

WYROK

z dnia 17 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 września 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **Eneria Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Izabelinie-Dziekanówku** w postępowaniu prowadzonym przez **ECO Kogeneracja Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu**

przy udziale wykonawcy **Centrum Elektroniki Stosowanej „CES” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Eneria Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Izabelinie-Dziekanówku** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Eneria Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Izabelinie-Dziekanówku** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Eneria Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Izabelinie-Dziekanówku** na rzecz **ECO Kogeneracja Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu** kwotę **4 168 zł 34 gr** (słownie: cztery tysiące sto sześćdziesiąt osiem złotych trzydzieści cztery grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 **Opolu**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - ECO Kogeneracja Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa źródła wysokosprawnej kogeneracji w Żaganiu.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 17 sierpnia 2020 roku wykonawca Eneria Sp. z o.o. w Izabelinie – Dziekanówku (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec nieuprawnionej czynności wyboru oraz braku odrzucenia oferty wykonawcy Centrum Elektroniki Stosowanej „CES” sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „CES” lub przystępujący), nieuprawnionych negocjacji z tym wykonawcą oraz ewentualnie zaniechania wezwania CES do uzupełnienia dokumentu w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez brak odrzucenia oferty CES, mimo że jest ona niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez przeprowadzenie nieuprawnionych negocjacji z CES pod pozorem prowadzenia wyjaśnień treści oferty;
- ewentualnie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. w ten sposób, iż zamawiający zaniechał wezwania CES do uzupełnienia karty katalogowej potwierdzającej oferowany parametr sprawności elektrycznej przy zachowaniu wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) odnośnie warunków działania urządzenia.

Wskazując na powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- unieważnienia czynności wezwania CES do wyjaśnień;
- odrzucenia oferty wykonawcy CES;
- ewentualnie nakazania wezwania CES do uzupełnienia karty katalogowej;
- dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ złożył zamawiającemu ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę w postępowaniu, która będzie ofertą najkorzystniejszą mając na uwadze określone przez zamawiającego kryteria oceny ofert, jeśli zamawiający dokona prawidłowej z punktu widzenia ustawy czynności odrzucenia oferty wykonawcy CES. Czynności i zaniechania zamawiającego mogą doprowadzić do powstania u odwołującego szkody, albowiem nie będzie on mógł zrealizować interesu ekonomicznego wynikającego z wykonania zamówienia i otrzymania wynagrodzenia. Zatem odwołujący posiada w myśl art. 179 ust 1 ustawy P.z.p. legitymację do wniesienia odwołania.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. odwołujący wskazał, że stosownie do pkt 15.5 s.i.w.z., wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z formularzem ofertowym karty katalogowe oferowanych jednostek wytwórczych potwierdzające przez producenta danej jednostki parametry techniczne, a w szczególności deklarowaną przez wykonawcę sprawność elektryczną w celu umożliwienia oceny oferty wykonawcy. Zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert (pkt 21.1 s.i.w.z.) sprawność elektryczna stanowiła jedno z kryteriów tej oceny. Stosownie do punktu 21.B s.i.w.z., zamawiający wymagał, by parametr sprawności elektrycznej wskazany został w ofercie wykonawcy oraz mieścił się w przedziale od 41% do 42,5%. W tym samym punkcie s.i.w.z. zamawiający jednoznacznie przesądził, iż w przypadku, gdy możliwość osiągnięcia oferowanych sprawności nie zostanie potwierdzona przez producenta zaoferowanej jednostki lub gdy oferowane sprawności będą mniejsze niż 41% lub wyższe niż 42,5%, oferta zostanie odrzucona jako niezgodna z s.i.w.z. Zamawiający wskazał, że taki sam skutek (odrzucenia oferty) nastąpi w przypadku niedołączenia do oferty wymaganych kart katalogowych oferowanej jednostki wytwórczej.

Do swej oferty CES załączyła kartę katalogową dla jednostki producenta Caterpillar Energy Solutions GmbH model TCG 2020 V20.

Zamawiający pismem z dnia 13.07.2020r. wezwał CES do wyjaśnień z uwagi na wątpliwości jakie powziął w związku z przyjęciem w karcie katalogowej powietrza zasysanego o temp. 25°C. Zamawiający odwołał się w tej kwestii do postanowień PFU (pkt 2.4), zgodnie z którym:

„Temperatury obliczeniowe, szacunkowe:

=> okres zimowy -18°C => okres letni 30°C"

Zamawiający wzywając wykonawcę do wyjaśnień stanął na stanowisku, że wykonawca winien uwzględnić faktyczne warunki klimatyczne dla przedmiotowego

postępowania, wskazywane przez zamawiającego w PFU, a zatem dla obliczeń powinien uwzględnić temperaturę powietrza zasysanego na poziomie 30°C.

W ocenie odwołującego, pismo zamawiającego nie stanowi w istocie wezwania do wyjaśnień, lecz zawiera polemikę z założeniami projektowymi przyjętymi przez CES oraz wskazuje, w jaki sposób, zdaniem zamawiającego, winny być przeprowadzone obliczenia.

Odwołujący podniósł, iż właściwe zaprojektowanie oferowanej instalacji leżało w kompetencji każdego z wykonawców tak, aby zaprezentowane parametry techniczne projektu odpowiadały wymaganiom s.i.w.z.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie ze strony zamawiającego CES ograniczyła się do odpowiedzi, iż parametr sprawności elektrycznej w ofercie wskazany został z uwzględnieniem warunków klimatycznych określonych w PFU, natomiast parametr wskazany w karcie katalogowej wynika z przyjęcia odmiennych założeń tj. temp. zasysanego powietrza 25°C.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na powyższe, zamawiający ponownie wezwał CES, pismem z dnia 30.07.2020 r., do złożenia wyjaśnień żądając stosownych obliczeń potwierdzających parametr sprawności elektrycznej określony w ofercie CES na poziomie 41,1%. Pismem z dnia 03.08.2020r. CES ograniczyła się do złożenia lakonicznego wyjaśnienia oraz załączyła do niego oświadczenie Caterpillar Energy Solutions GmbH, z którego miałyby rzekomo wynikać potwierdzenie zgodności oferowanej jednostki wytwórczej z wymaganiami s.i.w.z.

