

Sygn. akt KIO/UZP 189/09

**WYROK**  
**z dnia 19 marca 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Członkowie: Agnieszka Bartczak-Żuraw**  
**Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 marca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Karpacka Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. w Tarnowie, ul. Wita Stwosza 7, 33-100 Tarnów** protestu z dnia **15 stycznia 2010 r.**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. Kosztami postępowania obciąża Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 109 zł 84 gr** (słownie: cztery tysiące sto dziewięć złotych osiemdziesiąt cztery grosze) przez **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** na rzecz **Karpackiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o. w Tarnowie, ul. Wita Stwosza 7, 33-100 Tarnów** stanowiącej

- uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Postępowanie sektorowe o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie inwestycyjne - Budowa budynku administracyjno-biurowego Karpackiej Spółki Gazownictwa Sp. z o. o. w Tarnowie przy ul. Bandrowskiego 14 z segmentem technicznym oraz zagospodarowaniem terenu, zostało wszczęte przez Karpacką Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o., ul. Wita Stwosza 7, 33-100 Tarnów zwaną dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 200-2882245 w dniu 16.10.2009 r.

W dniu 07.01.2010 r. Zamawiający przekazał faxem informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej ABM SOLID S.A., ul. Bartła 3, 33-100 Tarnów zwanego dalej: „ABM SOLID S.A.” oraz przedstawił ranking złożonych ofert zgodnie z którym drugą w rankingu złożonych ofert była SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa zwana dalej: „SKANSKA S.A.” albo „Protestującym” albo „Odwołującym”.

W dniu 15.01.2010 r. (wpływ do Kancelarii Zamawiającego) na podstawie przepisu art. 179 ust. 1 oraz art. 180 i następne ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp” SKANSKA S.A. złożył protest na czynności i zaniechania Zamawiającego zarzucając Zamawiającemu:

- a) nie wykluczenie i nie odrzucenie oferty Wykonawcy ABM SOLID S.A., jako niezgodnej z treścią SIWZ, w sposób sprzeczny z przepisami Pzp naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców
- b) dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy ABM SOLID S.A., jako niezgodnej z treścią SIWZ, w sposób sprzeczny z przepisami Pzp naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Niniejszym Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz SIWZ (pkt 2.3 i pkt 2.4).

W związku z powyższym, Protestujący, składając niniejszy protest, wnosi o:

- a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

- b) wykluczenie Wykonawcy ABM SOLID S.A. z przedmiotowego postępowania w związku niezgodnością oferty tego Wykonawcy z treścią SIWZ,
- c) odrzucenie oferty Wykonawcy ABM SOLID S.A., uznanej za najkorzystniejszą w związku z faktem, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
- d) ponowna ocenę ofert oraz dokonanie wyboru oferty Protestującego jako oferty najkorzystniejszej, która to oferta spełnia wymagani Zamawiającego i jest zgodna z SIWZ.

Podstawą do odrzucenia oferty Wykonawcy ABM SOLID S.A. jest niezgodność treści jego oferty z SIWZ polegająca na tym, że w treści oferty wprowadzono urządzenie zamienne w ocenie w/w Wykonawcy równoważne, które nie spełniało kryterium równoważności, wymagane przez SIWZ (pkt 2.4).

Rozwiązanie zaproponowane przez firmę ABM SOLID S.A. dotyczące zamiany urządzeń firmy STULZ (szafy klimatyzacji precyzyjnej ASD802A z dwoma skraplaczami KSV044Z351C oraz szafy klimatyzacji precyzyjnej CCU121A ze skraplaczami KSV036Y351C) na urządzenia firmy Denco (szafy klimatyzacji precyzyjnej T D83AVH z dwoma skraplaczami DCRA 39-12 oraz szafy klimatyzacji precyzyjnej T U12AGH ze skraplaczami DCRA 17-12) nie spełnia warunku równoważności postawionego przez inwestora. Wymagane przez Zamawiającego parametry minimalne, z wyłączeniem gabarytów i ciężaru urządzenia nie zostały zachowane w podanym przez wybranego Wykonawcę urządzeniu równoważnym.

