

Sygn. akt: KIO 2389/23

WYROK
z dnia 4 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę **Fast Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie** przy udziale wykonawcy **TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2389/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę, montaż i uruchomienie jednostek modułowych UPS z szafami bateryjnymi oraz wykonanie systemu monitorującego parametry nowych jednostek modułowych UPS w siedzibie Centrali ZUS* (znak postępowania: 993200/271/32/2022).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 listopada 2022 r. pod numerem nr 2022/S 229-661527.

W dniu 11 sierpnia 2023 r. wykonawca Fast Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że Odwołujący złożył przedmiotowy środek dowodowy potwierdzający spełnienie wymagań określonych w Lp. 41 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowne oraz treść oferty Odwołującego w zakresie wymagania określonego w Lp. 41 jest zgodna z warunkami zamówienia;
2. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, pomimo że oferta Odwołującego spełnia parametr minimalny dla pkt. 58 Minimalnych parametrów technicznych urządzeń zawartych w Załączniku nr 2 pt.: „Opis przedmiotu zamówienia” do Projektowanych postanowień Umowy stanowiących załącznik nr 2 do SWZ;
3. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że zaoferowane przez Odwołującego urządzenie spełnia wymagania określone w pkt. 35 Minimalnych parametrów technicznych urządzeń, zawartych w Załączniku nr 2 pt.: „Opis przedmiotu zamówienia” do Projektowanych postanowień Umowy stanowiących załącznik nr 2 do SWZ;
4. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5), art. 226 ust. 1 pkt 8), w związku z art. 224 ust. 6. ustawy Pzp, pomimo że treść oferty Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia, a ponadto nie zawiera rażąco niskiej ceny ani kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponadto Odwołujący, w wyznaczonym terminie, udzielił wyjaśnień odnoszących

się do złożonej oferty, a złożone wyjaśnienia wraz

z dowodami uzasadniają podaną w ofercie cenę;

5. 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, oraz zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości;

6. zarzut ewentualny stawiany z ostrożności procesowej, tj. zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę TMS, pomimo, że jej treść jest niezgodna

z warunkami zamówienia, z uwagi na okoliczności opisane w uzasadnieniu odwołania, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji

i równego traktowania wykonawców;

7. zarzut ewentualny stawiany z ostrożności procesowej, tj. zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 223 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą TMS negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz poprzez dokonanie przez Zamawiającego poprawienia w ofercie wykonawcy TMS innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia mimo braku podstaw do dokonania takiej poprawki, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

8. zarzut ewentualny stawiany z ostrożności procesowej, tj. zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo że wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia wyboru oferty złożonej przez TMS jako najkorzystniejszej oferty,
- b) unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego,
- c) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- d) dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Z ostrożności procesowej i wyłącznie na wypadek gdyby Izba uznała, że oferta Odwołującego została zasadnie odrzucona przez Zamawiającego, Odwołujący wniósł

o nakazanie Zamawiającemu:

- e) unieważnienia czynności poprawienia w ofercie wykonawcy TMS innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, dokonanej w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp,
- f) odrzucenia oferty złożonej przez TMS na podstawie i z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania,
- g) unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1. *petitum* odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, przekazanej Odwołującemu 04.08.2023 r., wskazał cztery powody odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący załącza powyższą informację do niniejszego odwołania, chcąc uniknąć niepotrzebnego cytowania jej treści. Jako pierwszy powód odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał to, że rzekomo Odwołujący nie złożył przedmiotowego środka dowodowego wskazującego na spełnienie wymagań określonych w Lp. 41 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowne, oraz to, że rzekomo treść oferty Odwołującego w zakresie wymagania określonego w Lp. 41 jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący nie zgadza się z powyższym stanowiskiem Zamawiającego

a zawarte w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego uznaje za kompletnie chybione i niezgodne ze stanem faktycznym sprawy.

Odwołujący wskazał, iż nieprawdą jest, że w odpowiedzi z dnia 1.06.2023 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 18.05.2023 r. Odwołujący oświadczył jedynie, że szafa posiada deklarację właściwości użytkowych oraz oznaczenie CE. Odwołujący zacytował treść wyjaśnień. Uzasadniał, że wyraźnie i wprost oświadczył w swoich wyjaśnieniach, że całe wymaganie przytoczone w wezwaniu jest spełnione, czyli potwierdził, że obudowa szafy wykonana jest z materiału utrudniającego rozprzestrzeniania się ognia na sąsiednie szafy bateryjne. Dodatkowe wskazanie w wyjaśnieniach Odwołującego, że szafa posiada deklarację właściwości użytkowych oraz oznaczenie CE, wynikało z brzmienia opisu parametru zawartego w Tabeli Minimalne wymagania techniczne urządzeń pod Lp. 41

w Załączniku nr 2 pt.: „Opis przedmiotu zamówienia” do Projektowanych postanowień Umowy stanowiących załącznik nr

2 do SWZ. Zamawiający wskazał tam mianowicie, że: „*Obudowa szafy wykonana z materiału utrudniającego rozprzestrzenienia się ognia* na sąsiednie szafy bateryjne (wymagane przedstawienie certyfikatu lub raportu z badania) *Szafa musi posiadać deklarację właściwości użytkowych oraz oznaczenie CE*”. Nie jest zatem niczym niezwykłym, że w złożonych wyjaśnieniach Odwołujący potwierdził spełnianie także ww. wymagania.

Następnie Odwołujący wskazał, iż nieprawdą jest również, że w odpowiedzi z dnia 28.06.2023 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 21.06.2023 r. Odwołujący nie wyjaśnił powodów braku przedstawienia Zamawiającemu certyfikatu lub sprawozdania (raportu)

z badań, o którym mowa w art. 105 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Przeciwnie, w swojej odpowiedzi Odwołujący bardzo obszernie odniósł się do tej kwestii, wskazując przede wszystkim, jakie wymagania w tym zakresie wynikają z postanowień SWZ. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego całkowicie pominął treść udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień, w ogóle się do nich nie odniósł ani nie wyjaśnił, dlaczego się z nimi nie zgadza. Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego w znacznej części stanowi niemal dosłowne powtórzenie treści wezwania Zamawiającego z dnia 21.06.2023 r. W tej sytuacji Odwołujący nie ma innego wyjścia jak powtórzyć to, co napisał w swojej odpowiedzi z dnia 28.06.2023 r. Odwołujący wskazał, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego złożył dokładnie taki certyfikat, jaki jest wymagany w Lp. 41 Minimalnych wymagań technicznych urządzeń w załączniku nr 2 do Projektowanych postanowień Umowy. Natomiast złożenia certyfikatu lub sprawozdania (raportu) z badań, o których mowa w art. 105 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, Zamawiający po prostu nie wymagał.

Odwołujący podkreślił, że w Lp. 41 Minimalnych wymagań technicznych urządzeń Zamawiający wskazał, że jest „*wymagane przedstawienie certyfikatu lub raportu z badania*”, bez zaznaczenia lub choćby sugestii, iż żądany certyfikat ma być wydany przez jednostkę oceniającą zgodność, względnie że żądane sprawozdanie z badań ma dotyczyć badań przeprowadzonych przez jednostkę oceniającą zgodność. Jak słusznie wskazał w wezwaniu z dnia 21.06.2023 r. sam Zamawiający: „*Zgodnie z wymaganiami wykonawca na potwierdzenie wymagań powinien przedstawić certyfikat lub raport z badań*.” Również

w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający przyznał, że: „*W pkt 41 minimalnych wymagań technicznych urządzeń Zamawiający wskazał, że jako przedmiotowe środki dowodowe należy przedstawić certyfikat lub raport z badań*” (cytat za str. 4 informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty). Zamawiający nie zastrzegł zatem w SWZ, że certyfikat (względnie raport z badań) ma pochodzić od jednostki oceniającej zgodność. Co więcej, Zamawiający nie wskazał w SWZ, że wymagany przez niego certyfikat lub raport z badań to odpowiednio certyfikat lub raport z badań, o których mowa w art. 105 ust. 1 ustawy Pzp, czyli zaświadczenie wydane przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdanie z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę. Zamawiający posłużył się w SWZ bardzo ogólnymi określeniami, tj. certyfikat lub raport z badania, bez żadnego ich doprecyzowania a zwłaszcza bez wskazania, że mają one pochodzić od jednostki oceniającej zgodność.

