

sygn. akt: KIO 2980/24

## WYROK

Warszawa, dnia 3 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o., ul. dr. Józefa Babińskiego 62a; 30-393 Kraków, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polska Agencja Żeglugi Powietrznej, ul. Wieżowa 8; 02-147 Warszawa, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - ELEKS J. K. Spółka Jawna, ul. Fizylierów 32; 04-497 Warszawa,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o., ul. dr. Józefa Babińskiego 62a; 30-393 Kraków i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o., ul. dr. Józefa Babińskiego 62a; 30-393 Kraków, tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: .....

sygn. akt: KIO 2980/24

### Uzasadnienie

Zamawiający – Polska Agencja Żeglugi Powietrznej z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „Dostawa i montaż stanowisk operatorskich służb ATM dla Wież Kontroli Ruchu Lotniczego w Gdańsku, Szczecinie, Łodzi, Wrocławiu”.

19 sierpnia 2024 roku, wykonawca Zakład Systemów Komputerowych ZSK sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego, mimo iż jest ona zgodna z warunkami zamówienia, w szczególności zaoferowana szafa RACK spełnia wymagania SWZ i OPZ;
2. art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez wybór oferty, która w świetle postawionych kryteriów oceny ofert nie jest najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez ELEKS J. K. spółka jawna – dalej „ELEKS” - jako najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) ponowienia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu zgodną z warunkami zamówienia. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów Pzp, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż prawidłowe działanie zamawiającego powinno polegać na ocenie oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Nieprawidłowa czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego i wybór innej oferty pozbawiła zatem odwołującego szansy na uzyskanie zamówienia. Odwołujący posiada zatem interes we wniesieniu odwołania zmierzającego do przywrócenia złożonej przez siebie oferty i umożliwienia mu uzyskania zamówienia i zawarcia umowy z zamawiającym.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołanie wskazał, co następuje.

Zamawiający w dniu 7 sierpnia 2024 r. dokonał ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty

odwołującego. Jako uzasadnienie prawne odrzucenia oferty ZSK Zamawiający wskazał przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, zaś jako uzasadnienie faktyczne zamawiający wskazał, iż zaoferowana w załączniku nr 3b do SWZ w wierszu 45 tabeli szafa Rack firmy BKT Elektronik o numerze katalogowym SSRS4280103 311.1 nie spełnia wymagań w zakresie dotyczącym materiału z jakiego mają być wykonane boki szafy. Zamawiający stoi na stanowisku, iż boki te są wykonane z blachy pełnej, a nie jak wymagał

perforowanej. Przy czym wniosek ten wywodzi nie z treści oferty odwołującego, a z korespondencji, którą prowadził z:

- a) odwołującym w dniach 3-5 czerwca 2024 r.;
- b) producentem szaf w dniach 10-11 czerwca 2024 r. oraz 30-31 lipca 2024 r.;
- c) sprzedawcą szaf RACK różnych producentów (sklepem internetowym) w dniu 30 lipca 2024 r.

Jednocześnie zamawiający wskazał, iż „jeżeli intencją Wykonawcy było wykazanie, że jego produkt o wskazanej w ofercie karcie katalogowej (SSRS4280103 311.1) będzie dostosowywany do potrzeb Zamawiającego, a standard szafy zostanie zmodyfikowany, powinien był zaznaczyć to w swojej ofercie, tak jak to uczynił w przypadku innych asortymentów (np. w załączniku 3b, w pkt 1-26 „customized design”; pkt 29 przełamanie nazwy oryginalnego producenta (Littlite) na iBross – podmiot udostępniający zasoby Wykonawcy) albo rozwinąć opis w kolumnie „Nazwa oferowanego Urządzenia/elementu Typ /Model „uzupełniając o dodatkowe cechy produktu. Wykonawca opisał w sposób szczegółowy w ww. kolumnie cechy oferowanej szafy Rack („Szafa serwerowa SRS, BKT 42U, 800/1000/1980, szer./gł./wys. mm., drzwi przednie i tylne jednoskrzydłowe z blachy perforowanej (identyczne), RAL 7035 szary, "STANDARD III"”), zatem nie stało na przeszkodzie, aby w tym samym miejscu znalazło się dookreślenie, że przedmiot zamówienia będzie modyfikowany w stosunku do standardu określonego numerem katalogowym. Brak takiej informacji powoduje,

że Zamawiający ma obowiązek ocenić ofertę Wykonawcy na podstawie informacji wskazanych w ofercie a nie domniemywać czy dodatkowych zapytań kierowanych do Wykonawcy lub producenta określonego produktu. Pełna informacja, niebudząca wątpliwości w zakresie spełniania wymagań określonych przez Zamawiającego powinna być dostępna w złożonej ofercie w terminie ich składania. Należy zwrócić uwagę, że informacja o rodzaju/ typie danego produktu stanowiła część oferty. Nie była zatem podlegającym uzupełnieniu przedmiotowym”. Innymi słowy zamawiający uznał, iż ZSK oferuje rozwiązanie niestandardowe i nie zaznaczył tego w ofercie.

