

WYROK
z dnia 28 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2023 r. przez odwołującego E. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą IGLO-Klima E. S. w Jakubowicach Konińskich w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Szkoła Aspirantów Państwowej Straży Pożarnej w Poznaniu przy udziale wykonawcy Bomax Tey Sp. z o. o. w Poznaniu przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 1.2. odrzucenie ofert złożonych przez:
 - „ERGOKLIMA” S. C. M. G., M. T. w Wysogotowie,
 - Bomax Tey Sp. z o. o. w Poznaniu,
 - Dragos Enterpreise Sp. z o. o. w Częstochowie,
 - Euro-Klima Sp. z o. o. w Gdańsku,jako ofert niezgodnych z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.),
 - 1.3. powtórzenie badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego Szkołę Aspirantów Państwowej Straży Pożarnej w Poznaniu i:

- 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego E. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą IGLO-Klima E. S. w Jakubowicach Konińskich tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego Szkoły Aspirantów Państwowej Straży Pożarnej w Poznaniu na rzecz odwołującego E. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą IGLO-Klima E. S. w Jakubowicach Konińskich kwotę 13 600,00 zł (trzynaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

wyroku z dnia 28 marca 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 695/23

Zamawiający – Szkoła Aspirantów Państwowej Straży Pożarnej ul. Czechosłowacka 27, 61-459 Poznań, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Montaż instalacji klimatyzacji w budynkach administracyjno-dydaktycznych Szkoły Aspirantów Państwowej Straży Pożarnej w Poznaniu, oznaczonych jako A, B, F, usytuowanych na terenie nieruchomości przy ul. Czechosłowackiej 27,” o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 31 stycznia 2023 r. pod nr 2023/BZP 00072598 w Biuletynie Zamówień Publicznych, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na usługę, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym.

W dniu 13 marca 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, wniósł wykonawca E. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą IGLO-Klima E. S. ul. Świerkowa nr 2, 21-003 Jakubowice Konińskie (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 226 ust. 1 pkt. 5) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy – Bomax Tey Sp. z o. o. i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta tego Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia,
2. art. 226 ust. 1 pkt. 5) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy – EUROKLIMA Sp. z o.o. pomimo że oferta tego Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia,
3. art. 226 ust. 1 pkt. 5) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ERGOKLIMA s.c. M. G., M. T. pomimo że oferta tego Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia,
4. art. 226 ust. 1 pkt. 5) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy DRAGOS ENTERPRISE Sp. z o. o. pomimo że oferta tego Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 7 marca 2023 r. oraz odrzucenia ofert wykonawców: „ERGOKLIMA” S. C. M. G., M. T. w Wysogotowie (dalej jako „Ergoklima”), Bomax Tey Sp. z o. o. w Poznaniu (dalej jako „Bomax”), Dragos Enterprise Sp. z o.o. w Częstochowie (dalej jako „Dragos”), Euro-Klima Sp. z o.o. w Gdańsku (dalej jako „Euro-Klima”), a także

dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami p.z.p. Wniesiono również o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego w kwocie 3 600,00 zł.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia: 1. „opis przedmiotu zamówienia stanowią załączniki nr 1A, nr 1B, 1C i 1D do SWZ.” (rozdział II, pkt 2), 2. „Szczegółowy zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia określony został w następujących dokumentach: dokumentacji projektowej - przedmiarze robót (załącznik nr 1A do SWZ), - projekcie budowlanym (załącznik nr 1B do SWZ), 3. specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (załącznik nr 1C do SWZ), 4. zakresie wymagań minimalnych przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1D do SWZ).” (rozdział II, pkt 4). Przy tym „Przedmiot zamówienia winien spełniać następujące wymagania: a) odpowiadać wszystkim cechom określonym w specyfikacji warunków zamówienia, b) być zgodny z obowiązującymi normami.” (rozdział II, pkt 5). Dodatkowo, w zakresie przedmiotowych środków dowodowych, zamawiający postawił następujący warunek: „Zamawiający żąda od Wykonawcy złożenia wraz z ofertą (Załącznik nr 2 do SWZ) następujących przedmiotowych środków dowodowych: 1. Kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie – przedmiaru robót stanowiącego załącznik nr 1A do SWZ; 2. Wypełniony w wymaganym zakresie oraz podpisany dokument stanowiący załącznik nr 1D do SWZ - zakres wymagań minimalnych przedmiotu zamówienia; 3. Certyfikat Eurovent (Eurovent Certified Performance) dla zaoferowanych urządzeń klimatyzacyjnych potwierdzający parametry techniczne; 4. Karty techniczne oferowanych urządzeń klimatyzacyjnych - Wykonawca winien oznaczyć parametry, funkcje i wyposażenie.” (tak rozdział VI, pkt 1).