Odwołujący nie zaprzecza temu, że zgodnie z art. 105 ust. 1 ustawy Pzp w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę. Powyższe nie zmienia tego, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie zażądał ani takiego certyfikatu, ani takiego sprawozdania z badań, w SWZ posłużył się bowiem innymi określeniami niż ustawodawca

w art. 105 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił ponadto, że brak jest jakichkolwiek podstaw do tego, aby każdy certyfikat wymagany przez Zamawiającego automatycznie uznawać za certyfikat wydany przez jednostkę oceniającą zgodność, o którym mowa w art. 105 ust. 1 ustawy Pzp, a każdy wymagany przez Zamawiającego raport z badania – za sprawozdanie z badań przeprowadzonych przez jednostkę oceniającą zgodność, o którym mowa w art. 105 ust. 1 ustawy Pzp. Z orzecznictwa KIO jasno wynika, że jeśli Zamawiający wymaga certyfikatu lub sprawozdania pochodzącego od jednostki oceniającej zgodność, to powinien to wyraźnie zaznaczyć w SWZ. Przykładowo, w wyroku z dnia 21 lipca 2021 r., sygn. akt: KIO 1791/21.

Powyższe stanowisko Izby oceniać należy jako prawidłowe i wręcz oczywiste. Zgodnie bowiem z art. 106 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Z powyższego jasno wynika, że katalog przedmiotowych środków dowodowych jest katalogiem otwartym, ponieważ ustawodawca wskazał wprost, że oprócz certyfikatów i raportów z badań wskazanych w art. 105 ustawy Pzp Zamawiający może żądać innych przedmiotowych środków dowodowych, zatem także innych certyfikatów

i innych raportów z badania, tj. pochodzących od innych podmiotów niż jednostki oceniające zgodność. Co więcej, Zamawiający winien precyzyjnie i jednoznacznie opisać wymagane przedmiotowe środki dowodowe, w szczególności winien zaznaczyć, że wymagany certyfikat ma być certyfikatem wydanym przez jednostkę oceniającą zgodność, natomiast wymagane sprawozdanie z badań – sprawozdaniem z badań przeprowadzonych przez jednostkę oceniającą zgodność.

Podsumowując, skoro Zamawiający wskazał w SWZ w sposób ogólny, że wymagane jest przedstawienie certyfikatu lub raportu z badania, bez dookreślenia od kogo ww. dokumenty mają pochodzić, to powinien zaakceptować przedstawiony przez Odwołującego dokument zatytułowany jako „certyfikat” wystawiony przez firmę Centiel SA, stanowiący jej oświadczenie własne. Zgodnie bowiem z Nowym słownikiem poprawnej polszczyzny PWN (Wydawnictwo Naukowe PWN SA) certyfikat to „pisemne zaświadczenie o czymś; pisemny dowód na coś”. Nie ma żadnych wątpliwości, że przedstawiony przez Odwołującego certyfikat wystawiony przez firmę Centiel SA wpisuje się w przytoczoną powyżej definicję certyfikatu.

Ponadto nie ma żadnych wątpliwości, że firma Centiel SA, jako faktyczny wytwórca rozwiązania zaoferowanego Zamawiającemu przez Odwołującego, ma pełną wiedzę na temat jego budowy i właściwości i tym samym może potwierdzić spełnianie wymagań określonych w Lp. 41 Minimalnych wymagań technicznych urządzeń stanowiących załącznik nr 2 do Projektowanych postanowień Umowy. Tym bardziej, że w przedstawionym przez Odwołującego certyfikacie wystawionym przez firmę Centiel SA oświadczone wyraźnie, iż: „*Rozwiązania LiFePo zostały przetestowane pod kątem zgodności z normą UL 9540A (Metoda testowa do oceny rozprzestrzeniania się niekontrolowanego pożaru termicznego*

w systemach magazynowania energii w akumulatorach (AACD)) i IEC 62040-1:2019.”

W świetle powyższego certyfikat przedstawiony przez Odwołującego uznać należy za całkowicie wystarczający i zgodny z wymaganiami SWZ.

Odwołujący raz jeszcze podkreślał, że stanowisko przyjęte przez Zamawiającego w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty nie ma żadnego oparcia w postanowieniach SWZ. Jak to już bowiem podniesiono powyżej Zamawiający w żaden sposób nie dookreślił wymagania co do certyfikatu jak i sprawozdania (raportu) z badań, w szczególności nie wskazał kto ma być ich wystawcą. Przede wszystkim jednak Zamawiający w żaden sposób nie zastrzegł w SWZ, że wystawcą certyfikatu nie może być producent rozwiązania zaoferowanego Zamawiającemu. Jeżeli zatem nawet taka była intencja Zamawiającego, to intencji tej Zamawiający nie dał wystarczającego wyrazu w postanowieniach SIWZ. Odwołujący przywołał orzecznictwo Izby oraz sądów, zgodnie z którym wszelkie wątpliwości na gruncie dokumentacji postępowania interpretowane powinny być na korzyść wykonawcy.

W świetle powyższego wszystkie pozostałe okoliczności i kwestie podniesione przez Zamawiającego w uzasadnieniu pierwszego powodu odrzucenia oferty Odwołującego są pozbawione jakiegokolwiek znaczenia i w żaden sposób nie dowodzą, że Odwołujący nie złożył przedmiotowego środka dowodowego wskazującego na spełnienie wymagań określonych w Lp. 41 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowne, jak i tego, że treść oferty Odwołującego w zakresie wymagania określonego w Lp. 41 jest niezgodna z warunkami zamówienia. W szczególności pozbawione jakiegokolwiek znaczenia jest to, że: „*Dokument przesłany w dniu 01.06.2023 r. pochodzący z dnia 26 .04.2023 r. zatytułowany „Manufacturer certificate of technical confirmation” wystawiony przez firmę Centiel, jako stanowiący oświadczenie własne nie może zostać uznany za certyfikat spełniający wymogi określone w art. 105 ust. 1 i 3 ustawy PZP, a jednocześnie brak jest wyjaśnień z jakiego powodu Zamawiający miałby uznać go za inny odpowiedni przedmiotowy środek dowodowy w rozumieniu art. 105 ust. 4 ustawy PZP*” (cytat za str. 4 informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty). Zamawiający nie wymagał bowiem certyfikatu spełniającego wymogi określone w art. 105 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Tym samym Odwołujący nie miał obowiązku przedstawienia takiego certyfikatu, nie miał też obowiązku przedstawienia innego odpowiedniego przedmiotowego środka dowodowego w rozumieniu art. 105 ust. 4 ustawy Pzp. Odpowiednie wyjaśnienia tej kwestii Odwołujący natomiast przedstawił w odpowiedzi z dnia 28.06.2023 r.

Tak samo pozbawione jakiegokolwiek znaczenia jest to, że: „*Oświadczenie Centiel nie jest równoznaczne z posiadaniem certyfikatu UL na poziomie szafy*” (cytat za str. 4 informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty). Zamawiający nie wymagał bowiem posiadania certyfikatu UL na poziomie szafy. Zamawiający wskazał ogólnie na konieczność przedstawienia certyfikatu lub raportu z badania a Odwołujący przedstawił wymagany certyfikat, potwierdzający spełnianie wszystkich wymagań wskazanych w Lp. 41 Minimalnych wymagań technicznych urządzeń.

Odwołujący wskazał, iż kompletnym nieporozumieniem jest też stwierdzenie Zamawiającego, że: „*w wyszukiwarce dostępnej na stronie internetowej UL <https://productiq.ulprospector.com/en/search> brak jest wyników wyszukiwania dla producentów Fast Group czy Centiel, co wyłącznie potwierdza, że ww. podmioty nie legitymują się certyfikatem ani raportem z badań wystawionymi zgodnie z zasadami certyfikacji jednostki UL, na którą Wykonawca się powołuje*” (cytat za str. 4 informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty). Przede wszystkim Odwołujący nigdy i nigdzie nie powołał się na „*certyfikację*

jednostki UL” czy „jednostkę UL”. W przedstawionym przez Odwołującego certyfikacie wystawionym przez firmę Centiel SA wskazano jedynie, że: „Rozwiązania LiFePo zostały przetestowane pod kątem zgodności z normą UL 9540A (Metoda testowa do oceny rozprzestrzeniania się niekontrolowanego pożaru termicznego w systemach magazynowania energii w akumulatorach (AACD)) i IEC 62040-1:2019.” Informacja ta miała przy tym wyłącznie charakter dodatkowy i fakultatywny, gdyż Zamawiający nie wymagał przetestowania ani szafy, ani ogniw bateryjnych pod kątem zgodności z jakąkolwiek normą, nie wskazał też zresztą żadnej normy w Lp. 41 Minimalnych wymagań technicznych urządzeń. Zamawiający wymagał jedynie określonych parametrów, tj. określonej budowy szafy i ogniw bateryjnych. Całkowicie wystarczające było zatem oświadczenie (certyfikat) firmy Centiel SA, potwierdzające spełnianie tych wymagań (parametrów), wskazanych w Lp. 41 Minimalnych wymagań technicznych urządzeń. Ponadto Zamawiający nie wymagał legitymowania się certyfikatem ani raportem z badań wystawionymi zgodnie z zasadami certyfikacji jednostki UL, jak też w ogóle nie wymagał legitymowania się certyfikatem ani raportem z badań wystawionymi zgodnie z zasadami certyfikacji jednostki oceniającej zgodność. Wreszcie Zamawiający nie wymagał, aby dla oferowanej mu szafy czy ogniw bateryjnych dostępne były wyniki wyszukiwania w wyszukiwarce dostępnej na stronie internetowej UL <https://productiq.ulprospector.com/en/search>. Tak samo Zamawiający nie wymagał, aby dla oferowanej mu szafy czy ogniw bateryjnych dostępne były wyniki wyszukiwania w wyszukiwarce dostępnej na stronie internetowej jednostki oceniającej zgodność.

