

WYROK
z dnia 26 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2021 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2021 r. przez wykonawcę **Riello Delta Power Sp. z o.o., ul. Krasnowolska 82R, 02-849 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowy Bank Polski, ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **P.I.W. CAMCO Sp. z o. o., ul. Światowida 47b/lok 22, 03-144 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500,00 (siedem tysięcy pięćset) złotych uiszczonych tytułem wpisu od odwołania.
3. Zasądza od odwołującego na rzecz przystępującego wnoszącego sprzeciw - P.I.W. CAMCO Sp. z o. o., ul. Światowida 47b/lok 22, 03-144 Warszawa kwotę 3600,00 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 roku poz. 1129) na niniejszy wyrok- w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Narodowy Bank Polski, ul. Świętokrzyska 11/21, 00-919 Warszawa, dalej zwany „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wymiana zasilaczy UPS wraz z przeglądami okresowymi w Oddziałach Okręgowych NBP”.. Zamówienie jest prowadzone z zastosowaniem procedury krajowej, gdyż jego wartość jest niższa od progów unijnych, dla dostaw.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty, tj. oferta wykonawcy Riello Delta Power sp. z o.o. ul. Krasnowolska 82R 02 — 894 Warszawa, który to wykonawca wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Druga oferta została złożona przez wykonawcę P.I.W CAMCO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Światowida 47b lok. 22, 03-144 Warszawa, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą po odrzuceniu oferty odwołującego. Wykonawca ten skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Wskazać należy, że odwołujący pomimo odrzucenia jego oferty nie zakwestionował tej czynności zamawiającego, lecz wniósł odwołanie od braku odrzucenia oferty najkorzystniejszej, gdyż zdaniem odwołującego oferta tego wykonawcy również powinna podlegać odrzuceniu.

Odwołujące w wniesionym odwołaniu, zarzucił zamawiającemu:

1. czynność podjętą przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wymiana zasilaczy UPS wraz z przeglądami okresowymi w Oddziałach Okręgowych NBP” (dalej jako: Zamówienie publiczne), polegającą na zaakceptowaniu przez Zamawiającego jako równoważnych przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez P.I.W CAMCO sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Światowida 47b lok. 22, 03-144 Warszawa (dalej jako: P.I.W. CAMCO) tj. oświadczenia (deklaracji) producenta Makelsan Makine Kimya Elektrik Sanayi ve Ticaret A.Ş. z dnia 27.05.2021 r. wraz z tłumaczeniem własnym, jako spełniających wymagania Zamawiającego określone w rozdziale 14 ust. 4 pkt 1) i 2) Specyfikacji warunków zamówienia (SWZ),
2. zaniechanie przez Zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie Zamówienia publicznego, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy P.I.W. CAMCO, która winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP lub na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) PZP,
3. czynność podjętą przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie Zamówienia publicznego, polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty, oferty złożonej przez wykonawcę P.I.VV CAMCO, mimo, że oferta ta winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP lub na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) PZP.

II. Na podstawie art. 516 ust. 1 pkt 8 PZP, powyższym czynnościami i zaniechaniem Zamawiającego zarzucam naruszenie:

1. art. 106 ust. 3 Pzp poprzez uznanie i akceptację przez zamawiającego jako równoważnych przedmiotowych środków dowodowych dokumentów złożonych przez P.I.W. CAMCO tj oświadczenia (deklaracji) producenta Makelsan Makine Kimya Elektrik Sanayi ve Ticaret A.Ş. z dnia 27.05.2021 r. wraz z tłumaczeniem własnym, jako spełniających wymagania Zamawiającego określone w rozdziale 14 ust. 4 pkt 1) i 2) SWZ, podczas gdy wskazane przedmiotowe środki dowodowe nie mogą być uznane za spełniające określone warunki,

2. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit c) Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty P.I.W. CAMCO podczas gdy oferta ta została złożona przez wykonawcę, który nie złożył przedmiotowego środka dowodowego, ani równoważnego przedmiotowego środka dowodowego zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w rozdziale 14 ust. 4 pkt 1) i 2) SWZ,

3. art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty P.I.W. CAMCO, podczas gdy treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi przez zamawiającego w rozdziale 14 ust. 4 pkt 1) i 2) SWZ,

4. art. 218 ust. 2 Pzp poprzez uznanie przez zamawiającego, że oferta wykonawcy P.I.W. CAMCO jest zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w SWZ, podczas gdy nie spełnia wymagań określonych w rozdziale 14 ust. 4 pkt 1) i 2) SWZ, ponieważ P.I.W. CAMCO wraz z ofertą nie złożył przedmiotowych środków dowodowych spełniających wymagania określone przez zamawiającego w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty P.I.W. CAMCO jako najkorzystniejszej,

2. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu,

3. nakazanie zamawiającemu wykonania czynności odrzucenia oferty P.I.W. CAMCO na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) lub art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) Pzp,

4. nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 2) Pzp.

W uzasadnieniu interesu we wniesieniu odwołania podał, że pomimo tego, iż oferta odwołującego, zgodnie z informacją zamawiającego z dnia 24.06.2021 r. została odrzucona, to jednak posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, we wniesieniu środka ochrony prawnej – odwołania, bowiem oferta P.I.W. CAMCO wybrana przez zamawiającego, również winna zostać odrzucona, wskutek czego postępowanie powinno zostać unieważnione,

stosownie do art. 255 pkt 2) Pzp, W następstwie wszczęcia przez zamawiającego kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, odwołujący miałby wówczas prawo wziąć w nim udział. Jednakże wskutek naruszeń procedury udzielenia zamówienia publicznego przez zamawiającego, odwołujący zostanie tej możliwości pozbawiony, wówczas gdy zamawiający zakończy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zawarcie umowy z wybranym wykonawcą P.I.W. CAMCO.

Uzasadniając zarzuty odwołania podniósł, iż przedmiotem zamówienia jest dostarczenie, zainstalowanie i uruchomienie fabrycznie nowych, wolnych od wad fizycznych i prawnych 8 sztuk zasilaczy bezprzerwowych UPS do obiektów NBP w Katowicach, Kielcach, Łodzi, Poznaniu i Szczecinie. Dnia 24 czerwca 2021 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, złożonej przez wykonawcę P.I.W. CAMCO. Zamawiający uznał, że P.I.W. CAMCO złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, która uzyskała najwyższą liczbę punktów w ramach kryterium oceny ofert, a nadto spełniała wymagania zamawiającego określone w SWZ

Zdaniem odwołującego takie stanowisko jest nie do zaakceptowania, ponieważ oferta złożona przez P.I.W. CAMCO nie spełnia wymagań zamawiającego określonych w SWZ, ponieważ wykonawca ten załączył do oferty przedmiotowe środki dowodowe nie spełniające wymagań określonych w rozdziale 14 ust. 4 pkt 1) i pkt 2) SWZ, a w konsekwencji oferta ta winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, ewentualnie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) Pzp. Odwołujący podał, że stosownie do art. 106 ust. 1 Pzp, zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 Pzp przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Podał, że zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Dalej, stosownie do art. 106 ust. 3 PZP, żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający zaś akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzają, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria.

Zgodnie zatem z rozdziałem 14 ust. 4 SWZ pkt 1) SWZ, zamawiający żądał od wykonawców, by w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia dotyczącymi minimalnej sprawności w trybie on-line, przy obciążeniu znamionowym, nie mniejszym niż 95% dla każdego z oferowanych typów UPS — wykonawcy wraz z ofertą złożyli przedmiotowe środki dowodowe wskazane w poz. 3 załącznika nr 2 do SWZ tj. certyfikaty wydane przez niezależną jednostkę badawczą

określające sprawność oferowanych urządzeń. Zamawiający wskazał nadto w rozdziale 14 ust. 4 pkt 2) SWZ, że zaakceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzą, że oferowane dostawy spełniają określone przez zamawiającego wymagania, o których mowa w pkt 1 powyżej.