Zgodnie ze schematem układu VRF dla budynku F, który jest częścią składową projektu budowlanego stanowiącego załącznik nr 1b do SWZ, zamawiający wymaga montażu jednostki zewnętrznej ARUM340LTE5 w konfiguracji charakteryzującej się między innymi następującymi parametrami: 1. pobór mocy chłodzenie: 23,62 kW, 2. pobór mocy ogrzewanie: 25,02 kW, 3. waga: (300x1) + (215x1). Zgodnie ze schematem układu VRF dla budynku F, który jest częścią składową projektu budowlanego stanowiącego załącznik nr 1b do SWZ, zamawiający wymaga montażu jednostki zewnętrznej ARUM400LTE w konfiguracji charakteryzującej się między innymi następującymi parametrami: 1. pobór mocy chłodzenie: 28,31 kW, 2. pobór mocy ogrzewanie: 31,19 kW, 3. waga: (300x1) + (237x1).

Wykonawca Bomax i wykonawca Euro-Klima załączyli do swoich ofert karty katalogowe oferowanych urządzeń klimatyzacyjnych, z których wynika, że przedmiotem ich ofert jest montaż jednostek zewnętrznych marki LG model: ARUM340LTE5 i ARUM400LTE5. Zgodnie z kartami technicznymi jednostka zewnętrzna ARUM340LTE5 została przez wykonawców skonfigurowana przy zastosowaniu modułów ARUM200LTE5 + ARUM140LTE5. W oferowanej przez wykonawców konfiguracji modułów jednostka

ARUM340LTE5 charakteryzuje się następującymi parametrami: 1. pobór mocy chłodzenie: 31,04 kW, 2. pobór mocy ogrzewanie: 21,87 kW, 3. waga: (300x1) + (237x1). Z kolei jednostka zewnętrzna ARUM400LTE5 została skonfigurowana przy zastosowaniu dwóch modułów ARUM200LTE5. W oferowanej konfiguracji modułów jednostka ARUM400LTE charakteryzuje się następującymi parametrami: 1. pobór mocy chłodzenie: 36,12 kW, 2. pobór mocy ogrzewanie: 26,04 kW, 3. waga: (300x1) + (300x1).

Zdaniem odwołującego powyższe oznacza, że urządzenia ARUM340LTE5 i ARUM400LTE5 zostały zaoferowane przez wykonawców w konfiguracji niezgodnej z warunkami zamówienia, zaś niezgodność ta odnosi się do różnic w parametrach: poboru mocy w cyklu chłodzenia i ogrzewania oraz wagi. Co prawda zamawiający w wyjaśnieniach do SWZ z dnia 14 lutego 2023 r. dopuścił stosowanie rozwiązań równoważnych, jednakże zastrzegł by „(...) rozwiązania równoważne zaoferowane przez Wykonawcę dotyczyły urządzeń o parametrach technicznych nie gorszych niż w dokumentacji projektowej.” Nawet jeżeli więc uznać, że wykonawcy zaproponowali rozwiązania równoważne do urządzeń wymaganych w dokumentacji projektowej, to zaoferowane przez wykonawców urządzenia charakteryzują się gorszymi parametrami od parametrów określonych w dokumentacji postępowania. Konfiguracja urządzeń charakteryzuje się bowiem wyższym poborem mocy (zużyciem energii) oraz wyższą wagą.

Ponadto, w załączniku do wyjaśnień z dnia 3 marca 2023 r. wykonawca Bomax załączył karty doborowe, które dotyczą innej konfiguracji jednostek zewnętrznych ARUM340LTE5 i ARUM400LTE5, niż pierwotnie objęte ofertą wykonawcy. Przedłożone karty doborowe zawierają dane o konfiguracji urządzeń, które nie są zgodne z danymi wynikającymi z kart katalogowych złożonych wraz z ofertą, a zmianie uległy między innymi: waga urządzeń, moc grzewcza i pobór energii. Takie działanie z oczywistych względów nie mogło sanować pierwotnej wadliwości oferty, ponieważ należałoby je uznać za niedopuszczalną modyfikację treści oferty, która została dokonana po upływie terminu na składanie ofert (art. 223 ust. 1 p.z.p.).

