

Sygn. akt KIO 415/15

Sygn. akt KIO 419/15

WYROK
z dnia 16 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Daniel Konicz

Piotr Kozłowski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2015 r. przez:

- wykonawcę **BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa - sygn. akt KIO 415/15,**
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum: **PORR (POLSKA) S.A., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa; PORR BAU GmbH, Absberggasse 47, A-1100 Wiedeń (Austria) - sygn. akt KIO 419/15,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersytet Warszawski, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 02-927 Warszawa - prowadzący postępowanie: Interdyscyplinarne Centrum Modelowania Matematycznego i Komputerowego, ul. Prosta 69, 00-838 Warszawa,**

przy udziale:

- wykonawcy **BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - **sygn. akt KIO 419/15,**
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum: **"EIFFAGE POLSKA BUDOWNICTWO" S.A., ul. Postępu 5a, 02-676 Warszawa; "CPD SYSTEM" Sp. z o.o., ul. Skorupki 13, 05-220 Zielonka; "COMTEGRA" Sp. z o.o., ul. Puławska 474, 02-884 Warszawa** zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - **sygn. akt KIO 415/15; KIO 419/15,**
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum: **PORR (POLSKA) S.A., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa; PORR BAU GmbH, Absberggasse**

47, A-1100 Wiedeń (Austria) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - **sygn. akt KIO 415/15**,

orzeka:

1. uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu:

1.1. unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty,

1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:

- odrzucenie oferty wykonawcy **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie** z powodu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zarzutów dotyczących: oprav B1, oprav D1, D2, oprav LD1, systemu kontroli dostępu, centrali alarmowej systemu sygnalizacji włamania i napadu,

- wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum: **PORR (POLSKA) S.A. z siedzibą w Warszawie; PORR BAU GmbH z siedzibą w Wiedniu (Austria)** do uzupełnienia kart katalogowych w języku angielskim przez złożenie ich tłumaczenia na język polski,

2. w pozostałym zakresie nie uwzględnia zarzutów;

3. kosztami postępowania obciąża: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: **PORR (POLSKA) S.A., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa; PORR BAU GmbH, Absberggasse 47, A-1100 Wiedeń (Austria)** - w sprawie **sygn. akt KIO 415/15** oraz zamawiającego **Uniwersytet Warszawski, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 02-927 Warszawa** - prowadzący postępowanie: **Interdyscyplinarne Centrum Modelowania Matematycznego i Komputerowego, ul. Prosta 69, 00-838 Warszawa** - w sprawie **sygn. akt KIO 419/15**, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawcę **BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** w kwocie **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) - w sprawie **sygn. akt KIO 415/15** oraz

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum: **PORR (POLSKA) S.A., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa; PORR BAU GmbH, Absberggasse 47, A-1100 Wiedeń (Austria)** w kwocie **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) - w sprawie **sygn. akt KIO 419/15**

- tytułem wpisów od odwołań,

3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: **PORR (POLSKA) S.A., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa; PORR BAU GmbH, Absberggasse 47, A-1100 Wiedeń (Austria)** na rzecz wykonawcy **BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące złotych zero groszy)

- tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika - w sprawie **sygn. akt KIO 415/15,**

3.3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: **PORR (POLSKA) S.A., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa; PORR BAU GmbH, Absberggasse 47, A-1100 Wiedeń (Austria)** na rzecz zamawiającego: **Uniwersytet Warszawski, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 02-927 Warszawa** - prowadzący postępowanie: **Interdyscyplinarne Centrum Modelowania Matematycznego i Komputerowego, ul. Prosta 69, 00-838 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)

- tytułem wynagrodzenia pełnomocnika - w sprawie **sygn. akt KIO 415/15,**

3.4. zasądza od zamawiającego: **Uniwersytet Warszawski, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 02-927 Warszawa** - prowadzący postępowanie: **Interdyscyplinarne Centrum Modelowania Matematycznego i Komputerowego, ul. Prosta 69, 00-838 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: **PORR (POLSKA) S.A., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa; PORR BAU GmbH, Absberggasse 47, A-1100 Wiedeń (Austria)** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)

- tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika - w sprawie **sygn. akt KIO 419/15.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt KIO 415/15

Sygn. akt KIO 419/15

Uzasadnienie

Zamawiający - Uniwersytet Warszawski /Interdyscyplinarne Centrum Modelowania Matematycznego i Komputerowego/ - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest **„Wykonanie budynku Centrum Kompetencji Ocean Uniwersytetu Warszawskiego z przeznaczeniem dla centrum komputerowego z zapleczem technicznym z laboratorium sprzętowym o charakterze badawczo-szkoleniowym”**, na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „ustawą”, „Pzp” lub „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24.10.2014 r., pod numerem 2014/S 205-362231.

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, zawiadamiając wykonawców o tej czynności pismem z dnia 20.02.2015 r. Z uwzględnieniem kryteriów oceny ofert: wydajność energetyczna klimatyzacji 50% i cena 50%, jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy BUDIMEX S.A., zwanego w skrócie „BUDIMEX”(wydajność energetyczna klimatyzacji 32,74 pkt, cena 50 pkt, łącznie 82,74 pkt); drugą w kolejności została oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum: „EIFFAGE POLSKA BUDOWNICTWO” S.A., „CPD SYSTEM” Sp. z o.o., „COMTEGRA” Sp. z o.o., zwanego w skrócie „konsorcjum EIFFAGE” (wydajność energetyczna klimatyzacji 32,74 pkt, cena 49,04 pkt, łącznie 81,78 pkt); trzecią w kolejności oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum: PORR (POLSKA) S.A.; PORR BAU, Wiedeń, zwanego w skrócie „konsorcjum PORR”, (wydajność energetyczna klimatyzacji 34,33 pkt, cena 43,73 pkt, łącznie 78,06 pkt); oferta wykonawcy WARBUD S.A. została odrzucona.

Wykonawcy, których oferty podlegały ocenie wnieśli odwołania:

- konsorcjum EIFFAGE - sygn. akt KIO 373/15 - zarzuty dotyczące badania, oceny i wyboru oferty BUDIMEX jako najkorzystniejszej;
- BUDIMEX - sygn. akt KIO 415/15 - zarzuty dotyczące badania i oceny ofert - konsorcjum PORR i konsorcjum EIFFAGE;
- konsorcjum PORR - sygn. akt KIO 419/15 - zarzuty dotyczące badania, oceny i wyboru

oferty BUDIMEX jako najkorzystniejszej oraz badania i oceny oferty konsorcjum EIFFAGE.

Na posiedzeniu Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

wykonawca BUDIMEX wnoszący odwołanie - sygn. akt KIO 415/15 - cofnął wymienione niżej zarzuty (*numeracja i nazwy elementów oraz parametrów stosowane w odwołaniach*):

- dotyczące konsorcjum PORR: 2. Błędne oznaczenie kart katalogowych, 3. Oprawy A1, 4. Oprawy D2, 5. Oprawy B1;
- dotyczące konsorcjum EIFFAGE: 1. Oprawy A1, 2. Oprawy B1, 3. Oprawy D2, 4. Oprawy R2, 6. Analizatory parametrów sieci, 11. System sygnalizacji włamań i napadu.

Zamawiający uwzględnił w całości pozostałe zarzuty przedstawione w odwołaniu BUDIMEX:

- dotyczące konsorcjum PORR: 1. Pompy na obiegach glikolowych, 6. Karty katalogowe niezgodne z wymogami SIWZ, w tym zaniechanie wezwania konsorcjum PORR do uzupełnienia brakujących dokumentów;
- dotyczące konsorcjum EIFFAGE: 5. Rozdzielnice SN, 7. Rozdzielnice główne, 8. Automatyka i BMS, 9. Przepływomierze ultradźwiękowe, 10. Kontrola dostępu, 12. Karty katalogowe niezgodne z wymogami SIWZ, w tym zaniechanie wezwania konsorcjum EIFFAGE do uzupełnienia brakujących dokumentów.

W związku z uwzględnieniem przez zamawiającego zarzutów podtrzymanych przez BUDIMEX dotyczących ofert konsorcjum EIFFAGE i konsorcjum PORR, konsorcjum EIFFAGE nie wniosło sprzeciwu wobec czynności zamawiającego dotyczącej oferty tego wykonawcy, powodując tym samym wygaśnięcie sporu wszczętego odwołaniem BUDIMEX w odniesieniu do oferty tego konsorcjum.

W dalszej kolejności konsorcjum EIFFAGE cofnęło wniesione przez siebie odwołanie - sygn. akt KIO 373/15, co skutkowało umorzeniem postępowania odwoławczego wywołanego cofniętym odwołaniem.

Uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu wykonawcy BUDIMEX - sygn. akt KIO 415/15, w części dotyczącej oferty konsorcjum EIFFAGE, przy braku sprzeciwu tego konsorcjum wobec czynności zamawiającego, oznaczało uznanie zarzutów za zasadne, przyznanie też zasadności zarzutów przez wykonawcę, którego one dotyczą oraz zobowiązanie zamawiającego do wykonania żądań odwołującego przedstawionych w odwołaniu w tym zakresie (zamawiający wykonuje,

powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu - art. 186 ust. 3 Pzp).

Odwołanie we wskazanym zakresie, ze względu na wygaśnięcie sporu pomiędzy stronami z udziałem uczestnika postępowania odwoławczego, nie podlegało rozpoznaniu na rozprawie i nie stanowiło przedmiotu wyrokowania. Zgodnie z przepisami art. 192 ust. 1 Pzp - *O oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. W obowiązującym stanie prawnym Izba nie ma podstaw do wydania częściowych orzeczeń, tj. postanowienia o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego dotyczącego zarzutów wobec oferty konsorcjum EIFFAGE przedstawionych w odwołaniu wykonawcy BUDIMEX, gdy wskazane zarzuty stanowiły pewną część odwołania, a odwołanie w pozostałej części podlegało rozpoznaniu na rozprawie.*

Konsorcjum PORR wniosło sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów dotyczących oferty tego wykonawcy, podtrzymanych przez BUDIMEX.

Izba rozpoznała na rozprawie:

- odwołanie BUDIMEX - sygn. akt KIO 415/15 w zakresie zarzutów podtrzymanych przez odwołującego, dotyczących konsorcjum PORR: 1. Pompy na obiegach glikolowych, 6. Karty katalogowe niezgodne z wymogami SIWZ, w tym zaniechanie wezwania konsorcjum PORR do uzupełnienia brakujących dokumentów;
- odwołanie konsorcjum PORR - sygn. akt KIO 419/15 w zakresie zarzutów dotyczących oferty BUDIMEX, z wyłączeniem zarzutów przedstawionych w pkt 2.16 - 2.19 uzasadnienia
- Oprawy MR1, MR3 - cofniętych przez odwołującego, jako niezwiązanych z tym postępowaniem (w związku z odpowiedziami zamawiającego na pytania dotyczące treści SIWZ).

Nie zostało rozpoznaniu na rozprawie odwołanie konsorcjum PORR w zakresie zarzutów dotyczących konsorcjum EIFFAGE, wobec cofnięcia przez odwołującego wszystkich zarzutów dotyczących konsorcjum EIFFAGE.

Odwołania rozpoznane na rozprawie.

