

WYROK

Warszawa, dnia 26 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2024 r. przez Odwołującego wykonawcę FAST GROUP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu, w którym Zamawiającym jest Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy TMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz odrzucenie oferty wykonawcy TMS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ELTRI spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz SIMPLYTECH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczonej przez Odwołującego FAST GROUP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego;

2.2. zasądza od Zamawiającego Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego FAST GROUP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę w wysokości 18 600 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp” lub „Pzp”) postępowanie pn. *Modernizacja systemów zasilania gwarantowanego, klimatyzacji oraz zasilania awaryjnego* o numerze: 00446/WS/PW/PZP-DRZ-WRP/D/2024, (zwane dalej: „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 kwietnia 2024 r. pod numerem 2024/S75 224672-2024.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 26 lipca 2024 r. FAST GROUP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań

zamawiającego:

- a) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę TMS Sp. z o.o., ul. Wiejska 12 lok. 3, 00-490 Warszawa (zwanego dalej „TMS” lub „wykonawca TMS”);
- b) czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- c) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy TMS;
- d) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ELTRI Sp. z o.o., ul. Plażowa 3, 04-666 Warszawa oraz SIMPLYTECH Sp. z o.o., ul. Strażacka 63/65, 04-462 Warszawa (zwanym dalej ELTRI);
- e) zaniechania dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo, że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia, w szczególności oferowane rozwiązanie spełnia wymagania techniczne określone w pkt. 6.1 i 6.2 Opisu przedmiotu zamówienia, a także zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości, proporcjonalności oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- b) art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez TMS, pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w szczególności oferowane rozwiązanie nie spełnia wymagań w zakresie elektronicznego regulatora obrotów, mocy agregatu oraz emisji spalin, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości, proporcjonalności oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- c) art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ELTRI, pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w szczególności oferowane rozwiązanie nie spełnia wymagań w zakresie elektronicznego regulatora obrotów, mocy agregatu oraz emisji spalin, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości, proporcjonalności oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- d) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy TMS, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: aby:

- a) unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy TMS jako najkorzystniejszej,
- b) unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego,
- c) dokonał ponownego badania i oceny ofert,
- d) dokonał odrzucenia oferty złożonej przez TMS oraz ELTRI ze względu na okoliczności wskazane w odwołaniu,
- e) dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, gdyż jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę, bowiem gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to zaniechałby odrzucenia oferty Odwołującego, co skutkowałooby uzyskaniem przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego (najniższa cena oraz najwyższa ocena w ramach kryteriów oceny ofert). Odwołujący posiada także interes w odrzuceniu ofert TMS oraz ELTRI, bowiem ewentualne odrzucenie tych ofert (bez przywrócenia oferty Odwołującego) skutkować będzie unieważnieniem postępowania, a zatem Odwołujący zachowa możliwość uzyskania zamówienia w ramach kolejnego postępowania. Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi w ocenie Odwołującego wystarczającą przesłankę do skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący w odniesieniu do pierwszego z zarzutów wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu oferuje rozwiązanie składające się z co najmniej czterech urządzeń, a nie jak mylnie założył Zamawiający jedynie z dwóch urządzeń. Ponadto podkreślił, że w żadnym miejscu Opisu przedmiotu zamówienia nie narzucono jaką liczbę urządzeń w ramach nowego systemu ma dostarczyć wykonawca. Zamawiający nie wymagał także wskazania w ofercie ilości urządzeń w nowym systemie. Rozwiązanie składające się z czterech urządzeń spełnia wszystkie wymagania techniczne opisane w dokumentach zamówienia.

Przedmiotem zamówienia jest modernizacja systemów zasilenia gwarantowanego, klimatyzacji oraz zasilenia awaryjnego. W ramach przedmiotu zamówienia wykonawca zobowiązany jest m.in. do zrealizowania w trybie zaprojektuj i wybuduj nowego systemu zasilania gwarantowanego UPS dla serwerowni Czerniakowska, a także wykonanie demontażu i utylizacji obecnie zainstalowanego systemu UPS. Wymagania w tym zakresie zostały określone w Rozdziale 6 Opisu przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”:

6. Wymagania dot. dostawy oraz instalacji zasilaczy UPS w serwerowni Czerniakowska

Aktualnie wykorzystywane przez Zamawiającego urządzenia UPS w serwerowni Czerniakowska znajdują się w pkt 4.2.

Wykonawca zrealizuje w trybie zaprojektuj i wybuduj nowy system zasilania gwarantowanego UPS dla serwerowni Czerniakowska oraz dokona demontażu oraz zutylizuje obecnie zainstalowany system UPS.

System gwarantowanego zasilania UPS powinien spełniać następujące wymagania techniczne:

1.urządzenia będące częścią systemu UPS muszą mieć zwartą budowę z modułami mocy (wymaga się dwóch modułów mocy w każdym urządzeniu gwarantowanego zasilania UPS, pracujących w trybie „hot swap”, umożliwiającym wymianę modułu podczas pracy urządzenia) oraz możliwość podłączenia szaf bateryjnych lub zewnętrznych stojaków bateryjnych oraz możliwości współpracy z bateriami zarówno VRLS jak również litowo-jonowymi,

2.musi zapewnić moc wyższą o minimum 30% względem aktualnie eksploatowanych urządzeń.

Odwołujący zaznaczył przy tym, że treść wymagań zacytowanych przez Zamawiającego w decyzji o odrzuceniu oferty jest nieprawidłowa oraz wprowadzająca w błąd. W OPZ nie ma wymagania, aby to każde konkretne urządzenie musiało zapewniać moc wyższą o minimum 30% względem aktualnie eksploatowanych urządzeń. W OPZ jest natomiast wymóg, aby to nowy system (zrealizowany w trybie zaprojektuj i wybuduj) zapewniał moc wyższą o 30% względem aktualnie eksploatowanych urządzeń. Należy także zwrócić uwagę, że w żadnym miejscu OPZ nie narzucono jaką liczbę urządzeń w ramach nowego systemu ma dostarczyć wykonawca, a także jaką moc powinno posiadać jedno urządzenie lub pojedynczy moduł mocy. Podkreślenia wymaga, iż Zamawiający nie wymagał także wskazania w ofercie ilości urządzeń w nowym systemie. Informacja o ilości oferowanych urządzeń nie znajduje się w ofercie żadnego z trzech wykonawców.

W odniesieniu do wskazanych wyżej wymagań, Odwołujący wyjaśnił, iż jego oferta zakłada w ramach nowego systemu dostawę co najmniej czterech urządzeń, a nie jak mylnie założył Zamawiający jedynie dwóch urządzeń. Przedmiotowe założenie Zamawiającego jest błędne i doprowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający przed odrzuceniem oferty powinien przeprowadzić procedurę wyjaśnień, bowiem nie miał jakiegokolwiek podstawy do przyjęcia, iż Odwołujący w ramach nowego systemu dostarczy jedynie dwa urządzenia. Odwołujący podkreśla, iż z uwagi na charakter zamówienia (zaprojektuj i wybuduj) uwzględnił w cenie oferty możliwość dostarczenia także piątego urządzenia.