Według odwołującego przedmiotowe środki dowodowe są bezpośrednio związane ze złożoną ofertą - z oświadczeniem woli wykonawcy wyrażającym się jako zobowiązanie do wykonania danego zamówienia, jest to forma potwierdzenia zgodności oferowanego przez wykonawcę świadczenia z wymaganiami zamawiającego (tutaj z załącznikiem nr 1b do SWZ). Zatem zadeklarowana zgodność oferowanych robót budowlanych z wymaganiami zamówienia musi znaleźć potwierdzenie w dokumentach przedmiotowych, a merytoryczna wada takiego dokumentu jest podstawą do odrzucenia oferty. Wymagane przez zamawiającego karty techniczne miały potwierdzać jakie urządzenia klimatyzacji składają się na przedmiot oferty. Poprzez złożone dokumenty wykonawca prezentował jakie urządzenia oferuje i jakie mają one właściwości, które miały być zgodne z projektem technicznym

instalacji klimatyzacji. Jeżeli więc złożony z ofertą przedmiotowy środek dowodowy wskazuje, że jest ona niezgodna z dokumentacją zamówienia (gorsze parametry w zakresie poboru mocy i wagi) to takiej wady nie można było sanować, a oferty należało odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Złożenie wraz z ofertą kart technicznych, z których wynika, że oferowane urządzenia nie są zgodne z wymaganiami określonymi w dokumentacji projektowej wskazuje jednoznacznie, że oferty są niezgodne z SWZ.

W ocenie odwołującego wykonawca Bomax, prawdopodobnie zdając sobie z powyższego sprawę, próbował ratować swoją sytuację w postępowaniu i do wyjaśnień z dnia 3 marca 2023 r. dołączył całkiem inne dokumenty, które miałyby potwierdzać zgodność oferty z SWZ. Tym niemniej takie działanie nie mogło naprawić pierwotnej wady oferty. W kontekście złożonych przez wykonawcę wraz z wyjaśnieniami kart doborowych warto także zaznaczyć, że w zakresie jednostki zewnętrznej OAC-2-1 tj. urządzenia ARUM400LTE, parametr wydajności w zakresie ogrzewania - zgodnie z treścią przedłożonej przez wykonawcę karty doborowej - wynosi 124,6 kW, podczas gdy w schemacie układu VRF dla budynku F, który jest częścią składową projektu budowlanego stanowiącego załącznik nr 1b do SWZ, zamawiający określił wartość tego parametru na 124,7 kW. Nawet więc gdyby zamawiający, wbrew normie art. 223 ust. 1 p.z.p., dopuścił możliwość modyfikacji oferty przy wykonawcę w toku składania wyjaśnień, to zmodyfikowana w ten sposób oferta i tak podlega odrzuceniu jako oferta niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ urządzenie w konfiguracji zmodyfikowanej przez wykonawcę ma gorszą wydajność grzewczą niż wymagana przez zamawiającego.

Odwołujący dalej podniósł, że wykonawca Dragos, jako przedmiotowy środek dowodowy, złożył karty katalogowe, w których nie wskazał które konkretnie urządzenia są przedmiotem jego oferty. Już z tego powodu oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ stosownie do brzmienia rozdziału VI pkt 1 w kartach oferowanych urządzeń klimatyzacyjnych wykonawca powinien był oznaczyć parametry, funkcje i wyposażenie. Zamawiający uznał natomiast, że oferta wykonawcy nie podlega odrzuceniu, pomimo tego, że nie jest wiadome, które konkretnie urządzenia zostały zaoferowane. Zamawiający dopuścił się zaniechania poprzez brak wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty i/lub przedmiotowego środka dowodowego poprzez zobowiązanie do wyjaśnienia, które konkretnie urządzenia klimatyzacyjne są przedmiotem jego oferty. Niezależnie jednak od treści hipotetycznych wyjaśnień wykonawcy, jego oferta i tak pozostałaby niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem jako przedmiotowy środek dowodowy złożono karty katalogowe oferowanych urządzeń klimatyzacyjnych, z których wynika że przedmiotem oferty jest m.in. montaż jednostek zewnętrznych marki LG model: ARUM340LTE5 i ARUM400LTE5 w konfiguracji niezgodnej z warunkami zamówienia, tożsamo jak u wykonawców Bomax i Euro-Klima.