A. Odwołanie sygn. akt KIO 415/15

Wykonawca BUDIMEX - odwołujący w tej sprawie - wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegających na niewłaściwym badaniu i ocenie ofert oraz niezgodnym

z prawem zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy - konsorcjum PORR. Zarzucił zamawiającemu, że podejmując ww. czynności, naruszył w szczególności następujące przepisy ustawy Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum PORR i uznanie, że treść oferty odpowiada treści specyfikacji, pomimo, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania;
- 2) ewentualnie, w razie uznania, że karty katalogowe wymagane przez zamawiającego wraz z tłumaczeniami, stanowią dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp: art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - przez zaniechanie wezwania konsorcjum PORR do uzupełnienia brakujących dokumentów.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania oraz
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum PORR,
- 4) nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący uzasadnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia. Złożył ofertę, która została uznana za najkorzystniejszą. Mając na uwadze zasadę koncentracji środków ochrony prawnej i wynikający z niej obowiązek zaskarżenia czynności zamawiającego niezwłocznie po ich podjęciu, pod rygorem utraty możliwości późniejszego kwestionowania, odwołujący uznał, że dokonana przez zamawiającego ocena ofert wykonawców powinna zostać zweryfikowana. Czynności i zaniechania zamawiającego, mogą w konsekwencji uniemożliwić odwołującemu uzyskanie zamówienia pomimo złożenia prawidłowej oferty. Oznacza to, że odwołujący w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, może ponieść szkodę nie uzyskując zamówienia ze względu na niezgodność z prawem dokonanych czynności.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że zamawiający określił w postępowaniu dwa kryteria oceny ofert: cena 50% oraz wydajność energetyczna systemu klimatyzacji 50%. Odwołujący uzyskał najwyższą ilość punktów w kryterium cena, a także łączną najwyższą ilość punktów. W przypadku drugiego z kryteriów zachodziły pomiędzy wykonawcami nieznaczne różnice (tj. odwołujący - 32,74 pkt, konsorcjum Eiffage - 32,74 pkt, konsorcjum PORR - 34,33 pkt), co przełożyło się na nieznaczne różnice w punktacji ogólnej.

Z uwagi na fakt, że oba konsorcja mają prawo do wniesienia środków ochrony

prawnej, może zdarzyć się sytuacja, gdy na skutek pozytywnego rozpoznania któregokolwiek z wniesionych odwołań, dojdzie do powtórnej oceny ofert, w której wyniku oferta odwołującego może utracić pozycję najkorzystniejszej. W przypadku braku wniesienia odwołania, zamawiający - w następstwie takiej powtórnej oceny ofert - mógłby w konsekwencji dokonać wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Jednocześnie odwołujący, z uwagi na zasadę koncentracji środków ochrony prawnej i wynikającego z niej sposobu ustalania terminu na wnoszenie środków ochrony prawnej dotyczących wadliwej oceny ofert, zostałby pozbawiony możliwości podważenia decyzji zamawiającego w zakresie oceny pozostałych wykonawców.

Odwołujący wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza niejednokrotnie wypowiadała się, odnosząc się do zasady koncentracji środków ochrony prawnej, stanowiąc: po dokonaniu ponownej oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej - zarzuty, które odwołujący mógłby podnieść w zakresie niezgodności ofert pozostałych wykonawców z treścią SIWZ, a których nie podniósł przy pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej, powinny zostać uznane za spóźnione, m.in. w wyroku z dnia 11 czerwca 2012 r., w sprawie o sygn. akt KIO 1059/12, KIO stwierdziła, że *„uwzględniając zasadę koncentracji środków ochrony prawnej oraz rygory związane z procedurą korzystania ze środków ochrony prawnej, wykonawca nie może kwestionować w odwołaniu czynności zamawiającego, wnosząc odwołanie po upływie terminów określonych w ustawie, tylko z tego powodu, że wykonawca nie dołożył należytej staranności aby prawidłowo ocenić swoją sytuację prawną w danym postępowaniu lub sytuację pozostałych wykonawców”*. Podobnie KIO orzekła w wyrokach z dnia 9 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1646/11; z dnia 27 września 2013 r., sygn. akt KIO 2175/13, czy postanowieniach z dnia 9 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 157/11 oraz z dnia 27 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 792/11; z dnia 11 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1114/12, czy też z dnia 22 maja 2012 r., sygn. akt KIO 970/12.

Z tego też względu, z daleko posuniętej ostrożności, wniesienie odwołania jest konieczne dla zabezpieczenia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz ochrony przed poniesieniem szkody na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał następującą argumentację.

1. Stan faktyczny. W zakres zamówienia wchodzi zarówno wykonanie prac budowlanych i instalacyjnych jak i zakup oraz dostawa wszelkich niezbędnych materiałów i urządzeń. Szczegółowy zakres zamówienia został określony w Rozdziale IV „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”, na który składa się m.in. dokumentacja projektowa.

Zamawiający, pomimo faktu, że oferta konsorcjum PORR zawiera bardzo wiele uchybień, powodujących jej niezgodność z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ, których nie można poprawić w drodze zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum.

W związku z powyższym, zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, pomimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

II. Uzasadnienie zarzutów.

Ad. Niezgodność treści oferty konsorcjum PORR z treścią SIWZ.

1. Pompy na obiegach glikolowych.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z opisem projektu wykonawczego (TOM 12 instalacja przemysłowa, karty doborowe pomp, pozycji 1.0), zamawiający wymagał dla pomp obiegowych glikolu następujących parametrów technicznych:

- *Wydajność nominalna - 63,8 m³/h*
- *Nominalna wysokość podnoszenia - 47,7m*
- *Nominalna moc silnika - 15 KW.*

Konsorcjum PORR w treści złożonej oferty (a dokładniej, zgodnie z załącznikiem nr 3 do oferty punkt A, podpunkt 4 - pompy obiegowe glikolu i wody chłodzącej oraz grzewczej - 9 szt. w inst. Agregatów zewn. 114 szt. w inst. Agregatu wewn.) zawarł w swojej wycenie pompy: „KSB: ETL 050-050-160 GG AA11D201102 BKSBIE4 PD2E.” Natomiast pompy te charakteryzują się gorszymi, niż wymagał tego zamawiający parametrami technicznymi, tj. posiadają:

- *Wydajność nominalna - 49 m³/h*
- *Nominalna wysokość podnoszenia - 45m*
- *Nominalna moc silnika - 11,57 KW.*

Utrzymanie parametrów projektowych, wyznaczonych przez zamawiającego w treści dokumentacji postępowania jest niezbędne, gdyż zgodnie z zapisem projektowym (TOM 12 instalacje sanitarne - wewnętrzne - instalacje przemysłowe - Budynek Centrum Kompetencji OCEAN Uniwersytetu Warszawskiego, ICM_opis instal. Sanit. Wewn., rozdział 6.4): „Realizacja serwerowni będzie prowadzona etapami w związku z tym istnieje również możliwość nieograniczonej rozbudowy układu w przedmiotowym budynku. Każdy układ zasilania instalacji z poszczególnego agregatu wyposażony jest w zespół pompowy zapewniający przepływ czynnika obiegowego oraz wymaganą dyspozycję ciśnienia

pomiędzy rurociągiem zasilającym i rurociągiem powrotnym. W związku z tym, że serwerownia będzie wyposażona przez dłuższy okres czasu i w związku z szybkim postępowaniem technologicznym układ został tak zaprojektowany, że istnieje duża dowolność rozbudowy układu.”

Mając na uwadze powyższe odwołujący wskazał, że zastosowanie pomp o niższych parametrach, czyli pomp uwzględnionych w wycenie konsorcjum PORR, uniemożliwi rozbudowę serwerowni w przyszłości. Zatem, oferta konsorcjum PORR jest niezgodna z treścią SIWZ, a wykonawca ten nie zapewnia prawidłowej realizacji zamówienia, co powinno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

6. Karty katalogowe niezgodne z wymogami SIWZ.

Zgodnie z opisem SIWZ, art. 9 § 1 punkt 1, oferta wraz z załączonymi dokumentami musi być sporządzona w języku polskim. Dokumenty sporządzone w języku obcym, wykonawca zobowiązany jest dostarczyć także w wersji przetłumaczonej na język polski.

Konsorcjum PORR zamieściło w swojej ofercie karty katalogowe opraw A1, B1, D1, D2, D3, D4, S1, S2, MI, M2, MD1, MD2, MR1, MR2, MR3 w innym języku, niż język polski. Pomimo wyraźnego obowiązku przedłożenia dokumentów wraz z tłumaczeniami, wykonawca ten nie dołączył do złożonej oferty wymaganego przez zamawiającego tłumaczenia. Wobec powyższego, dokumenty złożone wyłącznie w języku innym niż język polski, bez tłumaczeń, należy potraktować tak, jakby nie zostały wcale złożone. Dlatego też, karty te nie mogły być brane pod uwagę przez zamawiającego przy badaniu i ocenie oferty Konsorcjum PORR. A zatem, należy stwierdzić, że konsorcjum PORR nie spełniło wymogów zamawiającego opisanych w SIWZ i nie dostarczyło kart katalogowych dotyczących wyżej wymienionych opraw oświetleniowych. Brak tych kart uniemożliwia sprawdzenie merytoryczne zgodności zaproponowanego materiału z wymaganiami SIWZ.

Z uwagi na fakt, że zamawiający traktuje przedmiotowe dokumenty jako integralną część oferty (a zatem jako treść oferty), nie zostały one wymienione przez zamawiającego jako dokumenty mające na celu potwierdzenie, iż przedmiot oferty spełnia wymagania zamawiającego, nie mają one charakteru dokumentów w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W konsekwencji nie ma do nich zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy zezwalający na wezwanie wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów.

Dlatego też należało uznać, że oferta konsorcjum PORR, jako niezgodna z treścią SIWZ, podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ad. Zaniechanie wezwania konsorcjum PORR do uzupełnienia brakujących dokumentów.

W ocenie odwołującego, brak złożenia kart katalogowych, o których mowa wyżej, wraz z tłumaczeniami na język polski, powoduje brak możliwości weryfikacji treści oferty z treścią SIWZ, co w konsekwencji powinno skutkować odrzuceniem oferty konsorcjum PORR na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Z ostrożności, gdyby jednak uznać, że dokumenty te (karty katalogowe wraz z tłumaczeniami) stanowią dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji, iż podlegały uzupełnieniu - zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia ww. dokumentów. W konsekwencji ocena oferty konsorcjum PORR została dokonana, pomimo, że oferta nie zawierała kompletu wymaganych dokumentów obrazujących szczegółowo elementy przedmiotu oferty. Tym samym nie była możliwa weryfikacja zgodności złożonej oferty z wymogami SIWZ i uznanie, że oferta ta nie podlega odrzuceniu.

B. Odwołanie Sygn. akt KIO 419/15.

Wykonawca - konsorcjum PORR, wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami Pzp czynności i zaniechania zamawiającego w przedmiocie dokonania badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, polegających na:

- 1) nieprawidłowej ocenie oferty Budimex S.A. („BUDIMEX”), która jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w postępowaniu („SIWZ”) winna podlegać odrzuceniu; w dalszej kolejności zaniechaniu odrzucenia oferty BUDIMEX, a w konsekwencji nieuprawnionym wyborze oferty BUDIMEX jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 3) zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej z ofert nie podlegających odrzuceniu w postępowaniu.