Odwołujący zaznaczył, że rozwiązanie polegające na dostawie czterech urządzeń Cumulus Power CAB-CP150-E-A0 IM20 jest w pełni zgodne z warunkami zamówienia i gwarantuje spełnienie wszystkich wymagań technicznych, wydajnościowych oraz funkcjonalnych. Odnosząc się do wymagania wskazanego w pkt 6.1 OPZ wskazać należy, że każde oferowane urządzenia wyposażone jest w dwa moduły mocy, ma zwartą budowę z modułami mocy, pracuje w trybie „hot swap”, umożliwia wymianę modułów podczas pracy urządzenia, a także zapewnia możliwość podłączenia szaf bateryjnych lub zewnętrznych stojaków bateryjnych oraz możliwość współpracy z bateriami zarówno VRLS jak również litowo-jonowymi. Odwołujący raz jeszcze podkreśla w dokumentach zamówienia brak jest wymagania narzucającego określoną ilość urządzeń w nowym systemie, czy też mocy samego urządzenia lub pojedynczego modułu. W dokumentach zamówienia znajduje się jedynie wymaganie, aby każde urządzenie wyposażone było w dwa moduły mocy. Wskazane w ofercie urządzenia Cumulus Power CAB-CP150-E-A0 IM20 spełniają przedmiotowe wymaganie tj. wyposażone są w dwa moduły mocy.

Odnosząc się do wymagania pkt 6.2 OPZ wskazać należy, iż Zamawiający wymagał, aby nowy system zapewniał moc wyższą o 30% względem aktualnie eksploatowanych urządzeń. W pkt 4.2 OPZ Zamawiający opisał posiadane urządzenia, w szczególności zamawiający dysponuje dwoma UPS Liebert Nxa 60, każdy o mocy 60kVA. Tym samym, moc urządzeń posiadanych przez Zamawiającego wynosi łącznie 120kVA. Z uzasadnienia odrzucenia wynika, iż Zamawiający zaakceptowałby rozwiązanie o łącznej mocy 156 kVA, czyli rozwiązanie składające się z dwóch urządzeń, każde o mocy 78kVa

i wyposażone w dwa moduły mocy. Natomiast rozwiązanie Odwołującego gwarantuje łączną moc na poziomie 160 kVA i składa się z czterech urządzeń, każde o mocy 40kVA i wyposażone w dwa moduły mocy. Rozwiązanie Odwołującego jest zatem zgodne z pkt 6.2 OPZ tj. moc nowego systemu wynosi 160 kVA i jest ponad 30% wyższa niż aktualna moc wszystkich urządzeń (120 kVA). W celu lepszego zobrazowania Odwołujący przedstawił poniższe zestawienie:

Obecny system:

2 urządzenia, każde o mocy znamionowej 60 kVA, czyli łączna moc systemu 120 kVA

System wskazany przez Zamawiającego jako prawidłowy:

2 urządzenia, każde o mocy znamionowej 78 kVA, czyli łączna moc systemu min. 156 kVA

Oferowany system przez Odwołującego:

4 urządzenia, każde o mocy znamionowej 40 kVA, czyli łączna moc systemu 160 kVA

Odwołujący wskazał, że w pierwszym akapicie uzasadnienia odrzucenia oferty Zamawiający błędnie zacytował wymagania OPZ dotyczące konieczności zapewnienia odpowiedniej mocy.

W dokumentach brak wymagania odnoszącego się do konkretnego urządzenia, to cały nowy system ma zapewniać moc wyższą o minimum 30 % względem aktualnie eksploatowanych urządzeń. Brzmienie wymagania jest w ocenie Odwołującego oczywiste, jedynie z ostrożności wskazuje on, że wszelkie wątpliwości należy rozpatrywać na korzyść wykonawcy. Błąd z pierwszego akapitu skutkował przedstawianiem wadliwych informacji w drugim akapicie, gdzie Zamawiający popróbował przedstawić wymagane parametry. Zamawiający wskazał bowiem, że każde z dwóch urządzeń ma mieć min. 78 kVA, gdzie w rzeczywistości to postawione wymaganie dotyczy całego systemu, który powinien mieć

min. 156 kVA. W trzecim i czwartym akapicie uzasadnienia Zamawiający przedstawia urządzenie zaoferowane przez Odwołującego i stwierdza „oferowany UPS nie może dostarczyć wymaganej przez Zamawiającego mocy w ramach dwóch modułów”. W rzeczywistości w dokumentach zamówienia nigdzie nie wskazano wymaganej mocy dla jednego urządzenia, nie ma więc mowy o stwierdzeniu niezgodności w tym zakresie. Zamawiający wskazał jedynie moc w odniesieniu do całego systemu, a Odwołujący powyżej wykazał spełnienie przedmiotowego wymagania. W ocenie Odwołującego oczywistym jest także, iż stwierdzenie „w ramach dwóch modułów” odnosi się do elementów składowych urządzeń, a nie ilości samych urządzeń. Zresztą najlepsze potwierdzenie takiego rozumienia wynika wprost z akapitu drugiego uzasadnienia („Wymagane jest aby UPS składał się z 2 modułów mocy, co oznacza, że urządzenie powinno składać się z dwóch modułów o mocy”). W akapicie szóstym Zamawiający wskazuje, że jedynie zmiana modelu urządzenia mogłaby doprowadzić do zgodności oferty Odwołującego z dokumentami zamówienia. Twierdzenia Zamawiającego nie są prawdziwe, bowiem Zamawiający w ogóle pominął możliwość zaoferowania większej ilości urządzeń. Odwołujący przypomniał, iż realizacja zamówienia odbywa się w trybie zaprojektuj i wybuduj, a tym samym każdemu z wykonawców pozostawiono zatem dużo swobody w doborze metod i środków do osiągnięcia celów wskazanych w OPZ tj. osiągnięcia wymagań technicznych, funkcjonalności i użytkowych itp.

Odwołujący zwraca także uwagę, iż Zamawiający nie wymagał przedstawienia koncepcji realizacji zamówienia lub innego tego typu dokumentu. Informacja o ilości oferowanych urządzeń nie znajduje się w ofercie żadnego z trzech wykonawców. Zamawiający przed odrzuceniem oferty powinien zatem zweryfikować wszelkie wątpliwości w zakresie oferowanego rozwiązania. Skoro do ustalenia mocy systemu niezbędne jest ustalenie ilości urządzeń wchodzących w skład tego systemu to Zamawiający zdaniem Odwołującego miał obowiązek skierować w tym zakresie stosowne wezwanie do złożenia wyjaśnień, gdyż informacja, iż w skład rozwiązania Odwołującego wchodzi cztery urządzenia rozwiałyby wszelkie wątpliwości dotyczące mocy systemu.