Wreszcie pozbawione jakiegokolwiek znaczenia jest to, że: „Brak jest natomiast jakichkolwiek wyjaśnień z jakiego powodu wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1 i 3, ani możliwości ich uzyskania

w odpowiednim terminie” (cytat za str. 4 informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty). Zamawiający nie wymagał bowiem certyfikatów ani sprawozdań z badań, o których mowa

w art. 105 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Tym samym Odwołujący nie miał obowiązku przedstawienia ww. certyfikatów lub sprawozdań z badań, nie miał też obowiązku wyjaśnienia z jakiego powodu nie ma ani dostępu do ww. certyfikatów lub sprawozdań z badań, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie.

Nie są też żadnym argumentem w sprawie obszerne cytaty z art. 105 ustawy Pzp czy rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30). Zamawiający, cytując ww. akty prawne, pomija bowiem zasadniczą i rozstrzygającą okoliczność, tj. to, że w żaden sposób nie odwołał się do ww. aktów prawnych w Lp. 41 Minimalnych wymagań technicznych urządzeń, w szczególności nie wskazał tam, że żądany certyfikat jak i żądany raport z badań mają być odpowiednio certyfikatem lub raportem (sprawozdaniem) z badań, o których mowa w art. 105 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Generalnie wszystkie sformułowane obecnie przez Zamawiającego zastrzeżenia wobec certyfikatu przedstawionego przez Odwołującego nie mają żadnego oparcia

w postanowieniach SWZ. Zamawiający „uzupełnia” treść SWZ o wymagania, których SWZ po prostu nie zawiera i które w żaden sposób nie wynikają z treści SWZ. Takie postępowanie Zamawiającego jest nie tylko niedopuszczalne ale też kompletnie niezrozumiałe, gdyż

w odpowiedzi z dnia 28.06.2023 r. Odwołujący wskazał Zamawiającemu na wszystkie okoliczności opisane powyżej, w szczególności na to jakie wymagania co do certyfikatu

i raportu z badań wynikają z postanowień SWZ. Zamawiający wyjaśnienia Odwołującego kompletnie zignorował i zachowuje się tak, jakby w Lp. 41 Minimalnych wymagań technicznych urządzeń wyraźnie wskazał, iż żąda certyfikatu lub sprawozdania (raportu)

z badań, o których mowa w art. 105 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Tymczasem nic takiego nie wynika z treści SWZ.

Odwołujący podkreślał, że certyfikat przedstawiony przez Odwołującego, wystawiony przez firmę Centiel SA, potwierdza spełnianie wszystkich wymagań wskazanych w Lp. 41 Minimalnych wymagań technicznych urządzeń. W ww. certyfikacie firma Centiel SA oświadczyła bowiem jasno i wyraźnie, że: „wszystkie szafy Centiel z akumulatorami litowymi LiFePower są wykonane z materiałów ognioodpornych”. Tym samym nie ma żadnych wątpliwości, iż potwierdzone zostało spełnianie wymogu (parametru), zgodnie z którym: „Obudowa szafy wykonana z materiału utrudniającego rozprzestrzeniania się ognia na sąsiednie szafy bateryjne”. W ww. certyfikacie firma Centiel SA oświadczyła również, że: „ogniwa baterii znajdują się w szczelnych obudowach wyposażonych w wentyl bezpieczeństwa oraz system przerywania łańcucha baterii w przypadku podwyższonego ciśnienia wewnętrznego. Ogniwa wyposażone są w warstwę bezpieczeństwa, która przerywa obwód poprzez samoistne przepalenie w przypadku nadmiernego wzrostu temperatury wewnętrznej”. Tym samym nie ma żadnych wątpliwości, iż potwierdzone zostało spełnianie pozostałych wymagań wskazanych w Lp. 41 Minimalnych wymagań technicznych urządzeń. W rezultacie twierdzenia Zamawiającego o braku złożenia przez Odwołującego przedmiotowego środka dowodowego wskazującego na*

spełnienie wymagań określonych

w Lp. 41 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowne oraz o niezgodności treści oferty Odwołującego w zakresie wymagania określonego w Lp. 41 z warunkami zamówienia nie mają oparcia w rzeczywistości.

Odnosnie zarzutu zawartego w punkcie 2. *petitum* odwołania Odwołujący podniósł, że na przedmiot zamówienia składa się dostawa m.in. jednego stanowiska komputerowego, przeznaczonego do monitorowania głównych elementów zamówienia. Odwołujący zaoferował komputer wyposażony w procesor producenta Intel, model i5-12400 12 generacji. Zamawiający w toku badania i oceny ofert dwukrotnie wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie ww. procesora i spełniania przez niego ww. wymagań. Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach po pierwsze potwierdzał, iż procesor spełnia wymagania wynikające z Opisu przedmiotu zamówienia, po drugie przedstawiał Zamawiającemu ogólnodostępne wyniki publikowane na stronie internetowej <https://results.bapco.com/>. Podkreślał, iż Odwołujący złożył kompletną ofertę, zawierającą wszystkie wymagane informacje. Zamawiający nie wymagał przedmiotowych środków dowodowych w postaci raportów z przeprowadzonych test lub podobnych dokumentów.

Wskazał, iż nie budzi wątpliwości, iż postawione wymaganie dotyczyło tylko i wyłącznie oferowanego procesora, tzn. procedurze testowej miał zostać poddany wyłącznie zaoferowany procesor. Żadne postanowienie SWZ nie obligowało do przeprowadzenia testu całego komputera w oferowanej konfiguracji. Zamawiający w żadnym miejscu nie określił, iż wymagany test ma zostać przeprowadzony dokładnie na modelu oferowanego komputera. Zamawiający w żadnym miejscu nie określił, iż wymagany test ma zostać przeprowadzony na konkretnym systemie operacyjnym, w szczególności na systemie operacyjnym dostarczonym w ramach zamówienia. Wręcz przeciwnie, Zamawiający postawił wymaganie w sposób standardowy, tj. odwołał się do wyników testów procesorów publikowanych na ogólnodostępnych stronach internetowych.

Odwołujący wskazał, iż opublikowany średni wynik ze wszystkich przeprowadzonych testów dla procesora i5 – 12400 12 generacji potwierdza spełnienie wymagań Zamawiającego tj.: - Productivity (wydajność) - 1888 punktów (wymagano 1640 punktów), - Overall Rating (ogólny wynik) – 2075 punktów (wymagano 1945 punktów).

Powyższe jest całkowicie wystarczające do potwierdzenia spełnienia wymagania wynikającego z OPZ. Zamawiający w Opisie przedmiotu zamówienia nie doprecyzował czy wymagane minimalne wyniki mają dotyczyć średniego wyniku ze wszystkich testów, czy też wystarczy wskazanie na jednostkowe badanie. Odwołania się do średniej wszystkich testów wydaje się racjonalne i technicznie uzasadnione. Ponadto wszystkie niejednoznaczności SWZ muszą być rozpatrywane na korzyść wykonawców.

Odnosząc się jednak do wyników jednostkowych, wyjaśnił, że na stronie internetowej zostały opublikowane wyniki z czterech testów jednostkowych. Dwa z nich testy w sposób zdecydowany potwierdzają spełnienie wymagań, natomiast w dwóch kolejnych uzyskano wynik minimalnie poniżej oczekiwanego progu. Należy wyjaśnić, iż różnice pomiędzy poszczególnymi jednostkowymi testami opublikowanymi na stronie BAPCo wynikają z zastosowania różnych konfiguracji całego komputera. Mimo, iż procesor we wszystkich komputerach jest taki sam, to wyniki poszczególnych testów mogą być (i są) znacząco różne, ponieważ wykorzystano komputery wyposażone w różną podzespoły (pamięć RAM, płyta główna, chłodzenie, system operacyjny itp.). Odwołujący w ramach udzielonych wyjaśnień wskazywał na następujące testy jednostkowe: Test 1 - Productivity (wydajność) - 2091 punktów (wymagano 1640 punktów), - Overall Rating (ogólny wynik) – 2302 punktów (wymagano 1945 punktów). Test 2 - Productivity (wydajność) - 2158 punktów (wymagano 1640 punktów), - Overall Rating (ogólny wynik) – 2012 punktów (wymagano 1945 punktów).