Wskazanym czynnościom i zaniechaniu zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie przepisów Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty BUDIMEX, której treść nie odpowiada treści SIWZ;
- 3) art. 91 ust. 1 przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty BUDIMEX, która powinna zostać uznana za odrzuconą i nie powinna podlegać ocenie oraz przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej z ofert nie podlegających odrzuceniu;
- 4) art. 7 ust. 1 przez niedochowanie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz

równego traktowania wykonawców polegające na zaniechaniu dokonania prawidłowych czynności związanych z oceną ofert.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania;
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane w odwołaniu;
- 3) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu badania i oceny ofert oraz wyboru oferty BUDIMEX jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 4) nakazanie zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez BUDIMEX jako niezgodnej z treścią SIWZ;
- 6) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
- 7) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, według norm przypisanych oraz na podstawie przedłożonej faktury VAT.

Interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania, bowiem zostały spełnione przesłanki określone w art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów Pzp interes odwołującego, jako zainteresowanego uzyskaniem zamówienia, doznał uszczerbku.

Odwołujący złożył jako jedyną ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a wyłącznie w wyniku ww. naruszeń przez zamawiającego przepisów Pzp, oferta odwołującego nie została wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

W związku z powyższym odwołujący narażony jest na poniesienie szkody w postaci niezyskania zamówienia. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta odwołującego będzie jedyną niepodlegającą odrzuceniu ofertą w postępowaniu, a tym samym uzyska najlepszy wynik w procesie oceny ofert w postępowaniu.

Uzasadnienie zarzutów.

2. Niezgodność oferty BUDIMEX z SIWZ - zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

2.1. W SIWZ - rozdział III - Wzór Umowy - załącznik nr 3 dokumentacje projektowe, zamawiający określił wiążące wykonawców biorących udział w postępowaniu wymagania co do oferowanych rozwiązań technicznych i sprzętowych oraz wymagał dla wybranych urządzeń, systemów i opraw przedstawienia przez wykonawców informacji i parametrów technicznych pozwalających na jednoznaczną identyfikację oferowanego przez wykonawcę

sprzętu, zgodnie z załącznikiem 4 do SIWZ, stanowiącym załącznik nr 3 do oferty.

2.2. Analiza wymagań zamawiającego, wynikająca z dokumentacji projektowej, analiza rozwiązań technicznych oraz sprzętowych oferowanych przez BUDIMEX prowadzi do wniosku, że oferta BUDIMEX jest niezgodna z SIWZ w następującym zakresie:

2.3. Niezgodność z SIWZ dotycząca oferowanych opraw oświetleniowych:

2.4. Zgodnie z SIWZ - dokumentacja projektowa, projekt wykonawczy, TOM 04 Instalacje elektryczne - wewnętrzne - Instalacja ogólna, stosownie do rysunków:

- a) IER-1 Plan instalacji elektrycznej - rzut parteru - oświetlenie podstawowe i awaryjne;
- b) IER-2 Plan instalacji elektrycznej - rzut półpiętra - oświetlenie podstawowe i awaryjne;
- c) IER-3 Plan instalacji elektrycznej - rzut piętra - oświetlenie podstawowe i awaryjne, zamawiający wymagał:

2.5. Oprawy A1.

Zamawiający wymagał zastosowania A1 - oprawa oświetleniowa zwieszana LED 1x45W 3950lm, zasilacz DALI, raster antyolśnieniowy w kształcie plastra miodu.

2.6. Zgodnie z ofertą BUDIMEX (załącznik 3, pkt C ppkt 4 - oprawy oświetlenia awaryjnego, ewakuacyjnego i podstawowego) wykonawca zaoferował: A1 X-LINE LED UP&DOWN 2600LM/4400LM PLX/MICRO-PRM E 34 830/ZI,6.

2.7. Zgodnie z treścią karty katalogowej (strona: 328 i 329 oferty) powyższa oprawa nie zawiera rastra antyolśnieniowego w kształcie plastra miodu, a zamiast niego wyposażona jest w klosz mikropryzmatyczny, co świadczy o niezgodności zaoferowanej oprawy z SIWZ.

2.8. Oprawy B1.

2.9. Zamawiający wymagał zastosowania B1 - oprawa oświetleniowa ścienna 2x55W, rozsył pośrednio-bezpośredni 86%/14%, obudowa aluminiowa w kolorze RAL9006, dyfuzor mikropryzmatyczny PMMA.

2.10. Zgodnie z ofertą BUDIMEX (załącznik 3, pkt. C ppkt 4 - oprawy oświetlenia awaryjnego, ewakuacyjnego i podstawowego) wykonawca zaoferował: B1 - AKCENT N 1x18W/2X55W TC-L G24 EVG.

2.11. Zgodnie z treścią karty katalogowej (strona: 331 i 332 oferty) powyższa oprawa nie posiada elementu głównego świecącego góra-dół oraz nie posiada dyfuzora mikropryzmatycznego, co świadczy o niezgodności zaoferowanej oprawy z SIWZ.

2.12. Oprawy D1, D2.

2.13. Zamawiający wymagał zastosowania D1 - oprawa oświetleniowa typu downlight 2x26W, odbłyśnik o wysokim wsp. odbicia, wysokość oprawy max 115mm, II klasa ochronności, D2 - oprawa oświetleniowa typu downlight 2x26W IP44, klosz pryzmatyczny PMMA, odbłyśnik o wysokim wsp. odbicia, wysokość oprawy max. 115mm, II klasa

ochronności.

2.14. Zgodnie z ofertą BUDIMEX (załącznik 3, pkt, C ppkt 4 - oprawy oświetlenia awaryjnego, ewakuacyjnego i podstawowego) wykonawca zaoferował: D1, D2 - BERYL M22 2x26W TC-DEL S1 E, BERYL M22 2x26W TC-DEL S1 E IP44.

2.15. Zgodnie z treścią kart katalogowych (strona: 335 i 336 oferty) powyższe oprawy posiadają I klasę ochronności, a nie jak wymagano w SIWZ II klasę ochronności, co świadczy o niezgodności zaoferowanej oprawy z SIWZ.

2.20. Oprawy LD1.

2.21. Zamawiający wymagał zastosowania LD1 - oprawa oświetleniowa LED 3220lm, do zabudowania w suficie podwieszanym lub zwieszana, szeroki rozsył strumienia świetlnego, II klasa ochronności.

2.22. Zgodnie z ofertą BUDIMEX (załącznik 3, pkt C ppkt 4 - oprawy oświetlenia awaryjnego, ewakuacyjnego i podstawowego) wykonawca zaoferował: LD1 - X LINE LED 3250 LM PLX E 24.

2.23. Zgodnie z treścią karty katalogowej (strona: 347 oferty) powyższa oprawa posiada I klasę ochronności, a nie jak wymagano w SIWZ II klasę ochronności, co świadczy o niezgodności zaoferowanej oprawy z SIWZ.

2.24. Niezgodność oferty BUDIMEX z SIWZ dotycząca systemu kontroli dostępu.

2.25. Zgodnie z legendą Systemu kontroli dostępu projektu wykonawczego TOM 5 instalacje elektryczne niskoprądowe, na rysunkach: TTS501 - Plan instalacji elektrycznej niskoprądowej - schemat instalacji w dokumentacji projektowej występują dwa rodzaje czytników (czytnik zbliżeniowy i czytnik zbliżeniowy z klawiaturą).

2.26. Zgodnie z ofertą BUDIMEX załączniku nr 3 do oferty pkt B podpunkt 6 wykonawca zaoferował wyłącznie czytnik jednego typu tj. czytnik zbliżeniowy bez klawiatury: BOSCH ARD-R10EMEA, co potwierdza karta katalogowa na stronach 168-169 oferty.

2.27. Powyższe świadczy o niezgodności oferty BUDIMEX z SIWZ. Rozwiązanie zaproponowane przez BUDIMEX nie realizuje klasy rozpoznania 3, która jest najwyższą klasą rozpoznania w systemach SKD, gdzie wymaga się od osoby kontrolowanej podania informacji z identyfikatora (karty) oraz informacji zapamiętanej, czyli PIN-u.

2.28. Niezgodność oferty BUDIMEX z SIWZ dotycząca centrali alarmowej systemu sygnalizacji włamania i napadu.

2.29. Zgodnie z opisem technicznym oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót projektu wykonawczego TOM 5 Instalacje elektryczne niskoprądowe - zamawiający wymagał zastosowania centrali alarmowej systemu sygnalizacji włamania i napadu, spełniająca parametry procesora: 800 MHz, 256MB RAM, 2GB ROM. (Opis techniczny str. 52 i 53 oraz STWIOR str. 20).

2.30. Zgodnie z ofertą BUDIMEX, załącznik nr 3 do oferty pkt B podpunkt 5 - system sygnalizacji włamania i napadu wraz z modelem i kartą katalogową centrali - wykonawca zaoferował centralę model: GALAXY GD 520 wyposażoną w procesor 33 MHz, zamiast wymaganego zgodnie z SIWZ 800 MHz, a powyższe jednoznacznie świadczy o niezgodności oferowanego produktu z SIWZ. Co istotne, stosowane przez wykonawców wyroby muszą posiadać wymagane certyfikaty, a dla oferowanej przez BUDIMEX centrali model GALAXY GD 520 taka certyfikacja została przeprowadzona z zastosowaniem procesora o taktowaniu 33 MHz.

Powyższe oznacza, że centrala model GALAXY GD 520 nie może zostać wyposażona w procesor 800 MHz, bez konieczności przejścia odrębnej certyfikacji, która nawet jeżeli zostanie wykonana, to nie będzie potwierdzać spełniania przez ten wyrób wymagań na dzień upływu terminu składania ofert.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł jak w *petitum*.

Wykonawcy zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnieśli w zgłoszeniach przystąpień o oddalenie odwołań w zakresie zarzutów dotyczących ich ofert.

Zamawiający złożył dwie odpowiedzi na dwa odwołania - w sprawach sygn. akt KIO 373/15 i sygn. akt KIO 419/15, wnosząc o oddalenie odwołań, jako bezzasadnych.

Odpowiedź na odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 419/15 w zakresie zarzutów rozpoznanych na rozprawie.

I. Niezgodność oferty BUDIMEX z SIWZ - zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

a) niezgodność z SIWZ dotycząca oferowanych opraw oświetleniowych.

1) Oprawy A1 - oferowana oprawa A1 X-LINE LED UP&DOWN 26000LM/ 4400LM PLX/ MIKRO-PRM E34 830/Z 1,6 nie zawiera rastra antyolśnieniowego w kształcie plastra miodu, a zamiast niego wyposażona jest w klosz mikropryzmatyczny, co świadczy o niezgodności zaoferowanej oprawy z SIWZ.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z opinią projektanta branży elektrycznej „1x24W oprawy oświetlające jeden stół konferencyjny są załączane zwykłym włącznikiem i nie wykorzystywane jest DALI, więc przedłożona oprawa jest zgodna z jej sterowaniem. Moc oprawy zgodna z projektem. Funkcja antyolśnieniowa jest realizowana przez raster w kształcie plastra miodu lub raster pryzmatyczny. Proponowane rozwiązanie firmy Budimex dedykowane jest w przestrzeniach biurowych i salach konferencyjnych, co potwierdzają karty katalogowe. Projektant ocenia proponowane rozwiązanie jako równoważne.”

