

Sygn. akt: KIO 524/18

WYROK

z dnia 30 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik
Piotr Kozłowski
Emil Kuriata

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2018 r. przez wykonawcę **Net-ology spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasto Mysłowice**, przy udziale wykonawcy **WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia: art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez bezpodstawne niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, mimo iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty, która nie spełnia wymagań określonych w SIWZ. Nakazuje Zamawiającemu: Odrzucenie oferty WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz ponowne badanie i ocenę ofert. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez wezwanie WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, mimo, że nie było podstaw do takiego wezwania, zaś obowiązek wykazania równoważności zaproponowanego rozwiązania spoczywał

na WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach w momencie składania oferty i nie mógł być uzupełniony w drodze wyjaśnień określonych w tym przepisie ponieważ stanowiło to niezgodne z przepisami ustawy Pzp uzupełnienie oferty po terminie otwarcia ofert, uznaje za niepotwierdzony.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Miasto Mysłówice i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
3. Zasądza od zamawiającego Gminy Miasto Mysłówice kwotę 13 600,00 zł (trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz.1579 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Mysłówice, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa serwerowni oraz modernizacja infrastruktury teletechnicznej w budynku głównym Urzędu Miasta Mysłówice w ramach zadania „Budowa serwerowni oraz modernizacja okablowania strukturalnego” realizowanego w ramach Projektu „Budowa Mysłowickiej Infrastruktury Informacji jako narzędzie zwiększania zakresu i jakości usług świadczonych drogą elektroniczną” realizowanego w ramach Działania 2.1 Wsparcie rozwoju cyfrowych usług publicznych, Oś priorytetowa II Cyfrowe Śląskie Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2014-2020”.

W dniu 20 marca 2018 r. wykonawca Net – o – logy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegających na nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty złożonej przez Wasko Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, a w konsekwencji niezasadnym wyborze oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej mimo że oferta ta powinna być odrzucona z przedmiotowego postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ich bezpodstawne niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty WĄSKO, mimo, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, tj. projektowi wykonawczemu dotyczącemu instalacji klimatyzacji określonego w załączniku nr 4 g do SIWZ, w szczególności karcie doborowej urządzenia znajdującej się na str. 15 załącznika nr 4 g wraz z kolejnymi, rysunkowi S01 stanowiącym rzut podziemia i dachu, instalacja klimatyzacji i wentylacji znajdującemu się na str. 21 załącznika nr 4 g do SIWZ,
2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie WĄSKO do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty mimo, iż nie było podstaw do takiego wezwania, zaś obowiązek wykazania równoważności zaproponowanego rozwiązania spoczywał na WĄSKO w momencie składania oferty i nie mógł być uzupełniany w drodze wyjaśnień określonych w tym przepisie albowiem stanowiło to niezgodne z zapisami PZP uzupełnienie oferty po terminie otwarcia ofert,
3. naruszenie art. 7 ust. 3 PZP, poprzez błędne jego zastosowanie i dokonanie wyboru oferty, która nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, a także poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, mimo, iż jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie:

- 1) dowodów zawnioskowanych poniżej przez Odwołującego,
- 2) dowodu z zeznań świadka autora projektu A. S.-B., wezwanie na adres prowadzonej działalności gospodarczej IRMA IN WENT A. S. B., ul. Józefa Lompy 2/8A, 44-100 Gliwice.
- 3) dowodu z zeznań świadka A. Ł., wezwanie na adres siedziby Pracodawcy : ul. Porcelanowa 23, 40-246 Katowice.

2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

3. odrzucenie oferty WĄSKO,

4. przeprowadzenie ponownej oceny i badania ofert złożonych w postępowaniu i nakazanie Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

5. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania wraz z kosztami zastępstwa adwokackiego, które będą wynikać z faktury VAT, która zostanie złożona do akt postępowania podczas rozprawy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

Ad zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego bezpodstawne niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty WASKO, mimo iż jest ona sprzeczna z wymogami określonymi w treści SIWZ, tj. wymogami określonymi w załączniku nr 4 g do SIWZ tj. Projekt wykonawczy - instalacje klimatyzacji, kartą doborową urządzenia - str. 15 załącznika nr 4 g wraz z kolejnymi, str. 21 z rysunkiem S01 stanowiącym rzut podziemia i dachu, instalacja klimatyzacji i wentylacji gdyż WASKO w żaden sposób nie wykazał, ani na etapie składania ofert, ani na późniejszym etapie w wyniku wezwań Zamawiającego, że jego oferta spełnia wymagania określone przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Poprawienie oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 2 w przedmiotowym postępowaniu nie miało jednak miejsca.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ. Oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie niż określają to postanowienia specyfikacji. Zgodnie z

wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2015 roku, sygn. akt: KIO 2670/14 niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi Zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu Zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

Należy wskazać, że oferta złożona przez WASKO nie spełnia wymogów określonych przez Zamawiającego szczególnie w zakresie parametrów minimalnych lub maksymalnych wprost wyrażonych w SIWZ.

Zamawiający określił parametry techniczne Zamawianego urządzenia w załączniku nr 4 pkt. g do SIWZ. Zestawiając te parametry określone w SIWZ z parametrami oferowanymi przez WASKO otrzymujemy następujące porównanie - wraz z jednoczesnym wskazaniem konsekwencji wynikających z zaoferowanych przez WASKO parametrów:

Moc chłodnicza całkowita: wymóg SIWZ - 12,5kW; parametr zaoferowany przez WASKO - 12,4 kW; Mniejsza wydajność chłodnicza

Moc chłodnicza netto: wymóg SIWZ min. 11,7 kW; parametr zaoferowany przez WASKO - 11,4 kW; Mniejsza wydajność chłodnicza

SHR: wymóg SIWZ - 100%; parametr zaoferowany przez WASKO - 98,3%; Część mocy chłodniczej zużywana na wykraplanie wilgoci z powietrza, a nie na chłodzenie

EER: wymóg SIWZ - 3,12; parametr zaoferowany przez WASKO - 2,5; Znacznie gorszy współczynnik efektywności energetycznej. Niniejsze oznacza wyższe koszty eksploatacji w zakresie energii elektrycznej.

Wydatek powietrza: wymóg SIWZ - 3500 m³/h; parametr zaoferowany przez WASKO - 3300 m³/h; Mniejszy wydatek powietrza, wymagane minimum 3500 m³/h

Ilość wentylatorów: wymóg w SIWZ – 1, w ofercie WASKO – 2; Inna ilość wentylatorów w jednostce wewnętrznej

Czynnik chłodniczy: w SIWZ - R407c; w ofercie WASKO - R410A; Niezgody czynnik chłodniczy. Wymagany R407c

Moc akustyczna: w SIWZ - 76,5 dB(A), w ofercie WASKO - Brak danych Parametr niezbędny do porównania obu rozwiązań w zakresie hałasu

Terminal graficzny: w SIWZ - C7000AT -1 szt. (Master - sterujące szafami); w ofercie WASKO - Carel - 4 szt. Rozwiązanie Schneider bazuje na automatyce firmy Carel stosowanej w rozwiązaniach klimatyzacji komfortowej.

Brak nadrzędnego sterownika zarządzającego systemem klimatyzacji precyzyjnej. Zgodnie z projektem wymagany sterownik nadrzędny typu Master.

Nagrzewnica elektryczna 1 x 6kW brak danych

Nawilżacz parowy 2kg/h brak danych

Wymiary 600 x 600 x 1850 mm 850 x 420 x 1750 mm Szerokość urządzenia większa o 25 cm. Długość zabudowy wszystkich 4 szaf o 1,0 m większa od projektowanej.

Waga 141 kg 185 kg Waga pojedynczego urządzenia większa o 44 kg, łącznie różnica wyniesie 176

Temperatura skraplania w SIWZ - 50 °C, w ofercie WASKO - brak danych

Moc cieplna skraplacza: w SIWZ - 16,3 k, w ofercie WASKO - W brak danych

Wydatek powietrza skraplacza: w SIWZ - 10 600 m³/h; w ofercie WASKO – 6113. Mniejszy wydatek powietrza skraplacza. Praktycznie o połowę w stosunku do projektowanego.

W ocenie Odwołującego oferty WASKO nie można uznać za spełniającej cechy rozwiązania równoważnego. Zgodnie bowiem z pkt. III.4 SIWZ określonej przez Zamawiającego, wszelkie „produkty pochodzące od konkretnych producentów, określają minimalne parametry jakościowe i cechy użytkowe, jakim muszą odpowiadać towary, aby spełnić wymagania stawiane przez Zamawiającego”. W dalszej kolejności Zamawiający precyzuje, że „dokumentacja projektowa (...) dopuszcza jednocześnie produkty równoważne o parametrach jakościowych i cechach użytkowych co najmniej na poziomie parametrów wskazanego produktu, uznając tym samym każdy produkt o wskazanych parametrach lub lepszych.”

W wyniku wezwania skierowanego do WASKO dnia 22 listopada 2017 r. oferta pierwotna uzupełniona została o następujące, wskazane w tabeli parametry. Podkreślenia wymaga fakt, iż uzupełnienie poszczególnych parametrów w wyniku wezwania do wyjaśnień przez Zamawiającego nie tylko nie potwierdziło równoważności oferty WASKO, ale wręcz dostarczyło dodatkowych informacji potwierdzających stawianą tezę o braku równoważności.