Odwołujący nie może się zgodzić ze stanowiskiem zamawiającego zarówno co do tego, iż oferowana szafa RACK nie spełnia wymagań SWZ, w szczególności w zakresie materiału z jakiego wykonane są boki szafy ani także tego, iż wypełniając ofertę powinien zaznaczyć, iż oferuje zmodyfikowane standardowe rozwiązanie składające się z konkretnych elementów.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do dokumentów, na podstawie których zamawiający dokonał oceny oferty odwołującego, to wbrew temu co twierdzi zamawiający w informacji o odrzuceniu, ani ZSK ani producent nie przedstawiali informacji „wymijających”, a wręcz odwrotnie, potwierdzali w sposób jednoznaczny, że oferowana szafa RACK spełnia wymagania SWZ:

1. „(...) oświadczamy, że zaoferowana szafa Rack firmy BKT o numerze katalogowym

SSRS4280103 311.1 posiada boki, tył i dach perforowane (...)” – fragment wyjaśnień ZSK z 5 czerwca 2024 r.;

2. „(...) Tym samym potwierdzamy, że nasza oferta z dnia 11 kwietnia 2024 złożona

firmie ZSK sp. z o.o. w ramach niniejszego postępowania, dotyczyła szafy spełniającej wszystkie wymagania opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności posiadającej drzwi, boki, tył i dach wykonane z blachy perforowanej. Informacje te potwierdziliśmy dodatkowo na prośbę ZSK w wiadomości mailowej z dnia 5 czerwca 2024” – fragment oświadczenia producenta z 23 lipca 2024 r. (na które powołuje się zamawiający

w informacji o odrzuceniu oferty ZSK);

3. „W związku z zapytaniem o szafę SSRS4280103 311.1 potwierdzam, że szafa ma

drzwi przednie i tylne jednocześnie perforowane. Natomiast zgodnie z załączoną kartą katalogową boki są wykonane z blachy stalowej pełnej lub perforowanej. (...)” – fragment korespondencji mailowej zamawiającego z przedstawicielem producenta z 30 lipca 2024 r.

Innymi słowy zdaniem odwołującego zamawiający przeinacza znaczenie użytych sformułowań i próbuje, na siłę wręcz, dostrzec w nich brak potwierdzenia spełniania wymagań SWZ. Zamawiający wniosek o tym, że boki wykonane są z blachy „pełnej” a nie perforowanej, próbuje wyciągnąć z:

- a) karty katalogowej, która w charakterystyce produktu przy ścianach bocznych określa materiał jako „blacha” (bez doprecyzowania czy jest to blacha perforowana czy pełna),
- b) posługiwania się jednym numerem katalogowym przez producenta szaf dla szafy z bokami z blachy perforowanej i pełnej,

- c) korespondencji mailowej ze sprzedawcą internetowym różnych szaf RACK – intercomp.pl.

Karta, na którą powołuje się zamawiający nie określa przy tym rodzaju blachy z jakiego wykonane są boki szafy. To dopiero dopowiedzenie przez zamawiającego, że jest to „blacha pełna” a nie perforowana, czyni szafę niezgodną z OPZ. Jednakże zarówno z:

- 1) oświadczenia producenta z 23 lipca 2024 r.,
- 2) korespondencji mailowej zamawiającego z przedstawicielem producenta z 30-31 lipca 2024 r.,
- 3) strony internetowej

42U-800-1000-1980-BKT-12572.html - tj. sklepu internetowego Inter-comp.pl, na

korespondencję z którym zamawiający powoływał się w informacji o odrzuceniu oferty ZSK,

wynika, iż szafa o określonym numerze katalogowym sprzedawana jest w dwóch standardach – tj. o bokach z blachy perforowanej lub pełnej. Przy czym wybór materiału z jakiego mają być wykonane boki nie powoduje tego, że mamy do czynienia z odmiennym numerem katalogowym ani tego, że jest to zamówienie niestandardowe lub nieseryjne.

Zamawiający dokonując zatem oceny zgromadzonych w sprawie dokumentów dokonał tego w sposób wadliwy, naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także proporcjonalności. Zgodnie z prawidłowym wzorcem zachowania, zamawiający w takich okolicznościach nie może rozwiewać powstałych wątpliwości na niekorzyść odwołującego, tym bardziej, że bazuje wyłącznie na oświadczeniu (jednego ze sprzedawców) sprzecznym z treścią otrzymanych dokumentów.

Odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

1. wyjaśnień odwołującego z 5 czerwca 2024 r. przedłożonych zamawiającemu;
2. korespondencji mailowej odwołującego z BKT Elektronik sp. z o.o. tzn. producentem oferowanych przez ZSK szaf RACK z okresu 3-5 czerwca 2024 r.;
3. oświadczenia BKT Elektronik sp. z o.o. z 23 lipca 2024 r.;
4. korespondencji mailowej zamawiającego z przedstawicielem BKT Elektronik sp. z o.o. z 30-31 lipca 2024 r.
5. wydruku strony internetowej

na okoliczność wykazania, iż oferowane przez odwołującego szafy RACK spełniają wymagania SWZ, w szczególności boki szafy wykonane są z blachy perforowanej i numer katalogowy wskazany w ofercie ZSK dotyczy takiej szafy RACK.