Zamawiający czynność odrzucenia oferty Odwołującego oparł wyłącznie na dwóch kolejnych testach. Nie może dziwić, że w przypadku tych testów jednostkowych zostały osiągnięte wyniki duże niższe. W pierwszym przypadku test (wskazany na stronie 5 uzasadnienia odrzucenia) został bowiem wykonany na komputerze wyposażonym jedynie w 8GB pamięci RAM. Oferowany przez Odwołującego komputer posiada natomiast 16GB pamięci RAM. Ilość pamięci RAM ma wpływ na wydajność procesora. Wskazywanie przez Zamawiającego na test przeprowadzony na konfiguracji dużo słabszej niż oferowana nie może potwierdzać braku spełnienia wymagań.

W drugim przypadku test (wskazany na stronie 6 uzasadnienia odrzucenia) został wykonany z wykorzystaniem płyty głównej przewidzianej do terminali POS (rozwiązanie serwerowe), a nie komputerów typu desktop. Osiągi procesorów w tego typu jednostkach są niższe niż w standardowych rozwiązaniach desktopowych. Wskazywanie przez Zamawiającego na test, który nie został przeprowadzony na komputerze typu desktop, nie może zatem potwierdzać braku spełnienia wymagań.

Na stronie BAPCo są dostępne testy jednostkowe potwierdzające spełnienia wymagania. Również dostępny na stronie BAPCo wynik średni ze wszystkich przeprowadzonych testów potwierdza spełnienie wymagania. Okoliczności te są wystarczające do spełnienia wymagania wynikającego z dokumentów zamówienia. Odwołujący cytował już

orzecznictwo Izby potwierdzające, że wynik średniej jest miarodajny

i najlepiej obrazuje moc procesora. Nie można jednak nie zwrócić uwagi na szereg orzeczeń Izby wskazujących, że w przypadku braku określenia przez Zamawiającego o jakie dokładnie wyniki chodzi, wystarczające do spełnienia wymagania jest przedstawienie wyniku chociażby jednostkowego testu. Odwołujący przywołał orzeczenie KIO i wskazał, że przenosząc powyższe orzeczenie na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że nawet gdyby na stronach BAPCo został opublikowany choćby jeden test jednostkowy potwierdzający osiągnięcie wymaganego wyniku, byłoby to wystarczające do potwierdzenia spełnienia wymagań dla procesora wynikających z Opisu przedmiotu zamówienia.

Uzasadniał, że w dokumentacji zamówienia brak jest wymogu przeprowadzenia testu oferowanego komputera. Zamawiający wymagał jedynie, aby oferowany procesor osiągał odpowiednie wyniki w teście BAPCo. Zaoferowany komputer wyposażony jest w procesor osiągający wymagane wyniki. W oferowanej konfiguracji z 16GB pamięci RAM osiągnięte wyniki w sposób znaczny przekraczają wymagane przez Zamawiającego wartości.

Zamawiający dokonując oceny oferty Zamawiającego całkowicie pominął fakt, iż na stronie z wynikami testowymi występują testy jednostkowe potwierdzające osiągnięcie przez procesor wymaganych wyników. Zamawiającego całkowicie pominął fakt, iż wynik średniej wszystkich testów potwierdza osiągnięcie przez procesor wymaganych wyników. Czynności Zamawiającego zostały oparte wyłącznie na dwóch dowolnie wybranych przez niego testach jednostkowych, które w żaden sposób nie korespondują z konfiguracją komputera oferowanego przez Odwołującego (testowano rozwiązanie serwerowe, mniejszą ilość pamięci RAM).

Duża część uzasadnienia przedstawionego przez Zamawiającego stanowi rozważania na temat systemu operacyjnego. Rozważania te nie mają żadnego znaczenia dla spełnienia wymagania wydajności, bowiem po pierwsze Zamawiający w żadnym miejscu nie określił, iż wymagany test ma zostać przeprowadzony na konkretnym systemie operacyjnym, w szczególności na systemie operacyjnym dostarczonym w ramach zamówienia. Po drugie, bazowanie na różnicach w jednym elemencie konfiguracji (system operacyjny), nie ma żadnego sensu w sytuacji, gdy we wszystkich przywoływanych testach (zarówno przez Zamawiającego jak i Odwołującego) występuje szereg innych elementów konfiguracji niż oferowana przez Odwołującego (różnice w zakresie pamięci operacyjnej, modelu i rodzaju płyty głównej, dysku twardego itd.). Zamawiający próbuje wywrzeć mylne wrażenie, że jedyna różnica sprowadza się do innego systemu operacyjnego, gdy w rzeczywistości wszystkie przywoływane testy zostały przeprowadzone na zupełnie odmiennych konfiguracjach komputerów. Różnice nie dotyczą wyłącznie systemu operacyjnego, ale także szeregu innych elementów. Rozstrzygające jest to, że Zamawiający nie wymagał testów oferowanej konfiguracji, Zamawiający wskazał jedynie na testy oferowanego procesora. Opis wymaganych wyników testów znajduje się w sekcji procesor, a nie w sekcji oferowany komputer. Już tylko ten fakt jasno pokazuje, że chodziło o wyniki procesora.

Przed wszystkim jednak, Zamawiający na etapie składania ofert nie wymagał wskazania w jaki system operacyjny wyposażony jest oferowany komputer. W formularzu oferty należało określić wyłącznie producenta, model, serię monitora oraz producenta, model, serię i procesor oferowanego komputera. Wadliwość czynności odrzucenia oferty Odwołującego wynika także z nieprawidłowego ustalenia, iż Odwołujący zaoferował komputery z systemem Windows 11. Zgodnie z ofertą dystrybutora oferowany komputer zostanie dostarczony i skonfigurowany z systemem Windows 10, co jest również zgodne

z polityką producenta (DELL). Przedstawiona z wyjaśnieniami ceny oferta dystrybutora uwzględnia m.in. konfigurację komputera. Komputer Dell Vostro 3710 posiada system operacyjny Windows, to od czynności konfiguracji zależy czy będzie to system w wersji 10 lub 11. Reasumując, Odwołujący dostarczy komputer skonfigurowany z systemem Windows 10, co jest zgodne z treścią złożonej oferty oraz udzielonych wyjaśnień. Tym samym, wszystkie rozważania Zamawiającego dotyczące przeprowadzenia testów na konkretnych wersjach systemu operacyjnego są bezprzedmiotowe.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia stwierdza: „Należy jasno podkreślić, że podczas dwukrotnego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanego procesora Wykonawca w żadnej odpowiedzi nie wskazał jednoznacznego wyniku testu wykazującego spełnienie parametrów minimalnych procesora dla wspieranego środowiska systemowego, a jedynie wskazuje na możliwość uśredniania wyników, co nie jest zgodne z wymaganiami określonymi w poz 58 OPZ”. Twierdzenia Zamawiającego nie są prawdziwe. Zamawiający w udzielonych wyjaśnieniach wskazywał na wynik średni, jak i dwa testy jednostkowe (przytoczone powyżej). Ponadto Odwołujący wyjaśnia, iż Zamawiający nie wymagał przedmiotowych środków dowodowych w postaci raportów z testów lub innych dokumentów w tym zakresie. Zamawiający nie wzywał do uzupełnienia dokumentów,

a jedynie do udzielenia wyjaśnień. Takie wyjaśnienia Odwołujący składał dwukrotnie. I zarówno w ofercie jak i w wyjaśnieniach potwierdzał spełnienie wymagania w zakresie wydajności procesora. Nie jest winą Odwołującego, iż Zamawiający nie oczekiwał przedmiotowych środków dowodowych w tym zakresie.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia stwierdza: „W odpowiedziach z dni: 25.04.2023 r. i 01.06.2023 r. na wezwanie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP Fast Group Sp. z o.o. nie rozwiął wątpliwości, a jedynie de facto potwierdził, że nie