Zważywszy dodatkowo należy, że jak wynika z korespondencji pomiędzy Zamawiającym a autorem projektu A. C.-Sz. oraz Inżynierem Kontraktu, od samego początku postępowania przetargowego pojawiały się poważne wątpliwości, co do spełniania przez WASKO warunków określonych w SIWZ. Jak wskazuje wprost Inżynier Kontraktu, w swoim stanowisku z dnia 8 grudnia 2017 r., na podstawie dokumentów dołączonych przez WASKO do oferty, nie da się wykluczyć celowości odrzucenia oferty. W stanowisku tym zwrócono przede wszystkim uwagę, iż na obecnym etapie postępowania kwestia zaprojektowania klimatyzacji nadal nie została wyjaśniona. Szczególnego wyjaśnienia wymagało zwłaszcza to, czy klimatyzacja pozostaje w zgodzie z projektem. Inżynier Kontraktu podkreślił też, iż wymaga w tym względzie wyjaśnienia kwestia użycia urządzenia równoważnego. Inżynier Kontraktu przytoczył zresztą w tym względzie orzeczenie KIO, z którym zgadza się Odwołujący, zgodnie z którym Zamawiający w przypadku prowadzenia rozważań, co do odrzucenia oferty nie może pozostawiać żadnych elementów oferty nie do końca

wyjaśnionych (wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2012 r. sygn. akt 22/12). Pismo Inżyniera Kontraktu stanowiło asumpt do zwrócenia się z oficjalnym wezwaniem do WASKO celem wykazania równoważności oferowanych rozwiązań.

Niezależnie od oceny dopuszczalności dowodzenia przez WASKO równoważności na etapie postępowania po otwarciu ofert, wskazać trzeba, iż jak wynika z dokumentacji zgromadzonej w toku postępowania przetargowego, odpowiedź WASKO na wezwanie do wyjaśnień nie tylko nie była wystarczająca, ale i nie wykazała nawet w ograniczonym zakresie, że istotnie oferowane rozwiązania uznać można za równoważne.

Co istotne, podniesione wątpliwości nie zostały jak do tej pory nadal wyjaśnione przez WASKO. Nie przedstawiono też wystarczających dokumentów i wyjaśnień potwierdzających równoważność zaproponowanych rozwiązań.

Z korespondencji pomiędzy Zamawiającym, a autorem projektu z dnia 9 stycznia 2018 r. wprost wynika, iż autor projektu wciąż nie ma pewności co do równoważności proponowanych rozwiązań. Niniejsze jest spowodowane m.in. brakiem należytych danych w ofercie WASKO, które to dane zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego nie mogły być uzupełnione na etapie po otwarciu ofert przez WASKO.

Jak wskazywała w powołanej jako dowód w przedmiotowej sprawie korespondencji świadek A. S. – B., na dzień 9 stycznia 2018 r., była ona zmuszona odmówić potwierdzenia równoważności rozwiązań oferowanych przez WASKO.

Dodatkowo także, autor projektu podkreślił, iż brak jest danych dotyczących możliwości prawidłowego montażu urządzeń w ciasnym pomieszczeniu technicznym, z zachowaniem warunków wyspecyfikowanych w DTK proponowanych urządzeń technicznych. Projektant wskazał także na okoliczność, iż w dacie zwrócenia się z zapytaniem do projektanta, w dalszym ciągu WASKO nie ustosunkowało się co do wymaganej mocy elektrycznej dla przedmiotowych urządzeń oraz kompatybilności proponowanych zamiennych rozwiązań z projektowanymi w ramach opracowania projektowego instalacjami elektrycznymi. Podkreślił także, brak ustosunkowania się WASKO w temacie zakresu temperaturowego skraplaczy urządzeń. Jak podkreślał natomiast autor projektu, temperatury zewnętrzne są bardzo istotne dla tego typu instalacji. Już same te wątpliwości winny skłonić Zamawiającego do odrzucenia oferty WASKO jako niezgodnej z wymaganiami SIWZ.

Jak wynika z dalszej korespondencji z dnia 17 stycznia 2018 r. pomiędzy Zamawiającym a autorem projektu, projektant podkreśla, iż po pierwsze w zakresie parametrów elektrycznych oferowanych przez WASKO, a określonym w SIWZ są różnice, które powinien zweryfikować uprawniony elektryk w zakresie ich wpływu na ew. konieczność zmiany instalacji elektrycznej. Po drugie, w zakresie zachowania wytycznych DTR, wymaganych przez producenta, co do sposobu rozmieszczenia urządzeń w pomieszczeniu

obsługiwany tj. w zakresie odległości wymaganych od przegród budowlanych i wzajemnie od urządzeń, WASKO wciąż nie udzieliło odpowiedzi. Załączony przez WASKO rysunek, autor projektu uznaje za niewystarczający — brak bowiem jednoznacznego odniesienia się do tego parametru. Konkludując swoją wypowiedź, autor projektu stwierdził, że jeśli oferent (WASKO) udowodni, że urządzenia się zmieszczą z zachowaniem wytycznych DTR, to wyrazi zgodę na takie rozwiązanie. Jak wskazał, na ten moment się nie zgadza.

Powyższe wyraźnie dowodzi, iż i na tamtym etapie oferta przedstawiona przez WASKO nie dość, iż nie była zgodna z wymaganiami Zamawiającego, to jeszcze przedstawienie powyższego rysunku stanowiło jej niedopuszczalne uzupełnienie na etapie po otwarciu ofert, co jest niedopuszczalne w postępowaniu przetargowym i doprowadziło do naruszenia zasady równości oferentów. Mając na uwadze powyższe, nie sposób uznać, aby zaoferowane rozwiązanie spełniało w najmniejszym chociażby stopniu wymogi równoważności. Oferowane przez WASKO parametry nie spełniają bowiem ww. warunków równoważności w żadnym z osiemnastu parametrów wymaganych przez Zamawiającego w treści SIWZ- są bowiem na poziomie niższym od minimalnych lub wyższym od maksymalnych oczekiwanych parametrów jakościowych określonych w SIWZ. Również autor projektu oraz Inżynier Kontraktu kwestionują fakt, iż oferta WASKO mogłaby zostać uznana za równoważną. Nawet sam autor projektu w swojej wypowiedzi z dnia 17 stycznia 2018 r. - nie wyraził zgody na uznanie oferty WASKO za zgodną z zaprojektowanym rozwiązaniem.

W kontekście niespełniania przez WASKO wymagań określonych w SIWZ, dodatkowo należy podkreślić, że oferent tak w toku składania ofert, jak i w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, nie potwierdził żadnego z parametrów oferowanego urządzenia — odwołując się li tylko do dokumentacji techniczno-ruchowej (dalej: DTR) i deklaracji producenta.

Zaznaczyć wypada, iż jedynie karta doborowa sporządzona w fabrycznym programie doborowym stanowi miarodajny materiał porównawczy dla parametrów projektowych. Poza tym, jak wynika z analizy technicznej podane parametry techniczne wskazują na nieprawdziwy współczynnik EER.

Odnosząc się do kwestii poszczególnych parametrów deklarowanych przez oferenta, odwołujący wskazuje, jakie mają one znaczenie w kontekście całego projektu.

Czynnik SHR określa stosunek całkowitej mocy chłodniczej do mocy chłodniczej jawnej. Czynniki ten wskazuje, czy urządzenie w projektowym punkcie pracy wykrapla parę wodną zawartą w powietrzu. Wysokość na poziomie 100 % współczynnika SHR oznacza, że urządzenie pracuje na sucho, bez wykraplania pary wodnej. Każdy zatem poziom współczynnika poniżej 100 % oznaczać będzie, nie tylko zwiększenie zużycia energii elektrycznej przez sprężarkę w celu uzyskania wymaganej mocy chłodniczej, ale również osuszanie pomieszczenia (zmniejszenie wilgotności względnej powietrza w serwerowni).

Skutkować będzie to koniecznością włączenia systemu nawilżania, powodując tym samym dalsze zwiększenie zapotrzebowania energii elektrycznej oraz zmuszać będzie użytkownika do zwiększenia wydatków eksploatacyjnych przez częstsze parametry zmiany kociołków nawilżacza. Tym samym parametr SHR określony przez WASKO na poziomie niższym niż 100% powoduje szereg ujemnych konsekwencji dla Zamawiającego.

Czynnik EER określa z kolei stosunek mocy chłodniczej i sumarycznego poboru energii elektrycznej pobieranej przez wentylator i sprężarkę. Sumaryczne podawanie EER dla kompletu urządzenie i skraplacz, może być mylne. Powodem jest okoliczność, że urządzenie może współpracować ze skraplaczami o różnych poborach mocy, w zależności od ich wykonania będącego przedmiotem wymagań projektowych (np. poziom ciśnienia akustycznego). Obliczony EER przez WASKO wg nw, algorytmu wynosi 2,69, co dyskwalifikuje urządzenie. Poziom określony w SIWZ wynosił 3,12.

Zgodnie z obliczeniem urządzenia oferowanego przez WASKO EER wynosi 2,695, bowiem tyle wynika z algorytmu: $12,4 (0,8+3,8)$. Z kolei, dla urządzenia STULZ EER wynosi 3,125, bowiem tyle wynika z algorytmu $12,5 (0,8+3,2)$.

Tym samym deklarowana wartość EER wskazana przez WASKO określona jako 3,14 jest nieprawdziwa.

Również wydatek powietrza urządzenia oferowanego przez WASKO nie spełnia minimalnych wymagań SIWZ.

Odnosnie mocy akustycznej, wskazać trzeba, iż treść wyjaśnień oraz oferty WASKO potwierdza brak rozróżnienia, pojęcia mocy akustycznej oraz ciśnienia akustycznego. Dla określenia poziomu hałasu w pomieszczeniu jedynym bowiem parametrem jest moc akustyczna, jako parametr niezależny od akustyki pomieszczenia oraz odległości pomiaru. WASKO nie określiła mocy akustycznej, a jedynie dokonała porównania do ciśnienia akustycznego. Oba parametry są określone w karcie doborowej urządzenia referencyjnego. WASKO nie odnosi się również do wagi skraplacza, a jedynie do wydatku powietrza. Uznaje bowiem ten argument za nieistotny - a parametr ten określony był wprost w SIWZ. Nie podaje również żadnych danych dotyczących wymiarów ciężaru oraz hałasu generowanego przez urządzenie. Podkreślenia wymaga, iż również wymiary urządzenia oferowane przez WASKO są niezgodne z SIWZ. Szerokość proponowanego urządzenia jest większa o 25 cm. Długość zabudowy wszystkich 4 szaf jest o jeden metr większa do projektowanej, a ciężar urządzenia jest większy o 44 kg — co sumarycznie zwiększa ciężar wszystkich jednostek o 176 kg.