Wykonawca P.I.W. CAMCO pismem z dnia 27.05.2021 r. w sprawie przedmiotowych środków dowodowych, na podstawie rozdziału 14 ust. 1 pkt 2) SWZ załączył jednak do złożonej przez siebie oferty, jako równoważne przedmiotowe środki dowodowe, dokumenty w postaci 1) karty katalogowej z potwierdzeniem zaoferowanej sprawności; 2) deklarację producenta sprzętu wraz z tłumaczeniem własnym, które miały potwierdzać zgodność oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia dotyczącymi minimalnej sprawności w trybie on-line, przy obciążeniu znamionowym, nie mniejszym niż 95% dla każdego z oferowanych typów UPS.

Odnosząc się do powyższego podał, że złożone przez CAMCO przedmiotowe środki dowodowe w postaci oświadczenia (deklaracji) producenta Makelsan Makine Kimya Elektrik Sanayi ve Ticaret A.S. z dnia 27.05.2021 r. wraz z tłumaczeniem własnym, nie mogły zostać uznane przez zamawiającego za spełniające wymagania określone w rozdziale 14 ust. 4 pkt 1) i 2) SWZ, gdyż został złożony przedmiotowy środek dowodowy w innej niż wskazana przez zamawiającego forma, bowiem złożył oświadczenie samego producenta Makelsan Makine Kimya Elektrik Sanayi ve Ticaret A.S. z dnia 27.05.2021 r., a nie zaś wymagany przez zamawiającego certyfikat. Oświadczenie to pochodzi od samego producenta bezprzerwowego zasilania i generatorów Diesla MAKELSAN, oferowanego przez CAMCO sprzętu, nie zaś od niezależnej jednostki badawczej, której wymagał zamawiający. Przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez CAMCO nie można również uznać za równoważnych przedmiotowych środków dowodowych w rozumieniu art. 106 ust. 3 Pzp, ponieważ w żaden sposób oświadczenie wydane przez zależną i bezpośrednio zainteresowaną jednostkę, nie stanowi równoważnego certyfikatu jednostki zupełnie niezależnej. Zamawiający zatem z naruszeniem art. 106 ust. 3 Pzp uznał i zaakceptował złożone przez CAMCO przedmiotowe środki dowodowe, jako równoważne i w konsekwencji spełniające wymagania określone w rozdziale 14 ust. 4 pkt 1) i 2) SWZ.

Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że po przeanalizowaniu zarzutów odwołania postanowił uwzględnić odwołanie w całości wskazując, że dokona unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty przystępującego.

Na rozprawie przed KIO zamawiający podał, że na moment, kiedy zostało wniesione przedmiotowe odwołanie, nie była rozstrzygnięta kwestia, czy czynność zamawiającego podjęta wobec odwołującego była prawidłowa, w związku z tym zamawiający nie mógł wykonywać innych czynności, które by powodowały możliwość również odrzucenia oferty