Tożsamo stanowisko zostało przyjęte przez zamawiającego w toku badania oraz oceny ofert. Zamawiający przyjął, że zaoferowane urządzenia spełnią kluczowe wymogi określone w SIWZ.

2) Oprawy B1 - oferowana oprawa AKCENT N 1x18W/2x55WTC-L EVG nie posiada elementu głównego świecącego góra-dół niezgodności zaoferowanej oprawy z SIWZ.

W ww. opinii w zakresie oprawy B1 projektant wskazał, że: *„B1 - oprawa oświetlająca klatkę schodową zaprojektowaną 2x55W a zaproponowana jest 2x55+1x18W. Zaproponowana oprawa jest równoważna. Dyfuzor stanowił jedynie element dekoracyjny i nie ma wpływu na parametry techniczne oprawy. Projektant ocenia proponowane rozwiązanie jako równoważne.”*

Tak samo jak w przypadku opraw A1, zamawiający ocenił oprawy jako równoważne z uwagi, że posiadają tożsame parametry oraz posiadają jednakowe funkcjonalności.

3) Oprawy D1, D2 - oferowane oprawy BERYL M22 2x26W TC-DEL S1 E oraz BERYL M22 2x26W TC-DEL S1 E IP44 posiadają I klasę ochronności, a nie jak wymagano w SIWZ, II klasę ochronności.

W dalszej części opinii znajduje się informacja w brzmieniu: *„D1, D2 - Montaż opraw będzie wykonywany w stropie podwieszanym na wysokości 2,5 m poza zasięgiem dotyku, co zwalnia z zastosowania opraw klasy II. Pozostałe parametry są zachowane. Projektant ocenia proponowane rozwiązanie jako równoważne”.*

Zamawiający w toku badania i oceny ofert powziął analogiczne stanowisko.

5) Oprawy LD1 - oferowana oprawa Z LINE LED 3250 LM PLX E 24 posiada I klasę ochronności, a nie jak wymagano w SIWZ II klasę ochronności.

Zgodnie z treścią opinii projektanta: *„Montaż opraw będzie wykonany w stropie podwieszanym na wysokości 3,15 m poza zasięgiem dotyku, co zwalnia z zastosowania opraw klasy II. Pozostałe parametry są zachowane i projektant ocenia proponowane rozwiązanie, jako równoważne.”*

Zamawiający również przyjął, że zaoferowane rozwiązanie odpowiada wymogom określonym w specyfikacji.

Zgodnie z informacją znajdującą się pod legendą na rysunkach IER-1, IER-2, IER-3 z TOM 04 Projektu wykonawczego w brzmieniu: *„Dopuszcza się zastosowanie innych opraw oświetleniowych od przyjętych w projekcie pod warunkiem zachowania porównywalnych parametrów technicznych. Stosować oprawy ze statecznikami elektronicznymi EVG.”*

Zamawiający dopuścił w dokumentacji projektowej zastosowanie innych opraw oświetleniowych niż opisane na legendach rysunków IER-1, IER-2, IER-3.

W opinii zamawiającego przyjętej na etapie oceny ofert zaproponowane w ofercie wykonawcy BUDIMEX oprawy spełniają postawione w opisie przedmiotu

zamówienia warunki.

Stanowisko zamawiającego znajduje potwierdzenie w przytoczonej powyżej opinii Biura Projektowego wykonującego dokumentację projektową z dnia 3.03.2015 r., z której jednoznacznie wynika, że zaoferowane przez BUDIMEX S.A. urządzenia spełniają wymogi określone w SIWZ. Zaproponowane oprawy stanowią produkty o porównywalnych parametrach technicznych do opisanych w dokumentacji projektowej.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie zamawiającego zaoferowane przez BUDIMEX oprawy są zgodne z wymogami określonymi w SIWZ. Takie stanowisko potwierdza opinia projektanta branży elektrycznej, który potwierdza zgodność oferty BUDIMEX z zapisami SIWZ. Z opinii wynika, że: *„(...) projektant akceptuje i ocenia przedłożone rozwiązania firmy BUDIMEX jako równoważne.”*

Co więcej projektant akcentuje, że *„umożliwienie oceny przedkładanych rozwiązań powinno być dokonywane przez pryzmat celu jakiemu rozwiązania te mają służyć.”* Zamawiający wskazał, że zaoferowane urządzenia w pełni odpowiadają jego potrzebom w ramach niniejszego zamówienia, a elementy oferty, na które zwraca uwagę odwołujący, posiadają pożądane (przez zamawiającego) parametry oraz funkcjonalności.

Dowód: opinia projektanta branży elektrycznej z dnia 3 marca 2015 r. potwierdzająca zgodności oferty BUDIMEX z wymaganiami SIWZ w zakresie opraw oświetleniowych, stanowiąca załącznik nr 1 do niniejszej odpowiedzi.

Zamawiający dopuścił w § 1 ust. 7 SIWZ możliwość zastosowania rozwiązań równoważnych. Zgodnie z treścią tej regulacji: *„W przypadkach, w których Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ przez wskazanie znaków towarowych lub pochodzenia, Wykonawcy zobowiązani są do oferowania urządzeń określonych w opisie przedmiotu zamówienia lub równoważnych tego typu, lecz nie gorszych od wskazanych przez Zamawiającego.”*

Zamawiający nie określił w postępowaniu szczegółowo parametrów równoważności pozostawiając w tym aspekcie wykonawcą pewną swobodę. Wykonawcy byli zobowiązani zaoferować urządzenia takiego samego „typu” jak wskazane w SIWZ oraz posiadać parametry na ustalonym przez zamawiającego minimalnym poziomie. Przyjęcie takiego rozwiązania miało na celu umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu jak największej liczbie potencjalnych wykonawców, a tym samym wybór oferty najbardziej korzystnej z punktu widzenia zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej okoliczność rezygnacji ze szczegółowego opisu parametrów nie rzutuje w żaden sposób na możliwość prawidłowej oceny oraz badania ofert. Izba stoi na stanowisku (vide: wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2012 r., KIO 629/12), że: *„Ewentualne niedokładne (...) określenie warunków*

równoważności w opisie przedmiotu zamówienia, nie stanowi przyczyny uniemożliwiającej wybór najkorzystniejszej oferty, nie uniemożliwia składanie ofert i nie przekreśla ich porównywalności w takim zakresie w jakim porównywalność ta w SIWZ jest zakładana i dopuszczalna. Zadaniem zamawiającego w trakcie oceny ofert, który interpretując i stosując postanowienia własnej SIWZ, winien stwierdzić czy otrzymane oferty są zgodne z wymaganiami, które w SIWZ wyraził.”

W związku z powyższym zamawiający badając oraz oceniając oferty uznawał za zgodne z SIWZ urządzenia, które odpowiadały typom oraz parametrom określonym w SIWZ.

Mając na uwadze powyższe zamawiający stanął na stanowisku, że postawiony przez odwołującego zarzut jest niezasadny i winien zostać oddalony.

b) niezgodność oferty BUDIMEX z SIWZ dotycząca systemu kontroli dostępu.

Zdaniem odwołującego oferta BUDIMEX jest również niezgodna z SIWZ w zakresie kontroli dostępu - wykonawca ten zaoferował wyłącznie jeden rodzaj czytnika, tj. czytnik zbliżeniowy, mimo tego, że zamawiający - w jego ocenie - w SIWZ wskazał, że wymaga dwóch rodzajów czytników - czytnika zbliżeniowego oraz czytnika zbliżeniowego z klawiaturą. W ocenie odwołującego rozwiązanie zaproponowane przez BUDIMEX nie realizuje klasy rozpoznania 3, która jest najwyższą klasą rozpoznania w systemach SKD, gdzie wymaga się od osoby kontrolowanej podania informacji z identyfikatora (karty) oraz informacji zapamiętanej (PIN-u).

Zamawiający nie zgodził się w całości z postawionym zarzutem. Dokumentacja przetargowa w żadnym miejscu nie nakładała na wykonawców obowiązku zaoferowania czytnika zintegrowanego z klawiaturą. Dla zamawiającego było bez znaczenia czy dany wykonawca zaoferuje czytnik posiadający już wbudowaną klawiaturę czy też klawiatura będzie stanowiła odrębne urządzenie podłączone do czytnika.

Zamawiający oczekiwał na podstawie wymagania postawionego w pkt 6 cz. B załącznika nr 4 do SIWZ określenia w załączniku nr 3 do formularza oferty, podania wraz z przedstawieniem kart katalogowych w tym zakresie wyłącznie modeli kontrolera systemu KD oraz czytników. Zamawiający nie wymagał podania modeli klawiatur stosowanych w systemie kontroli dostępu.

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy zainteresowani uzyskaniem przedmiotowego zamówienia wskazali w formularzach ofertowych modele oferowanych czytników (bez konieczności wskazywania ich dodatkowych komponentów takich jak klawiatura) - urządzenie zaoferowane przez BUDIMEX umożliwia podpięcie niezależne czytników kart i klawiatur z użyciem standardowych interfejsów dla tych urządzeń, czyli innymi słowy „przyłączenie” do czytnika klawiatury (a także spełnia wszystkie inne funkcjonalności

określone w SIWZ). Mając na uwadze powyższe, zamawiający w trakcie badania i oceny ofert uznał, że skoro ww. wykonawca złożył ofertę, która zawierała oświadczenie o zapoznaniu się z całością dokumentacji i wykonanie zamówienia zgodnie z jej treścią, to oferował urządzenie, które będzie posiadało podłączoną klawiaturę.

Zarzut jakoby zaoferowane przez BUDIMEX urządzenie nie realizowało klasy rozpoznania 3 jest zarzutem bezpodstawnym. Zamawiający wskazał, że klasa rozpoznania 3 jest realizowana przez urządzenia posiadające klawiaturę. „Posiadanie” - wbrew twierdzeniom odwołującego - nie jest tutaj równoznaczne ze stałym i nierozzerwalnym podłączeniem z klawiaturą, zaoferowane urządzenia ma umożliwiać funkcje czytnika realizowane za pomocą klawiatury. Mając na względzie ww. treść oświadczenia oraz wzoru umowy nie ma podstaw do przyjęcia, że zaoferowany czytnik nie realizuje ww. klasy rozpoznania.