Podsumowując powyższe rozważania, odwołujący w sposób dobitny wykazał, iż oferta złożona przez WASKO nie spełnia wymagań SIWZ określonych przez Zamawiającego i jest nie tylko nierównoważna, ale rodzi daleko idące konsekwencje dla całego projektu.

Zwraca uwagę także nierzetelność wskazanych danych, w postaci informacji „parametr uzyskanych od producenta”, a niedostępny w DTR.

Tym samym, nasuwa się wniosek, że oferta jest nie tylko niezgodna z SIWZ, ale także rodzi poważne wątpliwości co do jej wiarygodności.

Opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ dotyczy merytorycznych warunków realizacji przedmiotu zamówienia, a Zamawiający był zobowiązany dokonać weryfikacji ocenianej oferty pod kątem realizacji w całości tegoż przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego, oferta złożona przez WASKO prowadzi to zmiany istotnych elementów przedmiotu zamówienia.

Podkreślenia wymaga fakt, że wymogi określone w SIWZ nie zostały zakwestionowane przez WASKO w toku środków ochrony prawnej. Zgodnie z jednolitą w tym względzie linią orzeczniczą, z którą należy się zgodzić, jeśli określone wymogi zostały wyartykułowane w SIWZ i nie zostały skutecznie zakwestionowane, to są co do zasady one w związku z tym wiążące dla Wykonawców jak i dla Zamawiającego. Tym samym, niemające najmniejszego uzasadnienia było złożenie przez WASKO oferty niezgodnej z SIWZ i jako taka oferta ta powinna podlegać odrzuceniu. Akceptowanie natomiast innych parametrów niż te, które zostały przedstawione jako wymagania Zamawiającego i dopuszczanie składania dodatkowych wyjaśnień stanowiących de facto uzupełnienie treści oferty doprowadziło do nieuzasadnionego pokrzywdzenia pozostałych oferentów, którzy przecież również mogliby zaproponować odmiennej treści ofertę (być może o obniżonej w stosunku do WASKO cenie) proponując rozwiązania o obniżonych w stosunku do SIWZ parametrach tak samo jak ostatecznie zaproponowało to WASKO.

Ad zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzuca naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie WASKO do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, mimo iż nie było podstaw do takiego wezwania, zaś obowiązek wykazania równoważności zaproponowanego rozwiązania spoczywał na WASKO w momencie składania oferty i nie mógł być uzupełniany w drodze wyjaśnień określonych w tym przepisie albowiem stanowiło to niezgodne z zapisami PZP uzupełnienie oferty po terminie otwarcia ofert.

Zamawiający pismem z dnia 11 grudnia 2017 r. w sposób nieuprawniony na zasadzie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do WASKO o dzielenie wyjaśnień w zakresie treści oferty i wykazanie, że przedstawione i przyjęte przez Wykonawcę rozwiązania techniczne spełniają wymogi SIWZ w zakresie równoważności. W ocenie Odwołującego niniejsze wezwanie wystosowane zostało z rażącym naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych wyrażającym się w braku podstaw prawnych do wzywania WASKO do składania jakichkolwiek wyjaśnień nt. równoważności oferowanych rozwiązań technicznych, z uwagi na

fakt, iż to na WASKO spoczywał obowiązek wykazania równoważności - już w momencie składania oferty. Tym samym uzupełnienie oferty WASKO w drodze wyjaśnień, na zasadzie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiło niezgodne z przepisami dokonanie ingerencji w treść oferty po terminie otwarcia ofert. Na konieczność wykazania równoważności przez oferenta wskazywano zresztą wprost w treści SIWZ.

Zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Ciężar dowodu wykazania równoważności spoczywa na wykonawcy, który się na nie powołuje — stosownie do postanowień art. 30 ust. 5 ustawy Pzp. Jednakże dopuszczenie równoważności nie może stanowić jedynie wypełnienia nakazu normatywnego. Opis spełnienia równoważności powinien pozostawać sprecyzowany, w taki sposób, aby wskazywać określone granice i przestrzeń, w których mieściłyby się oferty równoważne. Tym samym, obowiązek wykazania równoważności zaproponowanego rozwiązania spoczywał na WASKO już w momencie składania oferty i nie mógł być przesunięty w czasie i uzupełniony w drodze wyjaśnień już po otwarciu ofert.

Istotnym w przedmiotowej sprawie jest fakt, iż już pierwotna oferta złożona przez WASKO zawierała szereg istotnych braków. Jak stwierdza Inżynier Projektu oraz projektant, w oferowanym przez WASKO projekcie niewyjaśnione zostały tak istotne elementy przedmiotu zamówienia jak m.in. kwestia zaprojektowania klimatyzacji, przejawiająca się w m.in. okolicznością czy klimatyzacja pozostaje w zgodzie z projektem a także kwestia dowiedzenia użycia urządzenia równoważnego. Pomimo odpowiedzi WASKO na wezwanie do wyjaśnień przez Zamawiającego, projektant wskazuje iż w dalszym ciągu WASKO nic ustosunkowało się w zakresie wymaganej mocy elektrycznej dla urządzeń oraz kompatybilności proponowanych zamiennych rozwiązań z projektowanymi w ramach opracowania projektowego instalacjami elektrycznymi oraz na fakt, iż brak jest ustosunkowania się WASKO w temacie zakresu temperaturowego skraplaczy urządzeń.

Jak podkreślił autor projektu, temperatury zewnętrzne są bardzo istotne dla tego typu instalacji. Jak już wyartykułowano powyżej, w korespondencji pomiędzy Zamawiającym, a autorem projektu z dnia 17 stycznia 2018 r. pojawiła się także poważna wątpliwość, co do parametrów elektrycznych oferowanych przez WASKO, a określonych w SIWZ, wedle twierdzeń autora projektu w ofercie WASKO są poważne różnice w stosunku do SIWZ, które powinien zweryfikować uprawniony elektryk w zakresie ich wpływu na ew. konieczność zmiany instalacji elektrycznej. Po drugie, w zakresie zachowania wytycznych DTR, wymaganych przez producenta, co do sposobu rozmieszczenia urządzeń w pomieszczeniu obsługiwanym tj. w zakresie odległości wymaganych od przegród budowlanych i wzajemnie od urządzeń, WASKO wciąż nie udzieliło odpowiedzi. Załączony przez WASKO rysunek,

autor projektu uznaje za niewystarczający — brak bowiem jednoznacznego odniesienia się do tego parametru. Konkludując swoją wypowiedź, autor projektu stwierdza, że jeśli oferent (WASKO) udowodni, że urządzenia się zmieszczą z zachowaniem wytycznych DTR, to wyrazi zgodę na takie rozwiązanie. Jak wskazał na tamten moment się nie zgadzał. Dodatkowo, zgodnie z pkt. III.4 SIWZ określonej przez Zamawiającego wszelkie „produkty” pochodzące od konkretnych producentów, określają minimalne parametry jakościowe i cechy użytkowe, jakim muszą odpowiadać towary, aby spełnić wymagania stawiane przez Zamawiającego. W dalszej kolejności Zamawiający precyzował, że dokumentacja projektowa (...) dopuszcza jednocześnie produkty równoważne o parametrach jakościowych i cechach użytkowych co najmniej na poziomie parametrów wskazanego produktu, uznając tym samym każdy produkt o wskazanych parametrach lub lepszych. Mając na uwadze powyższe, nie sposób uznać — abstrahując już od kwestii spóźnionego zdaniem odwołującego dowodzenia równoważności przez WASKO, aby zaoferowane rozwiązanie spełniało w najmniejszym chociażby stopniu wymogi równoważności. Oferowane przez WASKO parametry nie spełniają bowiem ww. warunków równoważności.

Odwołujący podnosi też, iż Zamawiający nie miał prawa w przedmiotowym postępowaniu przetargowym w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp żądać od WASKO jakiegokolwiek uzupełnienia oferty poprzez udzielenie wyjaśnień. Co de facto w opisanym stanie faktycznym właśnie miało miejsce. Działania takie stanowią rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, gdyż sprowadzają się do ustalenia istotnych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu składania ofert.

Za znamienne należy uznać, iż takie ustalenie nastąpiło po otwarciu ofert, a więc w czasie, gdy dostępne są dla wykonawcy wszystkie istotne postanowienia umowy dookreślone w ofertach przez pozostałych wykonawców. Tym samym, w opinii odwołującego działania Zamawiającego doprowadziły do niedopuszczalnego na gruncie obowiązujących przepisów uzupełnienia treści oferty przez WASKO. Uzupełnione treści oferty przez WASKO nie miały bowiem charakteru informacyjnego, ale stanowiły oświadczenie woli wykonawcy, iż przedmiot zamówienia wykonany zostanie w określony sposób, zatem nie mogły podlegać uzupełnieniu.

Jeśli WASKO chciało skorzystać z równoważnego rozwiązania, lecz miało wątpliwości co do treści SIWZ zawsze mogło skorzystać z przysługujących mu w tym względzie środków odwoławczych, bądź też zadać pytanie Zamawiającemu, które byłoby jawne dla pozostałych uczestników postępowania przetargowego.

Zgodnie z wymogiem określonym w art. 84 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązkiem zamawiającego jest zwrócenie oferty, która została złożona po terminie. Pod pozorem wyjaśnień i uzupełnień wykonawca dokonał uzupełnienia treści oferty po terminie, a

Zamawiający ten stan zaakceptował, co było niedopuszczalne. Treść bowiem pierwotnej oferty złożonej przez WASKO nie jest tożsama z treścią oferty powstałej w wyniku zestawienia oferty z nowymi wyjaśnieniami tj. danymi uzupełnionymi po upływie terminu składania ofert.