odwołującego, gdyż to mogło być przedmiotem odwołania odwołującego. Natomiast na etap, kiedy zostało wniesione odwołanie i stało się faktem, że odwołujący nie wnosi odwołania od swojego odrzucenia, zamawiający rozważając zarzuty odwołania, uznał, że w tym stanie prawnym opierając się na m.in. orzeczeniu TSUE C771/19 zarzuty odwołania co do wykonawcy CAMCO są zarzutami prawidłowymi i w związku z tym uwzględnił zarzuty odwołania. Odnosząc się do samego uwzględnienia zarzutów odwołania podał, że podtrzymuje swoje stanowisko o uwzględnieniu odwołania. Podał, że po ponownym przeanalizowaniu treści oferty przystępującego, w nawiązaniu do wniesionego odwołania zauważa, że zgodnie z rozdz. 14 ust. 4 pkt 1 i 2 SWZ zamawiający wymagał, aby wykonawca do oferty załączył przedmiotowe środki dowodowe stanowiące certyfikat wydany przez niezależny podmiot, który miał potwierdzać, że oferowany UPS posiada sprawność nie mniejszą niż 95%. Ponadto w pkt 2 tego ustępu zamawiający wskazał, że zaakceptuje również przedmiotowe środki dowodowe równoważne, jeżeli potwierdzą, że zaoferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego. W tym zakresie, zdaniem zamawiającego, należy nawiązać do treści art. 105 ust 4 ustawy Pzp, który wskazuje, jakie środki dowodowe mogą zostać złożone. Podaje, że za równoważne środki dowodowe może być uznane np. dokumentacja techniczna i inne dokumenty, które w sposób niewątpliwy i jak najbardziej niezależny potwierdzają, że dane urządzenie posiada odpowiednie parametry i właściwości.

Zauważył, że równoważne środki dowodowe mogą być składane tylko wtedy, jeśli wykonawca nie jest w stanie złożyć przedmiotowego środka dowodowego oczekiwanego przez zamawiającego, a w tym przypadku, jak to podano, te środki dowodowe zostały wskazane w poz. 3 zał. nr 2 do SWZ i miały być wydane przez niezależną jednostkę badawczą określającą sprawność tych urządzeń. Nawiązując do art. 105 ust 4 podał, że przepis ten należy interpretować w ten sposób, jak interpretujemy przepisy odnośnie dokumentów polegających na tym, że jeśli wykonawca z jakichś przyczyn nie może wykazać parametrów oferowanego sprzętu w postaci certyfikatu, to najpierw winien wykazać, że złożenie tego certyfikatu jest niemożliwe lub w terminie wskazanym przez zamawiającego jest znacznie utrudnione, dopiero wtedy winien taki dokument równoważny złożyć. W tej konkretnej sytuacji przystępujący złożył oświadczenie producenta, iż oferowany sprzęt ma sprawność 96%, czego zamawiający nie kwestionuje.

Przystępujący do postępowania wykonawca P.I.W. CAMCO Sp. z o. o., ul. Światowida 47b/lok 22, 03-144 Warszawa w złożonym na piśmie stanowisku oraz tym zaprezentowanym na rozprawie podał, że czynność zamawiającego o uwzględnieniu odwołania jest niezasadna. Nadto podniósł zarzut braku interesu po stronie odwołującego na wniesienie odwołania, gdyż oferta odwołującego została w sposób prawomocny odrzucona i tym samym wykonawca ten nie może uzyskać zamówienia w tym postępowaniu. Odwołanie

powinno zostać odrzucone na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, ze względu na to, że zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Odnosząc się do zarzutów odwołania podniósł, że zamawiający wymagał zgodnie z Rozdziałem 14 ust. 4 pkt 1 SWZ potwierdzenia, że oferowane urządzenia mają sprawność nie mniejszą niż 95 %. Zamawiający wymagał certyfikatu niezależnej jednostki badawczej. Zgodnie z Rozdziałem 14 ust. 4 pkt 2 SWZ dopuścił przedstawienie równoważnych środków dowodowych jeżeli potwierdzą, że oferowane dostawy spełniają określone przez Zamawiającego wymagania. Odwołujący załączył do oferty kartę katalogową oferowanych zasilaczy UPS LEVELUPS oraz oświadczenie producenta firmy MaKELSAN. Przyczyną braku złożenia certyfikatu był brak możliwości ich pozyskania w odpowiednim terminie. Przystępujący nie został w tym zakresie wezwany do wyjaśnień. Jeżeli by zostało wystosowane do niego wyjaśnienia to powołałby się właśnie na tą okoliczność.