W przedmiocie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Ergoklima odwołujący argumentował, że jako przedmiotowy środek dowodowy złożono karty katalogowe, w których tożsamo jak u wykonawcy Dragos, nie wskazano które konkretnie urządzenia są przedmiotem oferty, więc oferta powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ w kartach katalogowych wykonawca powinien był oznaczyć parametry, funkcje i wyposażenie (rozdział VI pkt 1 SWZ). Zamawiający uznał natomiast, że oferta nie podlega odrzuceniu pomimo tego, że nie jest wiadome, które konkretnie urządzenia zaoferowano. Zamawiający w tym zakresie dopuścił się co najmniej zaniechania poprzez brak wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty i/lub przedmiotowego środka dowodowego czy poprzez zobowiązanie wykonawcy do wyjaśnienia które urządzenia klimatyzacyjne, co do których złożył karty katalogowe, są przedmiotem jego oferty.

Niemniej, w ocenie odwołującego, niezależnie od treści hipotetycznych wyjaśnień wykonawcy, jego oferta i tak pozostałaby niezgodna z warunkami zamówienia. Parametry technicznych wszystkich urządzeń technicznych wszystkich urządzeń z marki MITSUBISHI z serii HEAVY nie są bowiem zgodne z parametrami określonymi w dokumentacji projektowej w zakresie wydajności, mocy grzewczej, mocy chłodniczej, poboru energii, wymiarów zewnętrznych i wagi. Wykonawca nie byłby w stanie skonfigurować urządzeń klimatyzacyjnych marki Mitsubishi z serii Heavy w sposób odpowiadający wymaganiom zamawiającego, więc jego oferta powinna zostać ona odrzucona (art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.).

Odwołujący dodał, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO, zaniechanie odrzucenia oferty podlegającej odrzuceniu zawsze ma wpływ na wynik postępowania ponieważ oferta taka bierze udział w procesie wyboru oferty najkorzystniejszej. Dotyczy to także przypadku, gdy oferta klasyfikowana jest na dalszych miejscach w rankingu ofert. Art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. wskazuje, że oferta obligatoryjnie podlega odrzuceniu w przypadku jej niezgodności z warunkami zamówienia bez względu na miejsce, które może ostatecznie zająć w rankingu ofert.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem procesowym przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., zaś odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Ponadto, wobec spełnienia wymagań art. 525 ust. 2 i 3 p.z.p. dopuszczono do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Bomax Tey Sp. z o. o. ul. Szczepankowo 134, 61-313 Poznań, który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego (dalej zwany „przystępującym”) i przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Izba ustaliła, że stan faktyczny nie był między stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale procesowym, przedstawiony przez odwołującego. Strony różniły się natomiast oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych w zakresie zgodności z warunkami zamówienia ofert złożonych przez wykonawców Ergoklima, Dragos, Euro-Klima i przystępującego.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, skład orzekający stwierdził, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Potwierdziło się, że złożone przez wykonawców Ergoklima, Dragos, Euro-Klima oraz przystępującego oferty, wobec wad kart katalogowych, są niezgodne z warunkami zamówienia dotyczącymi parametrów klimatyzatorów zewnętrznych w budynku F, co powoduje konieczność odrzucenia ofert na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5 p.z.p.

Zgodnie z dokumentacją postępowania do oferty należało dołączyć karty techniczne oferowanych urządzeń klimatyzacyjnych z oznaczeniem parametrów, funkcji i wyposażenia urządzeń (tak ppkt 4 pkt 1 rozdział IV SWZ pt. informacje o przedmiotowych środkach dowodowych). Rzeczne przedmiotowe środki dowodowe są więc bezpośrednio związane ze złożoną ofertą – z oświadczeniem woli wykonawcy wyrażającym się jako zobowiązanie do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami dokumentacji postępowania, jako forma potwierdzenia zgodności oferowanego przez wykonawcę świadczenia z wymaganiami

określonymi w SWZ. Innymi słowy, karty katalogowe potwierdzały jakie urządzenia klimatyzacji składają się na przedmiot oferty oraz zgodność oferowanych klimatyzatorów z wymaganiami zamawiającego – tu w szczególności z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w projekcie budowlanym będącym załącznikiem nr 1b do SWZ (*vide* pkt 2 i ppkt 2 pkt 4 rozdziału II pt. opis przedmiotu zamówienia i informacje ogólne).