Dodatkowo zamawiający podkreślił, że BUDIMEX byłby zobowiązany do dostarczenia czytników z klawiaturami w związku ze złożonym w ofercie oświadczeniem w brzmieniu (Vide: strona 4, pkt 10 oferty): *„Po zapoznaniu się z SIWZ, w tym opisem przedmiotu zamówienia (Rozdział IV SIWZ), oświadczamy, że przyjmujemy wszystkie warunki zamawiającego bez zastrzeżeń. Akceptujemy bez zastrzeżeń załączony do SIWZ (rozdział III SIWZ) wzór umowy wraz z załącznikami i dodanymi w toku postępowania modyfikacjami.”*

Natomiast zgodnie ze wzorem umowy - § 2 ust. 2 pkt 5: *„Wykonawca oświadcza, iż zapoznał się ze wszystkimi dokumentami składającymi się na Dokumentację Projektową i nie wnosi do niej uwag.”*

Dalej w pkt 9 została zawarta klauzula, zgodnie z którą: *„Wykonawca oświadcza, iż są mu znane wszystkie obowiązki wynikające z niniejszej Umowy i zrzeka się niniejszym prawa do późniejszego powoływania się na nierozumienie lub niewiedzę w tym zakresie.”*

W § 5 ust. 6 pkt 1 wskazano, że: *„Do obowiązków Wykonawcy należy w szczególności wykonanie Robót w zakresie realizacji Inwestycji z najwyższą starannością zgodnie z postanowieniami Umowy, Dokumentacją projektową, warunkami technicznymi wykonania i odbioru Robót, najwyższą wiedzą techniczną, w celu osiągnięcia rezultatów przewidzianych Umową.”*

W związku z powyższym należy uznać, że BUDIMEX - ani żaden inny wykonawca składający ofertę nie miał obowiązku wskazywać w ofercie nazwy modelu klawiatury. Jego obowiązek w tym zakresie sprowadzał się do określenia modelu czytnika. Niemniej jednak okoliczność zaoferowania czytnika, który nie posiada wbudowanej klawiatury nie zwalnia go z obowiązku dostarczenia urządzenia posiadającego takową klawiaturę. Wynika to z treści zobowiązania wskazanego w ofercie, a w przypadku zawarcia z tym wykonawcą umowy będą go również wiązały jej zapisy.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający w toku badania i oceny ofert w sposób prawidłowy

uznał, że oferta BUDIMEX spełnia wymagania określone w SIWZ i w związku z czym nie było podstaw do jej odrzucenia, a zarzut postawiony przez odwołującego należy uznać za bezzasadny.

c) niezgodność oferty BUDIMEX z SIWZ dotycząca centrali alarmowej systemu sygnalizacji włamania i napadu.

Odwołujący wskazał również na niezgodność oferty BUDIMEX w zakresie centrali alarmowej systemu sygnalizacji włamania i napadu. W jego ocenie zaoferowana przez tego wykonawcę centrala - model GALAXY GD 520 jest wyposażona w procesor 33 MHz, zamiast - jak wymagał zamawiający - 800 MHz, to w ocenie odwołującego jednoznacznie świadczy o niezgodności oferowanego produktu z SIWZ.

Odwołujący zwrócił uwagę, że stosowane przez wykonawców wyroby muszą posiadać wymagane certyfikaty, a dla zaoferowanej przez BUDIMEX centrali taka certyfikacja została przeprowadzona z zastosowaniem procesora o taktowaniu 33 MHz. Oznacza to, że zaoferowana centrala nie może zostać wyposażona w procesor 800 MHz bez konieczności przejścia odrębnej certyfikacji, która nawet jeżeli zostanie wykonana, to nie będzie potwierdzać spełniania przez ten wyrób wymagań na dzień upływu terminu składania ofert w postępowaniu.

Zamawiający nie zgodził się również z treścią tego zarzutu. Wskazał, że w ramach weryfikacji oferty sprawdzana była zgodność danych przedstawionych w załączonej karcie katalogowej oferowanego rozwiązania.

Odwołujący nie wykazał, że z treści oferty wynika, że zaoferowany system alarmowy nie spełnia wymagań SIWZ. Zgodnie z oświadczeniem z formularza oferty dotyczącym spełnienia przez ofertę wykonawcy wszystkich wymagań SIWZ, wykonawca zaoferował system alarmowy zgodnie opisem zawartym w TOM 05 projektu wykonawczego (str. 52) złożony z podcentral i jednostki centralnej zawierający procesor 800 MHz.

Karta katalogowa zaoferowanej centrali nie określa prędkości jej procesora ani innych danych na jego temat, co jest typowe dla tego typu systemów - o ich użyteczności decydują inne cechy - takie jak ilość linii dozorowych, ilość linii komunikacyjnych do podłączania ekspanderów, ilość obsługiwanych użytkowników, wielkość bufora zdarzeń, itp. Pod względem tych (istotnych z użytkowego punktu widzenia) parametrów zaoferowany system spełniał wymagania dokumentacji projektowej.

W związku z powyższym zarzut odwołującego należy uznać za bezpodstawny i nie zasługujący na uwzględnienie.

d) zarzuty ogólne dotyczące niezgodności oferty BUDIMEX.

W ocenie odwołującego przywołane w odwołaniu niezgodności w ofercie BUDIMEX z SIWZ mają charakter nieusuwalny i nie mogą być naprawiane lub wyjaśnione w trybie art. 87 ust. 1 i 2 Pzp. Odwołujący wskazał, że zamawiający w sposób klarowny wymagał podania w ofercie opisu parametrów technicznych i danych, które umożliwią jednoznaczną identyfikację oferowanego sprzętu. Odwołujący stanął na stanowisku, że BUDIMEX zaoferował sprzęt, który jest niezgodny z wymaganiami zamawiającego, a jakiegokolwiek wyjaśnienia lub zmiany stanowiły nieuprawnione negocjację i zmianę treści ofert ww. wykonawców po terminie składania ofert.

Odnosząc się do tego zarzutu zamawiający nadmienił, że - jak już zostało wskazane powyżej - stoi on na stanowisku, że oferta ww. wykonawcy odpowiada wymogom postawionym w SIWZ, w związku z czym postawiony zarzut również należy uznać jako bezzasadny.

Zaakcentował, że to zamawiający jako „gospodarz” postępowania posiada najszerszą wiedzę na temat jego potrzeb stanowiących przedmiot zamówienia. Żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu nie ma uprawnień do narzucania zamawiającemu określonej interpretacji zapisów SIWZ ani dokonywać ich wykładni rozszerzającej.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający stanął na stanowisku, że powyższy zarzut jest bezzasadny.

Załączniki: Dwie opinie z dnia 3 marca 2015 r. na dowód potwierdzenia zgodności oferty BUDIMEX z wymaganiami SIWZ w zakresie oprav oświetleniowych (panów M. Ł. i B. S.).

Odwołujący konsorcjum PORR - złożył na posiedzeniu i rozprawie 2 pisma z 11 marca 2015 r.

I. Pismo w sprawie sygn. akt KIO 415/15, jako przystępujący po stronie zamawiającego wobec odwołania BUDIMEX, przedstawił dodatkowe stanowisko w przedmiocie zarzutów podniesionych przeciwko jego ofercie:

1. Brak legitymacji czynnej odwołującego do wniesienia odwołania;
2. Niezasadność zarzutów stawianych wobec treści oferty odwołującego - pompy na obiegach glikolowych;
7. Niezasadność zarzutów stawianych wobec treści oferty odwołującego - karty katalogowe niezgodne z wymogami SIWZ.

Załączył do pisma:

- rysunek „Schemat instalacji wodnej”, temat „Obliczenie maksymalnego spadku ciśnienia w obiegu wody lodowej” i pod takim samym tytułem
- opracowanie z dnia 6 marca 2015 r. - autor C. K., sprawdzający J. J.-B.,
- decyzje i zaświadczenia (łącznie 4 dokumenty) potwierdzające uprawnienia budowlane i ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej tych osób.

Z opracowania wynika, że jego celem było: obliczenie całkowitego spadku ciśnienia w instalacji wody lodowej oraz sprawdzenie poprawności doboru pomp obiegowych.

W części 3 opracowania przedstawiono obliczenia oraz wnioski, których konkluzją jest stwierdzenie, że karta doborowa pomp obiegowych firmy KSB typu ETL 050-050-160 GG AA11D201102 BKSBIE4 PD2E spełnia wymagania projektowe.

II. Pismo w sprawie sygn. akt KIO 419/15 zatytułowane „Odwołanie”, jako odwołujący we wstępie pisma wskazał, że treść pisma dotyczy rozwinięcia zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

1. Niezgodność oferty BUDIMEX z SIWZ - zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

1.1. Niezgodność oferty BUDIMEX z SIWZ dotycząca systemu kontroli dostępu.

1.2. Zgodnie z legendą Systemu kontroli dostępu projektu wykonawczego TOM 5 Instalacje elektryczne niskoprądowe, na rysunkach: TTS501 - Plan instalacji elektrycznej niskoprądowej - schemat instalacji zamawiający wymagał zastosowania dwóch rodzajów czytników dostępu:

- a) czytnika zbliżeniowego - oznaczony w legendzie dokumentacji projektowej jako [CR] oraz
- b) czytnika zbliżeniowego z klawiaturą - oznaczony w legendzie dokumentacji projektowej jako [KR].

Dowód: Załącznik 1 - wyciąg z dokumentacji projektowej TTS501.

1.3. Zgodnie z ofertą BUDIMEX, załącznik nr 3 do oferty pkt B ppkt 6 System kontroli dostępu wraz z określeniem modelu kontrolerów i czytników: BUDIMEX zaoferował wyłącznie czytnik jednego typu tj. czytnik zbliżeniowy bez klawiatury: BOSCH ARD-R10EMEA, co potwierdza karta katalogowa zawarta na stronach 168-169 oferty BUDIMEX.

Dowód: Załącznik 2 - wyciąg z oferty Budimex - strona 18, pkt B ppkt 6, karta katalogowa czytnika BOSCH ARD-R10.

1.4. Zważywszy, że zamawiający wymagał zastosowania dwóch rodzajów czytników (z klawiaturą i bez klawiatury) zaoferowanie przez BUDIMEX wyłącznie czytnika bez klawiatury model; BOSCH ARD-R10EMEA potwierdza niezgodność oferty tego wykonawcy z SIWZ. W żadnej części oferty BUDIMEX nie wykazano bowiem, że wykonawca oferuje również czytnik z klawiaturą, a oferta BUDIMEX nie może podlegać w powyższym zakresie uzupełnieniu, ponieważ taka czynność stanowiłaby nieuprawnioną w świetle Pzp zmianę oferty wykonawcy.

1.5. Niezgodność oferty BUDIMEX z SIWZ dotycząca centrali alarmowej systemu

sygnalizacji włamania i napadu.

1.6. Zgodnie z opisem technicznym oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót projektu wykonawczego TOM 5 Instalacje elektryczne niskoprądowe - Zamawiający wymagał zastosowania centrali alarmowej systemu sygnalizacji włamania i napadu, spełniającej parametry procesora: 800 MHz, 256MB RAM, 2GB ROM.

Dowód: Załącznik 3 - wyciąg z SIWZ, opis techniczny str. 52, oraz STWIOR str. 19-20

Zgodnie z treścią oferty BUDIMEX, załącznik nr 3 do oferty pkt B podpunkt 5 - system sygnalizacji włamania i napadu wraz z modelem i kartą katalogową centrali -wykonawca zaoferował centralę model: GALAXY GD 520 wyposażoną w procesor 33 MHz. Na dowód powyższego odwołujący przedłożył kartę katalogową centrali, zdjęcie procesora w jaki wyposażona jest centrala, wykonane przez dystrybutora centrali, firmę TAP Centrale Alarmowe sp. z o.o.: ATMEL AT91M55800A, 33AU, o taktowaniu 33 MHz. Fakt, że centrala Galaxy GD 520 wyposażona jest w procesor 33 MHz potwierdza również korespondencja z dystrybutorem produktu, firmą TAP Centrale Alarmowe sp. z o.o.

