż wielkość zbiornika paliwa dla oferowanego przez przystępującego agregatu powinna wynosić co najmniej 559,2 l. Wywodził to z kalkulacji $23,3 \text{ l} \times 24\text{h} = 559,2 \text{ l}$, w której przyjmował zużycie paliwa według danych producenta silnika tj. 23,3 l/h przy 100% obciążenia. Podnosił, że skoro pojemność zbiornika paliwa podana w ofercie jest mniejsza i wynosi 490 l, zatem przystępujący nie spełnił wynikającego z pkt 6.2. SIWZ wymogu w zakresie pracy przez 24 godziny bez konieczności uzupełniania paliwa w zbiorniku.

Natomiast zamawiający i przystępujący uważali, że zespół prądotwórczy o mocy znamionowej 80kVA/64kW nie jest w stanie spowodować obciążenia silnika John Deere 4045TF258, odpowiadającego wskazywanemu przez producenta tego silnika obciążeniu w wysokości 100% czyli 72kW. Obciążenie znamionowe zespołu prądotwórczego nie stanowi obciążenia znamionowego silnika John Deere 4045TF258 i nie może być z nim utożsamienie bądź traktowane zamiennie. Producent oferowanego zespołu spalinowo - elektrycznego VISA, wskazuje zużycie paliwa 19,5 l/h przy 100% obciążeniu dla mocy 80kVA/64kW. Podnosili, że producent zespołu tj. firma VISA, poddając silnik próbie mającej wykazać jego poziom spalania, uwzględnia uwarunkowania w jakich silnik ten będzie pracował. Stąd dobrany zbiornik paliwa o pojemności 490 l, zapewnia przy zużyciu 19,5 l/h, przy 100% obciążeniu zespołu prądotwórczego, w przybliżeniu 25,1 h ciągłej pracy bez konieczności uzupełniania paliwa.

Oceniając ustalony w sprawie stan faktyczny jak również stanowiska i argumentację Stron Izba stwierdziła, iż zbiornik paliwa o pojemności 490 l był wystarczającym dla zapewnienia wymogu 24 godzinnej pracy agregatu bez konieczności uzupełniania paliwa. W ocenie Izby dla doboru prawidłowego zbiornika paliwa właściwym było zużycie paliwa na poziomie 19,5 l/h podawane przez producenta agregatu prądotwórczego, a nie producenta silnika. Tylko dane podawane przez producenta agregatu uwzględniały bowiem rzeczywiste warunki w jakich pracować będzie silnik będący częścią składową agregatu. Uniwersalne dane zużycia paliwa podawane przez samego producenta silnika nie uwzględniały bowiem tej konkretnej konfiguracji, w jakiej silnik miał pracować. Niewątpliwie zaś zespół prądotwórczy o mocy znamionowej 80kVA/64kW nie będzie w stanie spowodować obciążenia silnika John Deere 4045TF258, które odpowiadałoby wskazywanemu przez producenta tego silnika obciążeniu w wysokości 100% czyli 72kW. Zatem w zaoferowanej przez przystępującego konfiguracji silnik nie będzie zużywał paliwa na poziomie 23,3 l/h.

Izba wzięła pod uwagę, że to cały agregat prądotwórczy, a nie sam silnik miał pracować przez 24 godziny bez uzupełniania paliwa. Powyższe wynikało z literalnego brzmienia pkt 6.2. SIWZ, który dotyczył zespołu spalinowo-elektrycznego a nie silnika. Wreszcie taka

interpretacja uwzględnia niewątpliwie cel jaki przyświecał zamawiającemu, tj. wyposażenie w taki zbiornik paliwa który zapewni pracę agregatu przez ponad 24 h bez tankowania.

Izba nie uwzględniła przy wyrokowaniu załączonej przez odwołującego do odwołania prywatnej ekspertyzy Wojskowego Instytutu Techniki Inżynieryjnej z 24.10.2012 r., gdyż została sporządzona w oparciu o kartę katalogową agregatu prądotwórczego VISA typu JD80 M (ekspertyza – załącznik do odwołania). Tymczasem jak wynikało z treści oferty przystępującego zaoferował on agregat prądotwórczy typu VISA JD 80M+ (karta katalogowa w ofercie przystępującego). Przedstawiona przez odwołującego ekspertyza techniczna nie dotyczyła zatem agregatu prądotwórczego zaoferowanego przez przystępującego.