Odwołujący wskazuje także iż niezgodność z warunkami zamówienia musi być jednoznaczna i niewątpliwa. Zamawiający w pkt 6.1 wymagał, aby urządzenie wyposażone było w dwa moduły mocy i niewątpliwie dokładnie takie urządzenie zostało zaoferowane. Natomiast w pkt 6.2 Zamawiający określił moc nowego systemu przez odniesienie do urządzeń obecnie posiadanych, przy czym Zamawiający nie wskazał żadnego konkretnego sposobu obliczenia wymaganej wartości 30%. Zamawiający miał pełne prawo wprowadzić konkretną wartość liczbową (dla całego systemu lub konkretnych urządzeń), co byłoby jednoznaczne i nie budziło wątpliwości, poprzestał jednak na wskazaniu mocy systemu przez odniesienie do aktualnie eksploatowanych urządzeń. Co jednak najważniejsze w ocenie Odwołującego, z wymagania tego nie sposób wyczytać konieczności zaoferowania urządzeń o określonej mocy. Zamawiający nie wskazał mocy i ilości konkretnych urządzeń. Zamawiający poprzestał tylko i wyłącznie na wskazaniu oczekiwanej mocy nowego systemu. Obowiązkiem Zamawiającego jest formułowanie jasnych i jednoznacznych wymagań. Jeśli zatem nawet intencją Zamawiającego było wskazanie na moc jednego urządzenia to powinien to wyraźnie wskazać, a nie umieszczać wymagania odnoszące się do całego systemu. Jak wskazano m.in. w wyroku KIO 2301/13 z dnia 9 października 2013 r.: „Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem dotyczącym zamówień publicznych, z niejasnych i niejednoznacznych postanowień SIWZ nie należy wyprowadzać negatywnych konsekwencji

dla wykonawców. Tym samym należy sformułować postulat, aby przy interpretowaniu postanowień dokumentów przetargowych sporządzanych przez zamawiającego, przyjmować wykładnię względniejszą dla wykonawców usiłujących wypełnić tego typu postanowienia i wynikające z nich wymagania. Ponadto ze względu na zasady ogólne ustawy wyrażone w art. 7 Pzp interpretacja taka nie powinna prowadzić do ograniczania konkurencji w postępowaniu, między innymi właśnie poprzez eliminację wykonawców na podstawie niejasnych postanowień SIWZ". Odwołujący podkreślił, że powyższe stanowisko Izby jest niezmiennie i utrwalone oraz jednolicie przyjmowane w jej orzecznictwie. Również zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów wszelkie wątpliwości na gruncie dokumentacji postępowania interpretowane powinny być na korzyść wykonawcy. Takie stanowisko wyrażono m.in. w:

- wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 2019 r., sygn. akt: IV CSK 363/18: *Jeżeli powstają wątpliwości co do jednoznaczności postanowień SIWZ (a szerzej: dokumentacji zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty), muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Przeciwny wniosek byłby sprzeczny z art. 29 ust. 1 Pzp. W konsekwencji, jeżeli dokumentacja sporządzona przez zamawiającego zawiera nieścisłości, nie jest jednoznaczna, nie można negatywnymi skutkami obciążać oferentów (a więc potencjalnych wykonawców), ale zamawiającego – jako autora tej dokumentacji.*";

- wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 7 marca 2018 r., sygn. akt VIII Ga 102/18:

„Na tle zasady przejrzystości postępowania w doktrynie podkreśla się przy tym z powołaniem na orzecznictwo (...), że zasada przejrzystości postępowania oznacza, iż wszystkie warunki i zasady postępowania przetargowego powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a nadto umożliwi instytucji zamawiającej faktyczne sprawdzenie, czy oferty odpowiadają kryteriom, którym podlega dany przetarg [por.: M. J. w. red. M. J., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2018]. Wyrażona w art. 7 ust. 1 p.z.p. zasada, obecnie formułowana jako zasada przejrzystości, oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji,

a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk.";

- wyroku Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 10 maja 2017 r., sygn. akt VIII Ga 43/17: *Wskazać trzeba, że w nauce prawa, a także w orzecznictwie ugruntowane jest stanowisko zgodnie z którym zamawiający nie może wywodzić negatywnych skutków prawnych dla ubiegającego się o udzielenie zamówienia wykonawcy w postaci odrzucenia jego oferty, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) nie zawiera wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty. Odrzucenie oferty – a w ocenie Sądu także wykluczenie wykonawcy skutkujące uznaniem takiej oferty za odrzuconą – może zatem nastąpić tylko wówczas gdy niezgodność z treścią SIWZ będzie niewątpliwa. Zasadą bowiem powinno być takie interpretowanie i ocenianie ofert wykonawców, aby w ramach przepisów o zamówieniach publicznych w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu.*"

Reasumując, w ocenie Odwołującego jego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, w szczególności oferowany system zapewnia moc wyższą o minimum 30% względem aktualnie eksploatowanych urządzeń, a oferowane urządzenia są wyposażone dokładnie w dwa moduły mocy.

Odnośnie kolejnego zarzutu tj. naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez TMS, pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, Odwołujący podniósł, że oferowane przez tego wykonawcę rozwiązanie nie spełnia wymagań w zakresie elektronicznego regulatora obrotów, mocy agregatu oraz emisji spalin.

Odwołujący wskazał, że na przedmiot zamówienia składa się m.in. dostawa agregatów prądotwórczych - opisanych w Rozdziale 5 SWZ. Zamawiający na stronie 15 OPZ opisał wymagania minimalne dla silnika agregatu, w szczególności Zamawiający wymaga, aby silnik posiadał „elektroniczny regulator obrotów zapewniający stabilizację G3 wg ISO 8528—5”.

Wykonawca TMS zaoferował agregat GSW225I (ALT. LST), którego karta katalogowa została załączona do oferty. W przedmiotowej karcie wprost wskazano, że silnik agregatu posiada mechaniczny regulator obrotów, a nie jak wymagano elektroniczny. Są to rozwiązania zupełnie inne, posiadające zupełnie inne cechy użytkowe oraz sposób działania. Regulator elektroniczny jest to urządzenie, które może sterować prędkością generatora, a jednocześnie regulator elektroniczny może również używać sterownika i siłownika do zmiany dopływu paliwa do pompy wtryskowej zgodnie z otrzymanym sygnałem elektrycznym. Może również automatycznie zwiększać lub zmniejszać prędkość obrotową silnika

w zależności od zmiany obciążenia silnika wysokoprężnego. Regulator elektroniczny jest elektronicznym układem sterowania tyrystorowego obwodu regulującego napięcie. Odgrywa rolę w kontrolowaniu napięcia wyjściowego poprzez zmianę wielkości kąta przewodzenia tyrystora. Do osiągnięcia klasy G3 (wymaga tego zamawiający) konieczny jest

elektroniczny regulator. Regulator mechaniczny zaś to sterownik, który reguluje podawanie paliwa po przez mechaniczne otwarcie lub zamknięcie przepustnicy. Sterowane jest to z wykorzystaniem siły odśrodkowej pobieranej z wału silnika. Przy zbyt niskich obrotach układ sterowniczy (mogą być to wirujące ciężarki, wahadło) po przez układ cięgien otwiera przepustnicę, a przy wysokich obrotach zamyka. System jest dość mocno mechanicznie skomplikowany co powoduje częste usterki i zużywanie się. System ten nie jest zbyt dokładny i ma dużą zwłokę w działaniu.

Tym samym zdaniem Odwołującego, wymaganie Zamawiającego nie jest spełnione, co wynika wprost ze złożonej karty katalogowej. Przedmiotowej niezgodności nie można żaden w sposób wyjaśnić, poprawić, czy też uzupełnić przedmiotowego środka dowodowego.