Nie znajduje także uzasadnienia twierdzenie zamawiającego, iż odwołujący w sposób wadliwy wypełnił załącznik 3b do SWZ. Zgodnie z nazwami kolumn zawartych w tym załączniku, zamawiający wymagał następujących informacji:

| Nr | Element Systemu | Nazwa oferowanego Urządzenia/elementu | Typ /Model | Part number / nr katalogowy (o ile komponent takie posiada) | Producent |
|----|-----------------|---------------------------------------|------------|-------------------------------------------------------------|-----------|
|----|-----------------|---------------------------------------|------------|-------------------------------------------------------------|-----------|

Odwołujący wypełniając ww. załącznik dokonał tego w sposób zgodny z żądanymi informacjami, a jednocześnie w sposób nieodbiegający od szczegółowości zawartej w ofercie uznanej za najkorzystniejszą. Odwołujący oferuje standardową szafę RACK (bez konieczności jej customizacji/dostosowania/adaptacji na potrzeby tego zamówienia), spełniającą wszystkie wymogi SWZ i dostępną w seryjnej produkcji. Zamawiający nie wymagał wskazania w tym załączniku szczegółowych parametrów technicznych, a co za tym idzie nie można czynić zarzutu ZSK z braku wskazania informacji o tym, że boki są wykonane z blachy perforowanej – oferta wybrana nie zawiera także takich informacji. Zamawiający dopuszczał też możliwość, że szafa RACK nie będzie miała numeru

katalogowego (vide kolumna nr 4 tabeli). Niezrozumiałym jest zatem wywodzenie z numeru katalogowego, że oferowany produkt nie spełnia wymagań OPZ zwłaszcza, że okoliczność ta nie wynika z karty katalogowej.

Dla rozstrzygnięcia sporu ma także znaczenie w jaki sposób zamawiający opisał przedmiot zamówienia i jaka jest wartość spornych elementów, zwłaszcza w kontekście zasady przejrzystości i proporcjonalności. Zgodnie z pkt 1 i 2 załącznika nr 1 do SWZ – stanowiącym Opis Przedmiotu Zamówienia – „Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie oraz dostawa wraz z montażem, stanowisk operatorskich służb ATM (Konsol operatorskich lub Konsol) na Wieżach Kontroli Ruchu Lotniczego wymienionych w dalszej części dokumentu, wraz z niezbędnym okablowaniem teleinformatycznym i zasilającym oraz wyposażeniem. Na przedmiot zamówienia składają się:

- 1.1.konsole,
- 1.2.i nstalcje teleinformatyczne,
- 1.3.i nstalcje zasilające,
- 4.poz.ostałe wyposażenie i akcesoria.

Powyższe szczegółowo opisane są w dalszej części niniejszego dokumentu.

W ramach przedmiotu zamówienia Wykonawca przygotuje i uzgodni z Zamawiającym projekt Konsol oraz projekt okablowania teleinformatycznego i zasilającego (projekt wykonawczy) oraz harmonogram prac.

2.1. Projekt i realizacja okablowania teleinformatycznego i zasilającego musi uwzględniać przejścia przez strefy pożarowe. Strefy pożarowe w przypadku ich naruszenia należy odtworzyć. Zamawiający wymaga użycia materiałów identycznych z tymi, które użyto pierwotnie oraz użycia technologii odtworzenia zgodnej z wymogami producenta i z obowiązującymi przepisami. W przypadku wykonania nowych otworów, należy zastosować technologię uszczelnienia stosowaną w danym obiekcie”.

Zamawiający tym samym zamawia realizację przedmiotu zamówienia w procedurze „zaprojektuj i wybuduj”. Oczekiwanie zatem na tym etapie realizacji zamówienia takiego stopnia szczegółowości oferty nie znajduje uzasadnienia, tym bardziej że zamawiający dopuścił modyfikację projektu, nawet już po dokonaniu jego odbioru przez zamawiającego. Niebagatelne znaczenie dla oceny zachowania przez zamawiającego zasady proporcjonalności i przejrzystości ma wartość kwestionowanych szaf, gdyż wynosi ona zaledwie 0,3% wartości całego zamówienia, a są to jedyne uwagi zamawiającego do oferty odwołującego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Ponadto zamawiający złożył dodatkowe pismo procesowe w sprawie, szczegółowo odnoszące się do twierdzeń i dowodów powołanych przez odwołującego.

Zamawiający wskazał, iż nie zgadza się w całości z przyjętą przez odwołującego optyką. Zamawiający wskazuje, że dokonał prawidłowej oceny spełniania przez ofertę odwołującego wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia. Dokonał również kwerendy w zakresie zaproponowanego rozwiązania i nie znalazł potwierdzenia, że odwołujący oferuje produkt spełniający wymagania zamawiającego określone w SWZ.