Protestujący przedstawił porównanie istotnych parametrów opisanych przez dokumentację przetargową zgodnie z pkt 2.3 SIWZ z parametrami urządzeń firmy Denco na bazie danych od dystrybutora urządzeń firmy Denco, tj. na podstawie a) opisu przedmiotu zamówienia z SIWZ: a-1) załącznika nr 9 do SWIZ ppkt d) - załącznik nr 1; a-2) załącznika nr 9 do SWIZ ppkt c) Projekty wykonawcze - Kr 880 PW 7092 Klimatyzacja z bezpośrednim odparowaniem - załącznik nr 2 oraz informacji dotyczących równoważnika uzyskanych od producenta: b-1) kart doborowych urządzeń Denco - załącznik nr 3 oraz b-2) e-mail uzupełniający karty doborowe urządzeń Denco - załącznik nr 4.

Zgodnie z porównaniem szaf Denco z wymaganiami inwestora:

A-1) Wymagane parametry - Według dokumentacji przetargowej/Denco

1) ASD802A/2x KSV044Z351C; 2) T D83AVH/2x DCRA 39-12

- Wydajność jawna chłodnicza min (tp=24/ts=14; fi=50): 75 KW; 76,18 KW
- Wydajność powietrza: 21000 m<sup>3</sup>/h ; 21020 m<sup>3</sup>/h
- Wydajność nawilżacza parowego: 5 kg/h; 8 kg/h
- Spręż dyspozycyjny min: 450 Pa;118 Pa
- Pobór mocy sprężarki: 19 KW; 23,7 KW
- Pobór mocy wentylatorów w szafie: 5,1 KW; 3,3 KW

- Pobór mocy nawilżacza parowego: 3,75 KW; 6 KW
  - Pobór mocy skraplacza: 1,47 KW; 1,32 KW
  - Pobór mocy urządzenia + skraplacza mniejszy od 30 KW:
- a) 19 (2 sprężarki)+5,1 (3 wentylatory nawiewne w szafie)+3,75 (nawilżacz parowy)+1,74 (2 skraplacze 3 wentylatory/skraplacz) = 29,59 KW;
- b) 23,7 (2 sprężarki)+3,3 (wentylator nawiewny w szafie)+6 (nawilżacz parowy)+1,32 (2 skraplacze 3) = 34,32 KW
- Współczynnik EER (wd. SLUTZ moc chłodnicza/(moc wentylatora w szafie + moc sprężarki)) min 3,1: a)  $(75/119+5,11 = 3,11)$ ; b)  $82,83/123,7+3,31 = 3,067$
  - Natężenie hałasu max w odległości 1 m od jednostki wew.:
- a) LpA 1 m = 55 dB (w odległości 1 m)
- b) LpA 2m = 62 dB (w odległości 2 m)
- Natężenie hałasu max w odległości 5m od jednostki zew.:40 dB; 40,5 dB
  - Sposób chłodzenia skraplacza powietrzem: tak; tak
  - Miejsce usytuowania skraplacza: na dachu serwerowni; na dachu serwerowni