Odwołujący podkreślił, że dostrzega, iż w karcie katalogowej jako wyposażenie dodatkowe (opcjonalnie) wymieniono możliwość zastosowania elektronicznego regulatora obrotów. Wyraźnie podkreślono, iż jest to element dostępny na dodatkowe zamówienie. Jednak z żadnego dokumentu ofertowego nie wynika, iż elektroniczny regulator obrotów jest elementem oferty TMS. Wręcz przeciwnie oznaczanie modelu zawarte w formularzu ofertowym odnosi się do modelu podstawowego (standardowego). Wykonawca nigdzie nie zaznaczył, iż oferuje model rozbudowany lub wyposażony

w dodatkowe funkcjonalności. Ponadto, w karcie katalogowej elektroniczny regulator obrotów oznaczono kropką, podobnie jak szereg innych elementów które nie są przedmiotem zamówienia np. przyczepa drogowa lub przyczepa do transportu wewnętrznego. Odwołujący odczytał trzeba, że Zamawiający

nie może spekulować, czy oferta wykonawcy jest zgodna z SWZ. Za wyrokami sygn. akt KIO 2082/17

oraz KIO 1567/18 Odwołujący wskazuje, że „(...) z oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty

i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SIWZ.”

Odwołujący podkreśla, iż w karcie katalogowej wyraźnie wskazano, że oferowany sprzęt posiada mechaniczny regulator obrotów oraz jedynie możliwość zastosowania elektronicznego regulatora obrotów. Z dokumentu tego nie sposób wyczytać, aby przedmiotem oferty był elektroniczny regulator obrotów. Odwołujący wskazuje, że błędne przedmiotowe środki dowodowe nie podlegają uzupełnieniu.

W odniesieniu do kwestii mocy agregatów Odwołujący wskazał, że Zamawiający na stronie 14 OPZ opisał wymagania dla agregatu w zakresie mocy tj. Zamawiający wymaga minimum 220 kVA / 176 kW. Przy czym następnie Zamawiający wskazał, iż chodzi o pomiar mocy zgodnie z normą PN-ISO 8528: PRP min. 220 kVA / 176 kW +/- 5%.

5. Wymagania dot. dostawy oraz instalacji agregatu prądotwórczego dla serwerowni Czerniakowska.

Dla zapewnienia awaryjnego zasilania obiektu w przypadku awarii zasilania miejskiej sieci elektroenergetycznej, wymagana jest dostawa oraz instalacja agregatu prądotwórczego, przystosowanego do pracy awaryjnej o mocy minimum 220 kVA / 176 kW. Wymaga się aby agregat prądotwórczy znajdował się w obudowie wyciszonej, odpornej na warunki atmosferyczne.

Wymagane parametry techniczne agregatu prądotwórczego:

» Moc wg PN-ISO 8528: PRP min. 220 kVA / 176 kW +/- 5%

Wykonawca TMS zaoferował agregat GSW225I (ALT. LST), którego karta katalogowa została załączona do oferty. W przedmiotowej karcie wprost wskazano, że moc PRP (znamionowa) agregatu wynosi odpowiednio 204,30 kVA / 163,44 kW. Tym samym, agregat nie spełnia żadnego z dwóch alternatywnych wymagań, co za tym idzie oferta wykonawcy TMS jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zauważyć należy, iż wymóg był w ocenie Odwołującego jednoznaczny tj. Zamawiającemu chodziło o moc PRP, czyli moc znamionową. Wskazana w karcie katalogowej moc maksymalna ESP to parametr inny niż wymagany przez Zamawiającego, co zresztą potwierdza sama treść karty katalogowej wykonawcy TMS:

Definicje (Według standardu ISO8528)

ESP – Moc Maksymalna:

Definiowana jest jako maksymalna moc jaką agregat prądotwórczy jest w stanie dostarczyć w przypadku awarii zasilania sieciowego w określonych warunkach pracy przez maksymalnie 200 godzin w ciągu roku oraz przy zachowaniu okresów serwisowych zalecanych przez producenta. Dopuszczalna średnia moc wyjściowa w ciągu 24 godzin pracy nie przekracza 70% ESP.

PRP - Moc Znamionowa:

Definiowana jest jako maksymalna moc jaką agregat jest w stanie dostarczyć podczas pracy ciągłej pod zmiennym obciążeniem przez nieograniczoną liczbę godzin w ciągu roku w ustalonych warunkach oraz przy zachowaniu okresów serwisowych zalecanych przez producenta. Średnie obciążenie w czasie 24h nie powinno przekroczyć 70% mocy znamionowej. Dopuszczalne jest 10% przeciążenie przez 1 godzinę w ciągu 12 godzin.

Moc znamionowa PRP w rozwiązaniu TMS jest zdecydowanie mniejsza niż wymagana przez Zamawiającego (204.30<220 kVA oraz 163.44<176 kW). Nawet przyjęcie 5% tolerancji niczego w tym zakresie nie zmienia. Tym samym,

wymaganie Zamawiającego nie jest spełnione, co wynika wprost ze złożonej karty katalogowej. Przedmiotowej niezgodności nie można żaden w sposób wyjaśnić, poprawić, czy też uzupełnić przedmiotowego środka dowodowego.

W odniesieniu do kwestii związanej z emisją spalin, Odwołujący wskazał, że Zamawiający na stronie 15 OPZ opisał wymagania minimalne dla silnika agregatu, w szczególności Zamawiający wymagał, aby silnik posiadał normy referencyjne zgodne z aktualną dyrektywą EPA i Unii Europejskiej w tym EURO STAGE V.

Minimalne wymagania dotyczące silnika (parametry do oceny równoważności):

1. Moc znamionowa PRP nie mniej niż 180 kw,

2. Elektroniczny regulator obrotów zapewniający stabilizację częstotliwości G3 wg ISO8528-5,

(...)

7. Norma emisji spalin: normy referencyjne zgodne z aktualną dyrektywą EPA i Unii Europejskiej w tym EURO STAGE V

Wykonawca TMS zaferował agregat GSW225I (ALT. LST), którego karta katalogowa została załączona do oferty. W przedmiotowej karcie wprost wskazano, że silnik agregatu (NEF67TM7 200 kVA) nie posiada żadnego certyfikatu emisji.