Skonstatować należy, iż działania Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, naruszają art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz prowadzą do nierównego traktowania wykonawców, ponadto nie dają najmniejszych gwarancji, iż prowadzony przetarg odbywał się w warunkach uczciwej konkurencji. Działania, takie według odwołującego, wpływają na wynik prowadzonego postępowania, co w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp doprowadzi do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu. Zwraca także uwagę odwołującego fakt, iż takie działania stanowią również naruszenie dyscypliny finansów publicznych, gdyż wypełniają znamiona czynu zabronionego, o którym mowa w art. 17 ust. 1 pkt. 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nakazuje, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w sposób przejrzysty. Oznacza to między innymi, iż zamawiający winien ustalone w SIWZ przez siebie warunki, jakim mają odpowiadać oferty, egzekwować w sposób, w jaki został przewidziany. Weryfikacji ofert, może on jedynie dokonywać w oparciu o postanowienia, które ustanowił, wiążące również samego zamawiającego, który nie jest uprawniony aby je zmieniać, czy interpretować w sposób dowolny i nierówny wobec pozostałych oferentów. Zatem, dokonując wyboru oferty, może oprzeć tę czynność wyłącznie o dołączone do oferty dokumenty, które z natury rzeczy jako określające treść zaoferowanego świadczenia, nie mogą ulegać zmianie i uzupełnieniom, poza dopuszczalnymi przypadkami prostowania omyłek i składania wyjaśnień. Zamawiający nie może po upływie terminu składania ofert, odstępować od ustalonych w SIWZ wymagań, a w szczególności odnoszących się do treści oferty. Postawienie znaku równości ofert, które spełniają postawione wymagania graniczne, z takimi, które ich nie spełniają zawsze narusza zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp równego traktowania wykonawców i respektowania reguł uczciwej konkurencji, co niestety miało miejsce w przedmiotowej sprawie.

z natury przetargu nieograniczonego wynika, że wszystkie wymagania, które ma spełniać oferta, zamawiający określa w SIWZ, a następnie prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób przejrzysty, ustalone w SIWZ przez siebie warunki, egzekwuje dokładnie w sposób, w jaki zostały przewidziane. Weryfikacji ofert, może jedynie dokonywać w oparciu o postanowienia, które ustanowił, wiążących również dla samego zamawiającego, który nie jest uprawniony aby je zmieniać, czy interpretować w sposób dowolny. Zatem dokonując wyboru oferty, może oprzeć tę czynność wyłącznie o dołączone do oferty dokumenty, w tym przypadku formularza oferty i załączników stanowiących jego

integralną część, które łącznie określają treść zaoferowanego świadczenia i nie mogą ulegać zmianie i uzupełnieniom, poza dopuszczalnymi przypadkami prostowania omyłek i składania wyjaśnień. Zamawiający nie może po upływie terminu składania ofert, odstępować od jakichkolwiek ustalonych w SIWZ wymagań.

Zdaniem odwołującego, uzupełnienie oferty na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp mogłoby mieć miejsce, gdyby koncepcji w ogóle nie przedłożono lub gdyby nie zawierała wymaganych elementów. W takiej bowiem sytuacji Zamawiający nie miałby pewności czy oferta wykonawcy została przygotowana zgodnie z SIWZ. Ponadto, odwołujący pragnie podkreślić raz jeszcze, iż oferta złożona przez WASKO, zarówno pierwotna, jak i zmieniona, zawiera rozwiązania sprzeczne z SIWZ.

Reasumując, odwołujący zaznacza, iż oferta WASKO z powodu wykazanych powyżej niezgodności jej treści z treścią SIWZ podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Niezgodności powyższych nie można było bowiem usunąć w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż powodowałyby to niezgodne z przepisami ustawy uzupełnienie oferty po terminie otwarcia ofert.

Ad zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędne jego zastosowanie i dokonanie wyboru oferty, która jest sprzeczna z treścią SIWZ i tym samym winna podlegać odrzuceniu, a także stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, względnie dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który został wezwany do uzupełnienia swojej oferty z rażącym naruszeniem przepisów oraz złożenia wyjaśnień dotyczących treści ofert w zakresie wykazania równoważności, a także poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, mimo iż jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu jest jedynie konsekwencją zasadności pozostałych zarzutów podniesionych w niniejszym odwołaniu. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i odrzucił ofertę WASKO, to dokonałby wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Uchybienie przepisom art. 89 ust. 1 pkt. 2-4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp skutkuje naruszeniem przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 28 marca 2018 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie domagając się oddalenia odwołania w całości.

Zamawiający wyjaśnił, że dokonał rzetelnej analizy i oceny zarzutów odwołania pod względem merytorycznym, uznając, iż ostatecznie treść oferty firmy WASKO, z uwagi na zastosowane rozwiązania równoważne do rozwiązań wskazanych w SIWZ, w pełni odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W związku z powyższym,

odrzućcie tej oferty na podstawie art 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp nie byłoby uzasadnione, a w świetle wiążących postanowień dokumentacji Postępowania w związku z faktem braku ich podważenia na etapie ogłoszenia o zamówieniu — niemożliwe.

W ocenie Zamawiającego, kwestionowane przez Odwołującego czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego w zakresie wezwania firmy WASKO do wyjaśnień oraz wyboru oferty WASKO jako najkorzystniejszej, nie stoją w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp.

Zamawiający zwraca uwagę na fakt, iż w myśl zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak również starając się wypełnić obowiązek zgodnie z właściwymi przepisami o finansach publicznych, w szczególności co do gospodarności i rzetelności przy dokonywaniu zakupów, umieścił w Opisie Przedmiotu Zamówienia klauzulę dopuszczającą zaproponowanie w ofercie rozwiązań równoważnych do tych przyjętych w SIWZ, tj. „W celu zachowania reguły konkurencyjności dopuszcza się rozwiązania równoważne do wyspecyfikowanych w treści niniejszego OPZ przy czym za rozwiązanie równoważne uważa się takie rozwiązanie, które pod względem technologii, wydajności i funkcjonalności przez to rozwiązanie oferowanych, nie ogranicza parametrów rozwiązania podstawowego w szczególności w zakresie funkcjonalności i wydajności wyszczególnionych w rozwiązaniu wyspecyfikowanym, przy czym nie podlegają porównaniu cechy rozwiązania właściwe wyłącznie dla rozwiązania wyspecyfikowanego, takie jak: zastrzeżone patenty, własnościowe rozwiązania technologiczne, własnościowe protokoły, wymiary itp., a jedynie te, które stanowią o istocie całości zakładanych rozwiązań technologicznych i posiadają odniesienie w rozwiązaniu równoważnym. W związku z tym, Wykonawca może zaproponować rozwiązania, które realizują takie same funkcjonalności wyspecyfikowane przez Zamawiającego w inny, niż podany sposób. Za rozwiązanie równoważne nie można uznać rozwiązania identycznego (tożsamego), a jedynie takie, które w porównywanych cechach wykazuje dokładnie tą samą lub bardzo zbliżoną wartość użytkową. Przez bardzo zbliżoną wartość użytkową rozumie się podobne, z dopuszczeniem nieznacznych różnic nie wpływających w żadnym stopniu na zachowanie oraz realizowanie podobnych funkcjonalności w danych warunkach, identycznych dla obu rozwiązań, dla których to warunków rozwiązania te są dedykowane. Rozwiązanie równoważne musi zawierać dokumentację dostarczoną przez Wykonawcę potwierdzającą, iż spełnia wymagania funkcjonalne Zamawiającego, w tym wyniki porównań, testów, czy możliwości oferowanych przez to rozwiązanie w odniesieniu do rozwiązania wyspecyfikowanego.” Powyższe zapisy dopuszczały więc różnice pomiędzy rozwiązaniem równoważnym, a rozwiązaniem z SIWZ, nie mające wpływu na zachowanie lub realizowanie podobnych funkcjonalności, czego - w ocenie Zamawiającego - Odwołujący nie uwzględnił budując swoje stanowisko w niniejszej sprawie. Co więcej, należy podkreślić, iż wyniki porównań, testów, czy możliwości

oferowanych przez rozwiązanie równoważne w odniesieniu do rozwiązania wyspecyfikowanego nie były wymagane na etapie składania ofert.

W przypadku zaawansowanych technicznie przedmiotów zamówienia, jakim bez wątpienia jest dedykowany system klimatyzacji, porównanie jednostkowe parametrów technicznych może być utrudnione lub wręcz niemożliwe. Taka metodyka oceny równoważności rozwiązania równoważnego w stosunku do rozwiązania wyspecyfikowanego wydaje się i może być odbierana przez oferentów jako bazująca na jednym, konkretnym systemie co jest sprzeczne z podstawowymi zasadami zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Z całą pewnością przedmiot zamówienia, którego dotyczy odwołanie należy do elementów technicznie skomplikowanych co potwierdza załączona dokumentacja w postaci korespondencji elektronicznej pomiędzy podmiotami zainteresowanymi, tj. Zamawiającym, Inżynierem Kontraktu i Projektantem. Podejście do zagadnienia podkreśla tylko i wyłącznie regułę prowadzenia postępowania z należytą starannością, dbałość Zamawiającego o dobro finansów publicznych, przy jednoczesnej realizacji zasad uczciwej konkurencji oraz zasad równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Należy podkreślić, że projektant - jako osoba odpowiedzialna za dokumentację projektową w obszarze systemu klimatyzacji ostatecznie potwierdził spełnienie warunków projektowych przez zaproponowane rozwiązanie równoważne, czego Odwołujący już nie zauważa.

Projektant potwierdził również, że zaproponowane przez WASKO S.A. urządzenia nie wymagają zamiany zaprojektowanej instalacji zasilającej 400/230V, co jednoznacznie obala założenie Odwołującego, iż „projektant wskazuje iż WASKO w dalszym ciągu nie ustosunkowało się w zakresie wymaganej mocy elektrycznej urządzeń oraz kompatybilności proponowanych rozwiązań z projektowanymi w ramach opracowania projektowego instalacjami elektrycznym/”

Ewentualne wątpliwości projektanta w zakresie parametrów elektrycznych (wynikające z treści korespondencji elektronicznej z dnia 22.12.2017 r. przytoczonej jako dowód poniżej) zostały poddane analizie przez projektanta dokumentacji z branży elektrycznej i finalnie rozwiane (urządzenie proponowane przez Wykonawcę nie wymaga konieczności zmiany zaprojektowanej instalacji elektrycznej). Informacja została przekazana Zamawiającemu przez przedstawiciela projektanta telefonicznie, co zostało również oznajmione Odwołującemu podczas analizy dokumentacji w Wydziale Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Mysłowice (16.03.2018 r.). Projektant potwierdził mailowo ww. stanowisko w wiadomości mailowej z dnia 28.03.2018 r. Wątpliwości projektanta dotyczyły jedynie sposobu rozmieszczenia urządzeń w pomieszczeniu i w żaden sposób nie były związane z parametrami projektowymi, których spełnienie kwestionował Odwołujący w

piśmie z dnia 14 listopada 2017 r. i na podstawie których, Zamawiający miałby odrzucić ofertę firmy WASKO S.A. z racji zaproponowania rozwiązania nierównoważnego w stosunku do rozwiązania wyspecyfikowanego.