Szczegółowo zamawiający odnosi się do poniższych kwestii:

W pkt XI treści odwołania odwołujący wskazuje:

”[...] ani ZSK ani producent nie przedstawiali informacji „wymijających”, a wręcz odwrotnie, potwierdzali w sposób jednoznaczny, że oferowana szafa RACK spełnia wymagania SWZ:

1. „(...) oświadczamy, że zaoferowana szafa Rack firmy BKT o numerze katalogowym

SSRS4280103 311.1 posiada boki, tył i dach perforowane (...)” - fragment wyjaśnień ZSK z dnia 5 czerwca 2024 r.;

2. „(...) Tym samym potwierdzamy, że nasza oferta z dnia 11 kwietnia 2024 złożona

firmie ZSK sp. z o.o. w ramach niniejszego postępowania, dotyczyła szafy spełniającej wszystkie wymagania opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności posiadającej drzwi, boki, tył i dach wykonane z blachy perforowanej. Informacje te potwierdziliśmy dodatkowo na prośbę ZSK w wiadomości mailowej z dnia 5 czerwca 2024” - fragment oświadczenia producenta z 23 lipca 2024 r. (na które powołuje się zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty ZSK);

3. „W związku z zapytaniem o szafę SSRS4280103 311.1 potwierdzam, że szafa ma

drzwi przednie i tylne jednocześnie perforowane. Natomiast zgodnie z załączoną kartą katalogową boki są wykonane z blachy stalowej pełnej lub perforowanej. (...)” -fragment korespondencji mailowej Zamawiającego z przedstawicielem producenta z dnia 30 lipca 2024 r.”

Zamawiający wyjaśnia, że:

Ad 1) Cytowane powyżej wyjaśnienia ZSK z 5 czerwca 2024 nie znajdują potwierdzenia w dokumencie przedstawionym przez producenta (e-mail 5 czerwca 2024) a załączonym do wyjaśnień odwołującego. W treści załączonego do wyjaśnień dokumentu znajduje się stwierdzenie, cyt.: „Dzień dobry, Potwierdzamy, że po otrzymaniu zamówienia dostarczymy szafy rack 19" w pełni zgodne z wszystkimi wymaganiami Zamawiającego”

- DOWÓD NR 1 - MAIL ODWOŁUJĄCEGO Z ZAŁĄCZNIKIEM OD PRODUCENTA BKT Z DNIA 5.06.2024 R.

Producent w powyższym mailu, niezgodnie z oświadczeniem odwołującego, nie potwierdza wykonania boków szafy z blachy perforowanej, a jedynie wskazuje na możliwość dostosowania szafy (po złożeniu oferty odwołującego) do parametrów oczekiwanych przez zamawiającego.

Ad 2) Odwołujący powołuje się na pismo producenta, w którym producent potwierdza, że oferta dotycząca szafy złożona dnia 11 kwietnia 2024 firmie ZSK spełnia wszystkie wymagania OPZ: „(...) Tym samym potwierdzamy, że nasza oferta z dnia 11 kwietnia 2024 złożona firmie ZSK sp. z o.o. w ramach niniejszego postępowania, dotyczyła szafy spełniającej wszystkie wymagania opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności posiadającej drzwi, boki, tył i dach wykonane z blachy perforowanej. Informacje te potwierdziliśmy dodatkowo na prośbę ZSK w wiadomości mailowej z dnia 5 czerwca 2024”.

Odwołujący w toku postępowania przetargowego, wyjaśnień oraz odwołania nie przedstawił oferty producenta BKT, o

której mowa w cytowanym fragmencie. Nie jest więc możliwe zweryfikowanie jakiego modelu i oznaczenia szafa została zaoferowana przez BKT. Argumentacja ta jest, wobec tego niepełna i bezzasadna i podobnie jak inne przywołane tutaj niepotwierdzone faktami. Dodatkowo oświadczenie producenta „Informacje te potwierdziliśmy dodatkowo na prośbę ZSK w wiadomości mailowej z dnia 5 czerwca 2024” jest nieprawdziwe co wykazano w odpowiedzi Ad 1). W tym samym oświadczeniu producent szaf zawarł poniższą informację, którą odwołujący przedstawia jako uzasadnienie, iż oferowana szafa posiada boki perforowane:

„BKT Elektronik sp. z o.o., jako producent i dostawca kompleksowych rozwiązań na rzecz branży teleinformatycznej oświadcza, że szafa serwerowa o nazwie Serwerowa Szafa Ramowa Stożąca (SSRS), BKT 42U, 800/1000/1980 (szer./gł./wys. [mm]), drzwi przednie i tylne jednoskrzydłowe perforowane, RAL 7035 szary, "STANDARD III" o numerze katalogowym SSRS4280103311.1 posiada ściany boczne, tylne i dach wykonane z blachy stalowej. Elementy te, w zależności od potrzeb klienta, mogą być wykonane z blachy pełnej lub perforowanej. Drzwi wykonane są z blachy perforowanej. Istnieje również możliwość malowania szafy w kolorze uzgodnionym z klientem”,

#### - DOWÓD NR 2 - OŚWIADCZENIE PRODUCENTA Z DNIA 23.07.2024 R.

Z powyższego oświadczenia nie można w żaden sposób wywieść, że szafa SSRS4280103 311.1 spełnia wymagania OPZ. Producent potwierdza jedynie, że szafa w standardzie („STANADRD III”) „posiada ściany boczne, tylne i dach wykonane z blachy stalowej”.