Izba na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp postanowiła oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność czy zastosowany przez silnik John Deere model 4045TF258 ze spalaniem 23,3 l/h przy 100% obciążenia według danych technicznych producenta (dołączona karta techniczna) nie spełnia wymagania pkt. 6.2 Załącznika nr 4 do SIWZ w zakresie minimalnej 24 godzinnej pracy agregatu ze pełnego zbiornika paliwa jako zbędnej dla rozstrzygnięcia sprawy. Jak wskazano powyżej, założenie zużycia paliwa na poziomie 23,3 l/h, nie uwzględniające konfiguracji oferowanego agregatu prądotwórczego, nie było prawidłowe.

Reasumując Izba stwierdziła, że oferta złożona przez przystępującego nie była sprzeczna z pkt 2.1.4 ani 6.2 załącznika nr 4 do SIWZ. Zamawiający nie naruszył zatem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie odrzucając oferty przystępującego z tego powodu.

4. Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 2.600.000 zł brutto.
(protokół postępowania)

Kwota ta nie była szczegółowo szacowana, zamawiający otrzymał środki w tej wysokości z Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych.

(oświadczenie zamawiającego w trakcie rozprawy, okoliczność niesporna)

Do upływu terminu składania ofert, oferty złożyło 2 wykonawców. Przystępujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 1.438.854 zł brutto, zaś odwołujący za kwotę 2.120.500 zł brutto.

(protokół postępowania)

W dniu 11 października 2012 r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny. Wskazał, że cena za wykonanie przedmiotu zamówienia zaoferowana przez przystępującego jest niższa o 35% od ceny ofertowej odwołującego, oraz o 55 % od kwoty jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.

W dniu 15 października 2012 r. przystępujący – w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego - złożył wyjaśnienia. Przystępujący wskazał na następujące okoliczności faktyczne, które można uznać za dotyczące elementów mających wpływ na wysokość ceny:

- a) efekt skali, gdyż cena jednostkowa zespołu prądotwórczego przy jednoczesnym zakupie 10 sztuk może być niższa od oferowanej w postępowaniu na dostawę pojedynczego agregatu,
- b) utrzymująca się w dłuższym okresie tendencja spadkowa kursu walutowego EUR/PLN, co skutkuje obniżką cen urządzeń importowanych wyrażonych w PLN,
- c) posiadanie przez przystępującego zaplecza technicznego w niewielkiej odległości od wskazanego w SIWZ miejsca dostawy tj. oddziału firmy w Gdyni oraz zakładu technicznego k. Gdyni, co powoduje realne obniżenie kosztów serwisowych oraz kosztów wykonania prac i usług towarzyszących, dotyczących obsługi zamówienia.

(wezwanie i wyjaśnienia w dokumentacji postępowania odwoławczego)

Przystępujący zaoferował zespół spalinowo – elektryczny, który nie jest przystosowany do pracy w zakresie temperatur -30°C (graniczna -45°C) i $+50^{\circ}\text{C}$ (graniczna $+65^{\circ}\text{C}$), co było wymogiem wynikającym z pkt 2.3.2 załącznika nr 4 do SIWZ, zaś odwołujący zaoferował zespół spełniający ten wymóg

(por. zarzut 2 uzasadnienia).

Różnica w cenie dostawy 1 szt. agregatu prądotwórczego, którego elementy składowe umożliwią rozruch w temperaturze -30°C (graniczna -45°C) bez zewnętrznego źródła zasilania, w stosunku do ceny dostawy 1 sztuki urządzenia, które nie posiada takiej możliwości, wynosi około 60.000 zł. Na różnicę tę składają się m.in. koszty zapewnienia akumulatora odpowiednio większej pojemności, koszty zapewnienia odpowiedniego osprzętu oraz koszt przeprowadzenia odpowiednich badań

(okoliczność podniesiona przez odwołującego i przyznana przez przystępującego w trakcie rozprawy).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następujące.