Odwołujący wskazał, że silnik zaoferowanego agregatu nie spełnia żadnych wymogów dot. emisji spalin, w szczególności norm referencyjnych wskazanych w powyżej przywołanych zapisach OPZ. Przedmiotowe twierdzenie Odwołujący opiera przede wszystkim na informacjach uzyskanych od oficjalnego dystrybutora sprzętu, który potwierdził, że silnik NEF67TM7 200 kVA jest sprzedawany jako nieregulowany tj. nie mający żadnych limitów emisji (UNREGULATED No Emission Limits) oraz nie jest zgodny z normą STAGE V. Oficjalny dystrybutor potwierdził zatem że według aktualnych przepisów silnik ten nie spełnia żadnych norm emisji. Może on być montowany tylko i wyłącznie w zespołach agregatowych stacjonarnych, czyli zgodnych z zastosowaniem w przedmiotowym przetargu. Natomiast norma wymagana przez Zamawiającego (STAGE V) jest wymagana maszyn i agregatów mobilnych. Zamawiający jednak postawił wymóg STAGE V – być może z uwagi na późniejsza możliwość przerobienia agregatu na mobilny (wystarczy zamocować go na specjalnie wyprodukowanej przyczepce). Nie ma więc możliwości, aby rozwiązanie oferowane przez Odwołującego było zgodne z normą STAGE V (nie może być użytkowane jak agregat mobilny). Odwołujący zwrócił uwagę, iż w trakcie wizji lokalnej Zamawiający poinformował, że spełnienia przedmiotowej normy ma zabezpieczać jego interesy na przyszłość. Ponadto, nie jest to wymaganie nowe i było już stawiane przez Zamawiającego w ramach poprzednich postępowań. Tym samym, wymaganie Zamawiającego nie jest spełnione. Przedmiotowej niezgodności nie można żaden w sposób wyjaśnić, poprawić, czy też uzupełnić przedmiotowego środka dowodowego. Przedmiotowa niezgodność jest jednoznaczna tzn. Zamawiający wymagał zgodności normą STAGE V, a rozwiązanie wykonawcy TMS nie jest z tą normą zgodne.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W wyroku z dnia 8 maja 2013 r., XII Ga 186/13, Sąd Okręgowy w Gdańsku zwrócił uwagę na kwestię treści oferty: oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji. Na gruncie przepisów ustawy Pzp treść oferty to oświadczenie woli wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym, stanowiące jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. W orzecznictwie przez pojęcie treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (zob. wyrok z dnia 10 października 2011 r., KIO 2345/11).

Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02 grudnia 2019 r., KIO 2320/19 wskazać należy, że „Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określönemu w SIWZ bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi o takie wymagania SIWZ, które dotyczą sposobu opisanie, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy”.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 października 2019 r. KIO 1929/19 podkreślono zaś, że: „Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanemu przez zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Niezgodność treści oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na zastrzeżenie obowiązku zamawiającego polegającego na poprawieniu oferty, zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowiącym, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na

niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Rzeczona niezgodność oferty dotyczyć powinna sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ELTRI, pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w szczególności oferowane rozwiązanie nie spełnia wymagań w zakresie elektronicznego regulatora obrotów, mocy agregatu oraz emisji spalin Odwołujący wskazał, że wykonawca ELTRI zaoferował dokładnie taki sam agregat, co wykonawca TMS. Wykonawca ELTRI przedstawił również dokładnie taką samą kartę katalogową agregatu, co wykonawca TMS. Karta katalogowa zawiera takie same parametry oraz informacje. Tym samym, Odwołujący podtrzymał w całości uzasadnienie przedstawione w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty TMS w zakresie elektronicznego regulatora obrotów, mocy agregatu oraz emisji spalin jako mające pełne przełożenie również na niniejszy zarzut dotyczący oferty ELTRI.

Odnosząc się do zarzutu bezpodstawnego wyboru oferty TMS jako najkorzystniejszej, przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości, Odwołujący zaznaczył, że jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza: „Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 pzp [obecnie – art. 16 ust. 1 ustawy Pzp] mają charakter niesamoistny, gdyż sprowadza się do wskazania, że do naruszenia tych przepisów doszło w związku z innymi podniesionymi zarzutami. Oznacza to, że zarzuty te nie wymagały odrębnego rozpoznania, gdyż nie wskazują żadnych odrębnych okoliczności” (wyrok z dnia 07 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1573/15). Również zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, w okolicznościach niniejszej sprawy, również nie ma charakteru samoistnego, lecz wynika z faktu konieczności przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert. Tym samym, Odwołujący wskazał, że uchybienia przedstawione powyżej w uzasadnieniu odwołania oraz zasadność wskazanego uzasadnienia do podniesionych zarzutów determinują konieczność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz – po przeprowadzeniu ponownego badania, uwzględniającego ww. czynności – dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym, zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp również nie wymaga odrębnego uzasadnienia, lecz jego zasadność wynika z potwierdzenia przez Izbę co najmniej jednej okoliczności spornej, rozstrzyganej w toku postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, zaś zgodnie z ust. 2 powołanego przepisu najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, oferty złożone przez wykonawców TMS oraz ELTRI powinny zostać odrzucone przez Zamawiającego, a oferta Odwołującego nie powinna podlegać odrzuceniu, Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą i jednocześnie jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca TMS sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. W dniu 22 sierpnia 2024 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył pismo procesowe razem z załącznikami, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości

W dniu 22 sierpnia 2024 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości, jako całkowicie bezzasadnego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę TMS sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej jako: „przystępujący”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła co następuje

Pkt 5 Opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) posiadał w swojej treści m. in. poniższe zapisy:

5. Wymagania dot. dostawy oraz instalacji agregatu prądotwórczego dla serwerowni Czerniakowska

Wymagane parametry techniczne agregatu prądotwórczego:

» Moc wg PN-ISO 8528: PRP min. 220 kVA / 176 kW +/- 5%

Minimalne wymagania dotyczące silnika (parametry do oceny równoważności):

1. Moc znamionowa PRP nie mniej niż 180 kW,

2. Elektroniczny regulator obrotów zapewniający stabilizację częstotliwości G3 wg ISO8528-5,

(...)

7. Norma emisji spalin: normy referencyjne zgodne z aktualną dyrektywą EPA i Unii Europejskiej w tym EURO STAGE V,

Pkt 6 Opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) posiadał w swojej treści m. in. poniższe zapisy:

6. Wymagania dot. dostawy oraz instalacji zasilaczy UPS w serwerowni Czerniakowska

Aktualnie wykorzystywane przez Zamawiającego urządzenia UPS w serwerowni Czerniakowska znajdują się w pkt 4.2.

Wykonawca zrealizuje w trybie zaprojektuj i wybuduj nowy system zasilania gwarantowanego UPS dla serwerowni Czerniakowska oraz dokona demontażu oraz zutylizuje obecnie zainstalowany system UPS.

System gwarantowanego zasilania UPS powinien spełniać następujące wymagania techniczne:

1. urządzenia będące częścią systemu UPS muszą mieć zwartą budowę z modułami mocy (wymaga się dwóch modułów mocy w każdym urządzeniu gwarantowanego zasilania UPS, pracujących w trybie „hot swap”, umożliwiającym wymianę modułu podczas pracy urządzenia) oraz możliwość podłączenia szaf bateryjnych lub zewnętrznych stojaków bateryjnych oraz możliwości współpracy z bateriami zarówno VRLS jak również litowo-jonowymi,

2. musi zapewnić moc wyższą o minimum 30% względem aktualnie eksploatowanych urządzeń,

3. musi przystosowany do pracy równoległej oraz zapewniający pełną redundancję na poziomie urządzeń UPS (n + 1),

4. urządzenia będące częścią systemu UPS muszą charakteryzować się możliwie najlepszą sprawnością energetyczną (wymóg minimum to: 97% w trybie przetwarzania (Sprawność musi zostać potwierdzona na etapie przetargu przedłożeniem raportu niezależnych instytucji takich jak TUV (Technischer Uberwachungsverein) lub VDE (Verband der Elektrotechnik) lub UL Enterprise (Safety Organization);

99% w trybie przełączenia prostownika i pracy falownikowej dla odbiorów jak i ładowania baterii

w optymalnym punkcie pracy, norma IEC 62040-3 klasa 1 (Sprawność musi zostać potwierdzona na etapie przetargu przedłożeniem raportu niezależnych instytucji takich jak TUV lub VDE lub UL Enterprise;

99% w trybie ekonomicznym Eco w optymalnym punkcie pracy),

5. urządzenia będące częścią systemu UPS muszą być wyposażone sterownik obsługujący język polski oraz do którego dostęp zabezpieczony jest hasłem.