Po otrzymaniu powyższego pisma zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

W ocenie odwołującego oferta złożona przez CES kwalifikuje się do odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., albowiem jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z.. Zadaniem każdego z wykonawców było wykazanie za pomocą złożonej karty katalogowej punktowanego w ramach kryteriów oceny ofert parametru tj. sprawności elektrycznej oferowanej jednostki wytwórczej. Karta katalogowa złożona przez CES zawiera parametry techniczne niezgodne z założeniami obliczeniowymi wskazanymi w PFU, na co zwrócił uwagę zamawiający w swoim piśmie z dnia 13.07.2020., stanowiącym wezwanie CES do złożenia wyjaśnień odnośnie treści oferty. Przyjęta w tej karcie katalogowej temperatura powietrza zasysanego na poziomie 25°C ma bezpośredni wpływ na ilość paliwa zużywanego przez jednostkę, a tym samym na ilość energii niezbędnej do spalania paliwa, co ma z kolei przełożenie na wyliczenie sprawności elektrycznej silnika. W ocenie odwołującego, parametry przyjęte przez CES w karcie katalogowej zostały tak ustawione, aby wykonawca

ten zdołał wykazać zamawiającemu, iż sprawność oferowanej jednostki jest zgodna z wymaganiami postępowania.

Przyjmując katalogowe założenia dla oferty CES, odwołujący przedstawił wyliczenie sprawności elektrycznej (laboratoryjnej) opierając się na wzorze na sprawność elektryczną i stwierdził, że otrzymany wynik sprawności elektrycznej (43%) jest zgodny z parametrem wskazanym na karcie katalogowej i niewątpliwie jest niezgodny z wymaganiami s.i.w.z., zgodnie z którymi sprawność musi zawierać się w przedziale 41,1 - 42,5%. Zamawiający wskazał, że trzeba jednakże wziąć pod uwagę, że co do zasady zamawiający dopuścił taką sytuację, tj. możliwość zadeklarowania w ofercie sprawności niższej niż wynikałoby z karty katalogowej, pod warunkiem jednakże, że parametry techniczne z karty katalogowej pozwolą na weryfikację rzeczywistej sprawności elektrycznej oferowanej jednostki. Następnie zauważył, iż zgodnie z normą ISO3046/1, ilość energii zużywanej do spalania paliwa może wzrosnąć do 5% (co wynika także z karty katalogowej złożonej przez CES - pozycja „Ciepło spalania paliwa kW+5%"). Przyjmując maksymalny wzrost tej energii w stosunku do ilości paliwa wskazanej w karcie katalogowej otrzymujemy ilość 4878,3. Podstawiając tę ilość do wzoru na sprawność elektryczną odwołujący otrzymał wynik 40,99%. W ocenie odwołującego, tak obliczona sprawność elektryczna, przy założeniu maksymalnej konsumpcji paliwa, jest niezgodna z wymaganiami s.i.w.z., ale i niezgodna z zadeklarowaną przez CES sprawnością elektryczną na poziomie 41,1%.

Odwołujący wskazał na założenia, jakie przyświecały CES przy zadeklarowaniu w ofercie sprawności elektrycznej na poziomie 41,1% i stwierdził, że CES przyjęła dla wykazania sprawności elektrycznej na poziomie 41,1% wskaźnik wzrostu ilość energii niezbędnej dla spalania paliwa na poziomie 4,74% (ilość katalogowa $4646 \cdot 4,74\% = 220,22$ kW + 4646 kW = 4866,22 kW). W ocenie odwołującego, wyliczona przy uwzględnieniu powyższych założeń sprawność na poziomie 41,1% jest oczywiście zgodna z wymaganiami s.i.w.z., jednakże biorąc pod uwagę wyżej wskazane argumenty odwołującego, założenia towarzyszące jej wyliczeniu nie odpowiadają treści s.i.w.z., co ma bezpośredni wpływ na uzyskanie zgodnej z treścią s.i.w.z. sprawności elektrycznej. Mając na uwadze fakt, iż temperatura zasysanego powietrza ma bezpośredni wpływ na ilość konsumowanego paliwa, a tym samym ilość energii wymaganej dla spalania tego paliwa, przyjęcie przez CES w karcie katalogowej temperatury na poziomie 25°C wpływa na uzyskanie parametru sprawności elektrycznej, albowiem przy jego wyliczeniu uwzględnia się tę ilość energii, jaka jest niezbędna do spalania paliwa, co wprost wynika z powyższego wzoru na sprawność elektryczną. W przypadku przyjęcia temperatury powietrza na poziomie 30°C (zgodnie z PFU) wyliczona sprawność elektryczna przy założeniu identycznej tolerancji zużycia paliwa jaką zastosował CES (4,74%) nie jest zgodna z wymaganiami s.i.w.z.. W takim bowiem

przypadku katalogowa ilość zużywanej na energii dla spalania paliwa wynosi 4678 kW. Po powiększeniu tej wartości o 4,74%, zgodnie z założeniami CES, otrzymujemy ilość energii na poziomie 4899,74. Podstawiając te dane wyjściowe do wzoru na sprawność otrzymujemy 40,82%. Otrzymany parametr sprawności elektrycznej jest oczywiście niezgodny z wymaganiami s.i.w.z., a zatem przy prawidłowej konstrukcji karty katalogowej tj. przy przyjęciu założeń wynikających z PFU dla temperatury powietrza zasysanego, CES otrzymałby parametr sprawności elektrycznej na poziomie niezgodnym z wymaganym w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący podniósł także, że nie jest możliwa, nawet w przypadku uznania, że karta katalogowa jako tzw. dokument przedmiotowy podlega uzupełnieniu, korekta parametru temperatury zasysanego powietrza, albowiem jej podwyższenie do 30°C będzie wiązało się ze zmianami konstrukcyjnymi oferowanej jednostki, wymianą niektórych podzespołów i zmianami pozostałych parametrów technicznych jej eksploatacji, co w istocie będzie oznaczało istotną ingerencję w treść oferty CES, niezgodną z punktu widzenia ustawy P.z.p. Wzrost temperatury zasysanego powietrza (przy pozostałych warunkach niezmiennych) wpływa na osiągi agregatu z dwu głównych powodów. Po pierwsze wymagana jest modyfikacja konstrukcji turbosprężarki poprzez zastosowanie innej (mniejszej) dyszy dla zapewnienia odpowiedniego przepływu powietrza, co zwiększa stratę ciśnienia (koniecznego do uzupełnienia dla wytworzenia odpowiednich warunków). Drugim czynnikiem jest konieczność zastosowania innej chłodnicy mieszanki (tzw. „intercooler”) niż ta przedstawiona w karcie katalogowej przez CES z uwagi na możliwość występowania zjawiska kondensacji prowadzącego do korozji tego układu. Zgodnie z programem doborowym producenta urządzenia oferowanego w postępowaniu przez CES tj. Caterpillar Energy Solutions GmbH, za pomocą którego została wygenerowana karta katalogowa agregatu oraz oświadczeniem uzyskanym przez odwołującego bezpośrednio od tegoż producenta, jednostka kogeneracyjna sparametryzowana i dobrana w sposób przedstawiony w karcie katalogowej dołączonej do oferty przez CES (czyli dla 25°C) nie ma możliwości pracy dla temperatury obliczeniowej (30°C) wymaganej w PFU. Dla zastosowania oferowanej jednostki kogeneracyjnej w warunkach wymaganych przez zamawiającego konieczne jest wprowadzenie wspomnianych modyfikacji w zakresie rozwiązań turbosprężarki oraz układu chłodnicy mieszanki (intercoolera), co bezpośrednio przekłada się na sprawność elektryczną układu.