Przechodząc do rozpoznania podniesionego przez odwołującego zarzutu w pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że brak jest definicji legalnej ceny rażąco niskiej. Pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne i nie można ustalić ustawowo określonego

procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską cenę. W orzecznictwie przyjmuje się natomiast, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Podzielono stanowisko wyrażone w wyroku SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne, oraz że rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”. Stanowisko takie podzielane było również w orzecznictwie Izby „Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia i jego wartości. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT zawiera rażąco niską cenę.” (por. wyrok KIO z 10 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 684/09). Izba podziela pogląd, że oceny przesłanek zaoferowania rażąco niskiej ceny należy dokonywać w konkretnym przypadku, uwzględniając specyfikę danego przedmiotu zamówienia. Tym samym Izba podziela wyrażane wcześniej w orzecznictwie KIO stanowisko, iż „Dla uznania, że cena jest rażąco niska, nie jest wystarczające matematyczne określenie, że cena odbiega o określoną wartość (np. 20 %, 30 %, czy 60 %) od ceny innego wykonawcy, składającego ofertę w postępowaniu. Dla uznania, że cena jest rażąco niską konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę.”. (Wyrok z dnia 13.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1492/08). Brak uregulowania ustawowych definicji rażąco niskiej ceny, brak analogicznej definicji w dyrektywach jednoznacznie wskazuje na indywidualność tego zagadnienia. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (tak też: postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05).

Ponadto, stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Dostrzeżenia wymaga, że co do zasady istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w złożonej ofercie jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej. To domniemanie zakłada, że oferty wskazują ceny za wykonanie zamówienia skalkulowane w sposób rynkowy, obejmujące

wszystkie koszty wykonania zamówienia ponoszone przez wykonawcę a także pewien zysk. Domniemanie to upada z chwilą wystosowania do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień. Z momentem wezwania to na wykonawcy spoczywa obowiązek ujawnienia czynników, które umożliwią zamawiającemu prawidłową weryfikację biorąc również pod uwagę wskazówki wynikające z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Ustawa określa również sposób dokonywania oceny wyjaśnień wskazując, że oceniając je zamawiający powinien brać pod uwagę czynniki o charakterze obiektywnym, wymieniając przykładowo takie czynniki jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Norma prawna wynikająca z art. 90 ust. 2 Pzp skierowana jest do zamawiającego. Wykonawcy nie muszą w swoich wyjaśnieniach wymieniać wprost czynników, o których mowa w przywołanym przepisie. Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować. Celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienia za oszacowaną przez siebie cenę. Jak wynika z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wyjaśnienia mają być one poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Co do konieczności złożenia przez wykonawcę wyczerpujących i konkretnych wyjaśnień podzielono stanowisko wyrażane wcześniej w orzecznictwie. Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (tak też: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007r., sygn. akt V Ca 2214/06). „Ogólnikowe twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach i brak dokładnych danych co do uzyskiwanej pomocy publicznej uznać należy za niedostateczne i zasługujące na zastosowanie art. 90 ust.3 pzp”. (por. Wyrok SO w Poznaniu z dnia 21.05.2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08). Z omawianego powodu uznaje się także, że wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, należy uznać za niezłożone (tak: wyrok KIO z dnia 26 listopada 2010r. sygn. akt: KIO/2498/10).

Na podstawie ustaleń poczynionych w trakcie rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że głównym powodem dla którego przystępujący zaproponował cenę ofertową odbiegającą o 35 % od ceny oferty odwołującego, jak również o 55 % od kwoty jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia było to, iż zaoferował zespół spalinowo – elektryczny, który nie jest przystosowany do pracy w zakresie temperatur -30°C (graniczna -45°C) i $+50^{\circ}\text{C}$ (graniczna $+65^{\circ}\text{C}$). W tym zakresie aktualne pozostają ustalenia Izby poczynione co do zarzutu wymienionego w pkt 2 wyroku.