6. urządzenia będące częścią systemu UPS muszą posiadać oznaczenie CE oraz spełniać zapisy dyrektyw 73/23, 93/68, 89/336, 92/31, 93/68 i być skonstruowanymi i wykonanymi zgodnie

z następującymi normami:

1. EN 62040-1 „Systemy bezprzerwowego zasilania (UPS). Część 1-2: Wymagania ogólne i wymagania dotyczące bezpieczeństwa UPS stosowanych w miejscach o ograniczonym dostępie.”,

2. EN 62040-2 „Systemy bezprzerwowego zasilania (UPS) Część 2: Wymagania dotyczące kompatybilności elektromagnetycznej (EMC).”,

3. EN 62040-3 „Systemy bezprzerwowego zasilania (UPS) Część 3: Metoda określania właściwości i wymagania dotyczące badań (oryg.).

W ramach wyjaśnień treści SWZ dnia 7 maja 2024 r. Zamawiający udzielił m.in. następujących wyjaśnień:

Pytanie nr 7:

Na chwilę obecną są UPS o mocy 60kVA pracujące w systemie równoległym. Zamawiający wymaga dostawy nowych UPSów o mocy modułowej. Proszę o określenie mocy nowych zasilaczy UPS.

Odpowiedź na pytanie nr 7

Zamawiający wyjaśnia, że w pkt. 6. OPZ dot. zasilania gwarantowanego UPS wskazał w sposób jednoznaczny jaki zapas mocy względem obecnie posiadanych urządzeń mają mieć nowe urządzenia. Pełne zestawienie posiadanych urządzeń znajduje się natomiast w pkt. 4 OPZ.

W postępowaniu złożone zostały trzy oferty:

1. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ELTRI Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz SIMPLYTECH Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie

2. TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - Przystępujący - oraz

3. Fast Group sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - Odwołujący

W dniu 16 lipca 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego TMS, natomiast oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał:

Zgodnie z punktem 6.1 i 6.2 Opisu Przedmiotu Zamówienia Zamawiający wymagał, aby system gwarantowanego zasilania UPS spełniał następujące wymagania techniczne:

- urządzenia będące częścią systemu UPS muszą mieć zwartą budowę z modułami mocy (wymaga się dwóch modułów mocy w każdym urządzeniu gwarantowanego zasilania UPS, pracujących w trybie „hot swap”, umożliwiającym wymianę modułu podczas pracy urządzenia) oraz możliwość podłączenia szaf bateryjnych lub zewnętrznych stojaków bateryjnych oraz możliwość współpracy z bateriami zarówno VRLS jak również litowo-jonowymi;

- urządzenie musi zapewnić moc wyższą o minimum 30% względem aktualnie eksploatowanych urządzeń.

W punkcie 4.2 Opisu Przedmiotu Zamówienia (w Tabeli 3 o nazwie „Zestawienie istniejących urządzeń pasywnych w serwerowni Czerniakowska” Zamawiający w poz. 11 i 14 wskazał nazwę sprzętu UPS Liebert Nxa 60 (moc 60kVA)

Zatem oferowane jednostki powinny charakteryzować się mocą znamionową min. 78kVA (30% więcej). Wymagane jest aby UPS składał się z 2 modułów mocy, co oznacza, że urządzenie powinno składać się z dwóch modułów o mocy nie mniejszej niż 39kVA każdy.

W karcie katalogowej dostarczonej przez Wykonawcę na stronie nr 5 zaznaczony jest oferowany model UPS CAB-CP150-E-A0. W czwartym wierszu tabeli podane są moce pojedynczego modułu – 10, 20 lub 25kVA. Oznacza to, że oferowany UPS nie może dostarczyć wymaganej przez Zamawiającego mocy w ramach dwóch modułów.

W formularzu cenowym w kolumnie o nazwie „model wraz z oznaczeniem katalogowym dla modułu/komponentu składowego systemu” Wykonawca Fast Group sp. z o.o. wpisał nazwę Cumulus Power CAB-CP150-E-A0 IM20. Oznacza to, iż przy zastosowaniu tego rodzaju modułów dla zapewnienia wymaganej mocy należy zastosować 4 moduły IM20 o łącznej mocy 80kVA (Zamawiający wymagał dwóch modułów).

Zatem jest niezrozumiałe dlaczego Wykonawca zaproponował model UPS CAB-CP150-E-A0 IM20.

Biorąc pod uwagę powyższe, treść oferty jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w OPZ w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.

Powyższa sprzeczność oferty z warunkami zamówienia jako istotna treść oferty jest nieusuwalna i w takim przypadku brak jest podstaw zastosowania wezwania do wyjaśnień oraz uzupełnienia. Należy podkreślić, że treści złożonej oferty, nie można zmienić po otwarciu ofert, gdyż prowadziłoby to do niedozwolonych negocjacji. Zapytanie do Wykonawcy prowadziłoby do kształtowania oferty na nowo, a nie do wyjaśnień, tj.: do zmiany jej treści (poprawienia elementu, który stanowi treść oferty, jakim niewątpliwie jest model UPS o innej mocy). Wykonawca miałby dowolność w kształtowaniu oferty na nowo, co narusza zasady postępowania opisane w art. 16 ustawy Pzp i prowadziłoby do niedozwolonych negocjacji treści oferty naruszających art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp („Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści”).

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

- art. 239 ust. 1 Pzp – Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.;

- art. 16 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca zobowiązał więc Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi

w warunkach zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego są postanowienia w nich zawarte, w których zostały jasno i przejrzysto wyrażone oczekiwania zamawiającego. Wobec powyższego, w pierwszej kolejności należy odnieść się do postanowień w nich zawartych, w których zamawiający określił stawiane wykonawcom wymagania, z uwzględnieniem wszelkich modyfikacji treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ). Pamiętać bowiem należy, że wykonawca składając ofertę nie może domyślać się co Zamawiający miał na myśli opisując przedmiot zamówienia, lecz winien przygotować ofertę w sposób spełniający wszystkie warunki zamówienia. Za niedopuszczalne należy uznać twierdzenie o niezgodności oferty wykonawcy na podstawie niezawartych w treści warunków zamówienia wymagań lub subiektywnej, rozszerzającej interpretacji ich zapisów jak również dokonanie oceny oferty przez pryzmat oczekiwań nieznajdujących odzwierciedlenia w warunkach zamówienia. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę, opiera się na dosłownym brzmieniu postanowień w nich zawartych. Podkreślić należy, że zamawiający aby odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia, które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20).