Karty katalogowe klimatyzatorów zewnętrznych marki LG model ARUM340LTE5 (moduły ARUM200LTE5 + ARUM140LTE5) i ARUM400LTE5 (dwa moduły ARUM200LTE5) złożone przez przystępującego oraz wykonawcę Euro-Klima, w zakresie następujących parametrów technicznych dotyczących: poboru mocy chłodzenia (ARUM340LTE5 - 31,04 kW, ARUM400LTE5 - 36,12 kW), poboru mocy ogrzewania (ARUM340LTE5 - 21,87 kW, ARUM400LTE5 - 26,04 kW), a także wagi (ARUM340LTE5 - 300x1 kg + 237x1 kg, ARUM400LTE5 - 300x1 kg + 300x1 kg) są niezgodne z wymaganiami zamawiającego określonymi w schemacie układu VRD dla budynku F z załącznika nr 1b do SWZ. Zgodnie bowiem z projektem budowlanym określono: pobór mocy chłodzenia (ARUM340LTE5 - 23,62 kW, ARUM400LTE5 - 28,31 kW), pobór mocy ogrzewania (ARUM340LTE5 - 25,02 kW, ARUM400LTE5 - 31,19 kW), waga (ARUM340LTE5 - 300x1 kg + 215x1 kg, ARUM400LTE5 - 300x1 kg + 237x1 kg). Czyli zadeklarowane przez wykonawców w kartach katalogowych parametry klimatyzatorów zewnętrznych nie są zgodne z projektem budowlanym, co powoduje, że oferty są niegodne z warunkami zamówienia w postaci opisu przedmiotu zamówienia i jako takie powinny zostać przez zamawiającego odrzucone (art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 pkt 29 p.z.p.).

Warto także dodać, że omawiane karty katalogowe zawierają wady merytoryczne, których nie można sanować w trybie art. 107 ust. 2 p.z.p., ponieważ skutkowałoby to *de facto* zmianą złożonej oferty, co koresponduje z linią orzecniczą, gdzie przyjmuje się, że uzupełnieniu mogą podlegać takie dokumenty, które nie powodują zmiany oferowanego przedmiotu oferty (por. wyroki Izby: z dnia 16.12.2021 r. sygn. akt: KIO 3522/21, z dnia 20.12.2021 r. sygn. akt: KIO 3555/21). O ile bowiem art. 107 ust. 2 p.z.p. jest instrumentem dopuszczającym możliwość konwalidowania nieprawidłowego działania wykonawcy, to ustawodawca nie dopuścił szerokiego uzupełnienia dokumentów, tak jak dla podmiotowych środków dowodowych (zgodnie z art. 128 ust. 1 p.z.p. zamawiający wzywa do złożenia/poprawienia/uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, które są niekompletne lub zawierają błędy). Tryb uregulowany art. 107 ust. 2 p.z.p., przeciwie do art. 128 ust. 1 p.z.p., dotyczy ograniczonego zakresu i nie dopuszcza się uzupełnienia dokumentów zawierających błędy, co należy rozumieć jako wady merytoryczne. Co do zasady „Przepis ten nie znajdzie zastosowania w sytuacji, gdy przedmiotowe środki dowodowe zostały wprawdzie złożone i są kompletne, ale ich treść nie jest wystarczająca do pozytywnej oceny zgodności oferowanego zamówienia z wymaganiami zamawiającego. (...)

Nie będzie również podlegał uzupełnieniu taki przedmiotowy środek dowodowy, który potwierdza, że oferta jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego”. (tak Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 2, art. 107 p.z.p., red. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, M. Matusiak, Warszawa 2022 r., Legalis). Złożone z ofertami przystępującego i wykonawcy Euro-Klima karty katalogowe dotyczące klimatyzatorów ARUM340LTE5 i ARUM400LTE5 są niezgodne z OPZ – w zakresie parametrów poboru mocy chłodzenia, poboru mocy ogrzewania oraz wagi – a ewentualne ich uzupełnienie wiązałoby się ze zmianą w merytorycznej sferze dokumentów, które miały potwierdzać zgodność cech oferowanych urządzeń z wymaganiami zamawiającego, co jest niedopuszczalne w trybie art. 107 ust. 2 p.z.p. Takiej wady karty katalogowej nie można konwalidować, oznaczałoby to bowiem uzupełnienie przedmiotu oferty po upływie terminu na składanie ofert, kiedy tryb uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych nie może pomijać zasady niezmienności treści oferty.

Ponadto, w wyniku wezwania przystępującego przez zamawiającego w dniu 1 marca 2023 r. do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie parametrów technicznych projektowanych urządzeń, przystępujący złożył wyjaśnienia, do których dołączono informacje o doborze, z których wynika niezgodność klimatyzatora ARUM400LTE w zakresie wydajności ogrzewania – dla jednostki OAC-2-1 wskazano wartość 124,6 kW, kiedy w projekcie budowlanym zamawiający wymagał 124,7 kw. (tak wyjaśnienia przystępującego z dnia 03.03.2023 r.). Zatem poprzez złożone wyjaśnienia nie tylko dokonano nieuprawnionej zmiany parametrów treści oferty, a przedstawiono dodatkowy parametr, który jest niezgodny z brzmieniem SWZ.

Dalej skład orzekający wskazuje, że w ofercie wykonawcy Dragos w ogóle nie wskazano urządzeń, które zostały zaoferowane. Do oferty dołączono karty katalogowe zawierające cały katalog urządzeń LG, bez zaznaczenia, które z klimatyzatorów wyceniono. Mamy więc kilkanaście urządzeń o różnych cechach technicznych, gdzie – wbrew treści ppkt 4 pkt 1 rozdział IV SWZ – wykonawca nie oznaczył parametrów, funkcji i wyposażenia urządzeń. Tożsama wada dotyczy oferty wykonawcy Ergoklima, z tymże zaoferowano katalog urządzeń marki Mitsubishi. W ocenie Izby taki sposób złożenia ofert powoduje, że zamawiający nie jest w stanie ustalić jakie konkretnie urządzenia (o jakich parametrach) zaoferowano, a tym samym zweryfikować czy oferty spełniają wymagania SWZ – parametry techniczne wskazane w dokumentacji zamówienia.

Dokumentacja postępowania została skierowana do profesjonalistów (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p), którzy składając ofertę powinni w niej jednoznacznie sprecyzować co oferują zamawiającemu. W obecnej sytuacji wezwanie wykonawców Dragos i Ergoklima do wyjaśnienia treści ofert lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych powodowałoby, że po upływie terminu na składanie ofert wykonawcy wskazywaliby co

zaoferowano zamawiającemu. Takie działanie na kanwie p.z.p. jest niedopuszczalne, zatem oferty posiadają istotną, nieusuwalną wadę. Izba podzieliła również stanowisko odwołującego, że urządzenia LG ARUM340LTE5 i ARUM400LTE5 z kart katalogowych Dragos, tożsamo jak w ofercie przystępującego i wykonawcy Euro-Klima, mają parametry niezgodne z SWZ. Natomiast urządzenia Mitsubishi z serii Heavy generalnie nie spełniają wymagań dokumentacji postępowania, więc wykonawca nie byłby w stanie skonfigurować tych urządzeń w sposób odpowiadający wymaganiom SWZ, zaś zamawiający nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Skład orzekający wskazuje dalej, że zamawiający podnosił, iż oferta przystępującego jest ofertą równoważną, co dopuszczono na podstawie pkt 20 rozdziału II SWZ. Problemem z podzieleniem tego stanowiska jest fakt, że dopiero w postępowaniu odwoławczym przystępujący złożył dowód (oświadczenie producenta urządzeń LG z dnia 22.03.2023 r.), z którego wynika, że zaoferowane urządzenia są identyczne i równoważne urządzeniom wskazanym w projekcie budowlanym zamawiającego, zaś zmiana parametrów wynika z topologii wyznaczania parametrów technicznych przez Eurovent na przestrzeni ostatnich trzech lat. Nie można jednak pominąć, że zgodnie z art. 101 ust. 5 p.z.p. (co zamawiający powtórzył w pkt 20 rozdziału II SWZ) udowodnienie, że złożono ofertę o cechach równoważnych do dokumentacji zamówienia następuje w złożonej ofercie, ergo to ze złożoną ofertą wykonawca powinien przedłożyć ww. oświadczenie producenta, że jego karty katalogowe, z innymi parametrami niż wymaganymi w warunkach zamówienia, dalej spełniają wymagania zamawiającego (czyli, że są to nominalnie te same urządzenia, tylko doszło do zmiany wyznaczania parametrów, więc ich wartość uległa zmianie).

Wykonawca, który składa ofertę na urządzenia równoważne, ma dodatkowe obowiązki złożenia zamawiającemu wraz z ofertą dowodu, na podstawie którego można stwierdzić, że cechy oferowanego urządzenia są nie gorsze niż rozwiązanie wzorcowe określone w SWZ. Jak trafnie podnosi się w doktrynie „Obowiązkiem wykonawcy powołującego się na rozwiązania równoważne w stosunku do opisanych przez zamawiającego jest wykazanie, że w równoważnym stopniu spełniają one wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że oferta taka powinna zostać potraktowana jako zgodna z warunkami zamówienia. Ciężar dowodu pozostaje po stronie wykonawcy. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że istotne jest przy tym to, że wymagane właściwości i parametry danego produktu (rozwiązania) muszą być przez wykonawcę wykazane zamawiającemu, a zatem w sposób bezsporny udowodnione przez wykonawcę w toku postępowania przed zamawiającym za pomocą wszelkich środków dostępnych wykonawcy (wyr. KIO z dnia 23.04.2015 r., KIO 709/15, Legalis)”. (tak M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak w Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 2, Warszawa 2021 r., art. 101 p.z.p., Legalis).

Przystępujący złożył ofertę z kartami katalogowymi klimatyzatorów zewnętrznych o parametrach wprost niezgodnych z projektem budowlanym i żadnego dowodu, że parametry te są nie gorsze, niż wymagane przez zamawiającego. Zamawiający nie miał więc podstawy do zbadania i uznania, że zaferowane urządzenia są faktycznie równoważne. Natomiast skoro nie dopełniono obowiązku wynikającego z art. 101 ust. 5 p.z.p. na etapie składania ofert, to takie wykazywanie obecnie jest spóźnione.

Przedstawienie oświadczenia producenta powinno nastąpić w przetargu. Izba ocenia czynności w postępowaniu, a nie zastępuje zamawiającego w ocenie i badaniu ofert. Innymi słowy, postępowanie odwoławcze przez Izbę, a następnie postępowanie skargowe przed sądem okręgowym, ma charakter weryfikacyjny – bada się, czy prawidłowo dokonano czynności w przetargu, więc nie może być wykorzystane do tego, aby dopiero na tym etapie próbować wykazywać, że oferta spełnia kryteria równoważności. Właściwym momentem na przekonywanie, że zaferowane przez wykonawcę klimatyzatory są urządzeniami równoważnymi, które pomimo innych parametrów niż w projekcie budowlanym, spełniają wszystkie wymagania zamawiającego, było złożenie udowadniających równoważność dowodów wraz z ofertą, czego niestety nie zrobiono.

Skład orzekający zauważył również, że rozpoznawane odwołanie nie dotyczy oferty odwołującego, więc poza kognicją Izby jest weryfikacja jej poprawności. Jeżeli zamawiający ma wątpliwości dotyczące możliwości zrealizowania zamówienia przez odwołującego na wiążących warunkach SWZ – możliwe niezaktualizowane dane projektu budowlanego, które powodują, że żaden wykonawca nie będzie w stanie dostarczyć urządzeń aktualnie wyprodukowanych, posiadających wszystkie wzorcowe parametry wskazane w dokumentacji postępowania (świadczenie niemożliwe do realizacji) – to należałoby rozważyć wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie (i np. zapytanie o te okoliczności producenta urządzeń) oraz podejmować dalsze kroki, adekwatne do uzyskanych informacji.

Konkludując, skład rozpoznający spór uwzględnił zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., ponieważ oferty wykonawców Ergoklima, Dragos, Euro-Klima oraz przystępującego, z powodu złożenia kart katalogowych niezgodnych z parametrami projektu budowlanego w zakresie klimatyzatorów zewnętrznych, są niezgodne z warunkami zamówienia, co powinno skutkować odrzuceniem tych ofert.

Izba uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która powinna zostać odrzucona.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła zamawiającego jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT w kwocie zmniejszonej do limitu wynikającego z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....