Ponadto Izba ustaliła, że różnica w cenie dostawy 1 szt. agregatu prądotwórczego, którego elementy składowe umożliwią rozruch w temperaturze -30°C (graniczna -45°C) bez zewnętrznego źródła zasilania, w stosunku do ceny dostawy 1 sztuki urządzenia, które nie posiada takiej możliwości, wynosi około 60.000 zł. Na różnicę tę składają się m.in. koszty zapewnienia akumulatora odpowiednio większej pojemności, koszty zapewnienia odpowiedniego osprzętu oraz koszt przeprowadzenia odpowiednich badań. Powyższe Izba ustaliła na podstawie oświadczenia odwołującego, które zostało potwierdzone przez przystępującego w trakcie rozprawy. Zatem przy dostawie 10 sztuk urządzeń umożliwiło to przystępującemu obniżenie ceny ofertowej o ok. 600.000 zł. Tłumaczyło to różnicę w cenie pomiędzy ofertami obu wykonawców, która wynosiła poniżej 700.000 zł (1.438.854 zł brutto w ofercie przystępującego wobec 2.120.500 zł brutto w ofercie odwołującego). Pominięcie jednego z istotniejszych elementów przedmiotu zamówienia oznaczało, że wykonawca nie skalkulował prawidłowo swej ceny ofertowej, zaś zaoferowana cena została rażąco zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powyższe obligowało zamawiającego do odrzucenia złożonej przez przystępującego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Niezależnie od powyższego Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła ponadto, że opisanych wyżej wymogów dot. konkretności, szczegółowości, umotywowania i precyzji nie spełniły wyjaśnienia, które przystępujący złożył zamawiającemu. Wyjaśnienia złożone przez przystępującego należało uznać za nazbyt ogólne, uniemożliwiające zamawiającemu dokonanie oceny, czy cenę skalkulowano w sposób rynkowy i zgodny z zasadami uczciwej konkurencji. Przystępujący wymienił w swych wyjaśnieniach następujące czynniki, które w jego ocenie umożliwiły mu obniżenie ceny:

- a) efekt skali, gdyż cena jednostkowa zespołu prądotwórczego przy jednoczesnym zakupie 10 sztuk może być niższa od oferowanej w postępowaniu na dostawę pojedynczego agregatu,
- b) utrzymująca się w dłuższym okresie tendencja spadkowa kursu walutowego EUR/PLN, co skutkuje obniżką cen urządzeń importowanych wyrażonych w PLN,

c) posiadanie przez przystępującego zaplecza technicznego w niewielkiej odległości od wskazanego w SIWZ miejsca dostawy tj. oddziału firmy w Gdyni oraz zakładu technicznego k. Gdyni, co powoduje realne obniżenie kosztów serwisowych oraz kosztów wykonania prac i usług towarzyszących, dotyczących obsługi zamówienia.

Niewątpliwie wszystkie przywołane przez przystępującego okoliczności miały charakter obiektywny w rozumieniu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Jednakże wykonawca nie przedstawił zamawiającemu żadnej kalkulacji pozwalającej na ustalenie, w jaki sposób przełożyły się na możliwość obniżenia ceny oferty. Przykładowo nie wskazał jak kształtowałyby się cena zespołu prądotwórczego przy dostawie jednej sztuki urządzenia. Nie potrafił podać wpływu posiadania zaplecza technicznego i oddziału firmy niedaleko miejsca dostawy na możliwość obniżenia ceny. Uniemożliwiło to przeanalizowanie wpływu przywołanych przez przystępującego czynników na możliwość obniżenia przez niego ceny.

W tym miejscu dostrzeżenia wymaga, że celem składania wyjaśnień, jest przedstawienie przez wykonawcę konkretnych, obiektywnych, dających się skalkulować czynników, które umożliwiły obniżenie ceny. Zbytecznym jest zatem przywoływanie w nich zwłaszcza orzecznictwa i poglądów doktryny na temat pojęcia „rażąco niska cena”, powoływanie się na własne doświadczenie, czy też ogólne oświadczenie, że zaoferowano całość przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji stwierdzono także, że złożone przez przystępującego wyjaśnienia nie pozwalają na uznanie, że wykonawca ten – zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - wymienił elementy kalkulacyjne ceny i wykazał, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej. Powyższe również obligowało zamawiającego do odrzucenia złożonej przez przystępującego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Potwierdził się zatem podnoszony przez odwołującego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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 uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: