

Sygn. akt: KIO 1370/21

**WYROK**  
**z dnia 5 lipca 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Aleksandra Patyk</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Beata Pakulska – Banach</b> <b>Anna Kuszel – Kowalczyk</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Piotr Ceglowski</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2021 r. przez wykonawcę **UNISERV S.A. z siedzibą w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o. z siedzibą w Świerżach Górnych**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Polimex Energetyka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** oraz **Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1370/21 po stronie Zamawiającego,
- B. wykonawcy **Budimex Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1370/21 po stronie Odwołującego,

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła wskazania dwóch różnych producentów chłodni wentylatorowych oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła rysunku gabarytowego chłodni wentylatorowej, a także w zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Polimex Energetyka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** oraz **Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części 3/8 oraz Odwołującego w części 5/8 i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 27 200 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
  - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 6 600 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o. z siedzibą w Świerżach Górnych [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *wykonanie w formule pod klucz (zaprojektuj i wybuduj) układu dochładzania wód pochłodniczych bloków 200 mw w Enea Wytwarzanie sp. z o.o. – Elektrownia Kozienice* (znak postępowania: KZP-PT.2103.4.2020).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 252-637597.

Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”].

Mając na uwadze, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2021 r., do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) [dalej „ustawa nPzp”].

W dniu 10 maja 2021 r. wykonawca UNISERV S.A. z siedzibą w Katowicach [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Polimex Energetyka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Polimex”], pomimo iż treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności wobec:

- a) niezawarcia w ofercie elementów (opisów, informacji o oferowanym przedmiocie),
- b) zaoferowania przedmiotu niespełniającego wymagań Zamawiającego określonych w części II SIWZ;
- c) złożenia oferty wariantowej, podczas gdy Zamawiający nie dopuścił do składania ofert wariantowych;
- d) złożenia oferty w języku obcym, podczas gdy Zamawiający nie dopuścił możliwości

złożenia oferty w języku obcym;

2. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Polimex, pomimo iż oferta ta jest niezgodna z ustawą, albowiem stanowi w istocie dwie oferty, a także została złożona w języku obcym;

3. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie uzupełnienia treści oferty Polimex poprzez udzielenie odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, co stanowi niedozwolone negocjowanie i zmianę treści oferty oraz naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;

4. a w konsekwencji naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Polimex, pomimo iż podlega ona odrzuceniu oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie naczelnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Polimex;
2. ponowienia czynności badania i oceny ofert;
3. odrzucenia oferty Polimex;
4. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
5. zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Polimex, pomimo iż treść tej oferty nie odpowiada SIWZ

W zakresie ww. zarzutu Odwołujący wskazał, że w postępowaniu na ofertę wykonawców składa się m.in. treść zawarta w Załączniku nr 8 do Formularza ofertowego „Informacje o charakterze technicznym, o których mowa w Części II SIWZ”. Załącznik ten, złożony w ofercie, stanowi jej treść *sensu stricte*, albowiem zawarte tam informacje stanowią oświadczenie woli wykonawcy identyfikujące i charakteryzujące przedmiot oferty, a więc wskazujące zasadniczy element oferty, jakim jest jej przedmiot. To z tego załącznika Zamawiający miał dowiedzieć się, co konkretnie (jakie rozwiązanie techniczne) wykonawca mu oferuje i dokonać jego porównania z oczekiwaniami, szczegółowo opisanymi w SIWZ. Skoro w Załączniku pn. „Informacje o charakterze technicznym, o których mowa w Części II SIWZ” wykonawcy identyfikowali zobowiązanie, jakie na siebie przyjmują przez złożenie oferty, to zgodność treści oferty z treścią SIWZ należy w Postępowaniu badać i oceniać z perspektywy treści oświadczenia wykonawcy zawartego m.in. w ww. dokumencie. W konsekwencji wszelkie braki i wady treści zawartej w Załączniku nr 8 stanowią braki

i wady oferty w ścisłym tego słowa znaczeniu. Na kwalifikację Załącznika nr 8 do Formularza ofertowego jako oferty *sensu stricte* wskazuje także to, iż Zamawiający kierując do wykonawców żądania złożenia wyjaśnień dotyczących treści w nim zawartej, kierował je w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem w trybie wyjaśnień treści oferty.

Odwołujący wskazał, iż na braki oferty (częściowo) zwrócił uwagę Zamawiający zwracając się do Polimex w dniu 23.03.2021 r., a następnie także w dniu 29.03.2021 r. o złożenie wyjaśnień. Polimex złożył takie wyjaśnienia pismami datowanymi na dzień 25.03.2021 r. oraz 30.03.2021 r., jednakże nie mogą one sanować wad oferty i prowadzić do oceny, że oferta jest zgodna z SIWZ.

a) niezawarcie w ofercie elementów (opisów, informacji o oferowanym przedmiocie) wymaganych przez Zamawiającego zgodnie z postanowieniami części II SIWZ

1. Odwołujący przywołał pkt 4.2.3 Części II SIWZ, zapis pod tabelą nr 7 Pompy wody chłodzącej, str. 29 i stwierdził, że Polimex nie zawarł w ofercie opisu pomp. Odwołujący przywołał treść pytania skierowanego do Polimex pismem z dnia 23 marca 2021 r. (pyt. 1h) wraz z wyjaśnieniami Polimex w ww. zakresie zawartymi w piśmie z dnia 25 marca 2021 r. Odwołujący stwierdził, że oprócz wypełnionej tabeli nr 7 (str. 3 załącznika nr 8 do Formularza oferty) oraz charakterystyk pomp (str. 4 załącznika nr 8 do Formularza oferty) pod tabelą na str. 3 Polimex zamieścił jedynie dwa zdania informacji o pompach, co nie wyczerpuje wymagania ujęcia w ofercie „opisu” pomp, nie odniósł się nawet do tych elementów oferowanych pomp, które wynikają z wymagań Zamawiającego. W szczególności zwracał uwagę, że Zamawiający wymaga (pkt 5.2.2. Części II SIWZ, str. 42) pompy na specjalnej stopie z auto złączem, zakończonej kolanem, do której przyłączony będzie rurociąg tłoczny. Auto złącze umożliwi wyciąganie i opuszczanie pompy z silnikiem bez konieczności wykonywania prac montażowych na rurociągach i kotwieniu do fundamentu. Ponadto opis nie zawiera informacji, że w minimalnym obciążeniu układu mogą pracować 2 pompy z odpowiednią ilością celek chłodni wentylatorowych. Polimex nie zawarł w ofercie wymaganego opisu oferowanych pomp, w tym informacji w ww. zakresie. Odwołujący wskazał, iż nie budzi wątpliwości, że w sytuacji, gdy Zamawiający formuje określone wymagania dotyczące treści oferty, nie jest wystraszającym by treść wymaganą zastąpić ogólnym oświadczeniem o zgodności z SIWZ. Powyższe powodowałoby, że każdą „merytoryczną” treść oferty można byłoby ograniczyć do ogólnego oświadczenia o zgodności z SIWZ a Zamawiający byłby w praktyce pozbawiony możliwości weryfikacji zgodności oświadczenia wykonawcy z SIWZ. Biorąc pod uwagę, że przekonanie Wykonawcy o zgodności oferowanego przedmiotu z SIWZ może być odmienne od stanowiska Zamawiającego w tej sprawie, Zamawiający byłby pozbawiony informacji o tym, co wykonawca będzie mu świadczył na podstawie umowy. Brak wymaganej treści oferty uznaje

się jednoznacznie za niezgodność treści oferty z treścią SIWZ (por. np. KIO 2621/20). Wobec powyższego Zamawiający powinien był uznać, że oferta Polimex podlega odrzuceniu.

2. Odwołujący przywołał pkt 4.2.6. Części II SIWZ, zapis pod tabelą nr 9 Chłodnie wentylatorowe, str. 31 -32 i stwierdził, że Polimex nie zawarł w ofercie:

- opisu budowy i pracy chłodni,
- rysunku gabarytowego chłodni (wszelkich danych niezbędnych to tego by rysunek mógł być uznany za gabarytowy),
- opisu zabezpieczenia zraszalników przed zanieczyszczeniami mogącymi przedostać się z filtrów samoczyszczących i opisu sposobu czyszczenia zraszalnika,
- a przede wszystkim charakterystyk pracy chłodni obejmujących cały zakres pracy (w tym wymaganych dodatkowo także zapisem pkt 5.2.3 ppkt 19, str. 44, krzywych korekcyjnych w postaci charakterystyki pracy celek chłodni w zależności od temperatury otoczenia i wilgotności, temperatury czynnika schładzanego, strumienia czynnika schładzanego).

#### Opis budowy i pracy chłodni

Odwołujący przywołał treść pytania skierowanego do Polimex pismem z dnia 23 marca 2021 r. (pyt. 1a) wraz z wyjaśnieniami Polimex w ww. zakresie zawartymi w piśmie z dnia 25 marca 2021 r. i stwierdził, że wbrew odpowiedzi Polimex nie sposób uznać, by treść zawarta w pkt. 5 ppkt 1-17 na str. 8 i 9 załącznika nr 8 do formularza oferty stanowiła „opis budowy i pracy chłodni” wykonawcy. We wskazanych punktach oferty Polimex bowiem nie przedstawił opisu budowy i pracy oferowanej chłodni, ale powielił („przekleił”) z Części II SIWZ zapisy opisujące wymagania Zamawiającego (z wyjątkiem pkt 1). Całość pozostałej treści zawartej na str. 8-9 Załącznika nr 8 do formularza ofertowego Polimex w pkt 2-16, to w istocie treść ppkt 1-15 z pkt 5.2.3; Części II SIWZ, str. 43-44. Jedyną różnicą jest to, że w pkt 8 Załącznika nr 8 Polimex wskazał materiał, z którego będą wykonane elementy tam wymienione, oraz zawarł dopisek w nawiasie w pkt 15, który zresztą sam w sobie świadczy o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. W ocenie Odwołującego, w sytuacji gdy Zamawiający formułuje określone wymagania dotyczące treści oferty, nie jest wystarczającym by treść wymaganą (jaka powinna się w ofercie znaleźć) zastąpić treścią SIWZ. Znamienne jest przy tym, że Polimex powielił zawartość SIWZ bezrefleksyjnie, zostawiając te postanowienia Zamawiającego, które, poprzez zapis formujący możliwość dokonania przez wykonawcę uszczegółowienia lub wyboru określonej cechy przedmiotu zamówienia - wymagały konkretnej deklaracji w ofercie.

Dalej Odwołujący wskazał, że w pkt 5.2.3. Części II SIWZ w ppkt 1 tiret drugie (str. 43), Zamawiający wskazał, że celki mają być wyposażone w m. in.: *ściany osłonowe*

*zewewnętrzne i wewnętrzne (jeśli będą zastosowane)*. Polimex wpisał w swojej ofercie (str. 8, pkt 2 tiret drugie) ww. zapis, dosłownie powtarzając też treść w nawiasie. Zatem treść oferty Polimex jest w tym zakresie niejednoznaczna, nie stanowi stanowczego oświadczenia woli wykonawcy, nie wiadomo czy ścianki wewnętrzne będą, czy nie będą zastosowane, czy zostały w kalkulowane w cenę oferty. Wykonawca nie zadeklarował tego w ofercie. Kwestia ta wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, gdyż zadał Polimex pytanie nr 11 pismem z dnia 23 marca 2021 r. Dopuszczenie przez Zamawiającego uzupełniania treści oferty w powyższym zakresie poprzez wskazanie, czy wykonawca zastosuje ścianki wewnętrzne, w sytuacji, gdy zobowiązany był to określić już w ofercie, stanowi zakazane negocjowanie treści oferty oraz jej zmianę, a tym samym naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Analogicznie przedstawia się treść oferty Polimex w odniesieniu do oferowanych zraszalników (cytowany wyżej pkt 15 str. 9 załącznika nr 8 do formularza ofertowego), gdzie Polimex napisał m.in. *„Wymaga się, żeby konstrukcja zraszalników była typu siatkowego.”* Użyta forma gramatyczna zdania („przeklejona” z SIWZ) powoduje, że także w tym zakresie oferta Polimex jest niejednoznaczna. Wymagania w postępowaniu o zamówienie publiczne formułuje zamawiający, a zatem na podstawie takiego oświadczenia zawartego w ofercie, powtarzającego ujęte w SIWZ oczekiwanie Zamawiającego nie sposób stwierdzić, jakie zraszalniki zaoferował Polimex i dokonać weryfikacji, czy odpowiadają one wymaganiom Zamawiającego.

#### Rysunek gabarytowy chłodni

Odwołujący wskazał, że wiadomym jest, że z punktu widzenia gabarytów celka chłodni jest figurą przestrzenną, wielościanem, który składać musi się ze ścian - które razem tworzą powierzchnię wielościanu oraz krawędzi, będących bokami ściany. Chłodnia może mieć kształt np. sześciianu - wielościanu foremego o sześciu ścianach w kształcie przystających kwadratów, jak i np. prostopadłościanu, a więc wielościanu, którego każda ściana jest prostokątem (a także innych, bardziej skomplikowanych wielościanów). Aby zatem określić gabaryty chłodni konieczne jest podanie co najmniej 3 wymiarów - długość, szerokość i wysokość. Odwołujący podał, iż Polimex zawarł w ofercie rysunek chłodni na str. 10 załącznika nr 8 do formularza ofertowego, rysunek chłodni podaje 2 wymiary tj. wysokość i szerokość, nie wynika z niego czy ściana pojedynczej celki ma kształt kwadratu, czy prostokąta. Nie sposób więc uznać, że Polimex zamieścił w ofercie wymagany w SIWZ wprost „rysunek gabarytowy”.

Odwołujący przywołał treść pytania skierowanego do Polimex pismem z dnia 23 marca 2021 r. (pyt. 1b) wraz z wyjaśnieniami Polimex w ww. zakresie zawartymi w piśmie z dnia 25 marca 2021 r. i stwierdził, że wbrew odpowiedzi Polimex, przedstawiony na str. 10 załącznika nr 8 do formularza ofertowego, rysunek chłodni nie wskazuje jednoznacznie, by

pojedyncza celka miała kształt kwadratu (pomijając już, że chłodnia i każda z celek jest obiektem kubaturowym, a więc nie może mieć kształtu kwadratu, który jest figurą płaską, co najwyżej podstawa celki może mieć kształt kwadratu). Nie można na podstawie tak nieprecyzyjnego rysunku zawartego w ofercie Polimex ocenić, czy istotnie ściana będąca podstawą celki to kwadrat, a zatem że podana przez Polimex szerokość będzie jednocześnie jej długością.

Odwołujący podkreślił, że to nie na podstawie samego rysunku określa się wymiary, gdyż rysunek jest wyłącznie poglądowy, ale właśnie odwrotnie - podane wymiary konkretyzują rysunek i decydują o tym, iż można go uznać za gabarytowy. Brak jednego z takich wymiarów powoduje więc, iż nie można powiedzieć, by w ofercie Polimex zawarto rysunek gabarytowy chłodni. Zamawiający, na podstawie treści oferty nie mógł poznać gabarytów oferowanego mu przedmiotu, a wykonawcy daje to drogę do faktycznego dostarczenia celki o różnych gabarytach. Świadczy to o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Odwołujący podkreślił ponadto, że dopuszczenie przez Zamawiającego uzupełniania treści oferty w powyższym zakresie poprzez wskazanie, jaka jest długość celki, w sytuacji, gdy Polimex zobowiązany był to określić już w ofercie, stanowi zakazane negocjowanie treści oferty oraz jej zmianę, a tym samym naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

#### Opis zabezpieczenia zraszalników przed zanieczyszczeniami mogącymi przedostać się z filtrów samoczyszczących i opis sposobu czyszczenia zraszalnika

Odwołujący wskazał na punkt 15 str. 9 załącznika nr 8 do oferty Polimex i podniósł, że zapis ten (poza dopiskiem w nawiasie) stanowi wyłącznie powielenie zapisu SIWZ, przedstawiającej wymaganie Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający wyraźnie wymagał podania w ofercie opisu zabezpieczenia zraszalników przed zanieczyszczeniami mogącymi przedostać się z filtrów samoczyszczących i opisu sposobu czyszczenia zraszalnika. Oczywistym jest, że powyższe wynika z faktu, że filtry, zamontowane przed chłodnią na rurociągu wody ciepłej, będą usuwały zanieczyszczenia stałe o wielkości powyżej 6 mm, a zanieczyszczenia mniejsze (piasek, drobny żwir, muł, cząstki organiczne) będą dopływały z wodą do chłodni. Zamawiający wymaga zastosowania zraszalnika siatkowego, charakteryzującego się dużą porowatością, aby te cząstki mogły przepłynąć wraz z wodą przez zraszalnik. W przypadku zastosowania zraszalnika innego niż siatkowy drobne elementy (poniżej 6 mm), które przedostaną się przez filtr będą się osadzały na zraszalniku a w konsekwencji spowodować mogą jego zapchanie i unieruchomienie chłodni. Co istotne, nawet w przypadku zraszalnika siatkowego zdarzyć się może zapchanie/awaria, co spowoduje konieczność czyszczenia. Odwołujący stwierdził, że nie sposób zatem uznać, by zapis powielony z SIWZ wyczerpywał oczekiwania Zamawiającego w stosunku do treści oferty. Nie sposób doszukać się w jej treści opisu zabezpieczenia zraszalników przed



zanieczyszczeniami, jakie mogą przedostać się na niego z filtrów samoczyszczących ani opisu sposobu czyszczenia zraszalnika. Odwołujący wskazał, że nie można też uznać, by potwierdzenie w ofercie, że „Zraszalniki będą posiadały konstrukcję, która nie będzie wymagała czyszczenia przy założeniu poziomej filtracji wody chłodzącej do wielkości części stałych 6,0 mm”, jak również wskazanie, że filtry będą samoczyszczące, skutkowało brakiem konieczności, zawarcia w ofercie przedmiotowego opisu zabezpieczenia i czyszczenia. Gdyby tak było, to Zamawiający nie wymagałby - wobec jednoznacznie opisanych wymagań jw. dotyczących zraszalników i filtrów - zawarcia w ofercie także opisu zabezpieczenia zraszalników i ich czyszczenia. W konsekwencji stwierdził, że Polimex nie zawarł w ofercie wymaganych opisów, co stanowi o kolejnej niezgodności oferty z treścią SIWZ.

Charakterystyki pracy chłodni obejmujące cały zakres pracy (w tym wymagane dodatkowo także zapisem pkt 5.2.3 ppkt 19 Części II SIWZ, str. 44 krzywe korekcyjne w postaci charakterystyki pracy celek chłodni w zależności od temperatury otoczenia i wilgotności, temperatury czynnika schładzanego, strumienia czynnika schładzanego)

Odwołujący wskazał na punkt 4.2.6 oraz 5.2.3 ppkt 19 Część II SIWZ i stwierdził, że Polimex nie zamieścił w ofercie charakterystyk pracy chłodni w całym jej zakresie pracy, obejmujących przede wszystkim krzywe korekcyjne, które w formie graficznej opisują pracę chłodni w zależności od temperatury otoczenia i wilgotności, temperatury czynnika schładzanego, strumienia czynnika schładzanego. Dalej Odwołujący wskazał na pyt. Nr 1c i 1d skierowane do Polimex pismem z dnia 23 marca 2021 r. oraz wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę w powyższym zakresie. Odwołujący stwierdził, że z odpowiedzi Polimex wynika, iż jeżeli chodzi o charakterystyki pracy chłodni obejmujących cały zakres pracy, to zamieścił je w formie tabelarycznej w tabelach zawartych w załączniku nr 8 do formularza ofertowego na str. 7 i str. 11. Jeżeli zaś chodzi o krzywe korekcyjne to Polimex odpowiada, iż w odniesieniu do wymaganych przez Zamawiającego parametrów informacje zawarł w formie tabelarycznej w tych samych tabelach, na które powołał się w odniesieniu do pytania o charakterystyki pracy chłodni. Zdaniem Odwołującego powyższych odpowiedzi nie sposób przyjąć jako rzetelnych i udzielonych przez podmiot zawodowo zajmujący się realizacją inwestycji objętych przedmiotem zamówienia. Stanowią one próbę „przykrycia” ewidentnych braków w treści oferty Polimex, w stosunku do wyrażonych w SIWZ wprost wymagań Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, iż wskazane przez Polimex tabele na str. 7 i 11 Załącznika nr 8 do Formularza ofertowego, to wymagane przez Zamawiającego do wypełnienia odpowiednio: Tabela nr 9 Chłodnie wentylatorowe i Tabela nr 10 Punkty bilansowe. Jeszcze raz wskazał, że w pkt 4.2.6. Części II SIWZ, zapis pod tabelą nr 9 Chłodnie wentylatorowe, tiret pierwsze, str. 31 -32, Zamawiający wskazał, iż wykonawca zamieści w ofercie co najmniej: parametry techniczne chłodni zgodnie z tabelami nr 9 i 10.

Każdy z wykonawców zobowiązany był do umieszczenia we wskazanych polach tabeli wartości (w formie liczbowej) określonych parametrów technicznych. Nie było możliwości dopisywania do ww. tabeli innych (dodatkowych) informacji, tym bardziej że szereg tych danych był już wpisany przez Zamawiającego. Jednocześnie, niezależnie od wypełnienia tabel nr 9 i 10 Zamawiający wymagał także zamieszczenia w ofercie *Charakterystyki pracy chłodni obejmujące cały zakres pracy* (pkt 4.2.6, Części 11 SIWZ, zapis pod tabelą nr 9 Chłodnie wentylatorowe, tiret piąte). Stanowiło to osobne wymaganie Zamawiającego. Gdyby bowiem wypełnienie ww. tabel stanowiło wymagane *Charakterystyki pracy chłodni obejmujące cały zakres pracy*, umieszczanie ww. zapisu pod tabelą stanowiłoby zbędne powtórzenie. Niezależnie od powyższego zakresy merytoryczne żądanych informacji nie pokrywają się - tabela nie podaje charakterystyk jej pracy w całym zakresie pracy. Odwołujący stwierdził, że nie można zatem uznać, że podane w tabeli nr 9 i 10 informacje wyczerpują również zagadnienia, które zostały określone przez Zamawiającego jako „*Charakterystyki pracy chłodni obejmujące cały zakres pracy*” i były przez niego wymagane. Gdyby informacje te były tożsame Zamawiający nie wymagałby ich przedstawienia odrębnie w ofercie. Ponadto zwracał uwagę, że charakterystyki pracy chłodni (w tym krzywe korekcyjne) przedstawiane są w formie graficznej jako wykres/funkcja, albowiem ich zadaniem jest zobrazowanie całego zakresu pracy chłodni w zmieniających się warunkach, czyli pracy w określonym przekroju tych warunków (takich jak temperatura, wilgotność otoczenia). Innymi słowy - np. dla zmiennych warunków temperatury otoczenia mają obrazować określone parametry pracy chłodni w całym przedziale (np. od 18 st C do 30 st C), a nie punktowo, tj. wyłącznie dla wybranych stopni temperatury otoczenia (np. dla 18,22, 28 i 30 st C). Zobrazowanie całego zakresu prac można osiągnąć tylko poprzez pokazanie wykresu/funkcji, natomiast nie da się osiągnąć tego w postaci tabelarycznej, gdyż tabela pokazuje TYLKO wybrane punkty pracy chłodni a nie cały zakres pracy. Odwołujący przywołał punkt 5.2.3 ppkt 19 Części II SIWZ oraz powołał się na pkt 3.1 normy PN-91/M-34991, normę PN-EN 14705, DIN 1947 i stwierdził, że nie można mówić o przedstawieniu charakterystyki pracy chłodni w całym zakresie jej pracy poprzez wskazanie pojedynczych parametrów w tabeli, tak jak to próbuje tłumaczyć Polimex. Zwrócił uwagę, że - jak wynika z cytowanego wyżej pkt 5.2.3. Części II SIWZ ppkt 19 - wymaganie Zamawiającego, by wykonawcy zaprezentowali w ofercie charakterystyki pracy chłodni (krzywe korekcyjne) wynika z faktu, iż są one niezbędne do oceny pomiarów gwarancyjnych układu chłodzenia (Gwarantowanych Parametrów Technicznych Grupy B). Przedstawienie pojedynczych danych nie spełnia wymogów norm (jakiegokolwiek z nich) służących do oceny osiągnięcia przez chłodnię Gwarantowanych Parametrów Technicznych Grupy B, które Zamawiający określił w pkt 6 Części II SIWZ. Tym samym, wyłącznie na podstawie danych podanych przez Polimex tj., uzupełnionych tabel nr 9 i 10, nie jest możliwa ocena osiągnięcia przez

chłodnię Gwarantowanych Parametrów Technicznych Grupy B. Odwołujący przywołał również postanowienia § 12 umowy i wskazał, że obrazują one, że dane, które powinny być zaprezentowane w ofercie (tj. krzywe chłodzenia) nie tylko były wprost wymagane przez Zamawiającego, ale są niezbędne do dokonania odbioru pogwarancyjnego przedmiotu umowy.

### 3. punkt 5.6 Części II SIWZ

Odwołujący stwierdził, że Polimex zamieścił wymagane listy wyłącznie częściowo, a ponadto nie wycenił poszczególnych elementów. Na str. 12-17 Załącznika nr 8 do formularza ofertowego Polimex odnaleźć można informacje dotyczące części do chłodni wentylatorowych oraz pomp. Brak natomiast listy części do filtrów samoczyszczących. Wprawdzie Polimex zamieścił jakieś treści zatytułowane „Filtry samoczyszczące samoobrotowe” - na str. 13-14 oraz 16-17, jednakże są to treści zaprezentowane w języku obcym, do których nie załączono tłumaczenia na język polski. Zatem w istocie Polimex nie złożył wymaganych list. Dodatkowo wskazał, że listy te miały zawierać wycenę poszczególnych elementów. Polimex zamieścił dla poszczególnych elementów jakieś wartości pieniężne, ale ponieważ nie wskazał czy wartości te są wartością netto czy brutto, nie można twierdzić, iż oferta Polimex zawiera w tym zakresie wycenę. Niewątpliwie mamy tu do czynienia z kolejnym brakiem wymaganych przez Zamawiającego informacji, który musi być uznany za niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

### b) zaoferowanie przedmiotu niespełniającego wymagań Zamawiającego określonych w części II SIWZ

Odwołujący wskazał na wymóg zawarty w punkcie 5.2.3 Część II SIWZ, pyt. Nr 113 do SIWZ oraz pkt 5 ppkt 15 załącznika nr 8 oferty Polimex. Odwołujący podniósł, iż na podstawie oświadczenia Polimex zawartego w pkt. 5 ppkt 15 załącznika nr 8 do oferty o treści: „Wymaga się, żeby konstrukcja zraszalników była typu siatkowego.” stanowiącego powtórzenie wymagania SIWZ a nie odpowiadające mu oświadczenie woli Wykonawcy, nie sposób stwierdzić, jakie zraszalniki zaoferował Polimex i czy odpowiadają one wymaganiom Zamawiającego, tzn. czy są to zraszalniki typu siatkowego. Z kolei dopisek w nawiasie „(Co zapewniają przedstawione w ofercie filtry obrotowe samoczyszczące)” wskazuje, że wymagany typ zraszalników, Polimex zapewnia poprzez fakt zaoferowania filtrów samoczyszczących. Nie jest to jednak zgodne z wymaganiami SIWZ, ani nie polega na prawdzie. Przede wszystkim podniósł, że zastosowanie filtrów samoczyszczących (które także były przez Zamawiającego wymagane) nie zwalnia z obowiązku zastosowania zraszalnika siatkowego. W ofercie najeżało uwzględnić i filtry samoczyszczące i zraszalniki typu siatkowego. Odwołujący wyjaśnił, że urządzenia te (zraszalniki i filtry) nie zastępują się.

Filtr (ilość kpl.: 2) jest zabudowany na rurociągach i umiejscowiony za ujęciem wody, a przed chłodniami. Służy temu, aby zatrzymać części stałe o wielkości cząstek do wymaganych w SIWZ >6 mm. Zraszalnik jest zaś wyposażeniem technologicznym chłodni wody; służy do odbioru mocy cieplnej. Typ zraszalnika (siatkowy) jest kluczowy dla zadania, ponieważ w obiegu chłodzącym medium jest woda rzeczna. Zastosowanie innego niż siatkowy typu zraszalnika, doprowadziłoby do stopniowego odkładania się osadów pochodzących z wody (z rzeki), nie zatrzymanych przez filtr, na zraszalniku (sukcesywnego zapychania/zatykania struktury komórkowej bloków zraszalnika), a w konsekwencji do spadku możliwości chłodzących całej chłodni. W efekcie zastosowanie w chłodni zraszalnika nie siatkowego skutkowałoby brakiem możliwości dotrzymania Gwarantowanych Parametrów Technicznych Grupy A, o których mowa w pkt 6 Części II SIWZ (oraz § 12 umowy). Zamawiający ma tego świadomość i wymaga zaoferowania zarówno filtrów zatrzymujących części stałe o wielkości cząstek >6 mm i zraszalnika siatkowego.

Odwołujący podkreślał także, że zastosowanie innego zraszalnika niż typu siatkowego redukuje koszty wykonawcy z uwagi na to, że zraszalnik typu siatkowego jest znacznie droższy od standardowego zraszalnika. Co niezwykle istotne, użycie zraszalnika innego typu niż siatkowy, umożliwia też zastosowanie tańszych wentylatorów, o niższej mocy. Zraszalnik typu siatkowego wymaga wyższej mocy, co ma odzwierciedlenie w wielkości mocy elektrycznej pobieranej przez celkę. Zamawiający założył, iż moc elektryczna pobierana przez celkę oscylować będzie ok. 370 kW, przy czym to wykonawcy mieli podać dane właściwe dla oferowanego produktu. W swojej ofercie na str. 7 Załącznika nr 8 do Formularza ofertowego, Polimex wskazał moc elektryczną pobieraną przez celkę w wysokości 266kW. Jest to wartość znacząco niższa niż zakładana przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego świadczy to jednoznacznie o tym, iż Polimex zaoferował zraszalniki typu innego niż siatkowy, czyli takie które nie wymagają wentylatorów pobierających wyższą moc (moc elektryczna pobierana przez celkę jest tożsama z mocą silnika wentylatora). Odwołujący przedstawił obliczenia wydajności wentylatora i oporów przepływu wskazujące wartości poboru mocy przez różne rodzaje zraszalników i stwierdził, że obrazuje to jednoznacznie, że moc wskazana w ofercie Polimex nie dotyczy zraszalnika siatkowego. Odwołujący stwierdził, że mamy tu zatem do czynienia z zaoferowaniem przedmiotu zamówienia innego niż wymagany. Raz jeszcze wskazał, że wymaganie zaoferowania zraszalnika siatkowego ma swe uzasadnienie techniczne, gdyż filtry, zamontowane przed chłodnią na rurociągu wody ciepłej, będą usuwały zanieczyszczenia stałe o wielkości powyżej 6 mm, a zanieczyszczenia mniejsze (piasek, drobny żwir, muł, cząstki organiczne) będą dopływały z wodą do chłodni. W przypadku zastosowania zraszalnika innego niż siatkowy drobne elementy (poniżej 6 mm), które przedostaną się przez filtr będą się osadzały na zraszalniku a w konsekwencji spowodować mogą jego zapchanie i unieruchomienie

chłodni. Co więcej, zaoferowanie rozwiązania innego niż wymagane istotnie wpływa na koszt realizacji zamówienia przez wykonawcę (zaoferowane rozwiązanie jest tańsze, niż wymagane).

c) złożenie oferty wariantowej, podczas gdy Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych

Odwołujący wskazał, iż Polimex w ofercie uzupełnił pierwszy wiersz tabeli nr 9 w sposób następujący: Producent: Aero Solutions SAS, KELVION B.V. Odwołujący stwierdził, że w ten sposób Polimex złożył w istocie dwie oferty na dwie różne chłodnie, produkowane przez dwóch różnych, nie powiązanych ze sobą producentów. Zwracał uwagę, że chłodnie wentylatorowe to zasadniczy element przedmiotu zamówienia. Bez sprawnie działających chłodni inwestycja nie spełni swojej funkcji. Zakres realizacji dotyczący chłodni w stosunku do pozostałej części inwestycji obrazował schemat ujęty na str. 27, Części II SIWZ oraz powtórzony w ofercie Polimex (str. 2 załącznika nr 8). Złożenie oferty obejmującej dwa różne - w szczególności zasadnicze dla przedmiotu zamówienia - urządzenia, stanowi złożenie oferty wariantowej. Odwołujący przywołał wyrok KIO 1124/20. Wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych. W konsekwencji oferta Polimex jest niezgodna z SIWZ, albowiem jest niedopuszczoną w postępowaniu ofertą wariantową. Nie powinno zatem umknąć uwadze i wykonawcy biorącemu udział w Postępowaniu, będącemu profesjonalistą, że dla skuteczności oferty, musi się zastosować do wymogów Zamawiającego i zaoferować przedmiot zamówienia, w szczególności jego istotne elementy wymagane zgodnie z Częścią II SIWZ, oraz określając go w wymagany sposób, tj. m.in. poprzez jednoznaczne określenie nazwy producenta. Celem takiego wymogu jest, bowiem umożliwienie pozyskania przez Zamawiającego konkretnej dokładnej informacji o oferowanym produkcie. Na dzień składania ofert oferowane produkty winny być zatem dokładnie zweryfikowane przez Polimex pod kątem wymagań SIWZ i przedstawione w ofercie w sposób pozwalający na ich jednoznaczną identyfikację przez Zamawiającego. Odwołujący zwracał uwagę, że nie ma znaczenia ewentualna zgodność (której Odwołujący przeczy w pkt 1 b uzasadnienia odwołania) obu zaoferowanych chłodni z wymaganiami Zamawiającego. Na potwierdzenie powyższego stanowiska przywołał wyrok KIO 244/17.

d) złożenie oferty w języku obcym, podczas gdy Zamawiający nie dopuścił możliwości złożenia oferty w języku obcym

Odwołujący przywołał brzmienie art. 9 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i stwierdził, że aby wykonawca miał możliwość złożenia oferty lub innych dokumentów w postępowaniu w języku obcym zamawiający musi wprost dopuścić taką możliwość w danym postępowaniu

wskazując jednocześnie język obcy, który może w tym celu być zastosowany. W postępowaniu niniejszym Zamawiający nie wyraził zgody na złożenie oferty w języku obcym, o czym świadczy pkt 18.4 Części I SIWZ. Odwołujący wskazał, iż wykonawcy byli zobowiązani do złożenia w ofercie listy części zamiennych i środków szybkozużywających się na okres gwarancji wraz z wyceną poszczególnych elementów oraz listy części zapasowych rekomendowanych na okres 5 letniej eksploatacji wraz z wyceną poszczególnych pozycji zestawienia. W ofercie Polimex w pkt 7 na str. 12 oraz w pkt 8 na str. 15 załącznika nr 8 do Formularza ofertowego wskazane jest, iż Polimex zamieszcza tam wymagane listy. Jednakże w zakresie w jakim zdają się one odnosić do listy części zamiennych (...) dla filtrów samoczyszczących (tj. na str. 13-14 oraz 16-17) Polimex zamieścił wyłącznie jakieś treści zaprezentowane w języku obcym. Nie dołączono do nich tłumaczenia na język polski. Podobnie na str. 10 załącznika nr 8 do Formularza ofertowego Polimex, opis zaprezentowanego tam rysunku sporządzony jest w języku obcym, bez tłumaczenia na język polski. Odwołujący podnosił, że oferta Polimex jest niezgodna z treścią SIWZ i powinna podlegać odrzuceniu, powołując się na stanowisko KIO wyrażone w wyroku KIO 856/20, KIO 930/20.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Polimex, pomimo iż oferta ta jest niezgodna z ustawą, albowiem stanowi w istocie dwie oferty, a także została złożona w języku obcym

Odwołujący wskazał, iż oferta Polimex jest niezgodna z SIWZ, ponieważ poprzez zaoferowanie dwóch różnych produktów (chłodni różnych producentów) Polimex złożył ofertę wariantową. Odwołujący podniósł, iż powyższe działanie Polimex powinno być także kwalifikowane jako wypełniające przesłankę odrzucenia oferty określoną w art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Ustawa Pzp w art. 82 ust. 1 ustawy Pzp stanowi natomiast, że wykonawca może złożyć jedną ofertę, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 83 ust. 1 zdanie drugie (tzn. z wyjątkiem przypadku, gdy zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą oferty wariantowej). Jak zaś to zostało już wyżej wykazane, Zamawiający nie tylko nie wymagał złożenia oferty wariantowej, ale wręcz przeciwnie - nie dopuścił złożenia takiej oferty. O ile zatem zamawiający nie dopuścił składania w postępowaniu ofert wariantowych, wykonawcę obowiązuje zakaz składania więcej niż jednej oferty. Złożenie w takim wypadku oferty wariantowej jest równoznaczne w skutkach ze złożeniem dwóch ofert. Podniósł, iż złożenie jednej oferty w rozumieniu art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, oznacza złożenie oferty jednoznacznej, obejmującej zobowiązanie do świadczenia skonkretyzowanego przedmiotu oferty. Nie można zatem mówić o złożeniu jednej oferty, jeżeli z jej treści nie da się wywieść, co konkretnie wykonawca zaoferował, tak jak to zostało uczynione w ofercie Polimex. Odwołujący zwracał już uwagę wyżej na szereg niejednoznaczności w ofercie Polimex

dotyczyło to m. in. kwestii ścianek wewnętrznych oraz zraszalnika siatkowego, czy kwestii wymiarów celek, z których nie wszystkie zostały przez Polimex podane, a także braku charakterystyki pracy oferowanej chłodni w całym zakresie jej pracy, a szczególnym tego przykładem jest właśnie wskazanie dwóch producentów chłodni wentylatorowych. Na podstawie oferty Zamawiający nie może ustalić ani producenta chłodni, ani wielu innych parametrów i kwestii technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia, jaki został mu zaoferowany za wskazaną w ofercie cenę. Odwołujący przywołał wyrok KIO 2565/20.

Odwołujący podniósł również, że o niezgodności oferty Polimex z ustawą świadczy złożenie jej (częściowo) w języku obcym. Stanowi to bowiem nie tylko sprzeczność z treścią SIWZ (na co Odwołujący wskazuje w Ad a) pkt 1 lit d) uzasadnienia), ale także niezgodność z ustawą Pzp, która stanowi, iż postępowanie prowadzi się w języku polskim, i jedynie za zgodą zamawiającego w wyjątkowych przypadkach dopuszcza się złożenie oferty w języku obcym (art. 9 ust. 1 i 3 ustawy Pzp).

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie uzupełnienia treści oferty Polimex poprzez udzielenie odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, co stanowi niedozwolone negocjowanie i zmianę treści oferty oraz naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, iż wobec wykazanych wyżej braków i niejednoznaczności oferty Polimex, Zamawiający skierował do Polimex żądania złożenia wyjaśnień. Odwołujący podkreślał, iż liczba pytań kierowanych do Polimex był znaczna (14 w tym jedno dwukrotnie) i sama w sobie obrazuje już skalę wieloznaczności oświadczenia Polimex. Podnosił, iż w przypadku części z tych pytań, w wyniku ich zadania i udzielenia odpowiedzi przez Polimex doszło o negocjowania treści oferty i jej zmiany.

Odwołujący ponownie przywołał pytania nr 1l oraz 1b skierowane do Polimex pismem z dnia 23 marca 2021 r. i wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w powyższym zakresie.

Odwołujący wskazał, iż dopuszczenie przez Zamawiającego uzupełniania treści oferty w powyższym zakresie poprzez wskazanie, czy wykonawca zastosuje ścianki wewnętrzne, a także jaka jest długość celki, w sytuacji, gdy Polimex powinien to określić już w ofercie, stanowi negocjowanie i zmianę treści oferty. W wyniku wyjaśnień doszło bowiem do dodania do oferty informacji, których w ofercie nie było. Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska Odwołujący przywołał wyrok KIO 3297/20 oraz KIO 3395/20.

Kolejno Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonał poprawienia oferty Polimex na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie wartości podanych tabeli Punkty bilansowe (str. 11 załącznika nr 8 do formularza ofertowego Polimex) dla punktów bilansowych pn. „Unos + odparowanie [m<sup>3</sup>/h]” oraz „Przepływ powietrza przez celkę [m<sup>3</sup>/h]”. Odwołujący przywołał pytanie nr 1k skierowane do Polimex pismem z dnia 23 marca 2021 r.

wraz z wyjaśnieniami wykonawcy w tym zakresie z dnia 25 marca 2021 r. i stwierdził, że wynika z nich, iż Polimex potwierdził, że dane zawarte w jego ofercie są poprawne i właściwe dla przedmiotu oferty. Pomimo tego Zamawiający pismem z dnia 29 marca 2021 r. ponownie zwrócił się do wykonawcy. Odwołujący przywołał treść wezwania skierowanego do Polimex pismem z dnia 29 marca 2021 r. oraz wyjaśnienia wykonawcy. Uzasadniał, że w wyniku powyższego Zamawiający dokonał poprawienia treści oferty Polimex w sposób odpowiadający ww. wyjaśnieniom. Także w tym wypadku, w ocenie Odwołującego doszło do nieuprawnionego negocjowania treści oferty i w efekcie do jej zmiany w sposób nieodpowiadający dyspozycji art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp. Podkreślał, iż Zamawiający wyjaśniał powyższe kwestie dwukrotnie, i to pomimo faktu, iż za pierwszym razem Polimex potwierdził, że dane zawarte w ofercie są właściwe (odnoszą się do tego, co rzeczywiście zostało zaoferowane). Wskazał, że dwukrotne wezwanie Polimex do złożenia wyjaśnień świadczy o tym, iż Zamawiający nie był w stanie samodzielnie ustalić na podstawie treści oferty w jaki sposób ewentualnie ją poprawić, co powinno doprowadzić do uznania, że oferta Polimex jest niezgodna z SIWZ, a nie do jej poprawienia w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący na potwierdzenie prezentowanego stanowiska przywołał wyrok KIO sygn. akt: KIO 1974/20.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Polimex, pomimo iż podlega ona odrzuceniu oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie naczelných zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Odwołujący wskazał, iż mając na uwadze stwierdzone w pkt 1-3 uzasadnienia odwołania naruszenia ustawy Pzp, należy uznać, iż doszło również do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Polimex, pomimo iż polega ona odrzuceniu, a także art. 7 ust. 1 tej ustawy, ponieważ niewątpliwie sytuacja, w której zamawiający na równi traktuje ofertę, która winna zostać odrzucona, jak i oferty sporządzone w sposób prawidłowy, stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 czerwca 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego.



**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy nPzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Zamawiający w dniu 11 maja 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Polimex Energetyka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 14 maja 2021 r. po stronie Zamawiającego oraz wykonawcę Budimex Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 13 maja 2021 r. po stronie Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Polimex wraz z wyjaśnieniami z dnia 25 i 30 marca 2021 r. oraz pismem z dnia 1 kwietnia 2021 r., wezwania do wyjaśnienia treści oferty kierowane do Polimex pismem z dnia 23 i 29 marca 2021 r. oraz pismo z dnia 31 marca 2021 r. dotyczące poprawienia w ofercie Polimex innych omyłek oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach, w tym odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Polimex z dnia 29 czerwca 2021 r. oraz piśmie procesowym Odwołującego z dnia 29 czerwca 2021 r. wraz z załącznikami, a także ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 30 czerwca 2021 r.

Izba po wysłuchaniu stanowisk Stron i Uczestnika – na podstawie art. 541 ustawy nPzp - oddaliła wniosek Odwołującego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu energetyki na okoliczność, iż wypełnione tabele nr 9 i 10 (zawarte w ofercie Polimex na str. 7 i 11) nie stanowią „charakterystyki pracy chłodni wentylatorowej obejmującej cały zakres

pracy”, jak również że „charakterystyki pracy chłodni wentylatorowej obejmującej cały zakres pracy” nie zostały zamieszczone w ofercie Polimex w ogóle. Zgodnie z art. 541 ustawy nPzp, Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. Izba może powołać biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych albo spoza tej listy, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych (art. 539 ust. 2 ustawy nPzp zdanie pierwsze).

W świetle powyższego wskazać należy, iż zadaniem Izby w toku postępowania odwoławczego jest ocena prawidłowości czynności zamawiającego podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które Izba rozpoznaje w granicach zarzutów odwołania. Uwzględniając powyższe wskazać należy, iż ocena zarzutu dotyczącego zgodności oferty Polimex z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie przedstawienia w ofercie charakterystyki pracy chłodni obejmującej cały zakres pracy, w tym krzywych korekcyjnych w postaci charakterystyki pracy celek chłodni w zależności od temperatury otoczenia i wilgotności, temperatury czynnika schładzanego, strumienia czynnika schładzanego determinowana była przede wszystkim wymogami wynikającymi z SIWZ nałożonymi na wykonawców zamówienia w ww. zakresie. Innymi słowy, ustalenia w okolicznościach przedmiotowej sprawy wymagało, czy, jakie oraz w jakim zakresie i kształcie wymagania zostały nałożone na wykonawców co do ujęcia w treści oferty charakterystyki pracy chłodni obejmującej cały zakres, w tym w postaci krzywych korekcyjnych. Wobec braku precyzyjnych wytycznych zawartych w SIWZ w powyższym zakresie, przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego czyniło ww. dowód nieprzydatnym do rozpoznania sprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

Modyfikacją treści SIWZ z dnia 3 marca 2021 r. Zamawiający dodał załącznik nr 8 do Formularza oferty – Informacje o charakterze technicznym, o których mowa w części II SIWZ:

- 1) Pkt 4.2.2. Części II SIWZ – adaptacja schematu,
- 2) Pkt 4.2.3. Części II SIWZ – uzupełniona tabela nr 7 wraz z opisem i charakterystykami pomp,
- 3) Pkt 4.2.5. Części II SIWZ - uzupełniona tabela nr 8 wraz z opisem opisem filtrów,
- 4) Pkt 4.2.6. Części II SIWZ - uzupełniona tabela nr 9,
- 5) Pkt 4.2.6. Części II SIWZ - informacje zgodnie z wytycznymi pod tabelą nr 9,
- 6) Pkt 4.2.6. Części II SIWZ – uzupełniona tabela nr 10,

7) Pkt 5.6. Części II SIWZ - lista części zamiennych i środków szybkozużywających się na okres gwarancji wraz z wyceną poszczególnych elementów.

8) Pkt 5.6. Części II SIWZ - lista części zapasowych rekomendowanych na okres 5 letniej eksploatacji, rozpoczynający się z dniem zakończenia okresu gwarancyjnego wraz z wyceną poszczególnych pozycji zestawienia.

Zgodnie z punktem 5.2 Części I SIWZ, Zamawiający nie dopuszcza składania Ofert wariantowych.

Zgodnie z punktem 18.4 Części I SIWZ, wymagane specyfikacją dokumenty sporządzone w języku obcym składa się wraz z tłumaczeniem na język polski poświadczonym przez Wykonawcę.

Część II SIWZ stanowił Program Funkcjonalno – Użytkowy [dalej „PFU”].

W punkcie 4.2.3 PFU Zamawiający zamieścił opis techniczny pompy wody układu chłodzenia. Pod tabelą nr 7 pompy wody chłodzącej Zamawiający wskazał, że: Wykonawca uzupełnioną tabelę wraz z opisem, charakterystykami pomp zamieści w ofercie.

W punkcie 4.2.6 PFU Zamawiający zamieścił opis techniczny chłodni wentylatorowych. Wykonawca obowiązany był wypełnić tabelę nr 9 i zamieścić ją w ofercie. Pod tabelą nr 9 Zamawiający wskazał, że wykonawca zamieści w ofercie co najmniej:

- Parametry techniczne chłodni zgodnie z tabelami nr 9 i nr 10,
- Opis budowy i pracy chłodni,
- Rysunek gabarytowy chłodni,
- Zakres dostawy i wyłączenia z dostawy,
- Charakterystyki pracy chłodni obejmujące cały zakres pracy,
- Dane akustyczne chłodni,
- Opis zabezpieczenia zraszalników przed zanieczyszczeniami mogącymi przedostać się z filtrów samoczyszczących,
- Opis sposobu czyszczenia zraszalnika.

Zgodnie z punktem 5.2.3 ppkt 1 w zakresie dostawy jest mokra chłodnia składająca się z 12 celek wyposażona w podstawowe elementy:

- konstrukcję szkieletu nośnego,
- ściany osłonowe zewnętrzne i wewnętrzne (jeśli będą zastosowane),
- zespół wentylatora z silnikiem elektrycznym,
- dyfuzor wylotowy powietrza,
- wodorozdzielacz,
- zraszalnik,
- tłumiki hałasu, jeśli niezbędne,
- znakowanie technologiczne,

- króćce podłączeniowe do 1 m od chłodni,
- podest obsługowy dla armatur zabudowanych na rurociągach doprowadzających wodę do chłodni
- konstrukcję dla zamocowania tras kablowych

Zgodnie z punktem 5.2.3 ppkt 14 PFU, zraszalniki będą posiadały konstrukcję, która nie będzie wymagała czyszczenia przy założeniu poziomu filtracji wody chłodzącej do wielkości części stałych 6,0 mm. Wymaga się, żeby konstrukcja zraszalników była typu siatkowego. W ppkt 19 punktu 5.2.3 PFU Zamawiający wymagał, aby wykonawca w ofercie przedstawił krzywe korekcyjne w postaci charakterystyki pracy celek chłodni w zależności od temperatury otoczenia i wilgotności, temperatury czynnika schładzanego, strumienia czynnika schładzanego.

Zgodnie z punktem 5.6 PFU, Lista części i środków szybkozużywających się na czas montażu i rozruchu do momentu przekazania instalacji do eksploatacji zostanie przedstawiona Klientowi w ofercie i koszty części szybkozużywających się, będą składnikiem ceny ofertowej. Lista części zamiennych i środków szybkozużywających się na okres gwarancji wraz z wyceną poszczególnych elementów zostanie dołączona do oferty. Cena ofertowa nie będzie uwzględniać kosztów części zamiennych i środków na okres gwarancji. Lista części zapasowych rekomendowanych na okres 5 letniej eksploatacji, rozpoczynający się z dniem zakończenia okresu gwarancyjnego, zostanie przedstawiona w ofercie wraz z wyceną poszczególnych pozycji zestawienia.

Wykonawca Polimex wraz z ofertą złożył załącznik nr 8 zawierający informacje o charakterze technicznym, o których mowa w części II SIWZ.

Pismem z dnia 23 marca 2021 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcę Polimex do złożenia wyjaśnień w zakresie:

- pyt. 1a W pkt 4.2.6. Części II SIWZ cyt. „(...)Wykonawca zamieści w ofercie co najmniej: (...)Opis budowy i pracy chłodni, (...)”. Prosimy o wyjaśnienie gdzie Wykonawca zawarł w/w informacje;
- pyt. 1b W pkt 4.2.6. Części II SIWZ cyt. „(...)Wykonawca zamieści w ofercie co najmniej: (...)Rysunek gabarytowy chłodni, (...)”. Prosimy o wyjaśnienie gdzie Wykonawca zawarł w/w informacje w zakresie długości celki;
- pyt. 1c W pkt 4.2.6. Części II SIWZ cyt. „(...)Wykonawca zamieści w ofercie co najmniej: (...)Charakterystyki pracy chłodni obejmujące cały zakres pracy, (...)”. Prosimy o wyjaśnienie gdzie Wykonawca zawarł w/w informacje.
- pyt. 1d W pkt 5.2.3. ppkt 19. Części II SIWZ cyt. „Wykonawca w ofercie przedstawi krzywe korekcyjne w postaci charakterystyki pracy celek chłodni w zależności od, temperatury otoczenia i wilgotności, temperatury czynnika schładzanego, strumienia czynnika schładzanego.” Prosimy o udzielenie wyjaśnień w w/w zakresie.

- pyt. 1h Zgodnie z pkt. 4.2.3. Części II SIWZ cyt. „Wykonawca uzupełnioną tabelę wraz z opisem, charakterystykami pomp zamieści w ofercie.”. Prosimy o złożenie wyjaśnień w w/w zakresie, poprzez jednoznaczne potwierdzenie, że pompy będą spełniały wszystkie wymagania SIWZ;

- pyt. 1k Zgodnie z pkt. 4.2.6. Części II SIWZ cyt. „Wykonawca uzupełnioną tabelę 10 zobowiązany był zamieścić w ofercie”.

Wykonawca w Tabeli 10 podał:

- wartość temperatury wody na wylocie z celki dla 5-go punktu bilansowego,

- wartości przepływu powietrza przez celkę (jednostka miary),

- wartości dla unosu i odparowania.

Prosimy o złożenie wyjaśnień w w/w zakresie oraz wyjaśnienie dla tiret pierwszy, czy wartość temperatury na wylocie jest zgodna z tabelą nr 6 Projektu podstawowego, potwierdzenie dla tiret trzeci, że wpisane wartości dotyczą 12 celek a nie jednej oraz dla tiret 2 jednoznaczne wyjaśnienie, w jakich jednostkach miary określono wartości przepływu przez celkę.

- pyt. 1l Zgodnie z pkt. 5.2.3. ppkt.1 Części II SIWZ cyt.

„1. W zakresie dostawy jest mokra chłodnia składająca się z 12 celek wyposażona w podstawowe elementy:

- konstrukcję szkieletu nośnego,
- ściany osłonowe zewnętrzne i wewnętrzne (jeśli będą zastosowane),
- zespół wentylatora z silnikiem elektrycznym,
- dyfuzor wylotowy powietrza,
- wodorozdzielacz,
- zraszalnik,
- tłumiki hałasu, jeśli niezbędne,
- znakowanie technologiczne,
- króćce podłączeniowe do 1 m od chłodni,
- podest obsługowy dla armatur zabudowanych na rurociągach doprowadzających wodę do chłodni
- konstrukcję dla zamocowania tras kablowych”.

Wykonawca w ofercie w ślad za zapisami SIWZ powielił w/w zapisy w ofercie. W związku z powyższym prosimy o jednoznaczne potwierdzenie, czy w rozwiązaniu Wykonawcy zastosowane będą wewnętrzne ściany osłonowe (wewnątrz ściany działowe między celkami).”

Pismem z dnia 25 marca 2021 r. wykonawca Polimex w odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego wyjaśnił, że:

- pyt. 1a Odpowiedzi uzupełniające na powyższe pytania uwzględniające opis budowy i pracy chłodni Wykonawca zawarł w pkt 5. ppkt 1-17 na stronach 8 i 9 Załącznika nr 8 do Formularza Oferty;

- pyt. 1b Wykonawca zawarł rysunek gabarytowy celki na stronie 10 z załącznika nr 8 do Formularza oferty. Zgodnie z rysunkami gabarytowymi celka ma kształt kwadratu o długości boków 17500,00 mm;

- pyt. 1c Wykonawca zawarł wyżej wymienione informacje z formie tabelarycznej w Załączniku nr 8 do Formularza Oferty, w tabeli na stronie 7 oraz 11;

- pyt. 1d Wykonawca potwierdza, iż wyżej wymienione informacje w formie tabelarycznej charakterystyk pracy chłodni wentylatorowych w odniesieniu do wymaganych przez Zamawiającego parametrów zawarł w Załączniku nr 8 do Formularza Oferty na stronie 7 i 11;

- pyt. 1h Opis i charakterystykę pomp Wykonawca zamieścił w pkt 2 Załącznika nr 8 Formularz Oferty na stronach 3 i 4. Wykonawca potwierdza, że pompy będą spełniały wymagania SIWZ;

- pyt. 1k Wykonawca potwierdza, że:

1) wartość temperatury na wylocie dla turet pierwszy jest zgodny z tabelą Punkty Bilansowe dla zakresu dostaw strona 13 dokument KOZ+\_Z-01306\_C2\_+++++\_MEC072\_01\_01.

2) dla turet trzeci i turet drugi wartości z tabeli z uwagi na wskazany przez Zamawiającego przepływ ( $\geq 66000$  m<sup>3</sup>/h) dotyczą 12 pracujących celek.

3) miara wartości przepływu przez celkę jest wyrażona w m<sup>3</sup>/h zgodnie z wymaganiami Tabeli Zamawiającego.

- pyt. 1l Wykonawca potwierdza, że w zakresie dostawy chłodni wentylatorowych spełni wymagania oraz wymogi techniczne Zamawiającego co do konstrukcji i budowy chłodni określonymi w Część II SIWZ, w tym ścian osłonowych zewnętrznych i wewnętrznych. Wykonawca jednocześnie potwierdza, że chłodnia wentylatorowa będzie wyposażona w ściany osłonowe zewnętrzne.

Pismem z dnia 29 marca 2021 r. Zamawiający zwrócił się do Polimex w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o złożenie wyjaśnień w zakresie:

- punktu „Ad 1.k” - wyjaśnienie wskazanej wartości „21” dla „Unosu + odparowania [m<sup>3</sup>/h]”,

- punktu „Ad 1.k” - wyjaśnienie wszystkich wskazanych wartości dla „Przepływ powietrza przez celkę [m<sup>3</sup>/h]”.

Pismem z dnia 30 marca 2021 r. Polimex w odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego podał, że:

Ad.1k - wyjaśnienie wskazanej wartości „21” dla „Unosu + odparowania [m<sup>3</sup>/h]”

Wykonawca potwierdza, iż wskazana wartość Unosu + odparowania 21 m<sup>3</sup>/h dla 5 punktu bilansowego jest wartością prawidłową dotyczy ona wartości dla jednej celki. Jest to wartość otrzymana od producenta (konstruktora) oferowanych przez nas chłodni wentylatorowych,

który potwierdza swoje wyniki analizy projektowej dla wartości z Tabeli nr 10 Punkty Bilansowe. Dodatkowo Wykonawca wyjaśnia że dla parametru Obciążenie cieplne [MWt] podana wartość dotyczy również jednej celki. Dla uzyskania wartości dla 12 celek w odniesieniu do parametrów wskazanych w Tabeli 10 wystarczające jest dokonanie przeliczenia poprzez pomnożenie tych wartości przez liczbę pracujących celek (12 sztuk). Wykonawca potwierdza, iż jego oferta spełnia wymagania SIWZ.

Ad. 1 k - wyjaśnienie wszystkich wskazanych wartości dla „Przepływ powietrza przez celkę [m<sup>3</sup>/h]”

Wykonawca wyjaśnia, iż wskazane przez Wykonawcę wartości były podane dla jednostki miary [m<sup>3</sup>/s], a nie dla [m<sup>3</sup>/h]. Wykonawca popełnił omyłkę z uwagi na fakt, iż otrzymał informacje od dostawcy właśnie w takiej jednostce miary tj. [m<sup>3</sup>/s]. Jednakże jest to oczywista omyłka, gdyż stosując prosty przelicznik matematyczny tj. mnożąc podane wartości przez parametr ilości sekund w godzinie [tj. x 3600 s] otrzymane zostaną wartości przepływu powietrza przez celkę w jednostce m<sup>3</sup>/h jak poniżej. Wykonawca podkreśla, iż powyższe wyjaśnienia nie zmieniają wartości podanych w tabelce – są jedynie dostosowaniem do jednostki miary wskazanej przez Zamawiającego. Wykonawca dodaje, iż do wyliczenia parametrów przepływu powietrza przez celkę [m<sup>3</sup>/h] w tabeli nr 10 dla Punktów Bilansowych od 1 do 5 użyto parametrów technicznych i bilansowych wskazanych przez Zamawiającego dla chłodni wentylatorowych, między innymi takich jak przepływ wody na poziomie 66 000 m<sup>3</sup>/h.

Pismem z dnia 31 marca 2021 r. Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zawiadomił wykonawcę Polimex, że poprawia w jego ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty w zakresie parametru unos+odparowanie [m<sup>3</sup>/h] dla punktu bilansowego nr 5 oraz przepływu powietrza przez celkę [m<sup>3</sup>/h] dla punktów bilansowych nr 1 – 5.

Pismem z dnia 1 kwietnia 2021 r. wykonawca Polimex wyraził zgodę na poprawę w jego ofercie innych omyłek.

W dniu 30 kwietnia 2021 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Polimex. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie należało częściowo uwzględnić.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Polimex wobec niezawarcia w ofercie elementów (opisów, informacji o oferowanym przedmiocie) wymaganych przez Zamawiającego zgodnie z postanowieniami Części II SIWZ oraz zaoferowania przedmiotu niespełniającego wymagań Zamawiającego określonych w Części II SIWZ, a także zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie uzupełnienia treści oferty Polimex poprzez udzielenie odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, co stanowi niedozwolone negocjowanie i zmianę treści oferty

Izba wskazuje, że stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, interpretacja ww. przepisu nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia, a także wymagań postawionych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 50/17). Z kolei termin oferta należy odczytywać na gruncie art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 459 ze zm.), który stanowi że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Na gruncie Prawa zamówień publicznych to zamawiający ustala w SIWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie następnie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

W myśl art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.



Brak w ofercie Polimex opisu pomp – pkt 4.2.3 część II SIWZ (zarzut zawarty w punkcie 2 ppkt 1 lit. a *petitum* odwołania)

W ocenie Izby zarzut Odwołującego jakoby wykonawca Polimex nie zamieścił w treści oferty opisu pomp nie potwierdził się. Polimex w załączniku nr 8 do oferty na stronie 3 i 4 przedstawił uzupełnioną tabelę nr 7 wraz z opisem i charakterystykami pomp, czyniąc zadość wymogom specyfikacji. Bez znaczenia w kontekście wymogów SIWZ należy uznać argumentację Odwołującego, który wskazywał, iż pod tabelą nr 7 na str. 3 załącznika nr 8 Polimex zawarł tylko dwa zdania informacji o pompach oraz że nie odniósł się do tych elementów pomp, które wynikają z wymagań Zamawiającego. Odnosząc się do powyższego wskazać należy, iż Zamawiający nie zamieścił w SIWZ żadnych wytycznych czy wskazówek dla wykonawców zainteresowanych niniejszym zamówieniem jak szczegółowy powinien być opis czy charakterystyka oferowanych urządzeń, pozostawiając tym samym wykonawcom swobodę w przygotowaniu oferty. Innymi słowy Zamawiający nie wskazał minimalnego zakresu informacji, które należało podać, aby uznać je za opis czy charakterystykę oferowanego urządzenia. Nie można zatem w ocenie Izby wywodzić, iż sporządzony przez Polimex opis wraz z charakterystyką pomp zawarty na stronie 3 i 4 załącznika nr 8 do oferty był niepełny skoro, brak było na gruncie SIWZ wymogów w odnośnym zakresie.

W konsekwencji powyższego Izba uznała, iż treść oferty Polimex spełniała wymogi Zamawiającego określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w powyższym zakresie, tj. zawierała opis pomp wody chłodzącej. Nie potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Braki w ofercie Polimex w zakresie chłodni wentylatorowych – pkt 4.2.6 część II SIWZ (zarzut zawarty w punkcie 2 ppkt 1 lit. a *petitum* odwołania)

a) brak opisu budowy i pracy chłodni – niezgodność z SIWZ oraz niedozwolone negocjowanie oraz zmiana treści oferty – naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut zawarty w punkcie 2 ppkt 1 lit. a *petitum* odwołania oraz zarzut zawarty w punkcie 2 ppkt 3 *petitum* odwołania)

Za nieuzasadniony Izba uznała zarzut polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty Polimex na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na brak zamieszczenia w ofercie opisu budowy i pracy chłodni.

Wskazać należy, iż wykonawca Polimex w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 23 marca 2021 r. (pyt. 1a) podał, że opis budowy i pracy chłodni zawarł w pkt. 5 ppkt 1 – 17 na stronach 8 i 9 załącznika nr 8 do formularza oferty.

Zdaniem Odwołującego informacje zawarte w punkcie 5 załącznika nr 8 do oferty Polimex nie stanowiły „opisu budowy i pracy chłodni”, ponieważ w zasadniczej mierze

zostały one powielone (przeklejone) z części II SIWZ z wyjątkiem ppkt. 1, 8 oraz 15.

Odnosząc się do powyższej argumentacji Odwołującego dostrzec należy – na co Izba zwracała już uwagę powyżej – że Zamawiający nie określił w SIWZ poziomu szczegółowości opisu oferowanych rozwiązań, pozostawiając sposób prezentacji i zakres danych w gestii wykonawców. Zamawiający nie zastrzegł również w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby wykonawcy podczas sporządzania opisu oferowanych urządzeń czy rozwiązań nie posłużyli się wymogami PFU. Brak jest również takiego zakazu wynikającego z przepisów ustawy Pzp. Co więcej, powszechną praktyką w systemie zamówień publicznych jest korzystanie przez wykonawców z zapisów specyfikacji dotyczących opisu przedmiotu zamówienia celem uczynienia zadość wymogom zamawiającego polegającym na przedstawieniu opisu oferowanego rozwiązania/urządzenia, zwłaszcza w sytuacji gdy zamawiający nie daje wykonawcom żadnych wskazówek czy wytycznych, jak ów opis ma wyglądać.

Dalej wskazać należy, iż sam Odwołujący dostrzegł, że Przystępujący nie tylko skopiował określone wymogi SIWZ, ale zawarł dodatkowe informacje dotyczące pracy chłodni na co wskazuje pkt 5 ppkt 1,8 i 15 załącznika nr 8 do oferty.

Co się z kolei tyczy kwestii sformułowania zawartego w pkt. 5 ppkt 15 załącznika nr 8 do oferty Polimex o treści „Wymaga się, żeby konstrukcja zraszalników była typu siatkowego” wskazać należy, iż zdaniem składu orzekającego Izby – powyższe nie świadczy o niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ. Nawet gdyby uznać pewną niedoskonałość gramatyczną powyższego sformułowania, to jego treść nie przesądza o niezgodności oferowanego przez Przystępującego rozwiązania z wymogami specyfikacji. Słusznie wskazał Przystępujący, iż uwzględniając zasady wykładni oświadczeń woli wynikające z art. 65 § 1 kc należy dojść do wniosku, że odzwierciedlenie w treści oferty wymogów wynikających ze specyfikacji stanowi zobowiązanie Wykonawcy do spełnienia świadczenia wymaganego przez Zamawiającego.

Z uwagi na powyższe brak było podstaw do uznania, że Polimex nie zamieścił w ofercie opisu budowy i pracy chłodni, którego wymagał Zamawiający. Tym samym zarzut zaniechania odrzucenia oferty Polimex na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w ww. zakresie nie potwierdził się.

W tym miejscu Izba wskazuje, iż podzieliła jednak stanowisko Odwołującego, że pytanie 1l skierowane do Polimex pismem z dnia 23 marca 2021 r. dotyczące „jednoznacznego potwierdzenia, czy w rozwiązaniu Wykonawcy zastosowane będą wewnętrzne ściany osłonowe (wewnętrzne ściany działowe między celkami)” oraz wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę w tym zakresie naruszały art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Bezspornie zgodnie punktem 5.2.3 Części II SIWZ, przedmiotem dostawy jest mokra chłodnia składająca się z 12 celek wyposażona w podstawowe elementy m.in. ściany

osłonowe zewnętrzne i wewnętrzne (jeśli będą zastosowane). Wykonawca Polimex w załączniku nr 8 do oferty pkt. 5 ppkt 2 *tiret* drugie przywołał (powielił) ww. zapisy PFU, nie konkretyzując jednak swojego oświadczenia woli w zakresie zastosowania ścian osłonowych wewnętrznych i zewnętrznych. Powyższa kwestia została dostrzeżona przez Zamawiającego, który pismem z dnia 23 marca 2021 r. zwrócił się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień. W ocenie Izby wskazać należy, iż skoro wykonawca Polimex mimo braku wytycznych Zamawiającego co do zakresu informacji niezbędnych dla przedstawienia opisu budowy i pracy chłodni zdecydował się podać, iż elementem podstawowym oferowanej przez niego chłodni będą ściany osłonowe wewnętrzne i zewnętrzne, to powinien dać temu wyraz w sposób stanowczy i jasny w treści oferty, a nie bezrefleksyjnie powielać wymogi specyfikacji pozostawiające wykonawcy wybór co do oferowanego rozwiązania, o czym stanowił zapis „jeśli będą zastosowane”. Zdaniem Izby oświadczenie Polimex zawarte w punkcie 5 ppkt 2 *tiret* drugie załącznika nr 8 do oferty (str. 8) nie pozwala na przypisanie mu jednoznacznego charakteru, przez co jego uszczegółowienie w ramach procedury przewidzianej art. 87 ust. 1 ustawy Pzp było niedopuszczalne, jako stanowiące uzupełnienie treści oferty o element niewynikający z jej pierwotnej treści. Tym samym zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w okolicznościach faktycznych podanych powyżej potwierdził się.

b) rysunek gabarytowy chłodni – niezgodność z treścią SIWZ oraz niedozwolone negocjowanie oraz zmiana treści oferty – naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut zawarty w punkcie 2 ppkt 1 lit. a *petitum* odwołania oraz zarzut zawarty w punkcie 2 ppkt 3 *petitum* odwołania)

Za uzasadniony Izba uznała zarzut dotyczący niezgodności oferty Polimex z wymogami specyfikacji z uwagi na brak przedstawienia w ofercie rysunku gabarytowego chłodni w związku z niepodaniem przez wykonawcę parametru długości celki.

Zgodnie z wymogami SIWZ (pkt 4.2.6 PFU) wykonawca zobowiązany był przedstawić w ofercie rysunek gabarytowy chłodni. Bezsporna między Stronami postępowania odwoławczego była okoliczność, iż wykonawca Polimex na str. 10 załącznika nr 8 do oferty przedstawił rysunki dotyczące chłodni wentylatorowej obrazujące celkę podając dwa parametry, tj. szerokość i wysokość (17 500 mm). Poza sporem była także okoliczność, iż celka chłodni jest figurą przestrzenną, wielościanem, której ściany mogą mieć kształt kwadratów, jak i prostokątów, tym samym aby ustalić jej gabaryty konieczne jest podanie min. 3 wymiarów, tj. długość, szerokość oraz wysokość. Nie było zatem osią sporu w toku postępowania odwoławczego czym jest żądany przez Zamawiającego „rysunek gabarytowy”.

W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy rację miał Odwołujący, iż zaniechanie podania przez Polimex w treści oferty parametru dotyczącego długości boku celki chłodni uniemożliwiło ocenę, czy ściana pojedynczej celki ma kształt kwadratu, czy

prostokąta, przez co w konsekwencji nie można było uznać, że wykonawca przedstawił zgodnie z wymogami specyfikacji rysunek gabarytowy. Z przedstawionego w ofercie Polimex rysunku chłodni nie wynika bowiem, czy ściana będąca podstawą celki to kwadrat, a zatem że podana przez Polimex szerokość będzie jednocześnie jej długością.

Co więcej, wskazać należy, iż sam Zamawiający dokonując badania oferty wykonawcy Polimex poszukiwał ww. danej, na co wskazuje pytanie nr 1b zawarte w piśmie z dnia 23 marca 2021 r., w ramach którego Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie gdzie wykonawca zawarł informacje w zakresie długości celki. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Polimex wskazał, że „zgodnie z rysunkami gabarytowymi celka ma kształt kwadratu o długości 17 500,00 mm”. Wskazać jednak należy, iż wbrew stanowisku prezentowanemu w toku rozprawy przez Przystępującego z treści oferty wykonawcy (załącznik nr 8) nie wynikało, iż zaoferowana przez Polimex chłodnia składała się z elementów mających kształt sześcianu, którego każdy bok jest równy, a jego wymiar wynosi 17 500 mm.

Dalej wskazać należy, iż Izba nie podzieliła stanowiska Polimex jakoby złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w piśmie z dnia 25 marca 2021 r. dotyczące wymiaru długości celki nie prowadziły do niedopuszczalnego po upływie terminu składania ofert uzupełnienia treści oferty, a jedynie – jak twierdził Przystępujący – do rozwiania wątpliwości Zamawiającego. W tym miejscu dostrzec należy, iż sam Polimex w piśmie procesowym z dnia 29 czerwca 2021 r. stwierdził, że rozwianie wątpliwości Zamawiającego związane było z brakiem jednej danej dotyczącej wymiarów chłodni. Skoro zatem w treści oferty wykonawca Polimex nie podał jednego wymiaru determinującego kształt i wielkość figury przestrzennej, aby można było mówić o przedstawieniu przez wykonawcę rysunku gabarytowego, to niedopuszczalne było uzupełnienie treści oferty o informację w tym zakresie po upływie terminu składania ofert. Wskazać należy, iż w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, procedura wyjaśniania treści oferty nie może co do zasady skutkować wprowadzaniem zmian do treści oferty. Wyjaśnienia nie mogą rozszerzać czy też uzupełniać treści oferty, mają stanowić swoistą wykładnię elementów oferty przedmiotowo istotnych, ale elementy te muszą z oferty wynikać, muszą być w niej ujęte.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp potwierdził się, bowiem oferta wykonawcy Polimex była niezgodna z wymogami Zamawiającego w zakresie w jakim nakładała na wykonawców obowiązek przedstawienia w ofercie rysunku gabarytowego chłodni. W ocenie Izby Wykonawca temu obowiązkowi nie sprostał. Naruszony został także przewidziany w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zakaz negocjacji dotyczących złożonej oferty w zakresie omówionym powyżej oraz dokonywania jakichkolwiek zmian w jej treści po upływie terminu składania ofert.

c) opis zabezpieczenia zraszalników przed zanieczyszczeniami mogącymi przedostać się z filtrów samoczyszczących i opis sposobu czyszczenia zraszalnika oraz zaoferowanie przedmiotu niespełniającego wymagań Zamawiającego określonych w Części II SIWZ (zarzut zawarty w punkcie 2 ppkt 1 lit. a oraz b *petitum* odwołania)

Nie potwierdził się zarzut Odwołującego, iż wykonawca Polimex nie zamieścił w treści oferty opisu zabezpieczenia zraszalników przed zanieczyszczeniami mogącymi przedostać się z filtrów samoczyszczących i opisu sposobu czyszczenia zraszalnika. Zdaniem Odwołującego zawarty na str. 9 załącznika nr 8 do oferty Polimex punkt 15. o treści: „zraszalniki będą posiadały konstrukcję, która nie będzie wymagała czyszczenia przy założeniu poziomej filtracji wody chłodzącej do wielkości części stałych 6,0 mm. Wymaga się, żeby konstrukcja zraszalników była typu siatkowego. (Co zapewniają przedstawione w ofercie filtry obrotowe samoczyszczące).” był niewystarczający, ponieważ stanowił powielenie zapisów SIWZ z wyjątkiem zdania zawartego w nawiasie. Odwołujący na podstawie ww. oświadczenia oraz mocy elektrycznej pobieranej przez celkę (266kW – tabela nr 9 załącznika nr 8 do oferty) wywiódł również, iż oferta Przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ (wymóg z pkt. 5.2.3 ppkt 14 PFU oraz tabela nr 9 zawarta w pkt. 4.2.6 Części II), ponieważ Wykonawca zaoferował zraszalniki innego typu niż siatkowy.

Odnosnie pierwszej części zarzutu Izba wskazuje, że podtrzymuje argumentację zaprezentowaną powyżej w ramach zarzutu dotyczącego braku opisu pomp oraz braku opisu i budowy pracy chłodni w zakresie swobody wykonawcy co do przedstawienia w ofercie oferowanego rozwiązania i braku szczegółowych wytycznych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie, tym samym niezasadne jest jej powielenie.

Co do drugiej części zarzutu Izba wskazuje, że za niewykazane uznała stanowisko Odwołującego jakoby Polimex zaoferował zraszalniki innego typu niż wymagane przez Zamawiającego w PFU, tj. zraszalniki typu siatkowego, w szczególności powyższe nie wynika z przywołanego wyżej oświadczenia woli Polimex. Zauważyć należy, iż Polimex w piśmie procesowym z dnia 29 czerwca 2021 r. wyjaśnił przyczyny uzyskania niższego oporu przepływu powietrza przez celkę niż wartość podana w tabeli nr 9 zawartej w punkcie 4 załącznika nr 8 do oferty dla zraszalnika siatkowego typu HTP-25, z którymi Odwołujący w toku rozprawy nie polemizował. Co więcej, możliwość uzyskania mocy elektrycznej pobieranej przez celkę w wysokości podanej w tabeli nr 9 załącznika nr 8 do oferty, została potwierdzona w złożonym przez Przystępującego dowodzie. Za gołosłowne Izba uznała stanowisko Odwołującego, jakoby zastosowanie zraszalników typu siatkowego było droższe niż w przypadku standardowego zraszalnika, jak również przekładało się na możliwość zastosowania tańszych wentylatorów, o niższej mocy. Odwołujący nie odparł także stanowiska Przystępującego, iż tabela porównująca moce elektryczne celek chłodni dla różnych rodzajów zraszalnika opiera się na wyliczeniach innego dostawy chłodni niż

oferowane przez Przystępującego, stąd porównanie ogólnych danych technicznych przy braku danych szczegółowych, nie może dowodzić rzeczywistej treści oferty Polimex w zakresie rodzaju zraszalników. W końcu Izba wskazuje, iż Odwołujący wbrew wynikającemu z art. 534 ust. 1 ustawy nPzp nie przedstawił żadnego dowodu, z którego wynikałoby, iż chłodnie wentylatorowe oferowanych przez Polimex producentów zawierają zraszalniki innego typu niż siatkowy. Z kolei ze złożonego przez Przystępującego dowodu wynika, iż oferowana chłodnia (jednego z producentów wskazanych w załączniku nr 8 do oferty) spełnia wymogi Zamawiającego w zakresie dotyczącym typu zraszalnika.

W świetle powyższych okoliczności Izba uznała, iż zarzut zaniechania odrzucenia oferty Polimex na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu przedstawienia w ofercie opisu zabezpieczenia zraszalników przed zanieczyszczeniami mogącymi przedostać się z filtrów samoczyszczących i opisu sposobu czyszczenia zraszalnika nie zasługiwał na uwzględnienie. Za niewykazany Izba uznała zarzut dotyczący niezgodności oferty Polimex z treścią SIWZ z uwagi na brak zaoferowania zraszalników typu siatkowego w chłodni wentylatorowej.

d) charakterystyki pracy chłodni obejmujące cały zakres pracy (w tym wymagane dodatkowo także zapisem pkt 5.2.3 ppkt 19 Części II SIWZ, str. 44 krzywe korekcyjne w postaci charakterystyki pracy celek chłodni w zależności od temperatury otoczenia i wilgotności, temperatury czynnika schładzanego, strumienia czynnika schładzanego) - (zarzut zawarty w punkcie 2 ppkt 1 lit. a *petitum* odwołania)

Zarzut Odwołującego, iż wykonawca Polimex nie przedstawił w ofercie charakterystyk pracy chłodni w całym jej zakresie pracy obejmujących przede wszystkim krzywe korekcyjne, które – jak twierdził Odwołujący – w formie graficznej opisują pracę chłodni w zależności od temperatury otoczenia i wilgotności, temperatury czynnika schładzanego, strumienia czynnika schładzanego nie zasługiwał na uwzględnienie.

Izba wskazuje, iż przy rozpoznawaniu niniejszego zarzutu nie można pominąć dokonanej przez Zamawiającego w dniu 3 marca 2021 r. modyfikacji postanowień SIWZ, w ramach której wprowadzono do treści specyfikacji załącznik nr 8 do Formularza oferty zawierający informacje o charakterze technicznym, o których mowa w części II SIWZ. We wzorze załącznika nr 8 określono zawartość oferty technicznej obejmującej m.in. uzupełnioną tabelę nr 9 i 10 oraz informacje zgodnie z wytycznymi pod tabelą nr 9. Tym samym to w ww. załączniku Zamawiający określił, jakie elementy powinny zostać uwzględnione w ofercie wykonawców. Dalej zauważyć należy, iż lektura załącznika nr 8 do formularza oferty prowadzi do wniosku, iż nie odsyłał on w swoim brzmieniu do wymogu zawartego w punkcie 5.2.3 ppkt 19 PFU, w którym Zamawiający wymagał od wykonawców przedstawienia w ofercie krzywych korekcyjnych w postaci charakterystyki pracy celek

chłodni w zależności od temperatury otoczenia i wilgotności, temperatury czynnika schładzanego, strumienia czynnika schładzanego, lecz do wymogu zawartego w punkcie 4.2.6 PFU dotyczącego przedstawienia uzupełnionej tabeli nr 9 i 10, jak również „informacji zgodnie z wytycznymi pod tabelą nr 9”. Tym samym wywodzenie przez Odwołującego, iż charakterystykę pracy chłodni należało przedstawić w formie krzywych korekcyjnych (wykresu/funkcji) jest nieuprawnione w świetle wymogów SIWZ. Co więcej, dostrzec należy, iż treść zakresu informacji technicznych, które wykonawcy obowiązani byli przedstawić Zamawiającemu w załączniku nr 8 do oferty była nieprecyzyjna i mogła budzić wątpliwości. Z jednej bowiem strony Zamawiający w punkcie 4 i 6 strony tytułowej załącznika nr 8 do oferty wymagał przedstawienia uzupełnionej tabeli nr 9 i 10, z drugiej zaś w punkcie 5. tego załącznika oczekiwał od wykonawców podania informacji zgodnie z wytycznymi pod tabelą nr 9, gdzie jednym z wymogów było przedstawienie parametrów technicznych chłodni zgodnie z tabelami nr 9 i 10 oraz charakterystyki pracy chłodni obejmującej cały zakres pracy. Mając na uwadze powyższe niedoskonałości SIWZ oraz wobec braku jednoznacznego sprecyzowania przez Zamawiającego zakresu informacji oraz sposobu ich przedstawienia w treści załącznika nr 8 do oferty (w formie tabelarycznej czy też wykresu), w tym dotyczących „charakterystyki pracy chłodni obejmującej cały zakres pracy” nie sposób przesądzić, iż oferta Polimex w omawianym zakresie była sprzeczna z wymogami SIWZ. W szczególności nie sposób stwierdzić, iż parametry chłodni wentylatorowej zawarte w tabeli nr 9 i 10 załącznika nr 8 do oferty nie zawierają charakterystyki pracy chłodni w całym jej zakresie pracy, mając zwłaszcza na względzie przedstawione wyniki dla poszczególnych punktów bilansowych obrazujących zakres pracy chłodni.

Z uwagi na powyższe zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

#### Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp – oferta wariantowa Polimex (zarzut zawarty w punkcie 2 ppkt 1 lit. c oraz ppkt 2 *petitum* odwołania)

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Polimex z uwagi na złożenie oferty wariantowej zasługiwał na uwzględnienie w zakresie dotyczącym podstawy odrzucenia, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Wariantowość złożonej przez Polimex oferty Odwołujący upatrywał we wskazaniu w załączniku nr 8 do oferty – tabela nr 9 dwóch producentów chłodni wentylatorowych, tj. Aero Solutions SAS oraz KELVION B.V. Poza sporem było to, iż w świetle postanowień SIWZ Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych.

Wskazać należy, iż stosownie do treści art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może złożyć jedną ofertę, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 83 ust. 1 zdanie drugie.

Z kolei w myśl art. 83 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może dopuścić lub wymagać złożenia oferty wariantowej. Ofertę wariantową wykonawca składa łącznie z ofertą, o której mowa w art. 82 ust. 1, jeżeli zamawiający tego wymaga. Na gruncie ustawy Pzp, przez ofertę wariantową należy rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego (art. 2 pkt 7 ustawy Pzp).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą. W orzecznictwie Izby jednolicie wskazuje się, iż obowiązek odrzucenia oferty na ww. podstawie prawnej powstaje wówczas, gdy oferta narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych lub przepisy wykonawcze, wydane jej podstawie. Z powyższego wynika, iż nie będzie podlegała odrzuceniu oferta wykonawcy na ww. podstawie prawnej w przypadku niezgodności z innymi ustawami niż Prawo zamówień publicznych. Odrzuceniu podlega również oferta wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Mając na uwadze powyższe Izba doszła do przekonania, że w rozpoznawanej sprawie nie mamy do czynienia ze złożeniem przez Polimex oferty wariantowej w rozumieniu przywołanej wyżej definicji legalnej zawartej w ustawie Pzp. Stwierdzić należy, że o złożeniu oferty wariantowej będzie można mówić, w sytuacji gdy będzie ona zawierała odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego, tzn. że zakładany przez zamawiającego efekt zostanie osiągnięty w inny sposób, np. przy użyciu innej metody czy technologii robót, innych materiałów niż przewidziane przez zamawiającego w specyfikacji. W świetle powyższego podanie przez Przystępującego w treści oferty dwóch różnych producentów chłodni wentylatorowych nie stanowi o złożeniu oferty wariantowej w świetle przepisów ustawy Pzp. Inaczej rzecz ujmując, Przystępujący nie przedstawił w złożonej ofercie innej koncepcji/metody wykonania przedmiotowego zamówienia publicznego niż określona przez Zamawiającego. Co więcej, sam Odwołujący nie wskazał na czym miałyby polegać odmienny sposób wykonania robót budowlanych objętych zamówieniem zaoferowany przez Polimex względem wynikającego z treści SIWZ.