Jest to zgodne z kartą katalogową, gdzie boki szafy są określone jako wykonane z blachy stalowej.

Dalej w oświadczeniu Producent informuje, że ten standard szafy może być, w zależności od potrzeb klienta, zmieniony. Zmiany mogą dotyczyć zastosowania elementów perforowanych i koloru szafy. Wyraźnie oznacza to, że zastosowanie boków perforowanych (podobnie jak zmiana koloru) odbiega od standardu i jest elementem/usługą dodatkową. Zwracamy uwagę, że producent zarówno w oświadczeniu jak i w karcie katalogowej wyraźnie rozróżnił elementy szafy, które są perforowane: „perforowane” od tych wykonanych

z blachy nieperforowanej „blacha stalowa”. Producent w swoim oświadczeniu w żaden sposób nie potwierdził, że szafa o oznaczeniu SSRS4280103 311.1, jaką zaoferował odwołujący, posiada boki perforowane. Określił jedynie, że szafa standardowa SSRS4280103 311.1 może zostać zmodyfikowana tak by posiadała boki perforowane.

Należy stwierdzić, że oświadczenie producenta z 23 lipca 2024 r w żadnym elemencie i w żaden sposób nie potwierdza by szafa o oznaczeniu SSRS4280103 311.1 spełniała wymagania OPZ na dzień składania ofert. Wręcz przeciwnie, producent jasno stwierdził, że przedmiotowy numer szafy dotyczy modelu standardowego a wymagania zamawiającego będą traktowane jako dostosowanie/personalizacja szafy.

W związku z powyższym oświadczenie producenta nie może być dowodem na prawdziwość tez odwołującego dotyczącej poprawności złożonej oferty, a wręcz uzasadnia niezgodność oferty z OPZ.

Ad 3) Informacja przekazana przez producenta w korespondencji mailowej jest nieprawdziwa, ponieważ karta katalogowa (dołączona przez producenta do powyższej korespondencji) nie zawiera informacji, że boki szafy wykonane są z blachy stalowej pełnej lub perforowanej. W karcie katalogowej wskazane jest literalnie, że zarówno drzwi przednie jak

i tylne są perforowane natomiast boki wykonane są z blachy stalowej. Gdyby producent przewidział opcję wykonania boków perforowanych to wskazałby to literalnie jak w przypadku drzwi przednich i tylnych. Dodatkowo zamawiający wskazuje, że przytoczona karta katalogowa zawiera pozycję „Wykonania/Warianty”, w której producent nie przewidział żadnych dodatkowych wariantów czy opcji wykonania szafy o numerze katalogowym SSRS4280103 311.1.

#### - DOWÓD NR 3 - KARTA KATALOGOWA SZAFY O NUMERZE SSRS4280103 311.1

W pkt XIII odwołujący stwierdza: „Zamawiający wniosek o tym, że boki wykonane są z blachy „pełnej” a nie perforowanej, próbuje wyciągnąć z:

- karty katalogowej, która w charakterystyce produktu przy ścianach bocznych określa materiał jako „blacha” (bez doprecyzowania czy jest to blacha perforowana czy pełna),
- posługiwania się jednym numerem katalogowym przez producenta szaf dla szafy z bokami z blachy perforowanej i pełnej,
- korespondencji mailowej ze sprzedawcą internetowym różnych szaf RACK - inter-comp.pl.” Zamawiający wyjaśnia, że stwierdza wyłącznie fakty i stan rzeczywisty na podstawie otrzymanych dokumentów/informacji od wykonawcy, producenta szafy oraz dystrybutora.

W związku z informacją zawartą w pkt XIV Odwołania, tj.: „Jednakże zarówno z:

- oświadczenia producenta z dnia 23 lipca 2024 r.,
- korespondencji mailowej Zamawiającego z przedstawicielem producenta z 30-31 lipca 2024,
- strony internetowej STANDARD-III-42U800-1000-1980-BKT-12572.htm1 sklepu internetowego Inter-comp.pl, na

korrespondencję z którym Zamawiający powoływał się w informacji o odrzuceniu oferty ZSK, wynika, iż szafa o określonym numerze katalogowym sprzedawana jest w dwóch standardach - tj. o bokach z blachy perforowanej lub pełnej. Przy czym wybór materiału z jakiego mają być wykonane boki nie powoduje tego, że mamy do czynienia z odmiennym numerem katalogowym ani tego, że jest to zamówienie niestandardowe lub nieseryjne”.