Jednocześnie należy zauważyć, że obiektywnie rzecz biorąc wykonawca składający ofertę na rozwiązanie równoważne nie wie (i nie ma możliwości wiedzieć) jakiego rodzaju wątpliwości powstaną u projektanta. Tym samym składając ofertę, wykonawca nie jest w stanie tak opisać równoważności, aby z góry uczynić zadość nieznanym wątpliwościom podmiotu trzeciego. Wątpliwości projektanta nie mogą natomiast prowadzić do uznania niezgodności z SIWZ oferty WASKO S.A. Należy podkreślić, że wątpliwości wyrażane przez projektanta w żaden sposób nie znajdują oparcia w opisie wymagań dla rozwiązań równoważnych określonych w SIWZ, które — co należy raz jeszcze podkreślić — nie zostały zakwestionowane na etapie ogłoszenia Postępowania. Nie sposób nie zauważać, że oferta może być weryfikowana li tylko przez pryzmat wymagań określonych w dokumentacji Postępowania, przy czym projektant — nie będąc ekspertem w dziedzinie prawa zamówień publicznych, nie będąc prawnikiem czy osobą na co dzień zajmującą się przepisami prawa — nie musiał być wiedzieć. To pozwala zrozumieć (i takie podejście miał Zamawiający dokonując analizy stanowiska projektanta), że projektant ma prawo odnosić się w swoich uwagach do wszelkich aspektów, w tym chociażby własnych przekonań, tudzież subiektywnych odczuć. Zamawiający jednak, zmuszony jest do postępowania drogą wyłącznie zgodną z prawem i przez prawo zakreśloną, co uczynił, separując elementy opinii projektanta, które nie znajdowały umocowania w dokumentacji Postępowania. Oferta WASKO S.A. poza elementem równoważnym — nie wzbudziła żadnych wątpliwości projektanta. Nadto, mając na względzie przedmiot zamówienia, z dużą odwagą można postawić tezę, że w przedmiotowym Postępowaniu, w szczególności z uwagi na odpowiedzialność projektanta, tylko zaoferowanie produktu referencyjnego (wskazanego pierwotnie przez projektanta) nie wzbudziłoby jego wątpliwości. Innymi słowy: każdy inny produkt niż określony przez projektanta w dokumentacji projektowej najpewniej spowodowałby wątpliwości projektanta.

Należy podkreślić, że oprócz projektanta, Zamawiający posila się wiedzą Inżyniera Kontraktu, który - działając jako podmiot odpowiedzialny za opis przedmiotu zamówienia nie znalazł podstaw do uznania urządzenia za nierównoważne względem wyspecyfikowanego w dokumentacji Postępowania. W ocenie Inżyniera Kontraktu zaproponowane urządzenie spełnia wymagania techniczne opisu przedmiotu zamówienia z minimalnymi - jednak dopuszczalnymi poprzez zastosowanie równoważności — rozbieżnościami. Pod kątem funkcjonalności klimatyzacji i zapewnienia warunków dla urządzeń instalowanych w serwerowni powyższe różnice nie stanowią ograniczenia funkcjonalności i urządzenie ma zbliżoną wartość użytkową, co jest zgodne z SIWZ i wystarcza do uznania oferowanego

produktu z oczekiwaniem w SIWZ. Dodatkowo wymiary urządzenia nie stanowią przeszkody w realizacji projektu, ponieważ miejsce lokalizacji klimatyzacji w pełni umożliwia ich montaż. W związku z powyższym, nie jest zasadne twierdzenie Odwołującego, iż Inżynier Kontraktu ostatecznie miał wątpliwości co do zgodności treści oferty WASKO S.A. z treścią SIWZ.

Należy zauważyć, że błędne jest założenie, iż wszystkie wymagania określone w załączniku nr 4g do SIWZ są wymaganiami minimalnymi. Przykładowo rozwiązanie STULZ zostało wskazane przez Zamawiającego jako rozwiązanie przykładowe w stosunku, do którego zostały dopuszczone rozwiązania równoważne. W związku z powyższym, podstawą odrzucenia oferty nie może być jej niezgodność z kartą katalogową produktu wskazanego jako produkt referencyjny/ przykładowy w stosunku, do którego dopuszczone zostały rozwiązania równoważne (dowodem jest cytowany powyżej fragment OPZ - str. 8).

W odniesieniu do zarzutu Odwołującego co do braku równoważności oferty WASKO S.A., zwłaszcza w zakresie niespełnienia stosownych wymagań przez zaoferowane urządzenia należy stwierdzić, że urządzenia spełniają wymagania techniczne OPZ z minimalnymi rozbieżnościami przedstawionymi w ich tabeli. Główne parametry różnią się nieznacznie (moc jawna 3%, SHR, 2%, wydatek powietrza 6%). Wymiary urządzenia nie stanowią przeszkody w realizacji Projektu, ponieważ miejsce lokalizacji klimatyzacji umożliwia ich montaż. Sprawa ta była również wyjaśniana w odpowiedzi udzielonej uczestnikom postępowania na zapytania do SIWZ w dniu 20 października 2017 r. (zagadnienie 19):

Zgodnie z zapisami Opisu Przedmiotu Zamówienia Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne zgodnie z opisem w pkt. 2 OPZ (. Nie jest konieczne zachowanie równoważności pod względem wagi, kolorów, średnic, rozmiarów elementów, jeżeli zostanie zachowana funkcjonalność systemu zgodnie z opisem w OPZ.”

Mając powyższe na uwadze oraz uwzględniając zebrany materiał oraz zapisy dokumentacji przetargowej w zakresie równoważności, Zamawiający uznał za uzasadnione wybranie oferty firmy WASKO S.A. jako najkorzystniejszej.

Zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania — przede wszystkim - z należytą starannością. W związku z powyższym, Zamawiający nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych, zwłaszcza że przepis pozwala zamawiającemu na żądanie od wykonawców wyjaśnień wobec wszystkich elementów treści oferty, a nie tylko dotyczących jakichś szczególnych sformułowań. Wobec tego zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień. W tym zakresie Zamawiający przytoczył szereg wyroków KIO.

Zamawiający wyjaśnił, że zwrócił uwagę Wykonawcy WASKO S.A., że na podstawie art. 30 ust. 5 ustawy Pzp Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne

opisywane przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Zamawiający przypomniał także Wykonawcy WASKO S.A., iż zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, aby udowodnić, że zaproponowany produkt równoważny spełnia wymagania Zamawiającego, Wykonawca ma obowiązek skonstruowania oferty w taki sposób, aby Zamawiający był w stanie ocenić, że proponowane równoważniki spełniają wymagania Zamawiającego i będą należycie spełniały cel postępowania.

WASKO S.A. w swojej odpowiedzi z dnia 18.12.2017 r. stwierdziła, że „nie zamierza unikać przedstawienia informacji na temat zaoferowanego rozwiązania. Dodatkowych informacji nie można jednak w ocenie WASKO S.A. traktować jako wykazywania równoważności (to zostało dokonane w ofercie), ale tylko przedstawienie dodatkowych informacji na żądanie Zamawiającego.

W związku z powyższym, nie ma podstaw do twierdzenia, iż WASKO S.A. de facto uzupełnił złożoną uprzednio ofertę. Zamawiający wezwał go bowiem do wyjaśnień w zakresie tego co pierwotnie zostało przedstawione w ofercie. Z treści zapytania i udzielonej odpowiedzi jasno wynika, iż nastąpiło doprecyzowanie, a nie uzupełnienie treści oferty.

Zgodnie z wyjaśnieniami wskazanymi w odpowiedzi na dwa pierwsze zarzuty, Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty firmy WASKO S.A. z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ (tj. na podstawie art 87 ust 1 pkt 2 jak sugeruje Odwołujący) ponieważ zastosował on w pełni dopuszczalne przez OPZ rozwiązania równoważne. Co więcej, Zamawiający nie naruszył też przepisów PZP wzywając Wykonawcę do wyjaśnień na podstawie art 87 ust 1 PZP z uwagi na konieczność zachowania starannego działania w postępowaniu i likwidacji wszelkich niejasności co do treści oferty. Mając powyższe na uwadze, wykonawca WASKO SA, któremu udzielono zamówienie w niniejszym postępowaniu, został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp, co czyni ww. zarzut Odwołującego bezpodstawnym.

Co jest warte podkreślenia, do dnia sporządzenia niniejszego pisma żaden z innych potencjalnych Wykonawców nie zarzucił Zamawiającemu naruszenia w obszarze będącym przedmiotem odwołania i nie przyłączył się do postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą po stronie Odwołującego.

W dniu 26 marca 2018 r. wykonawca WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego do udziału w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania.

W piśmie procesowym z dnia 28 marca 2018 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Ad zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił sprzeczność oferty WASKO S.A. ze wskazanymi w odwołaniu postanowieniami SIWZ znajdującymi się w załączniku nr 4g. Odwołujący wskazał na stronę nr 15 tego załącznika, którą jest karta katalogowa (data sheet) produktu STULZ oraz na kolejne strony przedmiotowego załącznika, które dotyczą opisu rozwiązania STULZ, czyli rozwiązania referencyjnego, w stosunku do którego w postępowaniu zostały dopuszczone rozwiązania równoważne.

Odwołujący w sposób nieuprawniony przyjmuje na potrzeby formułowania zarzutów odwołania, że wszystkie określone w powyżej wymienionych dokumentach wymagania, w szczególności wymagania określone w karcie katalogowej produktu STULZ są wymaganiami minimalnymi Zamawiającego. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu, w projekcie wykonawczym wskazane zostało rozwiązanie STULZ jako rozwiązanie referencyjne, do którego dopuszczone zostały rozwiązania równoważne. Nie jest to równoznaczne z tym, że rozwiązanie określone jako równoważne musi spełniać wszystkie parametry rozwiązania referencyjnego.