W świetle powyższego odwołujący uznał, że wartość sprawności elektrycznej zadeklarowana w ofercie CES nie jest poparta kartą katalogową producenta agregatu, która została sporządzona dla innych warunków obliczeniowych niż wymagane w PFU. Dodał, że CES w sposób lakoniczny i arbitralny podtrzymuje swoją deklarację sprawności rzeczywistej

elektrycznej brutto dla wyższej temperatury twierdząc, że sprawność ta zostanie dochowana dla warunków sprecyzowanych w dokumentacji przetargowej bez przedstawienia poprawnie wykonanej karty katalogowej, a także bez przedstawienia stosownych obliczeń mimo wezwania ze strony zamawiającego. Dodał, że na poparcie swojego stanowiska CES dodatkowo przedstawił oświadczenie producenta jednostki kogeneracyjnej z dnia 31.07.2020, manipulując znaczeniem stwierdzeń w nim zawartych. Producent w oświadczeniu złożonym na prośbę CES faktycznie deklaruje, że sprawność elektryczna dla temperatury projektowej 30°C zostanie zachowana, jednakże nigdzie nie precyzuje o jaką sprawność chodzi. Ogromne bowiem znaczenie ma, czy jest to sprawność katalogowa podawana w kartach, czy też rzeczywista wyznaczona na podstawie kart katalogowych i zmierzona licznikami. Jak wskazano wyżej, istnieje rozróżnienie pomiędzy sprawnością rzeczywiście uzyskiwaną, a sprawnością katalogową. Poza tym, zgodnie z postanowieniami s.i.w.z., potwierdzenie sprawności elektrycznej deklarowanej w ofercie miało wynikać z załączonej do oferty karty katalogowej, a nie z dokumentu pochodzącego od podmiotu trzeciego bezpośrednio zainteresowanego wynikiem przetargu, podpisanego przez przedstawicieli handlowych, złożonego poza procedurą postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podniósł, że kolejnym kluczowym aspektem jest to, iż w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dn. 13.07.2020r. (pierwsze wezwanie do wyjaśnień) CES udzielił odpowiedzi, z której wynika, iż w zasadzie nie została złożona wraz z ofertą karta katalogowa, która była wymagana przez zamawiającego, potwierdzająca oferowany parametr sprawności elektrycznej, lecz karta katalogowa dla urządzenia całkowicie odmiennie sparametryzowanego, a zatem nie dla tego, które jest przedmiotem oferty. W takim przypadku, uwzględniając postanowienia s.i.w.z. wskazane wyżej, zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty CES. W szczególności, iż pismem z dnia 30.07.2020r. zamawiający, wzywając CES po raz wtóry do złożenia wyjaśnień oraz żądając szczegółowych obliczeń, odpowiedzi otrzymał jedynie lakoniczną informację, nie popartą żadnymi obliczeniami.

Odwołujący wskazał, że zamawiający nie dysponował w chwili wyboru oferty najkorzystniejszej kartą katalogową potwierdzającą zadeklarowany w ofercie CES parametr sprawności elektrycznej, a zatem stosownie do postanowień s.i.w.z. przytoczonych powyżej winien był ofertę CES odrzucić. Uzupełnienie karty katalogowej nie jest w ocenie odwołującego możliwe z uwagi na to, iż miała ona stanowić skonkretyzowanie parametrów oferowanego urządzenia, przy czym ta konkretyzacja miała dotyczyć szeregu właściwości instalacji, nie tylko parametru sprawności elektrycznej. Skoro nie ma żadnego innego dokumentu, złożonego przez wykonawców, z którego wynikałoby jakie są parametry

oferowanego urządzenia, karta katalogowa stanowi jedyny nośnik takich informacji, a w konsekwencji nie podlega uzupełnieniu. Z postanowień s.i.w.z. wynika bezpośrednio, że w razie braku złożenia karty katalogowej lub na wypadek niepotwierdzenia parametru sprawności elektrycznej, oferta zostanie odrzucona.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., odwołujący stwierdził, podejmowanie przez zamawiającego czynności zmierzających do wyjaśnienia treści oferty CES stanowi w istocie niedozwoloną próbę negocjacji warunków oferty. Wynika to wprost z pisma zamawiającego z dnia 13.07.2020., w którym pozornie zamawiający wzywa do wyjaśnień, ale w istocie kwestionuje założenia projektowe przyjęte przez CES, traktując je jako niezgodne z s.i.w.z. i potwierdzając, iż mogą one mieć rzeczywisty wpływ na oferowaną sprawność elektryczną urządzenia, która stanowi jedno z kryteriów oceny ofert.

W ocenie odwołującego, jeśli zamawiający dostrzegł, iż zaoferowane mu urządzenie zostało sparametryzowane w sposób niezgodny z postanowieniami s.i.w.z., to jedyną prawidłową czynnością, jakiej zamawiający mógł dokonać, było odrzucenie oferty CES. Nie jest dopuszczalne manipulowanie parametrami oferowanego urządzenia w celu doprowadzenia go do zgodności z wymaganiami danego postępowania. Tego typu dialog zamawiającego z wykonawcą wpisuje się w zakaz, o którym mowa w zdaniu drugim art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p.. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp służy do rozwiewania ewentualnych wątpliwości zamawiającego, wynikających z niejednoznaczności lub niejasności treści oferty, a nie do korygowania nieprawidłowości oferty, które są ewidentne i żadnych wątpliwości nie budzą.