można zidentyfikować czy oferowane rozwiązanie spełnia wymagania minimalne określone w pkt 58) tabeli. Wykonawca sam w piśmie z dnia 25.04.2023 r. potwierdził, że „do uzyskania wymaganego wyniku zabrakło 17 pkt czyli niecały 1%”. Przedmiotowe twierdzenie Zamawiającego jest rażąco manipulacją. W rzeczywistości ten wyrwany z kontekstu fragment wyjaśnień Odwołującego opisywał wyłącznie jeden z testów wskazywanych przez Zamawiającego, a nie dotyczył wszystkich dostępnych testów jednostkowych i nie odnosił się do spełnienia wymagania przez oferowany procesor. W całości cytowany fragment brzmiał w sposób następujący: „Trzeba zwrócić uwagę, że po pierwsze test ten jest wykonywany dla wersji oprogramowania dużo nowszej (wyższej) od wymaganej co ma wpływ na uzyskany wynik jak i dla komputera posiadającego jedynie 8GB pamięci RAM co znacząco ogranicza osiągi wydajnościowe procesora a do uzyskania wymaganego wyniku zabrakło 17 pkt czyli niecały 1%. Widać to w sposób oczywisty na teście, na który się powołaliśmy a którego Zamawiający nie przytoczył w swoim piśmie gdzie przy konfiguracji 16GB RAM osiągnięte wyniki znacząco przewyższają oczekiwane wartości”.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia stwierdza: „Z odpowiedzi na wezwanie wynika, że Wykonawca przyjął uśredniony wynik z przeprowadzonych testów, natomiast z żadnego miejsca SWZ nie wynika, że Zamawiający oczekiwał uśrednionego wyniku z kilku testów przeprowadzanych za pomocą wskazanego w SWZ narzędzia”. Odnosząc się do powyższego twierdzenia wskazać należy, że z żadnego postanowienia SWZ nie wynika jakiego dokładnie testu i wyniku Zamawiający oczekiwał. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i powinien kreować wymogi w sposób jednoznaczny. Wymaganie wyników testów procesorów jest powszechne na rynku zamówień publicznych. Praktycznie we wszystkich przypadkach zamawiający oczekują posługiwania się wynikami średnimi, które są najbardziej miarodajne.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia stwierdza, że: „Zamawiający, wbrew stanowisku Wykonawcy złożonemu w odpowiedzi na wezwanie, sformułował precyzyjne wymaganie, tj. aby rozwiązanie osiągało określony rezultat w teście BAPco SYSmark 2018 ver. Min. 1.0.2.58, który dotyczy wydajności oferowanego procesora”. Odwołujący wskazuje, iż twierdzenie Zamawiającego nie jest prawdziwe. Ustanowione wymaganie wyraźnie dotyczy procesora, zostało opisane w sekcji procesor. W opisie wymaganych wyników nigdzie nie pada sformułowanie „rozwiązanie”, za to jest jednoznaczne stwierdzenie „procesor osiągający...”.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia stwierdza: „Zamawiający pozostawił ostateczną decyzję Wykonawcy jaki system operacyjny zaoferuje, jednak prosił o wynik w ww teście, który powinien uwzględniać system operacyjny pozwalający na osiągnięcie wymaganej wydajności minimalnej. Wskazanie na kilka testów i przyjęcie z nich uśrednionego wyniku skutkuje tym, że Zamawiający nie ma pewności jakie rozwiązanie jest oferowane tzn. czy rozwiązanie z systemem operacyjnym spełniającym pozwalającym na wykazanie wydajności procesora (Windows 10) czy rozwiązanie niespełniające wymagań w ww zakresie (Windows 11)”. Nie jest winą Odwołującego, że Zamawiający nie oczekiwał określenia oferowanego systemu operacyjnego, tak samo nie jest winą Odwołującego, że Zamawiający nie oczekiwał przedmiotowych środków dowodowych w tym zakresie. Zamawiający nigdy również nie skierował do Odwołującego wezwania z pytaniem w jaki system operacyjny będzie wyposażony zaoferowany komputer. Zamawiający otrzymałby informację, iż komputer będzie wyposażony w system Windows 10 z możliwością dobrowolnej aktualizacji do systemu Windows 11. Zamiast tego Zamawiający wybrał analizę wyniku testów procesorów, w celu ustalenia jaki system operacyjny jest oferowany. Jest to działanie absurda, a jedynym jego celem jest doprowadzenie do odrzucenia oferty Odwołującego.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia stwierdza: „W odpowiedzi na wezwanie Fast Group Sp. z o.o. deklaruje możliwość wykonania down grade'u systemu, jednak powyższe można odczytać jako próbę negocjacji treści oferty w odpowiedzi na wątpliwości Zamawiającego. Jeżeli możliwe jest zaoferowanie rozwiązania z systemem Windows 10 to Wykonawca powinien był z takim rozwiązaniem wykonać test BAPco SYSmark 2018 ver. Min. 1.0.2.58. Deklarowanie uśrednionego wyniku, a następnie wskazanie na „możliwość” wykonania down grade'u stanowią niespójność i nie potwierdzają jednoznacznie, że Wykonawca zamierza w sposób zgodny z minimalnymi wymaganiami zrealizować przedmiot zamówienia”. W rzeczywistości Odwołujący niczego nie negocjuje ani niczego nie zmienia. Zamawiający nie oczekiwał wskazania w formularzu oferty oferowanego systemu operacyjnego. Zamawiający nigdy także nie zadał pytania jaki system operacyjny jest oferowany. Jednocześnie Zamawiający zarzuca Odwołującemu zmianę oferty po terminie składania ofert. Twierdzenia Zamawiającego nie wynikają z żadnych usystematyzowanych faktów, tj. Zamawiający nie wskazał fragmentu oferty określającego oferowany system operacyjny ani fragmentu wyjaśnień określającego inny system operacyjny.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia stwierdza: „Zamawiający nie powinien domniemywać zgodności oferowanego rozwiązania z wymaganiami, tylko Wykonawca powinien tę okoliczność w sposób niebudzący wątpliwości wykazać”. To Zamawiający określał katalog wymaganych oświadczeń i dokumentów. Odwołujący złożył kompletną ofertą, przedłożył wszystkie wymagane dokumenty oraz odpowiedział na wszystkie wezwania do udzielenia wyjaśnień. Stanowisko Odwołującego było zawsze jednoznaczne.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający zastosował przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i odrzucił ofertę Odwołującego, przechodząc do porządku dziennego nad tym, że zgodnie z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób proporcjonalny. Tymczasem w przedstawionych powyżej okolicznościach odrzucenie oferty Odwołującego jest niezgodne z tą zasadą, przez której pryzmat należy oceniać każdą czynność podejmowaną przez instytucję zamawiającą. Przedmiotem zamówienia jest dostawa jednostek modułowych UPS. Wartość oferty Odwołującego wynosi 7 130 755,72 zł. W ramach zamówienia należy dostarczyć wyłącznie jeden komputer o wartości ok 6 000,00 zł. Wartość samego procesora nie przekracza 1 000,00 zł. W sytuacji, gdy Zamawiający nie określił precyzyjnych wymagań co do zasad i sposobu potwierdzenia wydajności, przy tak znikomej wartości tego elementu, odrzucenie oferty stanowiłoby przejaw skrajnego formalizmu, przed którym chroni zasada proporcjonalności jako jedna z nadrzędnych w stosunku do dalszych szczegółowych uregulowań ustawy Pzp. Działanie to byłoby nieproporcjonalne także dlatego, iż średnia ze wszystkich testów, jak i badania jednostkowe, potwierdzają spełnienie wymagań SWZ.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 3. *petitum* odwołania Odwołujący podniósł, że jako trzeci powód odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał na rzekome zaoferowanie urządzenia niespełniającego wymagań określonych w pkt. 35 Minimalnych parametrów technicznych urządzeń, zawartych w Załączniku nr 2 pt.: „Opis przedmiotu zamówienia” do Projektowanych postanowień Umowy stanowiących załącznik nr 2 do SWZ. Odwołujący nie zgadza się z powyższym stanowiskiem Zamawiającego a zawarte w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego uznaje za kompletnie chybione i niezgodne ze stanem faktycznym sprawy.

Bezsporne jest, że Zamawiający 18.05.2023 r. wezwał Odwołującego pismem znak: 993200.271.IN427.2023 do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego tj. dokumentu poświadczającego przez Producenta potwierdzającego minimalne wymagania techniczne zaoferowanego przedmiotu zamówienia określone w Załączniku nr 2 do Projektowanych postanowień Umowy - Praca z niesymetrycznym obciążeniem poszczególnych faz (Lp. 35). „Możliwość pracy z niesymetrycznym obciążeniem poszczególnych faz, w zakresie 0- 100% obciążenia bez przesunięcia fazowego” z uwagi na brak informacji w karcie katalogowej. Bezsporne jest również, że Odwołujący odpowiadając na powyższe wezwanie zadeklarował spełnienie ww. parametru.

Całkowicie niezrozumiałe jest natomiast gdzie w odpowiedzi Odwołującego na powyższe wezwanie Zamawiający doszukał się informacji, że Odwołujący opisał zakres pracy jako „100%”, co miałyby wskazywać na brak możliwości pracy poniżej zakresu pełnego obciążenia. W rzeczywistości nic takiego nie wynika ani z pisma Odwołującego przekazanego Zamawiającemu 01.06.2023 r., ani z załączonych do tego pisma przedmiotowych środków dowodowych.