Podał, że wbrew stanowisku odwołującego, nie został naruszony art. 106 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający akceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe złożone przez wykonawcę. Oznacza to także uprawnienie dla wykonawcy przedłożenia innych środków dowodowych niż wskazane przez zamawiającego, pod warunkiem że potwierdzają one, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria. Zważywszy, że zakres przedmiotowych środków dowodowych nie jest określony (brak jest zamkniętego katalogu takich środków), liczba potencjalnych środków równoważnych jest nieograniczona. Ocena równoważności przedłożonego środka dowodowego winna być każdorazowo dokonywana przez zamawiającego w konkretnym stanie faktycznym.

Na marginesie, przystępujący zwrócił uwagę, na zapis znajdujący się na dole karty katalogowej na stronie i., The LEVELLUS Series is attested by Bureau Veritas with regard to performance (EN 62040-3) (tłumaczenie własne: Seria LEVELLUS posiada atest Bureau Veritas w zakresie wydajności (EN 62040-3). Bureau Veritas (BV) to francuskie towarzystwo klasyfikacyjne z siedzibą centrali w Paryżu. Bureau Veritas to niezależna jednostka badawcza. Bureau Veritas jest członkiem IACS, zatrudnia ponad 20 500 pracowników, posiada ok. 600 placówek (w tym laboratoriów) na całym świecie. Oświadczenie producenta Makelsan o sprawności na poziomie 96 % oraz dokument karty katalogowej dostarczone w języku polskim, przez przystępującego zostały wytworzone na podstawie atestu niezależnej jednostki certyfikującej Bureau Veritas. Jest to argument przemawiający za tym, że przedmiotowe środki dowodowe zostały wytworzone, zaakceptowane przez niezależną jednostkę badawczą, certyfikującą.

Podkreślił, że jeśliby został podniesiony zostanie argument, że zdanie o którym mowa wyżej o atęcie Bureau Veritas nie zostało przetłumaczone na język angielski i występuje niezgodność z SWZ w zakresie języka w jakim jest prowadzone postępowanie, to

przystępujący podnosi, że dokumenty składane przez przystępującego w toku postępowania były składane w języku polskim. Jedynie wskazane wyżej jedynie zdanie nie zostało przetłumaczone, jednakże większość tego zdania to nazwy własne jak nazwa „LEVELLUS Sieries” albo ‘Bureau Veritas’ które i tak by nie zostały przetłumaczone. Nie powinno to zostać potraktowane jako niezgodność z SWZ.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i przystępującego, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, oświadczeń i stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych na piśmie i w czasie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje – odwołanie nie jest zasadne, gdyż podniesione zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

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

Za podstawę rozstrzygnięcia Izby został uznany stan faktyczny sprawy, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, treści odwołania oraz stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych na rozprawie.

Na wstępie orzekania należało poddać ocenie wnioski przystępującego o odrzucenie odwołania z powodu braku interesu po stronie odwołującego, gdyż jego oferta została odrzucona, a ta czynność zamawiającego nie została zaskarżona.

Wskazać należy, że w przedmiotowej sprawie zachodziło podobieństwo że stanem faktycznym sprawy orzeczonej przez TSUE C771/19, gdzie Trybunał uznał, że w takiej sprawie z jaką mamy do czynienia w tym postępowaniu interes wykonawcy może opierać się na upatrywaniu szansy w unieważnieniu postępowania i ponownym jego wszczęciu przez zamawiającego. Dlatego też Izba wniosków o odrzucenie odwołania oddaliła.

Przechodząc do oceny zasadności postawionego zarzutu, dotyczącego braku odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z SWZ, który to zarzut został uwzględniony przez zamawiającego, Izba biorąc pod uwagę treść postanowień SWZ uznała, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty przystępującego, a tym samym uznania zarzutu odwołania za zasadny.