W ocenie odwołującego, naruszenie pozostaje w związku z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., albowiem zamawiający naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji, pozwalając CES na wprowadzenie do treści oferty elementów tam nieobecnych na chwilę składania ofert.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., odwołujący poinformował, że zarzut ten stawiany jest przez odwołującego wyłącznie z ostrożności i ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu podstawowego dotyczącego odrzucenia oferty CES. Odwołujący zastrzega zatem, iż w jego ocenie uzupełnienie przez CES na obecnym etapie postępowania, karty katalogowej potwierdzającej deklarowaną w ofercie sprawność elektryczną nie jest możliwe z uwagi na argumenty przedstawione powyżej. Jednakże, gdyby Izba oceniła tę sytuację odmiennie, odwołujący wskazuje, iż dokonanie wyboru oferty CES bez dokonania czynności

uzupełnienia jej o prawidłową kartę katalogową stanowi naruszenie powyższego przepisu ustawy.

Odwołujący podniósł, że brak wezwania CES do złożenia lub uzupełnienia karty katalogowej stanowiłby także o naruszeniu art 7 ust 1 ustawy P.z.p., albowiem pozostali wykonawcy dopełnili obowiązku przedłożenia prawidłowych kart katalogowych uwzględniających warunki określone w PFU. Żadne postanowienie s.i.w.z. ani przepis ustawy nie zwalnia zamawiającego od obowiązku równego traktowania wykonawców, a samo złożenie przez CES wyjaśnień nie może być uznane za wystarczające do zapewnienia zachowania tej zasady.

Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 września 2020 roku wniósł o:

a) odrzucenie odwołania w całości, z uwagi na nieprzesłanie zamawiającemu kopii odwołania wraz z załącznikami, tj. zgodnie z art, 180 ust. 5 ustawy P.z.p., jak również prawdopodobieństwo złożenia zamawiającemu kopii odwołania, tj. dokumentu niezłożonego jeszcze do Prezes KIO; tj. odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy P.z.p.;

alternatywnie, z ostrożności procesowej, o:

b) oddalenie odwołania w całości, jako oczywiście bezzasadnego;

c) przeprowadzenie dowodów z dokumentów wyszczególnionych w odpowiedzi na odwołanie, na okoliczności wskazane w odpowiedzi na odwołanie;

d) w sytuacji uwzględnienia wniosku z lit. a bądź b powyżej – o zasądzenie w całości od odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł oraz kosztów dojazdu lub noclegu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia rzekomego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., zamawiający wskazał, że odwołujący błędnie dokonał wykładni postanowień IDW (Część I s.i.w.z.), a tym samym w odwołaniu wywodzi błędne skutki działania zarówno przystępującego, jak i zamawiającego. Niezrozumienie przez odwołującego postanowień s.i.w.z. bynajmniej nie może skutkować kwestionowaniem działań zamawiającego, które znajdują oparcie zarówno w postanowieniach s.i.w.z., których jest autorem, jak również w postanowieniach ustawy P.z.p.

Zamawiający podniósł, że w postępowaniu przewidział następujące kryteria oceny ofert:

21 Kryteria oceny ofert, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

21.1 Kryteria oceny ofert i przypisana im waga punktowa:

Cena oferty w PLN – 94% (94 pkt)

Sprawność elektryczna – 6% (6 pkt)

W pkt. 21.1.13 IDW (Część I SIWZ), zamawiający wskazał, co następuje:

Dla celów porównania ofert zakresie kryterium „Sprawność elektryczna” będzie brana pod uwagę sprawność elektryczna brutto jednostki wytwórczej dla 100% obciążenia wytwórczego (liczniki energii elektrycznej na zaciskach generatora) do energii chemicznej paliwa gazowego (liczonej do wartości opałowej). Wykonawca deklaruje w Formularzu ofertowym sprawność elektryczną jednostki wytwórczej w przedziale od 41 % do 42,5%, która musi zostać poparta kartami katalogowymi oferowanych urządzeń potwierdzającymi przez producenta jednostki wytwórczej parametry techniczne. Karty katalogowe oferowanej jednostki wytwórczej potwierdzające przez Producenta danej jednostki wytwórczej parametry techniczne do oceny oferty w kryterium „Sprawność elektryczna” Wykonawca załącza do oferty.

Zamawiający dopuszcza natomiast wskazanie w ramach kryterium „Sprawność elektryczna” (w Formularzu oferty) parametry mniejsze aniżeli wskazywane w kartach katalogowych przez producentów (jednak w przedziale od 41% do 42,5%), nie jest natomiast dopuszczalne wskazanie parametrów większych niż określone przez producenta w kartach katalogowych – taka sytuacja będzie skutkowałą odrzuceniem oferty wykonawcy jako niezgodnej z s.i.w.z. Taki sam skutek (odrzucenie oferty) będzie miał miejsce w przypadku niedołączenia do oferty wymaganych kart katalogowych oferowanej jednostki wytwórczej.

Zamawiający podniósł, co następuje:

1) Ustalone przez zamawiającego warunki oceny ofert były wskazane dla celu porównania ofert w postępowaniu (spełnienia zasady równego traktowania wykonawców), a nie dla celu realizacji zamówienia (wtedy wykonawcy ponoszą konsekwencje wskazane we wzorze umowy, np. zapłata kar umownych);

2) karta katalogowa była dołączana przez wykonawców do oferty wyłącznie w celu potwierdzenia sprawności elektrycznej jednostki wytwórczej, zaoferowanej w Formularzu oferty przez wykonawcę dla celu porównania ofert na tych samych zasadach. Karta katalogowa nie miała służyć weryfikacji pod kątem zgodności z postanowieniami s.i.w.z. (choćby ze względu na formułę „zaprojektuj i wybuduj”);