W swoim piśmie Odwołujący oświadczył jasno i wyraźnie (w pkt Ad. 5.), że: „*Od początku wprowadzenia technologii EcoPower, falowniki tych UPSów mają falowniki oraz sterowanie oddzielnie dla każdej fazy. Dlatego praca dla niesymetrycznych obciążeń nie ma wpływu na funkcjonowanie UPS*” oraz że: „*Potwierdzamy funkcjonowanie UPS bez utraty jakichkolwiek parametrów jakości zasilania dla niesymetrycznego obciążenia w zakresie 0-100% obciążenia bez przesunięcia fazowego.*” Co więcej, do pisma Odwołującego został załączony jako Załącznik nr 5 Suplement do Opisu najnowszych UPSów modułowych EcoPower PRO – karta katalogowa. W ww. suplemencie na str. 2 w pkt 5 wskazano jasno

i wyraźnie, że: „*5. Praca z niesymetrycznym obciążeniem poszczególnych faz - Możliwość pracy z niesymetrycznym obciążeniem poszczególnych faz, w zakresie 0-100% obciążenia bez przesunięcia fazowego;*” Zatem w ww. suplemencie potwierdzono spełnienie wymagań

z Lp. 35 Minimalnych wymagań technicznych urządzeń, przytaczając ich dosłowne brzmienie. Podsumowując, w swojej odpowiedzi Odwołujący co najmniej dwukrotnie i wprost określił zakres pracy jako „0-100%”, natomiast w żadnym miejscu nie wskazał ani nawet nie zasugerował, że zakres pracy wynosi „100%”, co miałyby wskazywać na brak możliwości pracy poniżej zakresu pełnego obciążenia. Przeciwnie twierdzenia Zamawiającego nie mają oparcia w rzeczywistości.

W świetle powyższego wszystkie pozostałe okoliczności i kwestie podniesione przez Zamawiającego w uzasadnieniu trzeciego powodu odrzucenia oferty Odwołującego są pozbawione jakiegokolwiek znaczenia i w żaden sposób nie dowodzą, że zaoferowane urządzenie nie spełnia wymagań określonych w pkt. 35 Minimalnych parametrów technicznych urządzeń. Ponieważ powyższy parametr jest spełniony, nie może być mowy o obniżeniu utrzymania sprawności i funkcjonalności infrastruktury krytycznej jaką posiada Zamawiający, co Zamawiający podnosi w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego. Nieprawdą jest również twierdzenie Zamawiającego, jakoby „*Wykonawca nie dopuszcza rozwiązań asymetrycznego inne niż wskazane powyżej, a przez to ogranicza podłączenie innych urządzeń dla dowolnej konfiguracji pośredniej np.: 50kW/50kW dla fazy L1; 24kW/50kW dla fazy L2; 32kW/50kW dla fazy L3 lub 37kW/50kW dla fazy L1; 43kW/50kW dla fazy L2; 11kW/50kW dla fazy L3*” (cytat za str. 9 informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty). W rzeczywistości nic takiego nie wynika ani ze złożonej przez Odwołującego oferty,

ani z odpowiedzi Odwołującego na wezwanie Zamawiającego. Odwołujący ponownie wskazuje, że w swojej odpowiedzi co najmniej dwukrotnie i wprost określił zakres pracy jako „0-100%”, czym potwierdził, że nie ogranicza podłączenia innych urządzeń dla dowolnej konfiguracji pośredniej. W szczególności, choć nie wyłącznie, możliwe będzie podłączenie innych urządzeń dla konfiguracji pośrednich wskazanych przykładowo przez Zamawiającego.

Zamawiający w uzasadnieniu trzeciego powodu odrzucenia oferty Odwołującego stwierdził również, że: *„Dodatkowo Wykonawca nie potwierdził utrzymania parametrów nominalnych napięcia zasilającego przy asymetrycznym obciążeniu dla konfiguracji pośredniej”*. Powyższe zdanie jest dla Odwołującego kompletnie niezrozumiałe – Odwołujący nie jest w stanie zrozumieć co Zamawiający chciał tutaj wyrazić. Odwołujący może zatem jedynie wskazać, że nigdzie w SWZ Zamawiający nie sformułował wymogu *„utrzymania parametrów nominalnych napięcia zasilającego przy asymetrycznym obciążeniu dla konfiguracji pośredniej”*, nigdzie też w SWZ Zamawiający nie wymagał, aby wykonawcy potwierdzili spełnianie takiego wymogu. Odwołujący z ostrożności wskazał ponadto, że jeśli nawet przyjąć by, iż Zamawiający powyższy wymóg jednak sformułował i wymagał potwierdzenia jego spełnienia przez wykonawców, to Odwołujący póki co nie został wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w tym zakresie (Zamawiający w pkt 2.1.4.2. SWZ przewidział uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych na zasadach opisanych w art. 107 ust. 2 i 3 ustawy Pzp). Jak wskazał sam Zamawiający w uzasadnieniu trzeciego powodu odrzucenia oferty Odwołującego wystosowane przez niego wezwanie do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego dotyczyło jedynie braku w karcie katalogowej informacji potwierdzającej spełnienie parametru: Praca z niesymetrycznym obciążeniem poszczególnych faz (Lp. 35). *„Możliwość pracy z niesymetrycznym obciążeniem poszczególnych faz, w zakresie 0- 100% obciążenia bez przesunięcia fazowego”*. Zatem powodem wezwania nie był brak potwierdzenia utrzymania parametrów nominalnych napięcia zasilającego przy asymetrycznym obciążeniu dla konfiguracji pośredniej.

Podsumowując, nie ma żadnych wątpliwości, iż zaoferowane przez Odwołującego urządzenie spełnia wymagania określone w pkt. 35 Minimalnych parametrów technicznych urządzeń, zawartych w Załączniku nr 2 pt.: *„Opis przedmiotu zamówienia”* do Projektowanych postanowień Umowy stanowiących załącznik nr 2 do SWZ, a Odwołujący potwierdził to przedstawiając Zamawiającemu odpowiedni przedmiotowy środek dowodowy.

W zakresie zarzutu, o którym mowa w punkcie 4. *petitum* odwołania Odwołujący podał, że bezsporne jest, że Zamawiający dnia 21.06.2023 r. wezwał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w powiązaniu z wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazał w ww. wezwaniu, że prosi o wyjaśnienia:

*„a) różnicy w zaoferowanych Modułach UPS, a w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny,
b) różnicy we wskazaniu producenta – Wykonawca złożył ofertę wskazując jako producenta modeli UPS i baterii: FAST Group Sp. z o.o. natomiast w wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny wskazano jako producenta: Centiel c) różnicy w zaoferowanym modelu baterii LI-ION FAST Group sp, z o.o.; LIB-512V050 a zestawem baterii LiFePOwer wskazanym w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.”*

Bezsporne jest również, że dnia 28.06.2023 r. Odwołujący udzielając odpowiedzi wskazał, że ww. różnice mają charakter pozorny i w rzeczywistości nie zachodzą. Przy czym wbrew temu, co Zamawiający sugeruje w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, Odwołujący nie ograniczył się jedynie do powyższego stwierdzenia, lecz obszernie i wyczerpująco je uzasadnił oraz poparł swoje stanowisko odpowiednim dowodem, tj. oświadczeniem Centiel SA. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego całkowicie pominął treść udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień, w ogóle się do nich nie odniósł ani nie wyjaśnił, dlaczego się z nimi nie zgadza. W tej sytuacji Odwołujący nie ma innego wyjścia jak powtórzyć to, co napisał w swojej odpowiedzi z dnia 28.06.2023 r. Odwołujący wskazuje zatem, że różnice opisane w wezwaniu Zamawiającego z dnia 21.06.2023 r. mają charakter pozorny i w rzeczywistości nie zachodzą, o czym przesądzają następujące względy.

W swojej ofercie, w zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa opisie najnowszych UPSów modułowych EcoPower PRO, Odwołujący wskazał, że zaoferowane Zamawiającemu UPSy STRATUS są *najnowszą konstrukcją FAST Group produkowaną w 100% w Szwajcarii, cieszącą się opinią o legendarnej niezawodności i innowacyjności produktów* oraz że: *„Szwajcarska technologia — to nie slogan, te zasilacze są produkowane i testowane wyłącznie w Szwajcarii co gwarantuje najwyższą niezawodność i jakość wykonania.”* Zatem już z oferty Odwołującego wynikało, że zaoferowane przez niego UPSy nie będą produkowane w Polsce, lecz w Szwajcarii. Nie ma przy tym żadnych wątpliwości, że Odwołujący nie jest spółką prawa szwajcarskiego.