Przystępujący stoi na stanowisku, że podstawą odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie może być niezgodność tej oferty z kartą katalogową produktu wskazanego jako produkt referencyjny w stosunku do którego dopuszczone zostały rozwiązania równoważne.

Dla WASKO S.A. oczywistym jest to, że w przypadku oferowania rozwiązań równoważnych nie wszystkie parametry, którymi charakteryzuje się rozwiązanie podane jako referencyjne będą spełnione. WASKO S.A. wskazuje, że Odwołujący cytuje wymagania dotyczące równoważności ustalone w Postępowaniu w sposób wybiórczy, korzystny dla siebie i podnoszonej argumentacji. Odwołujący cytuje pkt 111.4 SIWZ, całkowicie pomijając fakt, że OPZ (strona nr 8) zawiera następujące postanowienia:

W celu zachowania reguły konkurencyjności dopuszcza się rozwiązania równoważne do wyspecyfikowanych w treści niniejszego OPZ, przy czym za rozwiązanie równoważne uważa się takie rozwiązanie, które pod względem technologii, wydajności i funkcjonalności przez to rozwiązanie oferowanych, nie ogranicza parametrów rozwiązania podstawowego w szczególności w zakresie funkcjonalności i wydajności wyszczególnionych w rozwiązaniu wyspecyfikowanym, przy czym nie podlegają porównaniu cechy rozwiązania właściwe wyłącznie dla rozwiązania wyspecyfikowanego, takie jak: zastrzeżone patenty, własnościowe rozwiązania technologiczne, własnościowe protokoły, wymiary itp., a jedynie te, które stanowią o istocie całości zakładanych rozwiązań technologicznych i posiadają odniesienie w rozwiązaniu równoważnym.

W związku z tym, Wykonawca może zaproponować rozwiązania, które realizują takie same funkcjonalności wyspecyfikowane przez Zamawiającego w inny, niż podany sposób.

Za rozwiązanie równoważne nie można uznać rozwiązania identycznego (tożsamego), a jedynie takie, które w porównywanych cechach wykazuje dokładnie tą samą lub bardzo zbliżoną wartość użytkową. Przez bardzo zbliżoną wartość użytkową rozumie się podobne, z dopuszczeniem nieznacznych różnic nie wpływających w żadnym stopniu na zachowanie oraz realizowanie podobnych funkcjonalności w danych warunkach, identycznych dla obu rozwiązań, dla których to warunków rozwiązania te są dedykowane.

Powyższe postanowienia bezsprzecznie dopuszczają sytuację, że w przypadku rozwiązania równoważnego dopuszczalne są odstępstwa od parametrów rozwiązania referencyjnego.

Odwołujący powołuje w odwołaniu pismo Inżyniera Kontraktu z dnia 8.12.2018r, w sposób nieuprawniony interpretując jego treść. Z przedmiotowego pisma wynika zgoła odmienny wniosek niż wysnuł Odwołujący. Z pisma wynika bowiem, że informacje zawarte w ofercie nie dają podstaw do odrzucenia oferty WASKO. Wskazać również należy, że Odwołujący przedstawia korespondencję z Inżynierem Kontraktu w sposób wybiórczy — pominięte zostało całkowicie stanowisko Inżyniera Kontraktu z dnia 22.12.2017r. zgodnie z którym:

Zgodnie z pismem firmy WASKO, urządzenie spełnia wymagania techniczne OPZ z minimalnymi rozbieżnościami przedstawionymi w ich tabeli. Główne parametry różnią się nieznacznie (moc jawna 3%, SI IR, 2%, wydatek powietrza 6% Wymiary urządzenia nie stanowią przeszkody w realizacji Projektu ponieważ miejsce lokalizacji klimatyzacji umożliwia ich montaż.

Pod kątem funkcjonalności klimatyzacji i zapewnienia warunków dla urządzeń instalowanych w serwerowni powyższe różnice nie stanowią ograniczenia funkcjonalności, urządzenie ma zbliżoną do projektu wartość użytkową.

Zgodnie z zapisami OPZ oraz projektów dopuszczono rozwiązanie równoważne, a przedstawiona w ofercie klimatyzacja spełnia wymagania równoważności.

Powyższe stanowisko Inżyniera Kontraktu jednoznacznie wskazuje, że rozwiązanie oferowane przez WASKO S.A. spełnia wszystkie warunki funkcjonalne i użytkowe Zamawiającego. Odstępstwa w parametrach w stosunku do rozwiązania referencyjnego wynikają z faktu, że oferowane przez WASKO S.A. rozwiązanie nie jest rozwiązaniem STULZ, tylko rozwiązaniem równoważnym.

Odwołujący powołuje w odwołaniu również korespondencję prowadzoną z projektantem. Przedmiotowa korespondencja również została przytoczona fragmentarycznie. Z informacji przekazanych przez projektanta w dniu 17.01.2017r. wynika, że głównym powodem wątpliwości projektanta jest kwestia, czy zaoferowane urządzenia zmieszczą się w miejscu dla nich przeznaczonym.

Powyższa kwestia została jednak jednoznacznie rozstrzygnięta przez Inżyniera Kontraktu.

Przystępujący WASKO S.A. w odniesieniu do zgłaszanych przez projektanta wątpliwości wskazuje z ostrożności, że wątpliwości przekazywane przez projektanta Zamawiającemu nie mogą przesądzać o równoważności lub braku równoważności rozwiązania zaoferowanego przez WASKO S.A. w Postępowaniu. Wykonawca wykazując równoważność, czyni to na podstawie wymagań określonych w SIWZ. Wątpliwości projektanta powstawały natomiast po złożeniu oferty i WASKO S.A. do chwili wniesienia odwołania przez Odwołującego nie miała żadnej wiedzy na ten temat. Jednocześnie należy zauważyć, że obiektywnie rzecz biorąc wykonawca składający ofertę na rozwiązanie równoważne nie wie i nie ma możliwości wiedzieć jakiego rodzaju wątpliwości powstaną u projektanta. Tym samym składając ofertę, wykonawca nie jest w stanie przedstawić rozwiązania równoważnego, aby z góry uczynić zadość nieznanym wątpliwościom podmiotu trzeciego (w tym przypadku projektanta). Należy podkreślić, że wątpliwości wyrażane przez projektanta w żaden sposób nie wynikają z opisu wymagań dla rozwiązań równoważnych zawartych w SIWZ. Oferta może być natomiast weryfikowana tylko przez pryzmat wymagań określonych w SIWZ. W ocenie WASKO S.A. żadnych wątpliwości projektanta nie wzbudziłoby w przedmiotowej sprawie tylko zaoferowanie produktu referencyjnego STULZ. Każdy inny produkt powodowałby takie czy inne wątpliwości projektanta. Przystępujący wskazuje, że w SIWZ nie zostały określone żadne podstawy (minimalne warunki równoważności), dające podstawę do tego, aby wątpliwości zgłaszane przez projektanta można było uznać za wiążące warunki równoważności. Przystępujący wskazał na orzecznictwo KIO dotyczące zagadnienia równoważności, tj. wyrok o sygn. KIO 256/14; KIO 738/14; KIO 2864/13; KIO 2734/11.

W SIWZ nie zostały wskazane warunki równoważności, w szczególności nie wskazano, które parametry są graniczne/minimalne i jakie odstępstwa od nich Zamawiający dopuszcza. WASKO S.A. stoi na stanowisku, że na obecnym etapie Postępowania nie ma możliwości, aby czy to Inżynier Kontraktu, projektant lub w szczególności Odwołujący wskazywali, które elementy są istotne i których niespełnienie oznacza konieczność odrzucenia oferty z uwagi na fakt niewykazania równoważności. Na tą kwestię WASKO S.A. zwracał uwagę już w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach.

Ad zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystępujący wskazuje, iż treść oraz wykładnia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający z wnioskiem o wyjaśnienia może się do wykonawców zwracać w każdej sytuacji i w każdym zakresie. Niedopuszczalne jest natomiast prowadzenie negocjacji w zakresie złożonej oferty.

Zgodnie ze złożonymi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniami z dnia 18.12.2018r., równoważność oferowanego rozwiązania została wykazana już w ofercie. Otrzymując wezwanie do wyjaśnień treści oferty Przystępujący uznał, że skoro u Zamawiającego pojawiły się kwestie wymagające dodatkowych wyjaśnień ze strony WASKO S.A., to kierując się należyłą starannością, wyjaśnienia należy złożyć. WASKO S.A. nie traktowała i nie traktuje złożonych wyjaśnień jako wykazywanie równoważności po złożeniu oferty. Przystępujący równie dobrze mógłby zostać wezwany do kolejnych wyjaśnień, na które pewnie również udzieliłby odpowiedzi, przy czym wyjaśnienia składane byłyby w ramach wyjaśniania treści złożonej oferty, a nie w ramach uzupełniania treści oferty, która w ofercie nie została określona. Przystępujący wyjaśnia, że ze złożonej oferty wynika w szczególności co zostało dokładnie zaoferowane, zatem naturalnym jest, że składane wyjaśnienia odnoszą się do zaoferowanego rozwiązania, a nie stanowią uzupełniania oferty. W odwołaniu nie postawiono zarzutu, że przedmiot oferty WASKO S.A. jest nieskonkretyzowany.

WASKO S.A. stoi na stanowisku, że sam fakt zaoferowania rozwiązania równoważnego nie stoi na przeszkodzie udzielaniu wyjaśnień na podstawie żądania Zamawiającego z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem zainteresowanym o ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba dopuściła wykonawcę WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, (dalej: Przystępujący) do udziału w przedmiotowym postępowaniu w charakterze uczestnika postępowania, gdyż w ocenie składu orzekającego zostały wypełnione wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, złożonych zostało 7 ofert, przy czym 5 z nich zostało odrzuconych, natomiast 2 zostały przez Zamawiającego poddane ocenie, tj.:

1. Oferta Przystępującego – 100 pkt,
2. Oferta Odwołującego – 99,00 pkt.

Pismem z dnia 15 marca 2018 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego.