- 3) zamawiający w żadnym miejscu w s.i.w.z. nie nakazał przedłożenia karty katalogowej stworzonej na potrzeby niniejszego postępowania, tj. sparametryzowanej zgodnie z wymogami PFU;
- 4) Karta katalogowa winna potwierdzać sprawność elektryczną oferowanych urządzeń, tj. jednostki wytwórczej wskazanej przez odwołującego w Formularzu oferty w pkt. 24;
- 5) zamawiający, zdając sobie sprawę, że karty katalogowe oferowanych jednostek wytwórczych mogą nie być sparametryzowane zgodnie z wymaganiami s.i.w.z., dopuścił możliwość, że wykonawca może wskazać w Formularzu oferty sprawność elektryczną niższą, niż wskazana w karcie katalogowej przez producenta jednostki;
- 6) zamawiający wprost, dla przejrzystości postępowania, oraz potwierdzenia celu, dla którego przedkładana jest karta katalogowa, określił w IDW przypadki odrzucenia oferty wykonawcy zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., w zakresie błędów dot. kart katalogowych i są one następujące:
 - a) w sytuacji, gdy karta katalogowa nie potwierdzi oferowanych sprawności (tj. wykonawca wskaże sprawności większe, niż producent w karcie katalogowej);
 - b) oferowane sprawności będą mniejsze niż 41% lub wyższe niż 42,5%
 - c) w przypadku niedołączenia do oferty wymaganych kart katalogowych oferowanej jednostki wytwórczej.

Zamawiający stwierdził, że żadna z powyższych sytuacji nie zaszła w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający poinformował, że nigdzie nie wskazał, że oferta odwołującego będzie podlegała odrzuceniu w sytuacji stwierdzenia niezgodności dołączonych kart katalogowych z postanowieniami s.i.w.z., w tym PFU. Zamawiający podkreślił, że karty katalogowe miał służyć wyłącznie potwierdzeniu oferowanej sprawności elektrycznej na potrzeby oceny ofert, a nie potwierdzeniu spełnienia wymagań s.i.w.z. Gdyby karty katalogowe miały służyć potwierdzaniu wymagań zamawiającego określonych w s.i.w.z., to zamawiający wprost wskazałby w IDW, że ich złożenie jest konieczne na podstawie § 13 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, czego jednak zamawiający nie uczynił.

Zamawiający stwierdził, że przystępujący w pkt. 24 Formularza oferty wskazał, iż:

*Wykonamy przedmiot zamówienia dostarczając jednostkę wytwórczą następującej firmy:
Caterpillar Energy Solutions GmbH. typ, model :TCG2020V20 HE*

Z kolei przedłożona karta katalogowa dotyczy tej samej jednostki wytwórczej (tego samego urządzenia), tj.: Agregat Silnik: TCG2020V20.

Zamawiający potwierdził, że prawdą jest informacja, że zamawiający pismem z dnia 13 lipca 2020 r., celem rozwiania jakichkolwiek wątpliwości, co do zgodności oferty przystępującego z s.i.w.z., wezwał przystępującego do wyjaśnienia kwestii temperatur wskazanych w karcie katalogowej. Nieprawdą jest natomiast twierdzenie odwołującego, że tym samym „Zamawiający (...) stanął na stanowisku, że wykonawca winien uwzględnić faktyczne warunki klimatyczne dla przedmiotowego postępowania, wskazywane przez zamawiającego w PFU, a zatem dla obliczeń powinien uwzględnić temperaturę powietrza zasysanego na poziomie 30°C.”

Zamawiający stwierdził, że chciał jedynie ustalić, z daleko posuniętej ostrożności, czy karta katalogowa dołączona przez przystępującego do oferty potwierdza możliwość osiągnięcia sprawności wskazanej w Formularzu oferty przez przystępującego, przy uwzględnieniu temperatur z PFU. Przystępujący w Formularzu oferty wskazał sprawność 41,1%, zaś karta katalogowa potwierdzała sprawność 43,0%, dla tej samej jednostki wytwórczej, jednak dla nieco innych założeń temperatur (w karcie katalogowej wskazano wartość niższą). Stąd zamawiający chciał jedynie ustalić, czy przy uwzględnieniu temperatur z PFU, karta katalogowa potwierdzi sprawność (dużo niższą), wskazaną przez przystępującego w Formularzu oferty. Wystarczające w tym zakresie było oświadczenie przystępującego, tj. równoważna forma do oświadczenia w Formularzu oferty sprawności elektrycznej.

Zamawiający nie zgodził się z odwołującym, jakoby pismo stanowiło polemikę z założeniami projektowymi przyjętymi przez CES oraz wskazywało, w jaki sposób, zdaniem zamawiającego, winny być przeprowadzane obliczenia.

W ocenie zamawiającego, wywody odwołującego wskazane na s. 3 odwołania, jak również kalkulacje własne odwołującego, nie mają zastosowania w niniejszej sprawie. Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu nie składali bowiem kart katalogowych celem potwierdzenia parametrów wskazanych w PFU, a jedynie celem potwierdzenia, że zaoferowana przez wykonawców sprawność elektryczna w Formularzach ofertowych jest możliwa do osiągnięcia i znajduje potwierdzenie w dokumentach sporządzanych przez producentów jednostek.

Zamawiający zauważył, że karta katalogowa dołączona przez przystępującego do oferty jest ogólną kartą producenta dla zaoferowanej jednostki wytwórczej, a nie kartą katalogową sporządzoną specjalnie dla celów przedmiotowego postępowania i sparametryzowaną pod wymogi PFU. Zamawiający w żadnym miejscu s.i.w.z. nie wymagał,