Dowód: Załącznik 4:

- wyciąg z oferty Budimex - strona 18, pkt B ppkt 5,
- karta katalogowa centrali Galaxy GD 520,
- zdjęcie procesora centrali - 33MHz (33AU) ATMEL AT91M55800A otrzymane od dystrybutora produktów firmy Galaxy Dimension firmy TAP Systemy Alarmowe sp. z o.o.,
- wyciąg z karty katalogowej procesora ATMEL AT91M55800A potwierdzający maksymalną częstotliwość pracy procesora (taktowanie procesora) do 33 MHz, str. 1, str. 13, str. 14 wraz z tłumaczeniem na język polski,
- korespondencja z przedstawicielem handlowym firmy TAP Centrale Alarmowe sp. z o.o.

Moc obliczeniowa/taktowanie odnosi się do sposobu sterowania pracą układów cyfrowych centrali, polegający na dostarczeniu przez zegar procesora sygnału elektrycznego o określonej częstotliwości (częstotliwość taktowania). Taktowanie procesora ma zatem znaczenie dla szybkości działania układów centrali alarmowej, im wyższe jest taktowanie procesora tym sprawniejsza (szybsza) jest centrala. Zastosowanie procesora o taktowaniu 33 MHz zamiast wymaganego zgodnie z SIWZ 800 MHz, jednoznacznie świadczy o niezgodności oferowanego produktu z SIWZ.

Załączniki:

Załącznik 1: 1.1) wyciąg z dokumentacji projektowej TTS501,

Załącznik 2: 2.1) wyciąg z oferty Budimex - strona 18, pkt B ppkt 6, 2.2) karta katalogowa czytnika BOSCH ARD-R10,

Załącznik 3: 3.1) wyciąg z SIWZ, opis techniczny str. 52, oraz STWIOR str. 19-20,

Załącznik 4: 4.1) wyciąg z oferty Budimex - strona 18, pkt B ppkt 5, 4.2) karta katalogowa centrali Galaxy GD 520, 4.3) zdjęcie procesora centrali - 33 MHz (33AU) ATMEL AT91M55800A otrzymane od dystrybutora produktów firmy Galaxy Dimension firmy TAP Systemy Alarmowe sp. z o.o., 4.4) wyciąg z karty katalogowej procesora ATMEL AT91M55800A potwierdzający maksymalną częstotliwość pracy procesora (taktowanie procesora) do 33 MHz, str. 1, str. 13, str. 14 wraz z tłumaczeniem na język polski, 4.5) korespondencja z przedstawicielem handlowym firmy TAP Centrale Alarmowe sp. z o.o.

Konkluzja odwołującego - niezgodności mają charakter nieusuwalny i nie mogą być naprawione lub wyjaśnione w trybie art. 87 ust. 1 pkt 2 Pzp, co świadczy o konieczności zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu z udziałem stron i wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego, Izba stwierdziła, że wszyscy trzej wykonawcy zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - BUDIMEX, konsorcjum EIFFAGE i konsorcjum PORR - każdy w zakresie zarzutów dotyczących jego oferty, wobec wypełnienia ustawowych przesłanek skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, uzyskali status uczestników postępowania odwoławczego. Wykonawca konsorcjum EIFFAGE po cofnięciu swojego odwołania w sprawie sygn. akt KIO 373/15, nie uczestniczył czynnie w charakterze wykonawcy przystępującego w sprawach rozpoznanych na rozprawie.

Izba uznała, że obaj odwołujący - BUDIMEX i konsorcjum PORR - spełniają przesłanki do wniesienia odwołania, zgodnie z przepisami art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego: *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.*

Odwołujący BUDIMEX, mimo wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, jest czynnie legitymowany do wniesienia odwołania wobec czynności i zaniechania zamawiającego, polegających na niepełnym badaniu i ocenie ofert wykonawców uzyskujących mniej korzystne punktacje, a więc ulokowanych na drugiej i trzeciej pozycji w rankingu ofert, zwłaszcza w sytuacji, gdy wszyscy wykonawcy ocenianych ofert wnieśli odwołania

podważając wzajemnie ocenę dokonaną przez zamawiającego. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej - zaskarżenie wszystkich czynności zamawiającego, co do których zachodzi uzasadnione podejrzenie naruszenia przepisów ustawy, ma pełne uzasadnienie w takiej sytuacji.

W wyroku z dnia 16 kwietnia 2013 r., sygn. akt V Ca 2142/12 Sąd Okręgowy w Warszawie uznał: *W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy mają możliwość skarżenia także zaniechań, jakich dopuścił się Zamawiający. Wykonawca także w takiej sytuacji może posiadać interes we wniesieniu odwołania. Dla wykazania interesu, nie jest przecież konieczne doznanie uszczerbku, ale wystarczy samo jego zagrożenie, potencjalna możliwość prowadząca do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 179 pzp). Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, gdy jako najkorzystniejsza została wybrana jego oferta. Wobec tego dopóki wybór oferty nie jest ostateczny istnieje możliwość wniesienia uzasadnionego odwołania przez konkurencyjnego wykonawcę. Jeżeli bowiem, w ocenie Skarżącego, Zamawiający nie zbadał oferty w sposób skrupulatny, dokładny i całościowy, do czego był zobowiązany, zachowując zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji, to już przy pierwszym wyborze należało przypisać Zamawiającemu naruszenie przepisów i zaniechanie wykonania czynności nakazanych ustawą, stanowiące podstawę i uprawnienie do wniesienia odwołania.*

Podobnie Izba oceniła uprawnienie do wniesienia odwołania wykonawcy konsorcjum PORR na dzień wniesienia odwołania, który z trzeciej pozycji jego oferty w rankingu ofert, wniósł odwołanie wobec badania i oceny dwóch ofert poprzedzających jego ofertę, wycofując ostatecznie na rozprawie wszystkie zarzuty wobec oferty konsorcjum EIFFAGE, co w konsekwencji jest równoznaczne z brakiem zaskarżenia czynności badania i oceny oferty bezpośrednio poprzedzającej ofertę odwołującego, drugiej w kolejności, w sprawie której zamawiający zobowiązał się do wykonania żądań przedstawionych w odwołaniu (wykonawcy BUDIMEX).

W sytuacji, gdy zarzuty wykonawcy BUDIMEX wobec oferty konsorcjum EIFFAGE, po ograniczeniu ich zakresu przez wycofanie, zostały skutecznie uwzględnione przez zamawiającego, Izba uznała, że najistotniejsze znaczenie ma ocena zarzutów wykonawcy konsorcjum PORR wobec oferty BUDIMEX - wybranej jako najkorzystniejsza.

W przypadku uznania zarzutów za zasadne w stopniu powodującym nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy BUDIMEX, zasadne staje się nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności związanych z badaniem i oceną oferty konsorcjum PORR,

w przypadku udowodnienia chociażby jednego zarzutu wobec tego konsorcjum przez odwołującego BUDIMEX.

Tylko w przypadku oddalenia odwołania wniesionego przez konsorcjum PORR wobec oferty wykonawcy BUDIMEX, brak byłoby podstaw do uwzględnienia odwołania wykonawcy BUDIMEX przeciwko ofercie konsorcjum PORR, w związku z treścią art. 192 ust. 2 Pzp - *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

W wyroku z 4 marca 2013 r., sygn. akt V Ca 3270/12 Sąd Okręgowy w Warszawie orzekł: *czynność dotycząca oferty ocenionej na drugim miejscu (należy uznać, że na dalszych miejscach też) ze względu na kryteria oceny ofert, w sytuacji, gdy zarzuty w stosunku do najkorzystniejszej oferty okazują się bezzasadne, nie ma wpływu na wynik postępowania.*

Odwołania, rozpoznane na rozprawie:

- w granicach zarzutów przedstawionych w terminie właściwym dla ich wniesienia (art. 192 ust. 7 Pzp - *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*),
- na podstawie akt sprawy odwoławczej, którymi w myśl § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań są: *odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem*,
- w toku postępowania dowodowego przeprowadzonego na podstawie dowodów przedstawionych przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności (art. 190 ust. 1 ustawy - *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy*),
- ocenione na podstawie stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania (art. 191 ust. 2 Pzp)
 - podlegają uwzględnieniu, chociaż nie wszystkie zarzuty zostały uznane za udowodnione.

Oceniając zarzut merytorycznej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, zobowiązującej zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 (zamawiający poprawia w ofercie*

inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty)

- Izba miała na uwadze, że zastosowanie dyspozycji wskazanego przepisu jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Wskazując opisywane interpretacje normy wynikającej z przepisu należy podnieść, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ poza charakterem zasadniczym i nieusuwalnym (ze względu na zastrzeżenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp) powinna dotyczyć sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; może więc polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (wymagania dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty; a także powinno być możliwe wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ zmianami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Generalnie należy przyjąć, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego) - przykładowo w wyroku z dnia 2 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 103/15.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała za udowodnione naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy przez zaniechanie:

- odrzucenia oferty wykonawcy BUDIMEX na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wobec niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie: oprav oświetleniowych B1, D1, D2, LD1; systemu kontroli dostępu; centrali alarmowej systemu sygnalizacji włamania i napadu (odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 419/15),
- wezwania konsorcjum PORR do uzupełnienia kart katalogowych w języku angielskim przez złożenie ich tłumaczenia na język polski, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp (odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 415/15).

Pozostałe zarzuty - dotyczące oprav A1 (oferta BUDIMEX) i pomp na obiegach glikolowych (oferta konsorcjum PORR), Izba uznała za niezasadne.

W wyniku zmiany SIWZ na podstawie art. 38 ust. 4 Pzp, będącej skutkiem odpowiedzi na pytania wykonawców, zamawiający wprowadził załącznik nr 3 do formularza oferty, będący załącznikiem nr 4 do SIWZ, w którym wymagał od wykonawców podania parametrów wybranych materiałów i urządzeń wraz z załączeniem kart katalogowych.

B. Sygn. akt KIO 419/15

1. Oprawy oświetleniowe.

Wymagania odnośnie oprav oświetleniowych projektu wykonawczego, TOM 04 Instalacje elektryczne - wewnętrzne - Instalacja ogólna, zamawiający opisał w planach instalacji elektrycznej - trzy odrębne rzuty - parteru, półpiętra i piętra - oświetlenie podstawowe i awaryjne - Legenda. W dolnej części opisu zamieścił „UWAGI” o treści: *Dopuszcza się zastosowane innych oprav oświetleniowych od przyjętych w projekcie pod warunkiem zachowania porównywalnych parametrów technicznych.*

Oprawy B1 - oprawa oświetleniowa ścienna 2x55W, rozsył pośrednio-bezpośredni 86/14%, obudowa aluminiowa w kolorze RAL9006, dyfuzor mikropryzmatyczny PMMA.

W ofercie (załącznik 3, pkt C ppkt 4 - oprawy oświetlenia awaryjnego, ewakuacyjnego i podstawowego) wykonawca BUDIMEX zaoferował: B1 - AKCENT N 1x18W/2X55W TC-L G24 EVG. Zgodnie z treścią karty katalogowej (str. oferty 331 i 332 oferty) oprawa nie posiada elementu głównego świecącego góra-dół oraz nie posiada dyfuzora mikropryzmatycznego.