Izba podzieliła jednak stanowisko Odwołującego, iż złożona przez Polimex oferta w zakresie oferowanej chłodni wentylatorowej nie była jednoznaczna i w istocie sprowadzała się do złożenia Zamawiającemu dwóch ofert dotyczących kluczowego elementu zamówienia stanowiących niejako warianty (czy też oferty o kilku wariantach), co jest sprzeczne z art. 82 ust. 1 ustawy Pzp. Innymi słowy, treść oferty Polimex w zakresie zaoferowanej chłodni wentylatorowej nie stanowiła stanowczego oświadczenia woli wykonawcy w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia dotyczącego chłodni wentylatorowej. Na podstawie oświadczenia woli złożonego przez Polimex nie można bowiem ustalić, chłodnię



wentylatorową którego producenta zaferował Wykonawca. W ocenie Izby działanie Przystępującego należy uznać za sprzeczne z art. 82 ust. 1 ustawy Pzp oraz niedopuszczalne w świetle art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślić należy, iż na gruncie ustawy Pzp wykonawca powinien jednoznacznie skonkretyzować przedmiot oferty, stosując się jednocześnie do wymogów specyfikacji, w ramach których zamawiający oczekuje od wykonawcy precyzyjnego podania producenta oferowanych urządzeń. Nie budzi wątpliwości, iż celem takiego wymogu jest umożliwienie Zamawiającemu pozyskania dokładnej informacji o oferowanym produkcie, w tym weryfikacja zgodności oferowanego rozwiązania z wymogami SIWZ. Tym samym wykonawca będący profesjonalistą powinien dołożyć należytej staranności i na moment złożenia oferty odkodować wymagania SIWZi w odpowiedzi na nie przedstawić stanowcze i jednoznaczne oświadczenie woli co do oferowanego przedmiotu świadczenia.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała ww. zarzut za zasadny w zakresie podstawy odrzucenia określonej w art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Polimex na powyżej wskazanej podstawie prawnej. Jednocześnie w ocenie Izby podstawa odrzucenia uregulowana w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie znajdowała zastosowania w okolicznościach sprawy.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp – dotyczący listy części zamiennych, oferty złożonej w języku obcym (zarzut zawarty w punkcie 2 ppkt 1 lit. a oraz lit. d oraz ppkt 2 *petitum* odwołania)

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Polimex na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na częściowe (niepełne) przedstawienie wymaganej przez Zamawiającego listy części zamiennych i środków szybkozyszcujących się na okres gwarancji wraz z wyceną poszczególnych elementów oraz listy części zapasowych rekomendowanych na okres 5 letniej eksploatacji, rozpoczynający się z dniem zakończenia okresu gwarancyjnego wraz z wyceną poszczególnych pozycji zestawienia, jak również ze względu na brak wyceny poszczególnych elementów. Powyższy zarzut Odwołujący oparł na tym, iż w załączniku nr 8 do oferty Polimex nie zawarł listy części zamiennych i zapasowych do filtrów samoczyszczących, ponieważ zostały one złożone bez tłumaczenia na język polski. Jednocześnie odwołujący się Wykonawca twierdził, że ww. listy miały zawierać wycenę poszczególnych elementów, a Polimex nie wskazał, czy poszczególne wartości to wartości netto czy brutto. Z powyższych okoliczności faktycznych Odwołujący wywodził również niezgodność treści oferty Polimex z treścią wymogu zawartego w punkcie 18.4 Części I SIWZ nakładającego obowiązek złożenia przewidzianych specyfikacją dokumentów sporządzonych w języku obcym wraz z tłumaczeniem na język

polski oraz niezgodność z ustawą Pzp w zakresie jakim ustawa przewiduje w art. 9 zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w języku polskim.

Odnosząc się do ww. kwestii wskazać należy, iż na str. 12 – 17 załącznika nr 8 do oferty Polimex przedstawił ww. listy dla chłodni wentylatorowych, pomp oraz filtrów samoczyszczących, a dane w nich zawarte są możliwe do weryfikacji. Ponadto listy te zawierają wycenę – zgodnie z żądaniem Zamawiającego – ponieważ wskazano kwoty w złotych polskich. W tym miejscu ponownie należy zwrócić uwagę na okoliczność, iż Zamawiający nie uszczegółowił w SIWZ zakresu informacji i sposobu ich prezentacji wymaganego do przedstawienia w ramach listy części zamiennych i środków szybkozużywających się na okres gwarancji oraz listy części zapasowych rekomendowanych na okres 5 letniej eksploatacji. Tym samym nie sposób postawić Przystępującemu zarzut, iż sporządzone przez wykonawcę Polimex ww. listy były niepełne, czy też nie zawierały określonego zakresu danych, bowiem sam Zamawiający nie ustanowił wymaganego przez siebie minimum. Dalej zauważyć należy, iż listy ww. elementów nie stanowią przedmiotu świadczenia wykonawcy, zgodnie z informacją zawartą w SIWZ w punkcie 5.6 PFU, bowiem cena ofertowa nie będzie obejmować kosztów części zamiennych i środków szybkozużywających się na okres gwarancji, co wprost wynika z ww. postanowienia SIWZ. W przypadku listy części zapasowych rekomendowanych na okres 5 letniej gwarancji rozpoczynającej się z dniem zakończenia okresu gwarancyjnego, jakkolwiek Zamawiający nie przewidział analogicznego postanowienia jak w przypadku listy części zamiennych i środków szybkozużywających się na okres gwarancji, tym niemniej wykładania tego postanowienia prowadzi do wniosku, że skoro lista dotyczy części zamiennych na okres po upływie gwarancji, tym samym dotyczy elementów poza zakresem zobowiązania wykonawcy.

Zauważyć również należy, iż Zamawiający wymagał przekazania ww. list dopiero na etapie odbioru końcowego przedmiotu umowy, co wynika z § 4 pkt 18.9 lit. f *tiret* pierwsze i drugie wzoru umowy. Powyższe potwierdza zatem, iż treści specyfikacji w ww. zakresie była niedoskonała, bowiem z jednej strony Zamawiający w postanowieniach umowy wskazał, że rzeczony listy należy przedłożyć dopiero na etapie odbioru końcowego robót, z drugiej zaś wymagał ich przedstawienia w załączniku nr 8 do oferty.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż skoro z postanowień SIWZ wynika, że kwestionowane przez Odwołującego listy nie stanowią merytorycznego elementu oferty, gdyż nie określają istotnych elementów zobowiązania Przystępującego, to ww. zarzutu nie można oceniać w kontekście naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Przystępujący przedkładając ww. listy Zamawiającemu nie zaciągnął na siebie żadnego zobowiązania.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – poprawa innych omyłek w ofercie Polimex (zarzut zawarty w punkcie 2 ppkt 3 *petitum* odwołania)

Za nieuzasadniony Izba uznała zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zmianę treści oferty Polimex w zakresie parametrów podanych w tabeli nr 10 załącznika nr 8 do oferty dla punktu bilansowego nr 5 w zakresie parametru „Unos+ odparowanie [m<sup>3</sup>/h]” oraz punktów bilansowych nr 1 – 5 w zakresie parametru „przepływ powietrza przez celkę [m<sup>3</sup>/h]”.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Wskazać należy, iż intencją ustawodawcy na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy, tj. na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. Jednocześnie jak wynika z analizy ww. przepisu omyłka wskazana w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w przeciwieństwie do omyłek określonych art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, nie musi mieć oczywistego charakteru, zatem nie musi być widoczna „na pierwszy rzut oka”. W przypadku tych omyłek istotne jest bowiem to, aby ich poprawa nie powodowała istotnych zmian treści oferty, co też wymaga badania *ad casum*.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy wskazać, iż działanie Zamawiającego polegające na poprawieniu w treści oferty Polimex innych omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ w zakresie parametrów podanych w tabeli nr 10 załącznika nr 8 do oferty dla punktu bilansowego nr 5 parametr - „Unos+ odparowanie [m<sup>3</sup>/h]” oraz dla punktów bilansowych nr 1 – 5 parametr „przepływ powietrza przez celkę [m<sup>3</sup>/h]” nie naruszało przepisów ustawy.

Odnosnie zmiany wartości dla 5-ego punktu bilansowego w zakresie parametru „Unos + odparowanie [m<sup>3</sup>/h]” tabeli nr 10 załącznika nr 8 do oferty w ten sposób, że wartość 21 zastąpiono wartością 252 wskazać należy, iż powyższe wynikało ze złożonych przez Polimex wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 25 i 30 marca 2021 r., w których wskazano, że wartość 21 dla unosu i odparowania dotyczyła jednej celki. Tym samym dla uzyskania wartości dla 12 celek w odniesieniu do parametrów wskazanych w tabeli nr 10 załącznika nr 8 do oferty wystarczające było dokonanie przeliczenia tych wartości, tj. 21 przez liczbę

pracujących celek – 12, co dawało wartość 252 dla piątego punktu bilansowego w zakresie parametru unos + odparowanie.

Z kolei zmiana wartości dla punktów bilansowych nr 1 – 5 w zakresie parametru „przepływ powietrza przez celkę [m<sup>3</sup>/h]” tabeli nr 10 załącznika nr 8 do oferty nastąpiła wskutek przeliczenia wartości podanych w tabeli przez przelicznik 3600 s, dzięki czemu otrzymane zostaną wartości przepływu powietrza przez celkę w jednostce m<sup>3</sup>/h.

Konkludując Izba wskazuje, że nie podzieliła stanowiska Odwołującego jakoby przeszkodą do poprawienia oferty wykonawcy Polimex w omówionym powyżej zakresie była przeprowadzona przez Zamawiającego uprzednio procedura wyjaśniająca na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Jak już wskazano powyżej, wbrew stanowisku Odwołującego poprawienie omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie wymaga ich oczywistego charakteru, tym samym nie przeszkód, aby przed dokonaniem poprawy treści oferty, zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, o ile nie narusza to przewidzianego w tym przepisie zakazu negocjacji złożonej oferty oraz dokonywania zmian w jej treści. W ocenie Izby w okolicznościach rozpoznawanej taka sytuacja nie miała miejsca. Powyższego nie potwierdzają zarówno pytania skierowane do Polimex w odnośnym zakresie, jak i wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę. W szczególności Odwołujący pominął, że omyłki poprawione w treści oferty Polimex miały charakter nieistotny, nie przekładały się na zmianę przedmiotu czy zakresu oferowanego świadczenia. W końcu wskazać należy, iż Odwołujący w treści odwołania, poza tym iż stwierdził, że w omówionym powyżej zakresie doszło negocjowania treści oferty i w efekcie do jej zmiany w sposób sprzeczny z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, to nie przedstawił żadnego merytorycznego wyводу uzasadniającego, że w wyniku działania Zamawiającego polegającego na poprawie oferty Przystępującego na ww. podstawie prawnej doszło do istotnej zmiany treści oferty, w tym w czym takiej zmiany by upatrywał. Tym samym zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

#### Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

W konsekwencji powyższego potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Polimex jako najkorzystniejszej, pomimo iż oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, jak również związany z ww. zarzutami – zarzut uchybienia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie naczelných zasad prowadzenia postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W niniejszej sprawie Odwołujący zawarł 8 zarzutów. Izba uwzględniła odwołanie w zakresie trzech zarzutów (zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła wskazania dwóch różnych producentów chłodni wentylatorowych oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła rysunku gabarytowego chłodni wentylatorowej) i oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego w części 3/8 i Odwołującego w części 5/8. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 20 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3 600 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3 600 zł (łącznie 27 200 zł). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 23 600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 17 000 zł ( $27\ 200\ \text{zł} \times 5/8$ ). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 6 600 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....