Przedmiotem postępowania jest dostawa dla zamawiającego zasilaczy UPS. Zamawiający w rozdziale 14 SWZ postawił wymagania, aby wraz z ofertą zostały złożone przedmiotowe środki dowodowe:

4. Załączane do oferty przedmiotowe Środki dowodowe:

1) W celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia dotyczącymi minimalnej sprawności w trybie on-line, przy obciążeniu znamionowym, nie mniejszej niż 95 0/0 dla każdego z oferowanych typów UPS

Wykonawca wraz z ofertą złożył przedmiotowe środki dowodowe wskazane w poz. 3 załącznika nr 2 do SWZ tj. wydane przez niezależną jednostkę badawczą certyfikaty określające sprawność oferowanych urządzeń;

2) Zamawiający zaakceptuje równoważne przedmiotowe środki dowodowe, jeśli potwierdzą, że oferowane dostawy spełniają określone przez zamawiającego wymagania, o których mowa w pkt 1.

Poza sporem między stronami była kwestia, że przystępujący na potwierdzenie powyższych wymagań złożył przedmiotowe środki dowodowe - załączył do oferty kartę katalogową oferowanych zasilaczy UPS LEVELUPS oraz oświadczenie producenta firmy MaKELSAN, Kwestią sporną jest ocena tych przedmiotowych środków dowodowych, a w szczególności możliwości uznania ich za równoważne przedmiotowe środki dowodowe o których mowa w rozdziale 14 ust.4 pkt 2 SWZ.

Dokonując oceny wymaganych i złożonych przez przystępującego przedmiotowych środków dowodowych, to na pierwszy ogład sprawy można uznać, że przedłożone dokumenty nie są certyfikatem wydanym przez niezależny podmiot certyfikujący, jak również nie są równoważne z certyfikatem i tym samym odwołanie winno zostać uwzględnione.

Jednakże dokonując szczegółowej oceny treści SWZ, a w szczególności postanowienia Rozdziału 14 ust.4 pkt 1 i 2, jak również stanowisk stron i przystępującego Izba uznała, że nie można na etapie oceny ofert obciążać wykonawcy nieistniejącymi wymaganiami SWZ, wyartykułowanymi dopiero na rozprawie. Dotyczy to w szczególności braku uregulowania kwestii, jakie dokumenty mógł złożyć wykonawca, aby zamawiający uznał je za równoważne przedmiotowe środki dowodowe.

Podać należy, że dokument równoważny to dokument mający równą wartość, równe znaczenie. Zgodnie z przepisem art. 104 – 107 Pzp zamawiający może żądać złożenia przedmiotowych środków dowodowych np. w postaci złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę. Zgodnie z art.7 pkt 20 Pzp przez pojęcie przedmiotowych środków dowodowych należy rozumieć środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

Katalog przedmiotowych środków dowodowych jest katalogiem otwartym, o czym świadczy treść art. 106 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i 105 Pzp przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Izba uznała, iż nie może budzić wątpliwości, że inne przedmiotowe środki

dowodowe żądane przez zamawiającego muszą zostać wskazane w dokumentach zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu, a nadto żądane środki dowodowe muszą być proporcjonalne i związane z przedmiotem zamówienia, nie mogą ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie w tym i KIO jednoznaczne jest, że ustawodawca wymusza na zamawiającym konieczność zdefiniowania równoważności certyfikatu jeśli jest on wymagany. Zamawiający powinien zdefiniować dopuszczalną równoważność zaświadczeń. Dopuszczając dokument równoważny, powinien w taki sposób sprecyzować postawione certyfikatu równoważnemu wymogi, aby móc następnie w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię jego równoważności (wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 3 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1549/11 KIO 1569/11). Dlatego też Izba uznała, że kiedy zamawiający wskazując na możliwość złożenia równoważnego przedmiotowego środka dowodowego, bez jego dookreślenia, to zasadnym jest przyjęcie, że zamawiający nie może kwestionować złożonego przedmiotowego środka dowodowego pod warunkiem, że ten będzie potwierdzał zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z wymogami SWZ.