Zamawiający wyjaśnia, że z otrzymanych dokumentów/informacji od wykonawcy, producenta szafy oraz dystrybutora wprost wynika, że przedmiotowa szafa o numerze seryjnym SSRS4280103 311.1 posiada zarówno drzwi przednie jak i tylne perforowane natomiast boki wykonane są z blachy stalowej. Fakt ten potwierdza otrzymana od Producenta karta katalogowa oraz potwierdził to wprost dystrybutor szafy Inter-Comp.PL w korespondencji z dnia 30.07.2024.

#### - DOWÓD NR 4 - MAIL OD DYSTRYBUTORA INTER COMP.PL Z DNIA 30.07.2024 R.

Zarówno oświadczenia wykonawcy jak i producenta w żadnym miejscu nie potwierdzają, aby szafa o przedmiotowym numerze seryjnym miała boki perforowane co zostało wykazane w wyjaśnieniu zamawiającego w pkt I. W tym miejscu zamawiający pragnie podkreślić, że producent zamieścił na swojej stronie internetowej ( skonfiguruj-swoja-szafa-srs-bedzie-gotowa-w-48h) informację dotyczącą możliwości skonfigurowania szafy, z której bezspornie wynika, że poszczególne cyfry w numerze seryjnym szafy określają sposób wykonania poszczególnych elementów szafy (drzwi tylne, przednie, ściany boczne i tylne itp.). Producent jednoznacznie określił, że dwie przedostatnie cyfry numeru katalogowego ulegają modyfikacji w zależności od wybranego rozwiązania. Oznaczają m.in. sposób wykonania ścian bocznych. Szafa z oznaczeniem (cyfra druga i trzecia od końca) 1.1. - taka jaką w ofercie zaproponował odwołujący - ma ściany boczne wykonane z blachy pełnej jednoczęściowej. Inny rodzaj wykonania ścian bocznych będzie powodował zmianę oznaczenia numeru katalogowego szafy. I tak np. 0.0. - brak ścian bocznych, a 2.2. - ściany boczne dwuczęściowe.

Jak wyraźnie widać producent nie przewidział w ogóle wykonania ścian bocznych z blachy perforowanej. Zastosowanie innego rodzaju ścian bocznych, powoduje zmianę numeru oznaczenia szafy.

#### DOWÓD NR 5 - INFORMACJA O KONFIGURACJI SZAFY ZE STRONY PRODUCENTA

Analogiczną informację jak powyżej producent zamieścił na swoim kanale youtube ().

#### DOWÓD NR 6 - Konfiguracja szaf BKT w 48h

Odwołujący swoimi argumentami próbuje udowodnić, że spełni wymagania zamawiającego po otrzymaniu zamówienia, odwracając uwagę od faktu, że złożony w

ofercie produkt tych wymagań nie spełnia, co jest niedopuszczalne w świetle przepisów PZP, których zamawiający musi ściśle przestrzegać.

Odnosząc się do kwestii wskazanej w pkt XVIII Odwołania, tj.: „Zamawiający nie wymagał wskazania w tym załączniku szczegółowych parametrów technicznych, a co za tym idzie nie można czynić zarzutu ZSK z braku wskazania informacji o tym, że boki są wykonane z blachy perforowanej - oferta wybrana nie zawiera także takich informacji. Zamawiający dopuszczał też możliwość, że szafa RACK nie będzie miała numeru katalogowego (vide kolumna nr 4 tabeli). Niezrozumiałym jest zatem wywodzenie z numeru katalogowego, że oferowany produkt nie spełnia wymagań OPZ zwłaszcza, że okoliczność ta nie wynika z karty katalogowej”.

Zamawiający wyjaśnia, że w tym zakresie zamawiający nie czyni zarzutu tylko wskazał ten argument na marginesie sprawy. Zamawiający istotnie nie wymagał wskazania customizacji lub jej braku w formularzu ofertowym, w kolumnie 4. Natomiast to właśnie odwołujący samodzielnie wskazał w kilku z pozycji, że oferowany przez niego przedmiot umowy nie będzie przedmiotem standardowym, a zmodyfikowanym „customizowanym”. Stąd zamawiający poddał ten element ocenie na tle pozostałych deklaracji odwołującego, zawartych w ofercie.

Odwołujący składając ofertę musi mieć świadomość, że ocenie podlega całość oświadczenia woli i wiedzy, również w zakresie niewymagany przez zamawiającego. Obowiązkiem zamawiającego jest ocenianie oświadczenia wykonawców pod kątem spełniania wymagań jako całości a nie, jak chce odwołujący, wybiórczo. Skoro odwołujący uznał, że chce wykazać zamawiającemu partykularnie elementy, które dostarczy zamawiającemu jako produkt odbierający od standardu określonego danym numerem katalogowym, to zamawiający przyjmuje, jak nakazują zasady logiki, że zrobił to jednolicie dla wszystkich tych asortymentów. Tymczasem odwołujący zdaje się twierdzić, że uzupełniał formularz wskazując w jednym miejscu, że jakiś asortyment będzie odbiegał od standardu a w drugim pomijał taką deklarację. Oczywiście miał prawo tak uczynić, bo zamawiający nie wyznaczył w tym zakresie szczegółowych instrukcji wypełniania Załącznika 3b. Natomiast zamawiający ma prawo przypuszczać, że wykonawca działając jako podmiot profesjonalny będzie chciał wykazać i udowodnić zamawiającemu ponad wszelką wątpliwość, że jego produkt spełnia wymagania OPZ. Oczywiście jest, że zamawiający dysponując jedynie numerem seryjnym jakiegoś produktu będzie poszukiwał informacji o nim na stronach internetowych, u producenta, na kartach katalogowych. Brak dbałości wykonawcy o doprecyzowanie tego, co zamawiający ma szansę znaleźć w tych kartach czy na stronach www, powoduje, że zamawiający opiera się wyłącznie na wiedzy uzyskanej z własnej kwerendy.