*Według opisu technicznego element skraplacza:*

- liczba sprężarek (obiegów):2 Kpl.; 2 Kpl.
  - liczba wentylatorów: 6 Szt.; 6 Szt.
  - chiler na dachu wydatek powietrza: 15600 m<sup>3</sup>/h; 10620 m<sup>3</sup>/h
  - Moc chłodnicza: 47,2 KW; 52,5 KW
- 3) CCU121A/KSV036Y351C; 4) T U12AGH / DCRA 17-12
- Wydajność chłodnicza min (tp=24/ts=14; fi=50): 12,4 KW; 15,69 KW
  - Wydajność powietrza:3200 m<sup>3</sup>/h; 3211 m<sup>3</sup>/h
  - Wydajność nawilżacza parowego:3 kg/h; 3,2 kg/h
  - Spręż dyspozycyjny min: 200 Pa; 148 Pa
  - Pobór mocy sprężarki: 3,1 KW; 4,46 KW
  - Pobór mocy wentylatorów w szafie:0,7 KW; 0,55 KW
  - pobór mocy nawilżacza parowego:1,13 KW; 2,3 KW
  - Pobór mocy skraplacza:0,51 KW; 0,22 KW
  - Pobór mocy urządzenia + skraplacza mniejszy od 5,5 KW:
- a) 3,1 (kompresor)+0,7 (wentylator nawiewny w szafie)+1,13 KW (nawilżacz parowy)+0,51 (3 wentylatory w skraplaczu) =5,44 KW;
- b) 4,46 (kompresor)+0,55 (wentylator nawiewny w szafie)+2,3 KW (nawilżacz parowy)+0,66 (3 wentylatory w skraplaczu) =7,53
- Współczynnik EER (wd. STUZ moc chłodnicza/(moc wentylatora w szafie + moc sprężarki)) min 3,25: a)  $(12,4/ [3,1+0,7] = 3,26)$ ; b)  $(15,69/ [4,46+0,551] = 3,13)$

- Natężenie hałasu max w odległości 1m od jednostki wew.

a) LpA 1m = 50 dB (w odległości 1 m)

b) LpA 2m = 56 dB (w odległości 2 m)

- Natężenie hałasu max w odległości 5m od jednostki zew: 40 dB; 39 dB

*Według opisu technicznego element skraplacze:*

- liczba sprężarek (obiegów):1 Kpl.; 1 Kpl.
- liczba wentylatorów:1 Szt.;1 Szt.
- chiler na dachu/poziom terenu wydatek powietrza: 9000 m<sup>3</sup>/h; 4320 m<sup>3</sup>/h
- Moc chłodnicza:15,7 KW; 18,9 KW.

Reasumując przedstawione porównanie Protestujący wskazał, że produkt przedstawiony przez ABM SOLID S.A. jako zamiennik nie spełnia wielu parametrów wyspecyfikowanych przez inwestora, z których najistotniejsze to mniejszy spręż dyspozycyjny wentylatorów (podany w załączniku nr 9 do SIWZ ppkt d) Zestawienie parametrów) w obu typach szaf oraz niższy współczynnik EER (również podany w załączniku nr 9 do SIWZ ppkt d) Zestawienie parametrów), który opisuje energochłonność rozwiązania. Szafy Denco ponadto odbiegają maksymalnym zużyciem energii elektrycznej (podanym przez inwestora jako mniejsze niż 30 KW - załącznik nr 9 do SIWZ ppkt d) Zestawienie parametrów), obliczonym sposobem podanym w projekcie wykonawczym klimatyzacji z bezpośrednim odparowaniem (załącznik nr 9 do SWIZ ppkt c) Projekty wykonawcze - Kr 880 PW 7092 Klimatyzacja z bezpośrednim odparowaniem). Ponadto każda z szaf proponowanych jako zamiennik przekracza maksymalne ciśnienia akustycznego podanego przez inwestora w załączniku nr 9 do SIWZ ppkt d) Zestawienie parametrów.

W ocenie Protestującego, zaproponowane urządzenia równoważne nie wyczerpują parametru opisanego w pkt 2.4. SIWZ, a mianowicie, że wymogi techniczne podanych w projekcie urządzeń muszą być minimalne, to znaczy przynajmniej nie gorsze od podanych w projekcie, to Zamawiający winien był odrzucić wybraną ofertę jako niezgodną z treścią SIWZ i nie podlegającą poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Podane urządzenia zamienne powodują istotną zmianę treści oferty, poprzez nie osiągnięcie parametrów minimalnych dla tych urządzeń, a tym samym nie osiągnięcie zakładanych przez projekt wydajności i energochłonności danego urządzenia.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 28.01.2010 r. faxem poprzez jego oddalenie. Zamawiający wskazał, że Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 4 Pzp, tj. przepisu wskazującego, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą oraz zażądał wykluczenia Wykonawcy - ABM SOLID SA. nie wskazując na jakiej podstawie ww. Wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania. Podniósł, iż rzekoma

niezgodność treści oferty ABM SOLID SA. z treścią SIWZ nie może stanowić podstawy do wykluczenia Wykonawcy. Ponadto, ww. Wykonawca nie został wykluczony z postępowania, co musi skutkować uznaniem zarzutu naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp za nieuzasadniony.

Odnosząc się do rzekomej niezgodności treści oferty ABM SOLID SA. z treścią SIWZ poprzez zaferowanie urządzeń, które nie są równoważne wymaganym przez Zamawiającego, co skutkować powinno odrzuceniem oferty ABM SOLID SA. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - również ten zarzut Protestującego należy uznać za chybiony.

Z powołanego przez Protestującego postanowienia zawartego w pkt 2.4 SIWZ nie wynika, jak twierdzi Protestujący, że rozwiązania oferowane przez Wykonawców jako równoważne muszą posiadać wszystkie parametry określone w opisie przedmiotu zamówienia. W sytuacji, w której wszystkie parametry urządzenia równoważnego oferowane przez Wykonawcę musiałyby posiadać parametry wymaganego urządzenia - oznaczałoby tożsamość produktu oferowanego jako równoważny z opisany przez Zamawiającego i czyniłoby możliwość oferowania produktów równoważnych pozorną i w praktyce niemożliwą do spełnienia. Stanowisko takie przywołał za wyrokiem KIO z dnia 12.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 984/09 oraz wyrokiem KIO z dnia 6.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 967/09.

W przedmiotowym przypadku równoważność oferowanych przez Wykonawców urządzeń i rozwiązań oceniana była przez Zamawiającego w kontekście współdziałania systemów i instalacji zgodnie z przewidzianymi w projekcie i funkcjonującymi u Zamawiającego. Taki sposób oceny jednoznacznie wynika z postanowienia zawartego w pkt 2.4 SIWZ.

W dniu 04.02.2010 r. (data nadania w placówce pocztowej operatora publicznego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do UZP podtrzymując zarzuty i wnioski wraz z argumentacją z protestu. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Wybrana oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, a tym samym Zamawiający naruszył także art. 82 ust. 3 Pzp.

Odniosł się także do argumentów wynikających z przystąpienia na etapie protestu, nie podtrzymanego na etapie odwołania, ABM SOLID S.A., który w przystąpieniu twierdził, że: *„Urządzenia zaferowane przez ABM Solid posiadają parametry wyższe lub równoważne parametrom urządzeń oczekiwanych przez Zamawiającego”*. Wskazał, że niesie to szereg wątpliwości argumentacyjnych, ponieważ nie ma tu mowy o wszystkich parametrach, a taki był wymóg SIWZ, który nie został przez wybranego oferenta oprotestowany, a więc należało przyjąć, że zgadza się on z wymaganiami Zamawiającego, które zresztą w tym przypadku są w pełni uzasadnione z uwagi na specyfikę Zamawiającego oraz przepisy specjalne którym podlega. Względem rozwiązań równoważnych wskazał, że można wyróżnić w zapisie SIWZ następujące wymogi:

1. Parametry równoważnika muszą być nie gorsze niż wskazane przez Zamawiającego.
2. Równoważnik zapewnienia współdziałania systemów i instalacji zgodnie z przewidzianymi w projekcie i funkcjonującymi u Zamawiającego
3. Wszystkie przewidziane w dokumentacji projektowej parametry i wymogi techniczne przykładowych materiałów, urządzeń i systemów są parametrami minimalnymi, chyba że zapis mówi inaczej lub dane dotyczą gabarytów i ciężaru urządzenia.

Stwierdził, że ABM SOLID S.A. nie wykazał z w zaproponowanych urządzeniach w/w elementów i tylko niektóre parametry zachowują ten wymóg, ale nie wszystkie z wyłączeniem tylko gabarytów i ciężaru urządzeń równoważnych, gdzie wszystkie pozostałe parametry muszą być takie same lub lepsze od zaprojektowanych. Wskazał także dodatkowe parametry potwierdzające jego argumentację.

1. Spręż dyspozycyjny szaf w serwerowni: projekt – min. 450 Pa, a Denco 118 Pa,
2. Spręż dyspozycyjny szaf w pomieszczeniach MDF: projekt min. 200 Pa, a Denco 79 Pa,
3. Pobór mocy elektrycznej całkowitej szaf w serwerowni: projekt – max 30 KW, a Denco - 31,47 KW,
4. Pobór mocy elektrycznej całkowitej szaf w pomieszczeniach MDF: projekt - max 5,5 KW, a Denco - 7,09KW,
5. Poziom ciśnienia akustycznego w odległości 1 m szaf w pomieszczeniach MDF: projekt - max 50 dBa, a Denco - 54 dBa w odległości 2 m (w odległości 1 m będzie głośniejsza),
6. Poziom ciśnienia akustycznego w odległości 5 m skraplacza szaf serwerowni: projekt - maksymalnie 40 dBa, a Denco - 47 dBa w odległości 10 m (w odległości 5 m będzie głośniejsza).

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, w tym także załącznikiem nr 9 do SIWZ ppkt d) Zestawienie parametrów oraz załącznikiem nr 9 do SIWZ ppkt c) Projekt wykonawczy - Kr 880 PW 7092 Klimatyzacja z bezpośrednim odparowaniem, ofertą ABM SOLID S.A. oraz Strabag Sp. z o.o., jak również po zapoznaniu się z protestem wraz z załącznikami, w tym kartami doborowymi urządzeń Denco oraz e-mailem uzupełniającym karty doborowe urządzeń Denco, rozstrzygnięciem protestu, odwołaniem, złożoną przez Zamawiającego na rozprawie opinią projektanta, tj. Biura Studiów i Projektów łączności „TELEPROJEKT” (pismo z dnia 04.01.2010 r.) po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący ma interes prawny, gdyż jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny złożonych ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów względem ofert ABM SOLID S.A., ma szansę na uzyskanie zamówienia.

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

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 4 Pzp, Izba uznała za niezasadny. Wskazana podstawa prawna w swej istocie dotyczy konsekwencji względem oferty Wykonawcy wykluczonego z udziału w postępowaniu i w żadnym wypadku nie jest związana z niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ. Z tych względów, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ABM SOLID S.A. pomimo, że w jej treści zaoferowano urządzenie zamienne, które nie spełniało kryterium równoważności, Izba uznała za niezasadny także w kontekście art. 82 ust. 3 Pzp wyrażonego dopiero w odwołaniu.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Zamawiający w pkt 2.3 SIWZ stwierdził, że: *„Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi dokumentacja projektowa składająca się z dokumentacji formalno-prawnej, projektów budowlanych i projektów wykonawczych, zestawienia parametrów, przedmiarów robót oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych wyszczególnionych w załączniku nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanej dalej „SIWZ”. Znajdujące się w dokumentacji przedmiary robót mają charakter tylko pomocniczy i informacyjny.”*. Z kolei w pkt 2. 4 SIWZ wskazał, że: *„Zamieszczone w SIWZ, w szczególności w dokumentacji projektowej, nazwy własne producentów nie są wiążące dla*



*Wykonawcy, należy je traktować wyłącznie jako przykładowe dla zobrazowania opisywanych parametrów i wymogów technicznych. Zamawiający dopuszcza zastosowanie materiałów, urządzeń i systemów o parametrach nie gorszych niż wskazane przez Zamawiającego. Rozwiązania równoważne muszą zapewnić współdziałanie systemów i instalacji zgodnie z przewidzianymi w projekcie i funkcjonującymi u Zamawiającego. Wszystkie przewidziane w dokumentacji projektowej parametry i wymogi techniczne przykładowych materiałów, urządzeń i systemów są parametrami minimalnymi, chyba że zapis mówi inaczej lub dane dotyczą gabarytów i ciężaru urządzenia."*