Przekładając powyższe rozważania na stan faktyczny zaistniały w rozpoznawanej sprawie w pierwszej kolejności uznać należy, że na uwzględnienie zasługiwał zarzut odnoszący się do odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego. Podstawę dla tej czynności stanowiły bowiem warunki, które nie zostały w sposób jednoznaczny i precyzyjny określone przez Zamawiającego w warunkach zamówienia. Co więcej w informacji o odrzuceniu Zamawiający przywołał zapisy, których próżno doszukiwać się w dokumentacji postępowania, wskazujące że *urządzenie musi zapewnić moc wyższą o minimum 30% względem aktualnie eksploatowanych urządzeń*. Tymczasem literalne brzmienie pkt 6.2 OPZ nie odnosi się do urządzeń, tak jak ma to miejsce w przypadku punktów 6.1, 6.4, 6.5 czy 6.6, które bezpośrednio wskazują na wymogi w odniesieniu do urządzeń będących częścią systemu UPS, lecz referuje do wymagań stawianych systemowi gwarantowanego zasilania UPS. Niezasadne jest zatem kwestionowanie zaoferowanego przez Odwołującego modelu UPS Cumulus Power CAB-CP150-E-A0 IM20 jako niespełniającego warunków zamówienia, w sytuacji w której wymogi będące podstawą odrzucenia nie odnosiły się do konkretnego modelu urządzenia, lecz całości systemu mającego powstać z ich wykorzystaniem. Jak słusznie podniósł Odwołujący, w dokumentach zamówienia brak jest wymagania narzucającego określoną ilość urządzeń w nowym systemie, czy też mocy samego urządzenia lub pojedynczego modułu. Tym samym odrzucenie oferty dokonane w oparciu o warunek, który nie został postawiony w dokumentacji zamówienia należy uznać za dokonane z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp w zw. z art. 16 Pzp.

W dalszej kolejności należy wskazać, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego warunki zamówienia w żadnym punkcie nie wskazywały, iż nowo powstały w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia system miały tworzyć wyłącznie dwie jednostki składające się z dwóch modułów każda. Bezpodstawne jest zatem twierdzenie Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, jakoby oczywistym było, że oferowana architektura nowego systemu powinna składać się z dwóch jednostek, a więc w dokładnie takim samym modelu i architekturze jaki jest obecnie wykorzystywany. Za potwierdzenie takiego wymogu nie sposób uznać przywoływanego przez Zamawiającego zamieszczenia w dokumentacji zestawienia istniejących urządzeń pasywnych w

serwerowni, która miała zostać poddana modernizacji. Zamawiający w żadnym z punktów dokumentacji nie wskazał, iż zestawienie to ma zostać odwzorowane w ramach nowo tworzonego systemu zasilania czy też stanowić rozwiązanie wzorcowe czy też referencyjne. Twierdzenia zatem Zamawiającego jakoby jego wymogiem było aby nowy system składał się z takiej samej ilości urządzeń jak posiadane obecnie, należy na obecnym etapie uznać za oczekiwania Zamawiającego, które nie zostały jednak wyrażone w dokumentacji postępowania, a która była wiążąca dla wykonawców i która stanowi podstawę do oceny zgodności zaoferowanego rozwiązania. Tym samym nie mogą one stanowić podstawy do stawiania dodatkowych warunków na etapie oceny ofert i wyciągania wobec wykonawców negatywnych konsekwencji ich niespełnienia. Podkreślenia wymaga przy tym fakt, iż zgodnie z zapisami pkt 6 OPZ wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia w trybie zaprojektuj i wybuduj nowy system zasilania gwarantowanego UPS oraz dokona demontażu i zutylizuje obecnie zainstalowany system UPS. Zamawiający pozostawił zatem wykonawcom biorącym udział w postępowaniu zadanie opracowania projektu systemu zasilania wskazując jedynie ogólne założenia określone w pkt 6 OPZ, wśród których próżno doszukiwać się wskazania na konkretną ilość urządzeń gwarantowanego zasilania UPS, która ma być dostarczona w ramach realizacji nowego systemu zasilania UPS. Niezrozumiałe jest wobec powyższego twierdzenie Zamawiającego, iż rozwiązanie przewidujące 4 takie urządzenia, każde zawierające 2 moduły jest niewłaściwe i niezgodne z OPZ. Zamawiający potwierdził przy tym w odpowiedzi na odwołanie, że realizacja pod względem technologicznym przedmiotu umowy w takim modelu jest możliwa, wskazując przy tym jednocześnie że w ocenie Zamawiającego jest to model bardziej kosztowny oraz wiążący się z koniecznością zajęcia większej przestrzeni. W świetle powyższego w ocenie Izby decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego była niezasadna, a odwołanie w tym zakresie zasługiwało na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutu niezgodności oferty przystępującego z warunkami zamówienia w zakresie zaoferowanego urządzenia agregatu GSW225J Izba w pierwszej kolejności wzięła pod uwagę podniesione przez Odwołującego okoliczności odnoszące się do elektronicznego regulatora obrotów, uznając iż Odwołujący nie wykazał występowania niezgodności w tym zakresie w sposób oczywisty i niewątpliwy. W szczególności nie znalazły potwierdzenia w treści oferty oraz przedłożonych przez Odwołującego dowodach twierdzenia jakoby niezgodność ta wprost wynikała z treści złożonej przez Przystępującego karty katalogowej. Co więcej sam Odwołujący wskazał, że w przedmiotowej karcie katalogowej tego urządzenia jako wyposażenie dodatkowe (jako opcję) wymieniono możliwość zastosowania elektronicznego regulatora obrotów. Treść karty nie zawiera wskazywanego przez Odwołującego wyraźnego podkreślenia, że element ten jest dostępny na dodatkowe zamówienia. Ponadto poza ogólnymi twierdzeniami Odwołujący nie wykazał, aby model podstawowy (standardowy) miał mieć odmienne oznakowanie aniżeli model wyposażony w funkcjonalność obejmującą elektroniczny regulator obrotów. W tym zakresie Izba uznała za wiarygodne twierdzenia Przystępującego, iż w przedmiotowym postępowaniu zostało zaoferowane urządzenie wyposażone w elektroniczny regulator obrotów oraz przedłożone przez niego dowody w postaci oświadczenia producenta agregatu z dnia 22 sierpnia 2024 r., potwierdzającego stanowisko przystępującego, jak również wskazujące że zastosowanie elektronicznego regulatora obrotów nie powoduje zmiany oznaczenia modelu. Odwołujący swoje twierdzenie o braku zaoferowania tego elementu wyposażenia opierał wyłącznie na fakcie braku oznaczenia w ofercie Przystępującego, iż oferowany jest model nazywany przez Odwołującego „rozbudowanym”, a także na własnej interpretacji oznaczenia tego elementu w karcie katalogowej kropką. W świetle powyższego, a także w związku z zasadą kontradyktoryjności oraz ciężącym na Odwołującym ciężar dowodowy w zakresie podnoszonych zarzutów, Izba uznała że podnoszone przez Odwołującego niezgodności w zakresie tego elementu nie zostały wykazane oraz udowodnione, a w konsekwencji nie mogły stanowić podstawy do uwzględnienia zarzutu w tym zakresie.

W ocenie Izby na uwzględnienie zasługiwał zarzut w zakresie podnoszonej przez Odwołującego niezgodności oferty Przystępującego odnoszącej się do mocy agregatu. Izba ustaliła, zgodnie z treścią Rozdziału 5 OPZ Zamawiający w części zatytułowanej *Wymagane parametry techniczne agregatu prądotwórczego* wskazał w pierwszym tirecie *Moc wg PN-ISO 8528: PRP min. 220kVA/176 kW +/- 5%* Wymaganie to, pomimo twierdzeń Zamawiającego podnoszonych w złożonej odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy było w ocenie Izby precyzyjne i jednoznaczne. Wymóg w zakresie tego parametru zawiera wprost odwołanie do skonkretyzowanej normy branżowej, której treść zawiera jednoznaczną definicję mocy PRP (moc znamionowa agregatu), jak również jednoznaczne odróżnienie od mocy ESP (moc maksymalna agregatu), która również została w tejże normie zdefiniowana.