Tym samym zamawiający potwierdzając w ten sposób, że dany produkt nie spełnia jego wymagań wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Te wraz z innymi dowodami przedstawionymi w piśmie procesowym również nie potwierdziły spełnienia wymagań na moment składania oferty.

Odnosząc się do kwestii wskazanej w pkt XIX Odwołania, tj.: „Zamawiający tym samym zamawia realizację przedmiotu

zamówienia w procedurze „zaprojektuj i wybuduj”. Oczekiwanie zatem na tym etapie realizacji zamówienia takiego stopnia szczegółowości oferty nie znajduje uzasadnienia, tym bardziej że Zamawiający dopuścił modyfikację projektu, nawet już po dokonaniu jego odbioru przez Zamawiającego”.

Zamawiający wyjaśnia, że argument odwołującego pozostaje zupełnie bez związku z przedmiotem zamówienia. Projektowaniem w formule design&built nie może być w żaden sposób objęta dostawa szaf Rack.

Zgodnie z pkt 1.2 OPZ (zał. 1 do SWZ) zamawiający wskazał, że „W ramach przedmiotu zamówienia Wykonawca przygotowuje i uzgodni z Zamawiającym projekt Konsol oraz projekt okablowania teleinformatycznego i zasilającego (projekt wykonawczy)”. Z kolei zgodnie z pkt II. 1.1. 1 1.2.: „Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie, wyprodukowanie, dostawa oraz instalacja Konsol dla służb operacyjnych w wieży Kontroli Ruchu Lotniczego, zgodnie z specyfikacją techniczną oraz wymaganiami przedstawionymi poniżej.

W ramach realizacji zamówienia Wykonawca: wykona i uzgodni z Zamawiającym projekt, zawierający rysunki przestrzenne Konsol (stanowisk operatorskich), kontenerków, biurek, wieżyczek akcesoryjnych, szafek i pozostałych elementów opisanych w dalszej części dokumentu wraz z planem ich usytuowania na poszczególnych salach operacyjnych. [...] -zrealizuje dostawę sprzętu wymienionego w rozdziale V”.

Oczywistym zatem powinno być dla odwołującego, że zakres zaprojektowania dotyczy „rysunki przestrzenne Konsol (stanowisk operatorskich), kontenerków, biurek, wieżyczek akcesoryjnych, szafek i pozostałych elementów opisanych w dalszej części dokumentu wraz z planem ich usytuowania salach operacyjnych”, natomiast wobec szaf Rack, wymienionych w rozdziale V zamawiający oczekuje „zrealizowania dostawy sprzętu”, bez jego projektowania.

Biorąc pod uwagę powyższe zamawiający ocenia żądania zawarte w odwołaniu jako zbyt daleko idące i zmierzające do uznania oferty niespełniającej wymogów OPZ na etapie składania ofert (a dopiero dostosowywanie produktów do wymagań zamawiającego na etapie dostawy).

Przystępujący, popierając stanowisko zamawiającego i wnosząc o oddalenie odwołania, zgłosił dodatkowe wnioski dowodowe – na okoliczność niespełnienia przez odwołującego warunków (przedmiotowych) zamówienia. Przystępujący złożył następujące dokumenty:

- korespondencja e-mail z przedstawicielem producenta oferowanych przez odwołującego szaf RACK,
- karta katalogowa szafy RACK (KK\_SSRS4280103311.1\_01.24),
- karta katalogowa szafy RACK (KK\_SSRS4280103333.1\_01.24),
- korespondencja e-mail z przedstawicielem producenta oferowanych przez odwołującego szaf RACK,
- kalkulacja (tabela) porównawcza dotycząca cen szaf RACK (11.1 oraz 33.1) – oferta nr PROJ/00/0004 firmy BKT Elektronik sp. z o.o.,
- kalkulacja (tabela) porównawcza dotycząca cen szaf RACK (11.1 oraz 33.1) – wyliczenia własne przystępującego,
- wydruk z prezentacji producenta szaf RACK, firmy BKT Elektronik sp. z o.o. (źródło: YouTube),
- korespondencja e-mail przystępującego z przedstawicielem producenta BKT Elektronik sp. z o.o. wraz z ofertami, dotycząca innych projektów realizowanych przez przystępującego (ze zdjęciami szaf RACK.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika (przystępującego), złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza dzieląc w całości stanowisko zamawiającego i przystępującego (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników,

zgodnie

z zasadą swobodnej oceny dowodów”), wskazuje, co następuje.