Następnie do odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 30 maja 2023 r. (pismo nr LDZ Z/138/2023) Odwołujący załączył dokumenty i oświadczenia szwajcarskiej firmy Centiel SA. W przedstawionym wówczas oświadczeniu Centiel SA potwierdzającym spełnienie wymagań Lp. 36 i 39 (Załącznik nr 6) wskazano jasno i wyraźnie, że to Centiel SA wykona na zlecenie Odwołującego rozwiązanie zaoferowane Zamawiającemu przez Odwołującego. Ww. rozwiązanie będzie obejmować m.in. moduły UPS oraz zestawy baterii. Ponadto w Załączniku nr 4

do odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 30 maja 2023 r. (Certyfikat w zakresie wymagania Lp. 41) wyjaśnione zostało, że CENTIEL SA to szwajcarska firma zajmująca się innowacjami technologicznymi, dysponująca wysoce doświadczonym zespołem projektantów, którzy opracowali pierwszy 3-fazowy, modułowy, odporny na uszkodzenia system UPS. Siedziba CENTIEL SA znajduje się pod adresem Via alla Stampa 15 Cadro, Lugano CH696f Szwajcaria. Podsumowując, w świetle powyższego nie ma żadnych wątpliwości, że rozwiązanie zaoferowane Zamawiającemu przez Odwołującego, obejmujące m.in. moduły UPS oraz zestawy baterii, zostanie wyprodukowane na zlecenie Odwołującego przez szwajcarską firmę Centiel SA. Dlatego też do wyjaśnień ceny złożonych przez Odwołującego załączone zostały jako dowody otrzymane przez Odwołującego oferty Centiel SA nr QT23-0084-E1-D, QT23-0084-E2-D, QT23-0084-E3-D, QT23-0084-E4-D z 29 maja 2023 r., w których posłużono się oznaczeniami modułów UPS oraz baterii stosowanymi przez Centiel SA.

Powyższe nie zmienia w żaden sposób tego, że w przedmiotowym postępowaniu oraz generalnie na polskim rynku za producenta rozwiązania zaoferowanego Zamawiającemu przez Odwołującego uznać należy Odwołującego. Wynika to w sposób oczywisty z obowiązującego w Polsce ustawodawstwa i definicji producenta. Mianowicie w art. 5 pkt 20 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (tj. z dnia 24 listopada 2022 r., Dz.U. z 2023 r. poz. 215 ze zm.) wskazano, że przez producenta należy rozumieć „osobę fizyczną lub prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która projektuje i wytwarza wyrób, albo dla której ten wyrób zaprojektowano lub wytworzono, w celu wprowadzenia go do obrotu lub oddania do użytku pod własną nazwą lub znakiem”. Praktycznie identyczna definicja ustawowa producenta została zamieszczona w art. 4 pkt 20 ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku (tj. z dnia 22 lipca 2022 r., Dz.U. z 2022 r. poz. 1854 ze zm.), zgodnie z którym przez producenta należy rozumieć „osobę fizyczną lub prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która wytwarza wyrób albo dla której ten wyrób zaprojektowano lub wytworzono, w celu wprowadzenia go do obrotu lub oddania do użytku pod własną nazwą lub znakiem towarowym”. Wreszcie w bardzo podobny sposób została sformułowana definicja producenta w art. 3 pkt 2 lit. a ustawy z dnia 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów (tj. z dnia 22 stycznia 2021 r., Dz.U. z 2021 r. poz. 222 ze zm.), tj.: 2) producent: a) przedsiębiorcę prowadzącego w Unii Europejskiej lub na terytorium państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym działalność polegającą na wytwarzaniu produktu albo każdą inną osobę, która występuje jako wytwórca, umieszczając na produkcie bądź do niego dołączając swoje nazwisko, nazwę, znak towarowy bądź inne odróżniające oznaczenie, a także osobę, która naprawia lub regeneruje produkt.

Odwołujący zaznaczył, że również Krajowa Izba Odwoławcza, ustalając rozumienie pojęcia producenta, w swoim orzecznictwie odwołuje się do przytoczonych powyżej definicji ustawowych, np. w wyroku z dnia 25 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 929/22, oraz w wyroku z dnia 9 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 1880/22.

Odwołujący podkreślał, że dokładnie wpisuje się w przytoczone powyżej definicje ustawowe producenta, jest bowiem osobą prawną, dla której określony wyrób wytworzono, #x200ew celu wprowadzenia go do obrotu lub oddania do użytku pod własną nazwą lub znakiem. Odwołujący zaoferował Zamawiającemu rozwiązanie, które zostanie wyprodukowane na zlecenie Odwołującego, w celu wprowadzenia go do obrotu pod własną nazwą Odwołującego, tj. model UPS: EcoPower PRO, model baterii: LIB-512V-050 oraz LIB-614V-050. Odwołujący ma zatem pełne prawo występować w obrocie jako producent oferowanego rozwiązania. Ponadto Odwołujący występuje jako wytwórca, umieszczając na produkcie bądź do niego dołączając swoją nazwę i inne odróżniające oznaczenie. Odwołujący wskazał, że powyższa praktyka jest w pełni dopuszczalna i powszechnie spotykana na rynku. Odwołujący wskazał ponadto, że Centiel SA ma pełną świadomość oraz wyraziła zgodę na to, że na polskim rynku rozwiązanie zaoferowane Zamawiającemu przez Odwołującego oraz jego elementy składowe, w tym moduły UPS oraz baterie, będą oferowane i wprowadzane do obrotu przez Odwołującego pod własną nazwą lub znakiem towarowym a Odwołujący będzie występował jako ich producent, tj. podmiot, dla którego te wyroby wytworzono, w celu wprowadzenia ich do obrotu. Na potwierdzenie okoliczności wskazanych powyżej Odwołujący załączył do swoich wyjaśnień z dnia 28.06.2023 r. odpowiednie oświadczenie Centiel SA. (Załącznik nr 1).

Z ostrożności Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający nie zamieścił w SWZ własnej definicji producenta, zatem Odwołujący był w pełni uprawniony kierować się definicjami tego pojęcia zawartymi w przytoczonych powyżej aktach prawnych. Powyższe ma pełne oparcie w orzecznictwie KIO, m.in. w wyroku z dnia 9 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 1880/22, oraz w wyroku z dnia 25 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 929/22.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że użyte w ofertach Centiel SA nr QT23-0084-E1-D, QT23-0084-E2-D QT23-0084-E3-D, QT23-0084-E4-D z 29 maja 2023 r. oznaczenie „StratusPower SM50 (50kW)” nie jest oznaczeniem modelu UPS – w rozumieniu całego urządzenia bezprzerwowego zasilania, lecz modułu UPS, czyli części składowej

(elementu) jednostki modułowej UPS.

W świetle powyższego wszystkie pozostałe okoliczności i kwestie podniesione przez Zamawiającego w uzasadnieniu czwartego powodu odrzucenia oferty Odwołującego są pozbawione jakiegokolwiek znaczenia i w żaden sposób nie dowodzą zasadności tego odrzucenia. Sprowadzają się one do wielokrotnego powtarzania przez Zamawiającego różnymi słowami, że pomiędzy treścią oferty Odwołującego a wyjaśnieniami ceny zachodzi rzekomo rozbieżność w zakresie producenta i oferowanych produktów. Odwołujący podkreśla, że Zamawiający nie zakwestionował wyjaśnień ceny złożonych przez Odwołującego z żadnego innego powodu. Jedynym wskazanym przez Zamawiającego powodem uznania, że złożone wyjaśnienia ceny są niewiarygodne i nie potwierdzają realności wyceny rozwiązania wskazanego w ofercie, jest rzekoma rozbieżność w zakresie producenta i oferowanych produktów. Ponieważ rozbieżność taka w rzeczywistości nie ma miejsca, co wykazano zarówno w wyjaśnieniach z dnia 28.06.2023 r. jak i powyżej, odrzucenie oferty Odwołującego jest oczywiście bezpodstawne i nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy Pzp wskazanych powyżej.

Odnosząc przytoczonego w uzasadnieniu czwartego powodu odrzucenia oferty Odwołującego fragmentu wyroku z dnia 19 maja 2016r. KIO 722/16 wskazał, że wyrażone w nim ogólne stanowisko Izby jest niewątpliwie słuszne, ale nie ma zastosowania w niniejszej sprawie. Odwołujący nie złożył bowiem wyjaśnień ogólnych, nieadekwatnych do wezwania Zamawiającego, nie pozwalających na ustalenie, że cena oferty została obliczona prawidłowo, przeciwnie, wyjaśnienia złożone przez Odwołującego były konkretne, rzeczowe i wyczerpujące, odnosiły się do wezwania Zamawiającego oraz jak najbardziej pozwalały na ustalenie, że cena oferty Odwołującego została obliczona prawidłowo. Zatem powyższe orzeczenie nie jest żadnym argumentem za odrzuceniem oferty Odwołującego.

Zamawiający w uzasadnieniu czwartego powodu odrzucenia oferty Odwołującego podniósł również, że: „*Generalnie wyjaśnienia powinny rozstrzygać wątpliwości Zamawiającego, a nie stwarzać kolejne*” (cytat za str. 10 informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty). Odwołujący nie może się zgodzić z taką tezą. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie orzekła o obowiązku Zamawiającego żądania ponownych/dodatkowych wyjaśnień dotyczących zaferowanej ceny, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości Zamawiającego, które mogą się pojawić w miarę uzyskiwania wyjaśnień. Odwołujący na poparcie powyższego poglądu przywołał orzecznictwo Izby.