Niewątpliwym jest, że dla różnego rodzaju postępowań będą mogły być wymagane inne przedmiotowe środki dowodowe, jak również inne dokumenty mogące być uznane za dokumenty równoważne. Takie dokumenty są nierozłącznie związane z przedmiotem zamówienia. Zauważyć należy, że zamawiający na rozprawie powołując się na przepis art. 104 ust.5 Pzp wskazywał, że takim równoważnym przedmiotowym środkiem dowodowym byłaby np. dokumentacja techniczna producenta. Na powyższe stanowisko zamawiającego, przystępujący stwierdził, że urządzenia tego typu, jak UPS-y nie mają dokumentacji technicznej (co nie zostało zakwestionowane przez strony) i stwierdził, że ich parametry wynikają z kart katalogowych oraz oświadczeń producenta, które przystępujący złożył wraz z ofertą.

Za nader ważną okoliczność przemawiającą za oddaleniem odwołania i uwzględnieniem sprzeciwu przystępującego Izba przyjęła kwestię, że zamawiający w trakcie badania i oceny oferty przystępującego ustalił, że zaoferowane UPS-y spełniają postawione wymagania. Powyższe nie zostało także zakwestionowane przez odwołującego. Zamawiający także wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą, co pośrednio wskazuje, że gdyby ustalił listę równoważnych przedmiotowych środków dowodowych, to nie jest wykluczone, iż ewentualnie dopuściłby złożenie zamiast certyfikatu innego dokumentu równoważnego, jak np. oświadczenia producenta, lub dowodu w postaci karty katalogowej. Ocena w zakresie wykazania przez dokument równoważny spełniania wymogów ustalonych dla przedmiotu zamówienia będzie należał do zamawiającego, natomiast to na wykonawcy będzie spoczywał obowiązek udowodnienia równoważności danego dokumentu.

Reasumując powyższe Izba uznała, że w sytuacji braku ustalenia wykazu równoważnych przedmiotowych środków dowodowych adekwatnych do przedmiotu zamówienia nie byłoby zasadne odrzucenie oferty przystępującego, tylko z tego powodu, że w trakcie oceny zarzutów odwołania zamawiający uznał, iż bark jest równoważności pomiędzy wymaganym certyfikatem, a złożonymi innymi dokumentami z których niewątpliwie wynikało spełnianie wymagań zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia. Izba zauważa również, że złożenie równoważnych przedmiotowych środków dowodowych może nastąpić tylko w sytuacjach kiedy jest obiektywny brak możliwości złożenia dokumentu referencyjnego. Tą okoliczność, po pierwsze wykonawca winien wykazać zamawiającemu, a po drugie zamawiający winien procedurę z tym związaną opisać w SWZ.

Izba wskazuje także, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie tylko wtedy, gdy przewidział taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. W tym postępowaniu zamawiający nie przewidział takiej możliwości, co jednak nie uchybiało potrzebie w tym stanie faktycznym, zgodnie z przepisem art. 107 ust.4 Pzp wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Nadto Izba podkreśla, że wydanie orzeczenia nastąpiło w sytuacji uwzględnienia zarzutów odwołania i jak wynikało z informacji zamawiającego czynność wyboru najkorzystniejszej oferty nie została jeszcze unieważniona i oferta przystępującego nie została odrzucona. Gdyby pomiędzy datą orzekania a wyrokowania Izby, nastąpiły zmiany to zamawiający winien dokonane w tym zakresie czynności unieważnić.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp wskazanych w odwołaniu.

W zakresie kosztów postępowania Izba w oparciu o §8 ust.2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) w związku z oddaleniem odwołania kosztami postępowania obciążyła odwołującego nakazując zaliczenie w poczet kosztów postępowania kwoty uiszczonego wpisu oraz nakazała zwrot dla przystępującego kosztu wynagrodzenia pełnomocnika

Przewodniczący