Zarzuty odwołującego są niezasadne.

Wskazać bowiem należy, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzuje się formalizmem, który w szczególności dotyczy elementów, które związane są stricte z przedmiotem zamówienia, dalej przedmiotem świadczenia. Dlatego też zamawiający badając złożone przez wykonawców oferty zobowiązany jest w sposób bezwzględny do ustalenia, czy oferta wykonawcy przedstawia zakres przedmiotowo tożsamy z wymaganiami jakie w tym zakresie opisał zamawiający w SWZ i OPZ.

Pozytywna weryfikacja kwalifikuje ofertę wykonawcy do oceny pod kątem kryteriów oceny ofert. Negatywna zaś ocena może prowadzić do przeprowadzenia procedury wyjaśnienia treści oferty wykonawcy, jeżeli zaś ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień nie daje podstaw do ich uznania, oferta wykonawcy podlega sankcji odrzucenia.

W przedmiotowym postępowaniu badaniu przez zamawiającego podlegały m.in. parametry oferowanych przez wykonawców szaf RACK. Wątpliwości zamawiającego w ofercie odwołującego wzbudziła szafa RACK o podanym przez odwołującego numerze katalogowym (KK\_SSRS4280103311.1), gdyż z powszechnie dostępnych źródeł, w tym w szczególności karty katalogowej o numerze podanym przez odwołującego wynikał, że przedmiot oferty nie jest zgodny z parametrami wymaganymi przez zamawiającego.

Zamawiający przeprowadził procedurę wyjaśnienia powyższej niezgodności (sprawa dotyczyła rodzaju ścianek oferowanej szafy RACK, zamawiający wymagał, aby ścianki szafy były perforowane, a nie jednolite), w wyniku której, w ocenie Izby, prawidłowo stwierdził, że oferowana przez odwołującego szafa RACK konstrukcyjnie nie odpowiada wymaganiom zamawiającego.

Zamawiający prawidłowo ustalił, że ścianki szafy RACK zaoferowanej przez odwołującego w ofercie nie są perforowane.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, który swoją argumentację wywodził z korespondencji z producentem czy dystrybutorami tego przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Izby, oferowana w ofercie odwołującego szafa RACK o określonym numerze katalogowym jednoznacznie wskazuje na szafę ze ściankami jednolitymi.

W ocenie Izby niezasadne jest stanowisko odwołującego, który twierdził, że opis dokonany przez producenta szaf w karcie katalogowej nie jest opisem wzorcowym, przedstawiającym rozwiązanie standardowe. Wręcz przeciwnie, każdy producent w karcie katalogowej przedstawia konkretne rozwiązania, a wszelkie inne od tego opisu parametry nie mogą być dorozumiane, traktowane rozszerzająco.

Okoliczność, iż szafa RACK może być zbudowana w oparciu o różnego rodzaju elementy, potwierdzają dowody przedstawione przez zamawiającego i przystępującego – wydruki z prezentacji dotyczącej konfigurowania określonego produktu. Efektem takiej konfiguracji jest uzyskanie określonego rozwiązania, czego dowodem są karty katalogowe złożone jako dowód w sprawie przez przystępującego, z których wynika, że przy zastosowaniu rozwiązania wymaganego przez zamawiającego, ostateczny produkt (szafa RACK) otrzymuje inne oznaczenie katalogowe – inny numer katalogowy.

Dlatego też, zdaniem Izby, gdyby przedmiotem oferty odwołującego było rozwiązanie zgodne z SWZ i OPZ, to odwołujący wpisałby do oferty inny numer katalogowy (z rozszerzeniem 33) a nie jak podał w ofercie (z rozszerzeniem 11).

Różnica ta jest bardzo istotna z punktu widzenia zapotrzebowania zamawiającego i nie może być następnie sanowana na etapie realizacji zamówienia.

Kolejną okolicznością potwierdzającą prawidłowość czynności zamawiającego jest różnica w cenie tych dwóch rodzajów szaf. Jak wynika z dowodu złożonego przez przystępującego (wyliczenia wartości szaf) różnicy podlega cena rozwiązania ze ściankami pełnymi od rozwiązania ze ściankami perforowanymi. Ta druga jest znacznie droższa.

Odwołujący na pytanie Izby nie był w stanie przedstawić dowodu na okoliczność, że w trakcie ofertowania i ustalania ceny ofertowej otrzymał od producenta ofertę na przedmiot zgodny z SWZ i OPZ i na jaką wartość.

Z punktu widzenia rozpoznawanej sprawy, irrelevantne dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania miała okoliczność niewielkiej wartości tego elementu zamówienia, gdyż istotą jest stwierdzenie zaoferowania przez odwołującego przedmiotu oferty niezgodnego z wymaganiami zamawiającego. Wszelkiego rodzaju niejednoznaczne wyjaśnienia własne odwołującego, producenta czy pośredników nie mogą zmienić jednoznacznej treści oferty.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania

(Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: .....