Zgodnie z treścią ww. normy moc ESP – Moc Maksymalna definiowana jest jako *maksymalna moc jaką agregat prądotwórczy jest w stanie dostarczyć w przypadku awarii zasilania sieciowego w określonych warunkach pracy przez maksymalnie 200 godzin w ciągu roku oraz przy zachowaniu okresów serwisowych zalecanych przez producenta. Dopuszczalna średnia moc wyjściowa w ciągu*

24 godzin pracy nie przekracza 70% ESP.

Z kolei moc PRP - Moc Znamionowa definiowana jest jako *maksymalna moc jaką agregat jest w stanie dostarczyć podczas pracy ciągłej pod zmiennym obciążeniem przez nieograniczoną liczbę godzin w ciągu roku w ustalonych warunkach oraz przy zachowaniu okresów serwisowych zalecanych przez producenta. Średnie obciążenie w czasie 24h nie powinno przekroczyć 70% mocy znamionowej. Dopuszczalne jest 10% przeciążenie przez 1 godzinę w ciągu 12 godzin.*

W treści OPZ wskazana została zatem w sposób skonkretyzowany i jednoznaczny wymagana moc agregatu tak w zakresie jej rodzaju (moc PRP), jak i konkretnych wartości (min. 220kVA/176 kW +/- 5%). Tymczasem z treści złożonej karty katalogowej zaoferowanego przez Przystępującego agregatu wprost wynika, iż jego moc znamionowa PRP wynosi 204,30 kVA/163,44 kW. Tym samym nawet przy uwzględnieniu dopuszczalnej tolerancji należy w sposób niebudzący wątpliwości stwierdzić,

że ze złożonego przez Przystępującego przedmiotowego środka dowodowego w postaci karty katalogowej w sposób jednoznaczny wynika niezgodność zaoferowanego urządzenia z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w OPZ. Za bezzasadne w świetle powyższego uznała Izba podnoszone przez Przystępującego twierdzenia, jakoby treść OPZ w tym zakresie była niejasna i niejednoznaczna,

gdyż pozostałe zapisy OPZ wskazywały, iż wymóg dotyczył mocy ESP z uwagi na funkcję i przeznaczenie oferowanego agregatu oraz posługiwanie się w innych miejscach OPZ pojęciami mocy awaryjnej. Twierdzenia takie stanowią bowiem wyłącznie interpretację zapisów OPZ, które w żaden sposób

nie zaprzeczają ani nie podważają wymogu postawionego przez Zamawiającego w ramach mocy PRP. Za bezpodstawne uznała również Izba twierdzenia Zamawiającego, iż w zakresie przedmiotowego wymogu zapis ten należy traktować jako omyłkę pisarską w kontekście wymagań dotyczących trybu pracy agregatu (praca awaryjna w przypadku awarii zasilania z sieci) oraz sprzeczności z wymaganiami

w zakresie mocy agregatu w pozostałych punktach OPZ tj. Pkt 3.3 oraz pkt 5. W ocenie Izby zapis

w zakresie postawionego wymogu jest jasny, odwołuje się do istniejących parametrów i nie stoi

w sprzeczności z przewidywanym w przywoływanych punktach trybem pracy agregatu. Izba potraktowała tym samym argumentację Zamawiającego w tym zakresie jako przygotowaną wyłącznie na potrzeby toczącego się postępowania odwoławczego. Argumentacja odwołującego w związku z tym, nie mogła doprowadzić do podważenia przedmiotowego zarzutu i Izba uznała zarzut w tym zakresie za zasadny

i zasługujący na uwzględnienie.

W zakresie dotyczącym niezgodności oferty przystępującego z warunkami zamówienia w zakresie zgodności z normą emisji spalin STAGE V, Izba nie dopatrzyła się powodów uzasadniających jego uwzględnienie. W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że wbrew stanowisku Odwołującego, z treści dokumentacji postępowania i obowiązujących przepisów w przedmiotowym zakresie nie wynikało,

że oferowane urządzenie podlega regulacjom w zakresie normy STAGE V. Izba uznała w tym zakresie

za zasadną argumentację podnoszoną przez Przystępującego wskazującą na zakres stosowania Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1628 z dnia 14 września 2016 r. w sprawie wymogów dotyczących wartości granicznych emisji zanieczyszczeń gazowych i pyłowych

oraz homologacji typu w odniesieniu do silników spalinowych wewnętrznego spalania przeznaczonych do maszyn mobilnych nieporuszających się po drogach, zmieniające rozporządzenia (UE) nr 1024/2012

i (UE) nr 167/2013 oraz zmieniające i uchylające dyrektywę 97/68/WE (Dz.U. L 252 z 16.9.2016,

p. 53–117). Z treści art. 2 lit. d) ww. rozporządzenia wynika, iż jego regulacje nie mają zastosowania

do silników przeznaczonych do maszyn stacjonarnych, a takie jest przeznaczenie silnika zastosowanego w oferowanym przez przystępującego agregacie. Okoliczności te potwierdził zresztą sam Odwołujący wskazując na informacje uzyskane od oficjalnego dystrybutora, zgodnie z którymi oferowane przez przystępującego urządzenie sprzedawane jest jako nieregulowane i mogące być montowane wyłącznie w zespołach agregatowych stacjonarnych. Odwołujący nie wykazał i nie udowodnił, aby przedmiotowe urządzenie podlegało referencyjnym regulacjom w zakresie emisji spalin, w tym w szczególności wymogom normy STAGE V. Jedyne twierdzenie w tym zakresie oparte zostało na przypuszczeniu Odwołującego odnośnie ewentualnego, przyszłego zastosowania agregatu w charakterze urządzenia mobilnego. Przypuszczenie to nie znajduje jednak swojego odzwierciedlenia i nie wynika jednoznacznie

z treści wymagań postawionych przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania. Tym samym należało uznać że norma STAGE V nie jest wymagana zgodnie z przepisami mającymi zastosowanie

w postępowaniu dla oferowanego elementu urządzenia, a dodatkowo taki obowiązek nie wynikał

z dokumentacji postępowania. W związku z powyższym w tym zakresie nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w odniesieniu do oferty przystępującego.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z

naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ELTRI Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz SIMPLYTECH Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, mając na uwadze fakt, iż wykonawca ten zaoferował analogiczne urządzenie tj. agregat GSW225l oraz przedstawił analogiczne przedmiotowe środki dowodowe w postaci karty katalogowej urządzenia zawierające jednakowe informacje, Izba w całości podtrzymuje wcześniejsze rozważania dotyczące rzeczonego urządzenia i również w tym zakresie uwzględnia zarzut odwołania

W konsekwencji, uwzględnieniu podlegał również zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, który w ocenie składu orzekającego miał charakter wynikowy i pomocniczy w stosunku do pozostałych zarzutów.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 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 od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego uzasadnione koszty postępowania obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika – na podstawie faktury złożonej na rozprawie.

Przewodniczący:.....