by karty katalogowe dołączane do ofert przez wykonawców były sparametryzowane pod przedmiotowe postępowania, a zatem były kartami unikalnymi. Zresztą, na możliwość dołączenia przez wykonawców do oferty ogólnych kart katalogowych dla zaoferowanych jednostek wytwórczych wskazuje chociażby powyżej już powoływane postanowienie IDW zgodnie z którym: „Zamawiający dopuszcza natomiast wskazanie w ramach kryterium „Sprawność elektryczna” (w Formularzu oferty) parametry mniejsze aniżeli wskazywane przez producenta w kartach katalogowych (jednak w przedziale od 41% do 42,5%), nie jest jednak natomiast dopuszczalne wskazanie parametrów większych niż określone przez producenta w kartach katalogowych”. Zamawiający zdawał sobie sprawę, że nie każdy producent jest w stanie przygotować kartę katalogową uwzględniającą specyfikę przedmiotu zamówienia. Takie działanie zamawiającego mogłoby zostać wręcz uznane za naruszenie uczciwej konkurencji i niedozwolone zawężanie możliwości złożenia oferty do wykonawców, którzy byliby w posiadaniu unikatowych kart katalogowych.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący zdaje się nie zauważać, że zamawiający w IDW wskazał (pkt 21.1B), iż „Wykonawca deklaruje w Formularzu oferty sprawność elektryczną jednostki wytwórczej w przedziale od 41% do 42,5%, która musi zostać poparta kartami katalogowymi oferowanych urządzeń potwierdzającymi przez producenta jednostki wytwórczej parametry techniczne”. Zamawiający oceniał zatem zgodność oferty przystępującego w zakresie sprawności elektrycznej, analizując wartość wskazaną w Formularzu oferty. To bowiem ta wartość była brana do oceny oferty Przystępującego — a nie wartość wskazana w karcie katalogowej. Tym samym, w ocenie zamawiającego, odwołujący nie ma racji pisząc, że z powodu wskazania w karcie katalogowej sprawności elektrycznej na poziomie 43%, oferta przystępującego winna zostać uznana za niezgodną z s.i.w.z., a w dalszej kolejności odrzucona.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., jakoby zamawiający, wyjaśniając ofertę przystępującego, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p., w rzeczywistości prowadził niedozwolone negocjacje z przystępującym, zamawiający stwierdził, że takie wnioskowanie jest zbyt daleko idące, zaś odwołujący w żadnym miejscu odwołania nie wskazuje, które elementy oferty przystępującego rzekomo podlegały negocjacom i były zmieniane po złożeniu przez przystępującego oferty.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z utrwalonymi stanowiskami Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający może żądać wyjaśnień treści oferty wykonawców nawet w zakresie dot. kryteriów oceny ofert. Co do zasady, składane wyjaśnienia w zakresie, w jakim dotyczą one oceny ofert zgodnie z kryteriami, nie mogą prowadzić do zmiany danych służących do przyznania punktów, wpływających na wybór oferty najkorzystniejszej. Nie

można jednak zgodzić się ze stanowiskiem, że przepis ten uniemożliwia zamawiającemu wyjaśnianie i doprecyzowanie kwestii i tych elementów w ofercie, które nie zostały jasno sformułowane, a dotyczą danych już zawartych w dokumentach .

Zamawiający zaznaczył, że w postępowaniu, w ramach dokonywanych wyjaśnień treści oferty przystępującego nie doszło do zmiany jakiegokolwiek parametru stanowiącego kryterium oceny oferty. Dołączone zaś przez przystępującego do drugich wyjaśnień z dnia 3 sierpnia 2020 r. pisma producenta jednostki, potwierdzającego dodatkowo prawidłowość przyjętych danych w karcie katalogowej, było jedynie dodatkowym potwierdzeniem. Zamawiający dla oceny złożonych wyjaśnień i stwierdzenia zgodności oferty przystępującego z s.i.w.z. bazował na wyjaśnieniach przystępującego, a nie na przedłożonym dodatkowo dokumencie, podpisanym przez producenta jednostki wytwórczej.

Zamawiający zauważył, że składane przez przystępującego wyjaśnienia były każdorazowo ze sobą spójne i nie przeczyły sobie wzajemnie. Zamawiający tym bardziej dał im wiarę i uznał złożone wyjaśnienia za potwierdzające prawidłowość oferty przystępującego, nie dokonując jednak żadnych zmian w jej treści.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający stwierdził, że zarzut ten stoi w sprzeczności z zarzutem drugim odwołania. Oczywiście jest bowiem, że jakiegokolwiek uzupełnienie dokumentu służącego do oceny oferty wykonawcy (a takim dokumentem była karta katalogowa w niniejszym postępowaniu), stanowiłoby właśnie niedozwolone negocjacje treści oferty, o czym mowa w art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zamawiający podkreślił, że art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. dotyczy wyłącznie możliwości uzupełniania, wyjaśniania, poprawiania itp., dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25a ust. 1 lub art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p. Jest to zatem oświadczenie JEDZ, dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, brak podstaw wykluczenia czy też spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego. Karta katalogowa żądana w niniejszym postępowaniu w ramach oceny ofert, nie należy do kręgu dokumentów, które można wyjaśnić na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w postępowaniu przewidział następujące kryteria oceny ofert:

21 Kryteria oceny ofert, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

21.1 Kryteria oceny ofert i przypisana im waga punktowa:

Cena oferty w PLN – 94% (94 pkt)

Sprawność elektryczna – 6% (6 pkt)

W pkt. 21.1.13 IDW (Część I s.i.w.z.), zamawiający wskazał, co następuje:

Dla celów porównania ofert zakresie kryterium „Sprawność elektryczna” będzie brana pod uwagę sprawność elektryczna brutto jednostki wytwórczej dla 100% obciążenia wytwórczego (liczniki energii elektrycznej na zaciskach generatora) do energii chemicznej paliwa gazowego (liczonej do wartości opałowej). Wykonawca deklaruje w Formularzu ofertowym sprawność elektryczną jednostki wytwórczej w przedziale od 41 % do 42,5%, która musi zostać poparta kartami katalogowymi oferowanych urządzeń potwierdzającymi przez producenta jednostki wytwórczej parametry techniczne. Karty katalogowe oferowanej jednostki wytwórczej potwierdzające przez Producenta danej jednostki wytwórczej parametry techniczne do oceny oferty w kryterium „Sprawność elektryczna” Wykonawca załącza do oferty.

Zamawiający dopuszcza natomiast wskazanie w ramach kryterium „Sprawność elektryczna” (w Formularzu oferty) parametry mniejsze aniżeli wskazywane w kartach katalogowych przez producentów (jednak w przedziale od 41% do 42,5%), nie jest natomiast dopuszczalne wskazanie parametrów większych niż określone przez producenta w kartach katalogowych – taka sytuacja będzie skutkowała odrzuceniem oferty wykonawcy jako niezgodnej z s.i.w.z. Taki sam skutek (odrzucenie oferty) będzie miał miejsce w przypadku niedołączenia do oferty wymaganych kart katalogowych oferowanej jednostki wytwórczej.