Oprawy D1 - oprawa oświetleniowa typu downlight 2x26W, odbłyśnik o wysokim wsp. odbicia, wysokość oprawy max 115mm, II klasa ochronności,

D2 - oprawa oświetleniowa typu downlight 2x26W IP44, klosz pryzmatyczny PMMA, odbłyśnik o wysokim wsp. odbicia, wysokość oprawy max. 115mm, II klasa ochronności.

Wykonawca BUDIMEX w ofercie (załącznik 3, pkt C ppkt 4 - oprawy oświetlenia awaryjnego, ewakuacyjnego i podstawowego) zaoferował: D1, D2 - BERYL M22 2x26W TC-DEL S1 E, BERYL M22 2x26W TC-DEL S1 E IP44.

Zgodnie z treścią kart katalogowych (str. oferty 335 i 336 oferty) wskazane oprawy posiadają I klasę ochronności, a nie II klasę ochronności zgodną z wymaganiami SIWZ.

Oprawy LD1 - oprawa oświetleniowa LED 3220lm, do zabudowania w suficie podwieszanym lub zwieszana, szeroki rozsył strumienia świetlnego, II klasa ochronności.

Wykonawca BUDIMEX (załącznik 3, pkt C ppkt 4 - oprawy oświetlenia awaryjnego, ewakuacyjnego i podstawowego) zaoferował: LD1 - X LINE LED 3250LM PLX E 24.

Zgodnie z treścią karty katalogowej (str. oferty 347) wskazana oprawa posiada I klasę ochronności, a nie wymaganą w SIWZ II klasę ochronności.

Izba uznała, że wykonawca oferując określony rodzaj opraw oświetleniowych złożył w załączniku nr 3 do oferty oświadczenie dotyczące merytorycznej treści oferty. Karty katalogowe przedstawiające opis oferowanych elementów w zakresie wymaganym przez zamawiającego mające potwierdzić, że oferowane elementy posiadają parametry, właściwe urządzeniom opisanym przez zamawiającego, stanowią w okolicznościach sprawy również merytoryczną treść oferty. W kartach katalogowych skonkretyzowano bowiem parametry opraw wymienionych w załączniku nr 3 do oferty. W takiej sytuacji nie jest możliwe zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż prowadziłoby to wprost do naruszenia wynikającego z art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy zakazu prowadzenia pomiędzy zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywania jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Z załącznika nr 3 do oferty jednoznacznie wynika, że wykonawca BUDIMEX zaoferował inne oprawy niż opisane przez zamawiającego. Fakt ten nie budził wątpliwości, został przyznany w toku postępowania dowodowego, co zgodnie z art. 190 ust. 5 zdanie drugie ustawy - *Nie wymagają też dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy* - nie wymaga dowodzenia.

Kwestią sporną pozostaje, czy można uznać porównywalność zaoferowanych opraw z opawami wymaganymi w dokumentacji projektowej. Izba wskazuje, że w opisie zamieszczonym w punkcie 1 „UWAGI” projektant użył określenia oznaczającego dopuszczenie innych opraw pod warunkiem zachowania porównywalnych parametrów technicznych.

W SIWZ w art. 3 § 1 pkt 7 - zamawiający dopuścił inne parametry zamieszczając opis dotyczący równoważności parametrów: *W przypadkach, w których zamawiający dokona opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ przez wskazanie znaków towarowych lub pochodzenia, wykonawcy zobowiązani są do oferowania urządzeń oferowanych w opisie przedmiotu zamówienia lub równoważnych o parametrach tego typu, lecz nie gorszych od wskazanych przez zamawiającego;*

W toku badania i oceny ofert, jak wynika z odpowiedzi na odwołanie oraz wyjaśnień złożonych na rozprawie, zamawiający uznał równoważność opraw na podstawie opisu

zamieszczonego pod teksem Legandy pn. „UWAGI”. W świetle treści opisu zamieszczonego w punkcie 1, zamawiający dopuścił zastosowanie innych typów opraw oświetleniowych od przyjętych w projekcie pod warunkiem zachowania porównywalnych parametrów technicznych.

Zamawiający nie opisał sposobu uznawania równoważności lub porównywalności innych oferowanych urządzeń niż wymienione w dokumentacji projektowej.

W odpowiedzi na odwołanie wskazał, że: *W opinii zamawiającego przyjętej na etapie oceny ofert zaproponowane w ofercie wykonawcy BUDIMEX oprawy spełniają postawione w opisie przedmiotu zamówienia warunki.*

Zatem, ocena porównywalności zaoferowanych innych opraw została dokonana na podstawie opinii przyjętej na etapie oceny ofert. Potwierdzona została następnie w opinii z dnia 3.03.2015 r. Biura Projektowego wykonującego dokumentację projektową, o treści, że zaoferowane przez BUDIMEX S.A. urządzenia spełniają wymogi określone w SIWZ. Zaproponowane oprawy stanowią produkty o porównywalnych parametrach technicznych do opisanych w dokumentacji projektowej. Opinia projektanta branży elektrycznej również z dnia 3.03.2015 r. - (...) *projektant akceptuje i ocenia przedłożone rozwiązania firmy Budimex, jako równoważne - w ocenie zamawiającego potwierdza to stanowisko.*

Uznanie porównywalności i równoważności zaoferowanych innych opraw nastąpiło (...) *przez pryzmat celu jakiemu rozwiązania te mają służyć.*

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego. Uznała, że ocena oferowanych innych opraw oświetleniowych powinna być dokonana zgodnie z opisem zamieszczonym w pkt 1 „UWAGI”.

Skoro parametry innych opraw miały być porównywalne do opisanych w dokumentacji projektowej, nie można uznać, że w oprawie B1 rezygnacja z dyfuzora mikropryzmatycznego, jako elementu dekoracyjnego, czyli w istocie jak się okazuje dopiero na etapie badania i oceny ofert zbędnego, jest właściwa. Zmiana opisu wymaganego parametru opraw oświetleniowych nie jest możliwa na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Oprawy D1, D2, LD1 - zarzut sprowadza się do wykazania niedopuszczalnej zmiany zasad badania i oceny oferowanych opraw z I klasą ochronności, w sytuacji, gdy zamawiający wymagał II klasy ochronności.

Zarzut, co do zmiany klasy ochronności został przyznany przez zamawiającego

i przystępującego BUDIMEX. Uzasadnienie uznania porównywalności parametrów tym, że montaż opraw będzie wykonywany w stropie podwieszanym na wysokości 2,5 m i 3,15 m poza zasięgiem dotyku, co zwalnia z zastosowania opraw klasy II, nie może być przyjęty jako właściwy. Jest to całkowita zmiana parametru na etapie badania i oceny ofert.

Oceniając powyższe, należało zatem uznać, że oferując I klasę ochronności opraw - nie można skutecznie powoływać się na zaoferowanie rozwiązania porównywalnego (równoważnego) w zakresie tego parametru wobec wymogu II klasy ochronności - oprawa albo posiada taki parametr (II klasy), albo nie i nie ma dla niego żadnego zamiennika. Tymczasem zamawiający zbagatelizował tę kwestię stwierdzając, że oprawy będą montowane tak wysoko, że wystarczająca będzie I klasa ochronności. Jest to istotne odstępstwo od postanowień SIWZ. Również stanowisko przystępującego BUDIMEX nie jest jednoznaczne w tej kwestii. W toku postępowania dowodowego twierdzące, jak stanowisko zamawiającego, a w stanowisku końcowym wskazujące, że oprawy zostaną wykonane w II klasie ochronności, co jednak w żaden sposób nie wynika z treści oferty wykonawcy.

Odnosnie opraw A1 - X-LINE LED Up&Down 2600LM/4400LM PLX/MICRO-PRM E 34 830/Z 1,6 zakwestionowanych ze względu na brak rastra antyolśnieniowego w kształcie plastra miodu, Izba uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Porównywalność (równoważność) oferowanego rastra pryzmatycznego z wymaganym rastrem w kształcie plastra miodu, przedstawiona w załączonych opiniach projektantów, jest przekonująca.

Potwierdzeniem zasadności zastosowania oprawy z rastrem w innym kształcie jest oświadczenie zamawiającego złożone na rozprawie o treści, że w żadnej ofercie nie przedstawiono rastra antyolśnieniowego w kształcie plastra miodu.

2. System kontroli dostępu.

Zgodnie z legendą Systemu kontroli dostępu projektu wykonawczego TOM 5 instalacje elektryczne niskoprądowe, na rysunkach: TTS501 - Plan instalacji elektrycznej niskoprądowej - schemat instalacji SKD - w dokumentacji projektowej występują dwa rodzaje czytników - czytnik i czytnik z klawiaturą.

Wykonawca BUDIMEX w załączniku nr 3 do oferty, pkt B, podpunkt 6 - system kontroli dostępu wraz z określeniem modelu kontrolerów i czytników zaoferował czytnik jednego typu tj. czytnik kart, a więc czytnik zbliżeniowy bez klawiatury: BOSCH ARD-R10EMEA, potwierdzony w karcie katalogowej - str. 168-169 oferty.

Zaoferowane rozwiązanie nie realizuje klasy rozpoznania 3, która jest najwyższą klasą rozpoznania w systemach SKD, gdzie wymaga się od osoby kontrolowanej podania informacji z identyfikatora (karty) oraz informacji zapamiętanej, czyli PIN-u.

Fakt braku zaoferowania czytnika zintegrowanego z klawiaturą został przyznany przez stronę przeciwną, przy tym utrzymującą, że w załączniku nr 3 zamawiający nie wymagał czytnika z klawiaturą oraz, że istnieje możliwość podłączenia klawiatury do czytnika.

Izba nie uznała stanowiska zamawiającego za zasadne, przyjmując w zakresie systemu kontroli dostępu (czytniki) - że wymóg wynikający z opisu dokumentacji projektowej (SKD), iż czytnik ma być wyposażony w klawiaturę (wymagane czytniki kart i czytniki z klawiaturą) stanowi opis istotnej funkcjonalności urządzenia i nawet pomijając kwestię, czy klawiatury mają być zintegrowane (o co *de facto* zamawiającemu chodziło), czy nie, to jednak informacja o samej klawiaturze (choćby wzmianka w załączniku nr 3) przesądza o jej zgodności z treścią SIWZ.

W ofercie brak jest takiego potwierdzenia.

W toku postępowania odwoławczego zamawiający wywodził zgodność treści oferty z treścią SIWZ zasadniczo z opinii projektantów oraz oświadczeń wykonawcy zamieszczonych w ofercie, odpowiadających co do treści standardowym opisom zamieszczanym w SIWZ, stanowiących tzw. generalne klauzule akceptacyjne składane w ofercie przez wykonawcę - co do akceptacji treści SIWZ, projektu umowy, innych załączników, itp.

3. Centrala alarmowa systemu sygnalizacji włamania i napadu.

Zgodnie z opisem technicznym oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót projektu wykonawczego TOM 5 Instalacje elektryczne niskoprądowe - zamawiający wymagał zastosowania centrali alarmowej systemu sygnalizacji włamania i napadu, spełniającej parametry procesora: 800 MHz, 256MB RAM, 2GB ROM (Opis techniczny str. 52 i 53 oraz STWIOR str. 20).