Zgodnie z treścią Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) w pkt III.4 „Opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający dopuścił możliwość oferowania rozwiązań równoważnych i zawarł następujące postanowienia: (...) Wszelkie „produkty” pochodzące od konkretnych producentów, określają minimalne parametry jakościowe i cechy użytkowe, jakim muszą odpowiadać towary, aby spełnić wymagania stawiane przez Zamawiającego i stanowią wyłącznie wzorzec jakościowy przedmiotu zamówienia. (...) Dokumentacja projektowa, przy opisie przedmiotu zamówienia, wskazując oznaczenie konkretnego producenta (dostawcy) lub konkretny produkt, dopuszcza jednocześnie produkty równoważne o parametrach jakościowych i cechach użytkowych, co najmniej na poziomie parametrów wskazanego produktu, uznając tym samym każdy produkt o wskazanych parametrach lub lepszych. Zgodnie z powyższym Zamawiający dopuszcza oferowanie materiałów i urządzeń równoważnych w stosunku do wskazanych w dokumentacji projektowej, STWIORB oraz załącznikach do SIWZ za pomocą nazw producenta, pod warunkiem, że zagwarantują one realizację robót w zgodzie z uzyskanym pozwoleniem na budowę, zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w dokumentacji projektowej, STWIORB oraz SIWZ. (...).

Ponadto postanowienia dotyczące możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego znalazły się w załączniku nr 4 do SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” w rozdziale 2, gdzie wskazano m.in., że: (...) nie podlegają porównaniu cechy rozwiązania właściwe wyłącznie dla rozwiązania wyspecyfikowanego, jakie jak: zastrzeżone patenty, własnościowe rozwiązania technologiczne, własnościowe protokoły wymiary, itp., a jedynie te, które stanowią o istocie całości zakładanych rozwiązań technologicznych i posiadają odniesienie w rozwiązaniu równoważnym. (...) Rozwiązanie równoważne musi zawierać dokumentację dostarczoną przez Wykonawcę potwierdzającą, iż spełnia wymagania funkcjonalne Zamawiającego, w tym wyniki porównań, testów, czy możliwości oferowanych przez to rozwiązanie w odniesieniu do rozwiązania wyspecyfikowanego. (...) Wszystkie nazwy własne urządzeń i materiałów użyte w dokumentacji przetargowej są podane przykładowo i określają jedynie minimalne oczekiwane parametry jakościowe oraz wymagany standard i mogą być zastąpione przez inne równoważne, jednak obowiązek udowodnienia równoważności, zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy, leży po stronie Wykonawcy.”

Ponadto w załączniku nr 4g do SIWZ Zamawiający udostępnił wykonawcom biorącym udział w przedmiotowym postępowaniu projekt wykonawczy oraz kartę katalogową urządzenia firmy STULZ (w języku angielskim) wraz z rysunkami technicznymi.

Przystępujący wraz z ofertą złożył kartę katalogową urządzenia formy Schneider Electric (w języku angielskim) wraz z rysunkami technicznymi.

Pismem z dnia 11 grudnia 2017 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp z prośbą o wyjaśnienie, czy przedstawione i przyjęte przez Wykonawcę rozwiązania techniczne określone w Załączniku nr 2 do formularza ofertowego – wykaz materiałów i urządzeń równoważnych – spełniają wymogi SIWZ w zakresie równoważności. Zamawiający przywołał postanowienie SIWZ, zgodnie z którym rozwiązanie równoważne musi zawierać dokumentację dostarczoną przez Wykonawcę, potwierdzającą, iż spełnia wymagania funkcjonalne Zamawiającego, w tym wyniki porównań, testów, czy możliwości oferowanych przez to rozwiązanie w odniesieniu do rozwiązania wyspecyfikowanego. Ponadto Zamawiający wskazał, że wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty w zakresie oferowanych rozwiązań równoważnych, w odniesieniu do parametrów i możliwości rozwiązania wyspecyfikowanego SIWZ (patrz załączona tabela). Jednocześnie Zamawiający prosi o ustosunkowanie się Wykonawcy do kwestii umiejscowienia szaf na planie pomieszczenia wynikającego z założeń projektowych (ze względu na inne wymiary urządzeń) oraz sposobu dystrybucji powietrza w pomieszczeniu (ze względu na brak podłogi technicznej i wymóg nawiewu frontального).” Do wezwania załączona została tabela wraz ze wyspecyfikowanymi parametrami zgodnie z SIWZ i wymaganiami:

- moc jawna netto jednej szafy klimatyzacyjnej – min 11,7 kW;
- pobierana moc elektryczna szafy klimatyzacyjnej i skraplacza – maks 3,12 kW;
- zainstalowane karty komunikacyjne – karta wspierająca komunikację przez protokół IP/SNMP, MODBUS, BACnet;
- regulacja temperatury i wilgotności szafy klimatyzacyjnej – nawiew frontalny, zintegrowany nawilżacz parowy oraz nagrzewnica elektryczna;
- wyposażenie – czujnik wycieku instalowany w każdej szafie klimatyzacyjnej; czujniki temperatury wyniesione mocowane na frontach szaf serwerowych;
- zakres temperatury zewnętrznej pracy skraplacza – od min -30 °C do min -40 °C;
- moc chłodnicza całkowita – 12,5 kW;
- stosunek wydajności jawnej do całkowitej (SHR) – 100%;
- EER – 3,12;

- wydatek powietrza – 3500 m³/h;
- czynnik chłodniczy – R 407c;
- moc akustyczna – 76,dB (A);
- terminal graficzny – 1 szt. (Master – sterujące szafami);
- nagrzewnica elektryczna – 1 x 5 kW;
- nawilżacz parowy – 2 kg/h;
- temperatura skraplania – 50 °C;
- moc cieplna skraplacza – 16,3 kW;

Wydatek powietrza skraplacza – 10 600 m³/h.

Pismem z 18 grudnia 2017 r. Przystępujący wyjaśnił, że w jego ocenie informacje pozwalające na stwierdzenie równoważności znajdują się na stronach 36-39 oferty zawierających dokumentację techniczną. Natomiast ze strony 35 oferty wynika, jakie urządzenie zostało zaoferowane. Ponadto zdaniem Przystępującego Zamawiający nie podał w dokumentacji postępowania, które dokładnie parametry szafy klimatyzacyjnej będą brane pod uwagę przy ocenie rozwiązań równoważnych, i że Zamawiający w zasadzie nie podał żadnych konkretnych parametrów, które zamierza porównywać w ramach badania równoważności. Wobec powyższego Przystępujący uznał, że dla szafy klimatyzacji precyzyjnej najistotniejszymi parametrami użytkowymi są: wydajność chłodnicza oraz wydatek powietrza. Parametry te w produkcie opisanym przez Zamawiającego to odpowiednio 12,5 kW i 3500 m³/h, a w produkcie zaoferowanym przez Przystępującego wynoszą one odpowiednio 12,4 kW i 3300 m³/h i są wartościami nieznacznie różniącymi się od wartości w produkcie podstawowym wskazanym przez Zamawiającego. Różnice te nie wpływają w żadnym stopniu na wymagana przez Zamawiającego funkcjonalność czy wydajność. Ponadto Przystępujący załączył do wyjaśnień wypełnioną tabelę z parametrami szafy oraz rys. „Rozmieszczenie szaf klimatyzacyjnych w pomieszczeniu serwerowni”.

Jak podał (i ocenił lub skomentował) Przystępujący, oferowany przez niego sprzęt ma następujące parametry (w porównaniu do urządzenia referencyjnego):

- moc jawna netto jednej szafy klimatyzacyjnej – 11,6 kW (nieznaczna różnica);
- Pobierana moc elektryczna szafy klimatyzacyjnej i skraplacza – 4,6 kW (Parametr sprzętu referencyjnego podany nieprawidłowo – bez uwzględnienia mocy pobieranej przez skraplacz. Moc pobierana sprzętu referencyjnego z uwzględnieniem mocy skraplacza wynosi 4,0 kW. Parametr oferowany nieznacznie różni się od podstawowego);
- zainstalowane karty komunikacyjne – karta wspierająca komunikację przez protokół IP/SNMP, MODBUS, BACnet (W pełni zgodne z SIWZ, brak informacji o tym parametrze w DTR. Informacje potwierdzone u producenta);

- regulacja temperatury i wilgotności szafy klimatyzacyjnej – nawiew frontalny, zintegrowany nawilżacz parowy oraz nagrzewnica elektryczna (W pełni zgodne z SIWZ, brak informacji o tym parametrze w DTR. Informacje potwierdzone u producenta);
- wyposażenie – czujnik wycieku instalowany w każdej szafie klimatyzacyjnej, czujniki temperatury wyniesione mocowane na frontach szaf serwerowych (W pełni zgodne z SIWZ, brak informacji o tym parametrze w DTR. Informacje potwierdzone u producenta);
- zakres temperatury zewnętrznej pracy skraplacza – do min +40 °C (W DTR nie podano temperatury minimalnej, w wykonaniu „Low Temperature” możliwa praca od -40 °C);
- moc chłodnicza całkowita – 12,4 kW (parametr praktycznie równy parametrowi urządzenia referencyjnego);
- stosunek wydajności jawnej do całkowitej (SHR) – 98,3% (nieznaczna różnica);
- EER – 2,5 (Ze względu na odmienny wzór zastosowany do obliczenia parametru EER względem urządzenia referencyjnego nie jest możliwe porównanie urządzeń wprost. Przy zastosowaniu tożsamego wzoru, jaki został wykorzystany do sprzętu referencyjnego, parametr sprzętu oferowanego przedstawia wartość korzystniejszą (na poziomie 3,14). Sprzęt referencyjny nie uwzględnia do obliczeń poboru mocy wszystkich podzespołów systemu klimatyzacji);
- wydatek powietrza – 3 300 m³/h (nieznaczna różnica);
- czynnik chłodniczy – R 410A (nowszy czynnik, brak poślizgu temperaturowego – większa stabilność temperaturowa);
- moc akustyczna – 54,9 dB (A) (znacząco cichszy od referencyjnego);
- terminal graficzny – 1 szt., Master – sterujące szafami (W pełni zgodne z SIWZ, brak informacji o tym parametrze w DTR. Informacje potwierdzone u producenta);
- nagrzewnica elektryczna – 1 x 6 kW (parametr uzyskany od producenta. Parametr nieujęty w DTR);
- nawilżacz parowy – 2 kg/h (Parametr uzyskany od producenta. Parametr nieujęty w DTR);
- temperatura skraplania – 50 °C (Parametr uzyskany od producenta. Parametr nieujęty w DTR);
- moc cieplna skraplacza – 16,6 kW (Parametr uzyskany od producenta. Parametr nieujęty w DTR);
- wydatek powietrza skraplacza – 6113 m³/h (Parametr nienadający się do porównania ze względu na różne konstrukcje chłodnic proponowanych urządzeń. Różnica w wartościach pozostaje w tym przypadku bez wpływu na wartości użytkowe i funkcjonalne urządzenia oferowanego).