Zamawiający określił w IDW przypadki odrzucenia oferty wykonawcy zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., w zakresie błędów dot. kart katalogowych i są one następujące:

- a) w sytuacji, gdy karta katalogowa nie potwierdzi oferowanych sprawności (tj. wykonawca wskaże sprawności większe, niż producent w karcie katalogowej);
- b) oferowane sprawności będą mniejsze niż 41% lub wyższe niż 42,5%
- c) w przypadku niedołączenia do oferty wymaganych kart katalogowych oferowanej jednostki wytwórczej.

W trakcie postępowania zamawiającemu zostało zadane pytanie do s.i.w.z.:

„W SIWZ Zamawiający pisze: "Wykonawca deklaruje w Formularzu oferty sprawność elektryczną jednostek wytwórczych w przedziale od 41% do 42,5%, która musi zostać poparta kartami katalogowymi oferowanych urządzeń z potwierdzonymi przez producenta

jednostek wytwórczych parametrami technicznymi. Karty katalogowe oferowanych jednostek wytwórczych z potwierdzonymi przez producenta danej jednostki wytwórczej parametrami technicznymi do oceny oferty w kryterium Sprawność elektryczna Wykonawca załącza do oferty. W sytuacji, gdy możliwość osiągnięcia oferowanych sprawności nie zostanie potwierdzona przez producenta oferowanych jednostek wytwórczych oraz w sytuacji gdy oferowane sprawności będą mniejsze niż 41% lub wyższe niż 42,5%, oferta Wykonawcy, jako niezgodna z SIWZ, będzie podlegała odrzuceniu.

W jakim celu zamawiający wymaga przedstawienia karty jednostki wytwórczej skoro Wykonawca będzie "rozliczany" z parametru "sprawność elektryczna" zadeklarowanego w formularzu ofertowym? Wnioskujemy o usunięcie takowego wymogu. W jaki sposób i w jakiej formie producent jednostek wytwórczych powinien potwierdzić kartę katalogową oferowanych urządzeń? Producent jednostek wytwórczych jeśli nie bierze bezpośrednio udziału w postępowaniu to nie jest w żaden sposób stroną takowego postępowania."

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

„Celem przedłożenia przez Wykonawcę karty katalogowej, która potwierdza sprawność jednostki wytwórczej zaoferowaną przez Wykonawcę w Formularzu oferty (jedno z kryterium oceny oferty), jest potwierdzenie, że sprawność jednostki wytwórczej wskazana przez Wykonawcę w Formularzu oferty znajduje potwierdzenie w karcie katalogowej producenta jednostki.

Przy czym Wykonawca może zadeklarować sprawność mniejszą, niż sprawność wynikająca z karty katalogowej jednostki wytwórczej, istotne, by zaoferowana sprawność przez Wykonawcę nie była większa, niż ta, wynikająca z karty katalogowej

Zamawiający wskazuje, że producent jednostki wytwórczej nie musi w żaden sposób potwierdzać karty katalogowej. Przez sformułowanie „karty katalogowe oferowanych jednostek wytwórczych z potwierdzonymi przez producenta danej jednostki wytwórczej parametrami technicznymi", rozumieć należy przedłożenie kart katalogowych sporządzonych przez producenta jednostki (a zatem parametry wskazane w karcie katalogowej są potwierdzone przez producenta jednostki wytwórczej). Nie ma jednak obowiązku dodatkowego potwierdzenia dokumentu przez producenta np. za pomocą podpisu kwalifikowanego, dodatkowego oświadczenia, itp. Wystarczające jest samo przedłożenie karty katalogowej sporządzonej przez producenta jednostki wytwórczej.

Mając na uwadze powyższe, treść SIWZ pozostaje bez zmian."

Przystępujący w pkt. 24 Formularza oferty wskazał, iż:

Wykonamy przedmiot zamówienia dostarczając jednostkę wytwórczą następującej firmy: Caterpillar Energy Solutions GmbH. typ, model :TCG2020V20 HE

Przystępujący załączył kartę katalogową tej samej jednostki wytwórczej (tego samego urządzenia): TCG2020V20.

Przystępujący zadeklarował w ofercie sprawność elektryczną na poziomie 41,1%.

Przystępujący w Formularzu oferty wskazał sprawność 41,1%, zaś karta katalogowa potwierdzała sprawność 43,0%, dla tej samej jednostki wytwórczej, jednak dla nieco innych założeń temperatur (w karcie katalogowej wskazano wartość niższą).

Zamawiający pismem z dnia 13 lipca 2020 r., wezwał przystępującego do wyjaśnienia kwestii temperatur wskazanych w karcie katalogowej.

W odpowiedzi na wezwanie ze strony zamawiającego przystępujący odpowiedział, iż parametr sprawności elektrycznej w ofercie wskazany został z uwzględnieniem warunków klimatycznych określonych w PFU, natomiast parametr wskazany w karcie katalogowej wynika z przyjęcia odmiennych założeń, tj. temp. zasysanego powietrza 25°C.

Zamawiający pismem z dnia 30.07.2020 r., ponownie wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień żądając stosownych obliczeń potwierdzających parametr sprawności elektrycznej określony w ofercie CES na poziomie 41,1%. Pismem z dnia 03.08.2020r. przystępujący złożył wyjaśnienia oraz załączył oświadczenie Caterpillar Energy Solutions GmbH, z którego wynika potwierdzenie zgodności oferowanej jednostki wytwórczej z wymaganiami s.i.w.z.

W dniu 06 sierpnia 2020 roku zamawiający opublikował zawiadomienie o wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Na posiedzeniu w dniu 15 września 2020 roku Izba oddaliła wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy P.z.p.

Powyższy wniosek zamawiający uzasadnił tym, że odwołujący, przesyłając zamawiającemu treść odwołania, stwierdził iż jest to treść odwołania „wnoszonego” do Krajowej Izby Odwoławczej. Użycie formy niedokonanej świadczy, w ocenie zamawiającego, iż odwołujący przesłał mu jedynie projekt odwołania.

W ocenie Izby wniosek nie zasługiwał na uwzględnienie. Bez znaczenia pozostaje użyta przez odwołującego forma imiesłowu zawarta w informacji o wniesieniu środka odwoławczego. Zamawiający, dla skuteczności wniosku, winien był zatem udowodnić, że kopia otrzymanego przez niego odwołania nie odpowiada treści odwołania doręzonego Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej.