Wykonawca BUDIMEX w załączniku nr 3 do oferty pkt B podpunkt 5 - system sygnalizacji włamania i napadu wraz z modelem i kartą katalogową centrali - zaoferował centralę model: GALAXY Centrala GD 520 wyposażoną w procesor 33 MHz, zamiast wymaganego zgodnie z SIWZ 800 MHz. Istotne jest to, że stosowane przez wykonawców wyroby muszą posiadać wymagane certyfikaty, a dla oferowanej przez BUDIMEX centrali model GALAXY GD 520 certyfikacja została przeprowadzona z zastosowaniem procesora o taktowaniu 33 MHz.

Powyższe oznacza, że centrala model GALAXY GD 520 nie może zostać wyposażona w procesor 800 MHz, bez konieczności przejścia odrębnej certyfikacji, która

nawet jeżeli zostanie wykonana, to nie będzie potwierdzać spełniania przez ten wyrób wymagań na dzień upływu terminu składania ofert.

W ocenie Izby odwołujący udowodnił, że BUDIMEX zaoferował centralę wyposażoną w procesor słabszy niż wymagany przez zamawiającego. Argumentacja przystępującego, że informacje techniczne dotyczące procesorów nie są ujawniane w kartach katalogowych jest chybiona, skoro odwołujący takową w ofercie przedstawił.

Brak było przeszkód, aby w kartach katalogowych, zamieścić taką informację lub zamieścić ją w innej części oferty. Powoływanie się na możliwość wymiany procesora w trakcie postępowania odwoławczego, jest spóźnione i świadczy wyłącznie o tym, że ten element oferty nie był przez BUDIMEX przemyślany.

Izba wskazuje, że przedstawione przez odwołującego dowody (załączone do pisma z dnia 11 marca 2015 r., wyszczególnione w tym uzasadnieniu) jednoznacznie potwierdzają, że Centrala Galaxy GD 520 nie jest wyposażona w procesor 800 MHz.

W szczególności, obok karty katalogowej centrali Galaxy GD 520, potwierdzeniem zasadności zarzutu odwołania są - zdjęcie procesora centrali - 33 MHz (33AU) ATMEL AT91M55800A wraz z wyciągiem z karty katalogowej procesora ATMEL AT91M55800A potwierdzającym maksymalną częstotliwość pracy procesora (taktowanie procesora) do 33 MHz, str. 13-14) oraz korespondencja z przedstawicielem handlowym firmy TAP Centrale Alarmowe sp. z o.o.

Argumenty zamawiającego natury ogólnej, że niezgodności są to nieistotne elementy z punktu widzenia kosztów realizacji całej inwestycji, nie mogą odnieść skutku, skoro zamawiający zamieścił wymagania dotyczące kwestionowanych elementów w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Należy przyjąć, że wszystko co składa się na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jest wymogiem mającym z jakichś przyczyn znaczenie dla zamawiającego. Odstępstwo od tego zapatrywania skutkować musiałoby dokonywaniem wartościowania wymagań, które znalazły się w SIWZ na "istotne" i "mniej istotne".

Dowody złożone przez przystępującego na rozprawie:

- oferta handlowa na dostawę opraw - wykonanie specjalne - dedykowana wykonawcy BUDIMEX przez LUXIONA POLAND S.A. do zastosowania w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, wskazująca II klasę ochronności w oprawach oświetleniowych D1, D2 oraz LD1, zastosowanie rastra antyolśnieniowego

- mikropryzmatycznego w oprawie A1 oraz w wykonaniu specjalnym - rozsył strumienia światła pośrednio-bezpośredni wraz z dyfuzorem mikropryzmatycznym PMMA (B1);
- opis z dnia 5.03.2015 r. sporządzony przez wskazaną firmę wraz ze zdjęciami przykładowych opraw typu AKCENT i przesłan;
 - oferty firmy ELENT A. Z., Żyrardów z dnia 06.02.2015 r. oraz AGIS Fire & Security Sp. z o.o., Warszawa z dnia 09 lutego 2015 r. - obie wskazujące wykonawcę BUDIMEX jako adresata ofert i przedmiot prowadzonego przez zamawiającego postępowania, w tym SSWiN; Centrala mikroprocesorowa GALAXY GD 520 skonfigurowana za pomocą jednostki zarządzającej o parametrach, m.in. procesor: 800 MHz, 256MB RAM, 2GB ROM; wskazanie przez firmę AGIS na str. 5 wyceny procesora o parametrach 1 GMHz;
 - wydruk ze strony internetowej SATIE pn. Klawiatury i szyfranty autonomiczne i WIEGAND

- nie mogły przesądzić o innej ocenie zarzutów. W istocie dowody te powinny być przedłożone zamawiającemu wraz z ofertą, zwłaszcza, że wg wyjaśnień wykonawcy złożonych na rozprawie, część z tych materiałów stanowiła podstawę opracowania oferty.

Uwzględnienie materiałów wskazujących, że wykonawca jest w stanie zaoferować kwestionowane urządzenia w wersji specjalnej na obecnym etapie, stanowiłoby ingerencję w merytoryczną treść oferty.

A. Sygn. akt KIO 415/15.

1. Pompy obiegowe glikolu.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z opisem projektu wykonawczego (TOM 12 instalacja przemysłowa, karty doborowe pomp, pozycji 1.0), zamawiający wymagał dla pomp obiegowych glikolu następujących parametrów technicznych:

- *Wydajność nominalna - 63,8 m³/h*
- *Nominalna wysokość podnoszenia - 47,7m*
- *Nominalna moc silnika - 15 KW.*

Konsorcjum PORR w treści złożonej oferty (zgodnie z załącznikiem nr 3 do oferty punkt A, podpunkt 4 - pompy obiegowe glikolu i wody chłodzącej oraz grzewczej - 9 szt. w inst. Agregatów zewn. 114 szt. w inst. Agregatu wewn.) zawarł w swojej wycenie pompy: „KSB: ETL 050-050-160 GG AA11D201102 BKSBIE4 PD2E.” Natomiast pompy te charakteryzują się gorszymi, niż wymagał tego zamawiający parametrami technicznymi, tj. posiadają:

- *Wydajność nominalna - 49 m³/h*

- *Nominalna wysokość podnoszenia - 45m*

- *Nominalna moc silnika - 11,57 KW.*

Odwołujący zarzucił więc, że parametry nominalne (wydajność, wysokość podnoszenia, moc silnika) pomp zaoferowanych przez konsorcjum PORR nie odpowiadają parametrom nominalnym opisanym w karcie doboru pomp Tom 12 dokumentacji technicznej, zatem ofertę konsorcjum PORR należy uznać za definitywnie niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Izby powyższy zarzut jest niezasadny.

Niesporne jest, że pompy z oferty PORR mają inne parametry nominalne niż wskazane na str. 1/69 Tomu 12 dokumentacji technicznej zamawiającego i przedstawiają się tak, jak to opisano w odwołaniu, z tym że wg opisu zamieszczonego na stronie 26 oferty, nie są one nazywane parametrami nominalnymi.

Odwołujący bezpodstawnie wywodzi z tego niezgodność treści oferty konsorcjum PORR z treścią specyfikacji. Zarzut odwołania opiera się na wybiórczym powołaniu się na parametry nominalne konkretnych pomp, które projektant brał pod uwagę, i błędnym przyjęciu ich jako podstawy doboru przez wykonawców pomp oferowanych dla instalacji klimatyzacji serwerowni. Tymczasem w pkt 5.4 (Instalacja klimatyzacji serwerowni) Tomu 12 dokumentacji technicznej określono, co następuje: *Prawidłowy przepływ i ciśnienie w instalacji zapewnią układy pompowe obsługujące każdy agregat. Zespół pompowy PCA 1-1 Parametry pracy 15/20 stC, 40% GLIKOL Przepływ = 49 m³/h, h podn=450 kPa.* Wymaganiem zamawiającego był zatem zespół pomp, z których każda miała cechować się przepływem wynoszącym 49 m³/h (parametr Q) przy wysokości podnoszenia 45 m (parametr H), czyli wyliczony przez projektanta tzw. punkt pracy pompy, co zobrazowano na wykresie na str. 3/69 Tomu 12.

Odwołujący nawet nie zarzucał, że konsorcjum PORR dobrało pompy o parametrach nominalnych, które nie pozwalają na osiągnięcie parametrów wymaganych dla opisanego w dokumentacji projektowej punktu pracy, czyli zapewnią Q = 49 m³/h dla H = 45 m (inaczej 450 kPa). Nie ma zatem podstaw, aby stwierdzić, że zostały one dobrane w sposób niezapewniający parametrów wymaganych dla zespołu pompowego PCA 1-1.

Izba zważyła, że przywołany w odwołaniu fragment ze str. 22 Tomu 12 dok. technicznej (obejmujący *de facto* dwa odrębne akapity), nie formułuje żadnego konkretnego wymagania, w szczególności doboru pomp o określonych parametrach nominalnych. Wynika jedynie z niego, że w przyszłości istnieje możliwość nieograniczonej rozbudowy układu

w budynku. Zatem brak jest podstaw, by uznać, że ten ogólny zapis precyzował dodatkowe wymagania odnośnie zespołu pomp.

2. Karty katalogowe niezgodne z wymogami SIWZ.

Zgodnie z opisem w SIWZ, art. 9 § 1 pkt 1, oferta wraz z załączonymi dokumentami musi być sporządzona w języku polskim. Dokumenty sporządzone w języku obcym, wykonawca zobowiązany jest dostarczyć także w wersji przetłumaczonej na język polski.

Karty katalogowe oprav A1, B1, D1, D2, D3, D4, S1, S2, M1, M2, MD1, MD2, MR1, MR2, MR3 złożone w ofercie konsorcjum PORR wyłącznie w innym języku niż język polski, stanowią zdaniem odwołującego, podstawę do uznania błędnego badania oferty, skutkującego powtórzeniem czynności zamawiającego z obowiązkiem zastosowania trybu określonego w art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zatem, słuszny jest zarzut zaniechania wezwania konsorcjum PORR do uzupełnienia dokumentów.

Izba ustaliła, że zgodnie ze stanem faktycznym niespornym między stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego, karty katalogowe zostały złożone przez konsorcjum PORR w języku innym niż język polski i na ich podstawie zamawiający dokonał badania i oceny oferty. Zarzut odwołania nie dotyczy merytorycznej treści oferty, w szczególności przykładowo niewłaściwej oceny jakiegokolwiek parametru z tego powodu, sprowadza się wyłącznie do kwestii formalnej - niezłożenia tłumaczenia na język polski. Dokonanie takiego uzupełnienia nie prowadzi do zmiany treści oferty, gdyż nie zagraża naruszeniu zakazów wynikających z art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy.

Zarzut dotyczący kart katalogowych został przyznany na rozprawie, nie budzi wątpliwości, zatem nie wymaga dowodzenia.

Izba uznała zarzut za zasadny, lecz niewykazujący niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Zatem, nakazała uzupełnienie kart katalogowych w języku angielskim przez złożenie ich tłumaczenia na język polski w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Reasumując, Izba uznała naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w odwołaniach, uwzględniła odwołania orzekając jak w sentencji, zgodnie z art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zasądzając koszty od wykonawcy wnoszącego sprzeciw (konsorcjum PORR) na rzecz odwołującego (BUDIMEX) i zamawiającego oraz od zamawiającego na rzecz odwołującego (konsorcjum PORR), na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....