W ramach załącznikiem nr 9 do SIWZ ppkt d) Zestawienie parametrów Zamawiający określił także, że: *„Dopuszcza się zamiennie rozwiązania (w oparciu na produktach innych producentów) pod warunkiem: spełnienia tych samych właściwości technicznych, przedstawieniu zamiennych rozwiązań na piśmie (dane techniczne, atesty, dopuszczenia do stosowania) uzyskaniu akceptacji projektanta i Zamawiającego”.*

Zamawiający w ramach załącznika nr 9 do SIWZ ppkt d) Zestawienie parametrów (pkt od 2.2.3. do 2.2.10 – str. od 37 do 41 załącznika) wskazał parametry graniczne dla urządzeń klimatyzacyjnych m.in. serwerowi (pkt 2.2.3). Zamawiający w ramach załącznika nr 9 do SIWZ ppkt c) Projekt wykonawczy - Kr 880 PW 7092 Klimatyzacja z bezpośrednim odparowaniem wskazał szafy klimatyzacyjne firmy STULZ, tj. szafy klimatyzacji precyzyjnej ASD802A z dwoma skraplaczami KSV044Z351C oraz szafy klimatyzacji precyzyjnej CCU121A ze skraplaczami KSV036Y351C.

W ramach wzoru formularza oferty – załącznik nr 1 do SIWZ Zamawiający w pkt 7 umiejscowił wzór wykazu rozwiązań równoważnych do przewidzianych w dokumentacji projektowej, który należało wypełnić w przypadku zaoferowania takich rozwiązań.

ABM SOLID S.A. złożyło oświadczenie w ramach złożonej oferty (str. 3 oferty), zgodnie ze wzorem wykazu, że oferuje szafy klimatyzacyjne równoważne względem proponowanych w dokumentacji projektowej, tj. 1) Szafę klimatyzacyjną DENCO TD83AVH; 2) Szafę klimatyzacyjną DENCO DCRA 39-12; 3) Szafę klimatyzacyjną DENCO TU12AGH oraz 4) Szafę klimatyzacyjną DENCO DCRA 17-12.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, z uwagi na uznanie za fakt bezsporny przez Zamawiającego, iż szafy klimatyzacyjne ABM SOLID S.A. nie odpowiadają we wszystkich parametrach szafom klimatyzacyjnym proponowanym w dokumentacji projektowej, Izba odstępuje od porównywania wszystkich parametrów szaf klimatyzacyjnych oferowanych przez ABM SOLID S.A. z szafami klimatyzacyjnymi proponowanym w dokumentacji projektowej.

Po drugie, Izba podtrzymuje stanowisko wynikające z orzecznictwie KIO wyrok z dnia 16.12.2008r., sygn. akt: KIO/UZP 1400/08, wyrok z dnia 12.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP

984/09 oraz wyrokiem KIO z dnia 6.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 967/09 zgodnie z którym, oferta równoważna to taka, która przedstawia produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla Zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry. Pojęcie równoważności bowiem nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby możliwość oferowania produktów równoważnych pozorną i w praktyce niemożliwą do spełnienia. Zaś rozwiązanie równoważne nie może oznaczać, że inne zaproponowane w ramach tej równoważności urządzenie ma spełniać wszystkie parametry konkretnego urządzenia, określonego producenta, przyjętego przez projektanta, gdyż naruszałoby to zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Po trzecie wobec jednoznacznego odrzucenia, jak zostało to wskazane, możliwości żądania, aby oferowany produkt równoważny posiadał wszystkie parametry urządzenia proponowanego w dokumentacji projektowej, *de facto* braku jednoznacznych wskazania w SIWZ jakie z parametrów szaf klimatyzacyjnych są najistotniejsze dla Zamawiającego, koniecznym jest odwołanie się do przewidywanego przeznaczenia niniejszych urządzeń w ramach przedmiotowego zamówienia i roli jaką będą pełnić w budynku administracyjno-biurowym Zamawiającego. Wynika bowiem z powyższego, że przedmiotowe zamówienia nie zawiera w sobie żadnych specyficznych cech związanych z sektorowym charakterem Zamawiającego. Zaś zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego przedstawionym na rozprawie jedynym istotnym parametrem z kwestionowanych w złożonych środkach ochrony prawnej jest spręż dyspozycyjny, który ma zapewnić odpowiednia cyrkulację w pomieszczeniach serwerowni. W tym zakresie Zamawiający wskazał, że niniejszy parametr miałby znaczenie tylko i wyłącznie w przypadku chłodzenia urządzeń znajdujących się w znacznej odległości od szaf klimatyzacyjnych, co jak wskazał nie będzie miało miejsca. Jednocześnie podnosił, że kluczowymi parametrami są, w jego ocenie wydajność jawna chłodnicza, wydajność powietrza, wydajność nawilżacza parowego zaoferowanych szaf klimatyzacyjnych. W konsekwencji wobec braku dalszego stanowiska Odwołującego w tym zakresie, Izba uznała że nie zostało wykazane złożenie nie równoważnych szaf klimatyzacyjnych względem proponowanych w dokumentacji projektowej. Nie bez znaczenia jest także okoliczność tego rodzaju, że Odwołujący w żaden sposób nie ustosunkował się do przedłożonej na rozprawie opinii projektanta, tj. Biura Studiów i Projektów łączności „TELEPROJEKT” (pismo z dnia 04.01.2010 r.), które m.in. potwierdziło równoważny charakter szaf klimatyzacyjnych ABM SOLID S.A. w tym zakresie brak fachowej wiedzy pełnomocnika Odwołującego w tym zakresie jest bez znaczenia dla przedmiotu sprawy.

Po czwarte Izba wskazuje także, że zapisy SIWZ wskazują, że *de facto* Zamawiający chciał przede wszystkim, aby ewentualne rozwiązania równoważne zapewniały współdziałanie systemów i instalacji zgodnie z przewidzianymi w projekcie i funkcjonującymi

u Zamawiającego, co jest zgodne ze stanowiskiem Izby wyrażonym powyżej, odwołania się do przewidywanego przeznaczenia szaf klimatyzacyjnych, czyli spełnienie określonych funkcjonalności. Potwierdza to łączna analiza tak pkt 2.4 SIWZ, jak i załącznika nr 9 SIWZ ppkt d) Zestawienie parametrów (na podstawie odesłania z pkt 2.3 SIWZ), gdzie Zamawiający przywołuje konieczność spełnienia tych samych właściwości technicznych przez rozwiązania zamiennie. Nie bez znaczenia jest także fakt, że inny z uczestników przedmiotowego postępowania firma Strabag Sp. z o.o. również złożyła ofertę równoważną w zakresie szaf klimatyzacyjnych KLIMAVENTA.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust.1 Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnień treści oferty ABM SOLID S.A., Izba pozostawiła bez rozpatrzenia. Zgodnie z art. 191 ust. 3 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, co miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym.

Jednocześnie wobec nie potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Izba uznała także za nie zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp zdanie pierwsze oraz art. 191 ust. 1a Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.) uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalna kwota dopuszczona przez w/w rozporządzeń. Izba uznała także na podstawie Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy. (Dz. U. z 2002 r., Nr 27, poz. 271 z późn. zm.) oraz na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.) koszty dojazdu Zamawiającego wynikające z przedstawionego spisu kosztów. Wniosek Zamawiającego o zasadzenie kosztów noclegu i garażu na podstawie przedłożonych faktur, Izba nie uwzględniła uznając je za nieuzasadnione.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....