Inżynier Kontraktu wyraził swoje stanowisko w piśmie będącym załącznikiem do wiadomości email z 20 i 22 grudnia 2017 r., gdzie wskazał, co następuje: Zgodnie z pismem firmy WASKO, urządzenie spełnia wymagania techniczne OPZ z minimalnymi rozbieżnościami przedstawionymi w ich tabeli. Główne parametry różnią się nieznacznie (moc jawna 3%, SHR 2%, wydatek powietrza 6%). Wymiary urządzenia nie stanowią przeszkody w realizacji Projektu ponieważ miejsce lokalizacji klimatyzacji umożliwia ich montaż. Pod kątem funkcjonalności klimatyzacji i zapewnienia warunków urządzeń instalowanych w serwerowni powyższe różnice nie stanowią ograniczenia funkcjonalności, urządzenie ma zbliżoną do projektu wartość użytkową.

Ponadto Inżynier Kontraktu wyraził opinię, że postanowienie SIWZ, zgodnie z którym rozwiązanie równoważne musi zawierać dokumentację dostarczoną przez Wykonawcę, potwierdzającą, iż spełnia wymagania funkcjonalne Zamawiającego, w tym wyniki porównań, testów, czy możliwości oferowanych przez to rozwiązanie w odniesieniu do rozwiązania wyspecyfikowanego nie wskazuje wprost, że Wykonawca musi dołączyć do oferty jakies dokumenty, a można ten zapis odnosić do etapu realizacji zamówienia.

Zamawiający zwrócił się również o opinię do autora projektu, który wskazał, że różnice w wydajności chłodniczej i ilości powietrza są do zaakceptowania. Projektant zwrócił uwagę na brak danych na temat możliwości prawidłowego montażu urządzeń w ciasnym pomieszczeniu technicznym, z zachowaniem warunków wyspecyfikowanych w DTR, proponowanych urządzeń technicznych oraz na brak ustosunkowania się oferenta w zakresie wymaganej mocy elektrycznej dla urządzeń oraz kompatybilności proponowanych zamiennych rozwiązań z projektowanymi w ramach opracowania projektowego instalacjami elektrycznymi i na brak ustosunkowania się w temacie zakresu temperaturowego pracy skraplaczy urządzeń (temperatury zewnętrzne, co jest bardzo istotne dla tego typu instalacji).

Izba zważyła co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ potwierdził się zarzut pierwszy.

Odnosząc się do zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w pierwszej kolejności trzeba wskazać, iż skład orzekający nie podziela stanowiska prezentowanego przez Przystępującego, zgodnie z którym Zamawiający nie określił wymogów równoważności. Postanowienia SIWZ w zakresie równoważności referują wprost do paramentów wskazanych w treści SIWZ wraz z załącznikami. Z postanowień tych, choć nie są doskonałe, wynika, że wszelkie produkty pochodzące od konkretnych producentów określają minimalne parametry jakościowe i cechy użytkowe, jakim muszą odpowiadać

towary, by spełnić wymagania stawiane przez Zamawiającego oraz że za rozwiązanie równoważone uważa się takie rozwiązanie, które pod względem technologii, wydajności i funkcjonalności przez to rozwiązanie oferowanych, nie ogranicza parametrów rozwiązania podstawowego, w szczególności w zakresie funkcjonalności i wydajności wyszczególnionych w rozwiązaniu wyspecyfikowanym. SIWZ zawiera również postanowienie, zgodnie z którym rozwiązanie równoważne musi zawierać dokumentację dostarczoną przez Wykonawcę, potwierdzającą, że spełnia wymagania funkcjonalne Zamawiającego, w tym wyniki porównań, testów czy możliwości oferowanych przez to rozwiązanie w odniesieniu do rozwiązania wyspecyfikowanego.

Jest okolicznością bezsporną, że taka dokumentacja nie została załączona do oferty Przystępującego. Oferta zawiera tylko kartę katalogową i rysunki. Z tych załączników nie wynikają nawet wszystkie informacje istotne dla Zamawiającego, czego dowodem jest wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia treści SIWZ w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Załączniki te w ocenie Izby dowodzą jedynie tego, jakie (niektóre) parametry ma oferowany sprzęt, natomiast nie są dowodem na to, że mimo zachodzących różnic między oferowanym rozwiązaniem a tym wyspecyfikowanym, rozwiązanie oferowane jest równoważne. W ocenie składu orzekającego Przystępujący nie wykazał tego w treści oferty. Nie potwierdzają tego również złożone przez Przystępującego wyjaśnienia. Na pierwszy rzut oka widać, że niektóre parametry oferowanego przez Przystępującego sprzętu prezentują wartości poniżej tych wyspecyfikowanych przez Zamawiającego. W takiej sytuacji nie wystarczy w ocenie składu orzekającego samo porównanie tych parametrów i oświadczenie, że mimo zachodzących (na niekorzyść) różnic spełniają one wymóg równoważności, bo różnica jest nieznaczną.

Skład orzekający podziela prezentowane dotychczas w orzecznictwie Izby stanowisko, zgodnie z którym ciężar wykazania, że proponowane rozwiązania równoważne spełniają wymagania zamawiającego, spoczywa na wykonawcy, który je oferuje, a wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest wykazać się szczególną starannością przy składaniu oferty, aby udowodnić zamawiającemu spełnianie wymagań.

W przedmiotowej sprawie z postanowień SIWZ wprost wynika obowiązek załączenia ww. dokumentów dla rozwiązania równoważnego. Oprócz omawianego postanowienia, Zamawiający zawarł również odniesienie do treści art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. W związku z powyższym oczywistym jest, że skoro wykonawca decyduje się na zaoferowanie rozwiązania równoważnego, to w braku odmiennych postanowień SIWZ, ma on obowiązek wykazania równoważności już na etapie składania oferty, a nie na etapie późniejszym (podpisania umowy czy wykonania zamówienia). Z tych względów stanowisko

Zamawiającego, zgodnie z którym dokumenty na potwierdzenie równoważności nie były wymagane w ofercie, nie zasługuje na akceptację. Podkreślić raz jeszcze należy, że to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferowane przez niego rozwiązanie spełnia wymagania SIWZ. Zwrócić uwagę należy, że Przystępujący zdawał sobie z tego sprawę, skoro załączył do oferty kartę katalogową i rysunki. Jednak jak wskazano – te nie dowodzą, że oferowane rozwiązanie jest zgodne z treścią SIWZ. Podobnie nie wykazały tego udzielone wyjaśnienia. Nawet na tym etapie wykonawca nie złożył żadnych dowodów na potwierdzenie równoważności, lecz ograniczył się jedynie do własnego oświadczenia, bardzo lakonicznego.

Zaoferowany przez Przystępującego sprzęt w przypadku znacznej części parametrów miał wartości poniżej tych wyspecyfikowanych (określonych przez Zamawiającego jako minimalne). Ponadto niektórych parametrów nie dało się porównać wprost, gdyż prezentowały one wartości odmienne ze względu na zastosowanie innych wzorów do obliczeń, albo było to niemożliwe ze względu na różnice konstrukcyjne. W takich przypadkach wykonawca jest w szczególności zobowiązany do dbałości w wykazaniu w sposób niebudzący wątpliwości, że oferowane rozwiązanie będzie spełniać wymagania Zamawiającego. Natomiast w przedmiotowej sprawie Przystępujący, poza oświadczeniem własnym, nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów. W tym miejscu wskazać należy, że nie przekonują również dowody przedstawione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, tj. korespondencja e-mail dotycząca weryfikacji równoważności oferowanego systemu klimatyzacji z 28 marca 2018 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej 15 marca 2018 r., zatem korespondencja, na którą powołuje się Zamawiający miała miejsce na długo po wyborze oferty najkorzystniejszej. Z tego powodu – abstrahując od tego, że to na Przystępującym ciążył obowiązek wykazania w ofercie równoważności – w ocenie Izby zgłoszony dowód jest bez znaczenia dla sprawy. Zamawiający nie otrzymał od Przystępującego w toku badania jego oferty dowodów pozwalających na potwierdzenie równoważności w sposób wymagany w SIWZ.

W ocenie Izby nie potwierdziły się pozostałe zarzuty. Przede wszystkim w przedmiotowej sprawie Zamawiający miał prawo mieć wątpliwości co do tego, czy oferowany sprzęt spełnia wymagania wskazane w SIWZ. Faktem jest, że w wyniku udzielonych odpowiedzi Przystępujący podał parametry, o których nie było mowy w treści oferty, i w tym kontekście można mówić o uzupełnieniu jej treści. Jednak skład orzekający rozpoznając ten zarzut miał na uwadze okoliczność, że Przystępujący w ofercie zaproponował Zamawiającemu konkretny sprzęt, tj. określony model określonego producenta i to jest treść jego oferty. Natomiast Odwołujący nie wykazał, że w wyniku uzupełnienia parametrów, o których nie było pierwotnie mowy w ofercie, doszło do zmiany

jej treści, tj., że w wyniku tego uzupełnienia Przystępujący zaoferował inny sprzęt (inny model bądź też sprzęt innego producenta).