Odnosząc się do argumentu, iż odwołujący przesłał zamawiającemu wniosek na adres e-mail, zamiast wnieść je na Platformę zakupową, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy P.z.p., odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

W ocenie Izby przesłanie kopii odwołania na adres e-mail czyni zadość wymogowi przesłania kopii przy użyciu „środków komunikacji elektronicznej”. Podkreślić należy, że zamawiający nie podnosił, iż – z uwagi na przesłanie kopii odwołania pocztą elektroniczną – nie otrzymał kopii odwołania w ogóle lub też w ustawowym terminie albo też nie mógł zapoznać się z jego treścią.

Biorąc pod uwagę powyższe wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania nie zasługiwał na uwzględnienie.

W ocenie Izby, dla rozstrzygnięcia odwołania, podstawowe znaczenie mają zapisy pkt. 21.1.13 IDW (Część I s.i.w.z.), zgodnie z którymi:

Dla celów porównania ofert zakresie kryterium „Sprawność elektryczna” będzie brana pod uwagę sprawność elektryczna brutto jednostki wytwórczej dla 100% obciążenia wytwórczego (liczniki energii elektrycznej na zaciskach generatora) do energii chemicznej paliwa gazowego (liczonej do wartości opałowej). Wykonawca deklaruje w Formularzu ofertowym sprawność elektryczną jednostki wytwórczej w przedziale od 41 % do 42,5%, która musi zostać poparta kartami katalogowymi oferowanych urządzeń potwierdzającymi przez producenta jednostki wytwórczej parametry techniczne. Karty katalogowe oferowanej jednostki wytwórczej potwierdzające przez Producenta danej jednostki wytwórczej parametry techniczne do oceny oferty w kryterium „Sprawność elektryczna” Wykonawca załącza do oferty.

Zamawiający dopuszcza natomiast wskazanie w ramach kryterium „Sprawność elektryczna” (w Formularzu oferty) parametry mniejsze niżeli wskazywane w kartach

katalogowych przez producentów (jednak w przedziale od 41% do 42,5%), nie jest natomiast dopuszczalne wskazanie parametrów większych niż określone przez producenta w kartach katalogowych – taka sytuacja będzie skutkowała odrzuceniem oferty wykonawcy jako niezgodnej z s.i.w.z. Taki sam skutek (odrzućenie oferty) będzie miał miejsce w przypadku niedołączenia do oferty wymaganych kart katalogowych oferowanej jednostki wytwórczej.

Z powyższego wynika, że w celu dokonania oceny i przyznania punktów w kryterium „Sprawność elektryczna” zamawiający wymagał zaoferowania sprawności elektrycznej jednostki wytwórczej w przedziale od 41% do 42,5%. Zamawiający brał pod uwagę sprawność elektryczną wskazaną przez wykonawcę w formularzu ofertowym, co wprost wynika z sformułowania: „Wykonawca oferuje w Formularzu ofertowym sprawność elektryczną jednostki wytwórczej”.

Jednocześnie zamawiający wymagał złożenia kart katalogowych oferowanych urządzeń, przy czym dopuścił, aby wykonawca wskazał w ramach kryterium „Sprawność elektryczna” parametry mniejsze niż wskazywane w kartach katalogowych, z tym zastrzeżeniem, by zaoferowana sprawność spełniała warunek mieszczącego się w przedziale 41-42,5%. Jednocześnie zamawiający zabronił, by zaoferowana sprawność była większa niż wskazana w karcie katalogowej.

Wskazane wyżej postanowienia s.i.w.z. muszą być czytane i interpretowane łącznie.

Tym samym stwierdzić należy, że przystępujący uczynił zadość wymogom s.i.w.z. w zakresie sprawności elektrycznej. W szczególności wskazał tę wartość w formularzu ofertowym i wartość ta mieściła się w wymaganym przez zamawiającego przedziale. Dodatkowo załączył kartę katalogową, która potwierdzała wartość wyższą aniżeli zaoferowana przez przystępującego.

Odmierna interpretacja wskazanych wyżej wymagań s.i.w.z. byłaby nieuprawniona. Wskazać należy, iż zamawiający, w odpowiedzi na pytanie co do treści s.i.w.z., wyjaśnił, czemu ma służyć karta katalogowa i jaki parametr ma potwierdzać. O ile którykolwiek z wykonawców nie zgadzał się z taką treścią s.i.w.z., był uprawniony do wniesienia odwołania w tym zakresie.

Dokonane przez odwołującego wyliczenia zawarte w odwołaniu są w rozpoznawanym przypadku bezprzedmiotowe. Odwołujący oparł je na danych zawartych w karcie katalogowej, mimo że treść s.i.w.z. i wyjaśnień zamawiającego nie pozostawiała wątpliwości co do tego, że karta katalogowa ma służyć jedynie potwierdzeniu sprawności elektrycznej.

Wskazując na powyższe, Izba nie dopatrzyła się w czynnościach zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. W myśl tego przepisu, 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.

Izba nie dostrzegła w wezwaniach kierowanych do odwołującego i udzielonych przez niego odpowiedziach niedopuszczalnych negocjacji. Jeszcze raz należy podkreślić, że karta katalogowa miała potwierdzać wyłącznie jeden parametr, tj. sprawność elektryczną. Z jej treści nie musiały natomiast wynikać inne wymogi wskazane w PFU. Celem wystosowanego wezwania było zatem jedynie zapewnienie ze strony wykonawcy, że zaoferowana przez niego sprawność elektryczna będzie możliwa do osiągnięcia w temperaturze określonej w PFU. I takie zapewnienie zamawiający uzyskał. Zamawiający na etapie badania i oceny ofert nie był uprawniony do oceny założeń projektowych, a to z tego względu, że składając ofertę wykonawcy nie byli obowiązani do deklarowania jakichkolwiek założeń w tym zakresie.

Tym samym, również zarzut naruszenia art. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania CES do uzupełnienia karty katalogowej potwierdzającej oferowany parametr sprawności elektrycznej przy zachowaniu wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) odnośnie warunków działania urządzenia. Izba wskazuje, że przystępujący przedłożył kartę katalogową i potwierdził parametr sprawności elektrycznej mieszczący się w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Nakazywanie zamawiającemu wzywaniu odwołującego do ponownego złożenia karty katalogowej należy zatem uznać za bezprzedmiotowe.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....