Odwołujący podniósł, iż niezgodne z prawdą jest stwierdzenie Zamawiającego, że: „*W wyjaśnieniach ceny Wykonawca modyfikuje zobowiązanie ofertowe, co z kolei oznacza, że nie tylko wyjaśnienia ceny oferty są rozbieżne z treścią oferty, ale również Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, co oferuje Wykonawca*” (cytat za str. 10 informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty). Jak to już wyjaśniono powyżej różnice opisane w wezwaniu Zamawiającego z dnia 21.06.2023 r. mają charakter pozorny i w rzeczywistości nie zachodzą. Tym samym jest też oczywiste, że w wyjaśnieniach ceny Odwołujący nie zmodyfikował zobowiązania ofertowego. Odwołujący cały czas oferuje Zamawiającemu to samo, tj. urządzenia wskazane w formularzu ofertowym i opisane w złożonych przez Odwołującego przedmiotowych środkach dowodowych. Z tego względu nie ma też żadnych wątpliwości co oferuje Odwołujący. Natomiast ponieważ Odwołujący zaferował Zamawiającemu rozwiązanie, które zostanie wyprodukowane na zlecenie Odwołującego przez szwajcarską firmę Centiel SA., w celu wprowadzenia go do obrotu pod własną nazwą Odwołującego, nie jest niczym dziwnym, zaskakującym czy niezrozumiałym, że w załączonych do wyjaśnień ceny ofertach Centiel SA nr QT23- 0084-E1-D, QT23-0084-E2-D, QT23-0084-E3-D, QT23-0084-E4-D z 29 maja 2023 r. posłużono się oznaczeniami modułów UPS oraz baterii stosowanymi przez Centiel SA. Nie sposób wręcz wyobrazić sobie inne rozwiązanie, skoro oznaczenia modułów UPS oraz baterii podane w formularzu ofertowym są oznaczeniami stosowanymi przez Odwołującego, a nie przez Centiel SA. Podsumowując, trudno nie odnieść wrażenia, że Zamawiający „na siłę”, pomijając treść wyjaśnień Odwołującego z dnia 28.06.2023 r., stara się znaleźć jakąkolwiek wadę w złożonych przez Odwołującego wyjaśnieniach ceny, tylko po to, aby je zakwestionować i odrzucić ofertę Odwołującego.

Zamawiający w uzasadnieniu czwartego powodu odrzucenia oferty Odwołującego podniósł również, że: „*Wyjaśnienia i uzupełnienia uzyskane od Wykonawcy nie korespondują z informacjami technicznymi zadeklarowanymi w Formularzu ofertowym, równocześnie Wykonawca nie uzupełnił wymaganych przez Zamawiającego dokumentów przez co oferta Wykonawcy nie może zostać poddana ocenie z uwagi na brak niezbędnych do dokonania oceny danych, a dane dostarczone w Wyjaśnieniach jak i Uzupełnieniach nie rozwiąły wątpliwości Zamawiającego*” (cytat za str. 10 - 11 informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty). Powyższe stwierdzenia Zamawiającego są bardzo ogólne, przez co Odwołujący nie jest w stanie stwierdzić do których konkretnie powodów odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający tutaj nawiązuje. Odwołujący może zatem jedynie wskazać, że do wszystkich podanych przez Zamawiającego powodu

odrzucaenia oferty Odwołującego odniósł się wyczerpująco powyżej i wykazał, że brak jest jakichkolwiek podstaw do odrzucaenia oferty Odwołującego. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego wyjaśnienia i uzupełnienia uzyskane od Odwołującego jak najbardziej korespondują z informacjami technicznymi zadeklarowanymi

w Formularzu ofertowym, ponadto Odwołujący uzupełnił wymagane przez Zamawiającego dokumenty, a dane przedstawione w Wyjaśnieniach jak i Uzupełnieniach są aż nadto wystarczające, aby rozwiać wątpliwości Zamawiającego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w uzasadnieniu czwartego powodu odrzucaenia oferty Odwołującego Zamawiający stwierdził, iż: „*odrzuca ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5), art. 226 ust. 1 pkt 8), w związku z art. 224 ust 6. Ustawy PZP z tego względu, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, a ponadto zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca, w wyznaczonym terminie, nie udzielił wyjaśnień odnoszących się do złożonej oferty, a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu*” (cytat za str. 11 informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty). W nawiązaniu do powyższego Odwołujący podkreśla, że nigdzie

w uzasadnieniu czwartego powodu odrzucaenia oferty Odwołującego Zamawiający nie wyjaśnił na czym miałyby polegać niezgodność treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia. Nie wiadomo zatem w czym Zamawiający upatruje takiej niezgodności,

w szczególności Zamawiający nie wskazał ani konkretnego punktu czy fragmentu oferty Odwołującego, ani konkretnego punktu czy fragmentu SWZ, pomiędzy którymi miałyby zachodzić niezgodności. Nie sposób się też zgodzić z twierdzeniem Zamawiającego, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Jak to już podniesiono powyżej jedynym wskazanym przez Zamawiającego powodem uznania, że złożone wyjaśnienia ceny są niewiarygodne i nie potwierdzają realności wyceny rozwiązania wskazanego w ofercie, jest rzekoma rozbieżność w zakresie producenta i oferowanych produktów. Taka rozbieżność w rzeczywistości nie zachodzi, co zostało wykazane powyżej. Wreszcie kompletnie chybione jest twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący, w wyznaczonym terminie, nie udzielił wyjaśnień odnoszących się do złożonej oferty. W rzeczywistości, w każdym wypadku, odpowiadając na kolejne wezwania do wyjaśnień, Odwołujący składał je w wyznaczonych przez Zamawiającego terminach i odnosił się w nich do złożonej oferty jak i do kwestii, o które Zamawiający pytał w wezwaniach. Zamawiający, uzasadniając odrzucaenie oferty Odwołującego, nie wskazał choćby jednego przypadku, w którym Odwołujący, w wyznaczonym terminie, nie udzielił wyjaśnień odnoszących się do złożonej oferty. Lakoniczność powyższego twierdzenia Zamawiającego powoduje, że Odwołujący może mu jedynie zaprzeczyć, nie jest bowiem w stanie stwierdzić w czym konkretnie Zamawiający upatruje braku udzielenia wyjaśnień odnoszących się do złożonej oferty w wyznaczonym terminie.

Odnosnie zarzutu określonego w punkcie 5. *petitum* odwołania Odwołujący wskazał, że przedmiotowy zarzut jest konsekwencją zarzutów podniesionych i opisanych powyżej. Wskazał, iż w niniejszej sprawie Zamawiający bezpodstawnie dokonał odrzucaenia oferty Odwołującego. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący przedstawił także uzasadnienie prawne i faktyczne zarzutów ewentualnych, podniesionych z ostrożności procesowej, o których mowa w punktach 6 – 8 *petitum* odwołania. Wskazał, iż ww. zarzuty zostały postawione z ostrożności procesowej i wyłącznie na wypadek gdyby Izba uznała, że oferta Odwołującego została zasadnie odrzucona przez Zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 sierpnia 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Odwołującego wraz z wyjaśnieniami i

uzupełnieniami, wezwania kierowane do Odwołującego oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 4 sierpnia 2023 r.

Skład orzekający Izby wzięły pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 30 sierpnia 2023 r., a także odpowiedź na odwołanie.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego zgodnie z ich spisem, tj:

1. wynik testu BAPCo SYSmark 2018 ver. 1.0.4.68 przeprowadzonego na komputerze w zaoferowanej konfiguracji (Dell Vostro 3710, procesor 12Gen Intel i5-12400) z zainstalowanym systemem Microsoft Windows 10 (wraz z tłumaczeniem);
 2. wynik testu BAPCo SYSmark 2018 ver. 1.0.2.58 przeprowadzonego na komputerze w zaoferowanej konfiguracji (Dell Vostro 3710, procesor 12Gen Intel i5-12400) z zainstalowanym systemem Microsoft Windows 11 (wraz z tłumaczeniem);
 3. oświadczenie firmy MBA System sp. z o. o. będącej partnerem oraz dystrybutorem producenta sprzętu komputerowego marki Dell;
 4. oświadczenie firmy OPTeam S.A. będącej partnerem oraz dystrybutorem producenta sprzętu komputerowego marki Dell, która przygotowała dla Odwołującego ofertę cenową na dostawę sprzętu komputerowa – załączoną do wyjaśnień rażąco niskiej ceny;
 5. zrzut ekranu ze strony internetowej Microsoft, zawierający odpowiedzi na podstawowe pytania użytkowników;
 - 5.1. zrzut ekranu ze strony internetowej producenta DELL ;
 6. zrzut ekranu ze strony internetowej producenta systemu testowego zawierający średni wynik testu dla procesor 12Gen Intel i5-12400 oraz wyniki wszystkich testów jednostkowych (wraz z tłumaczeniem);
 7. uzupełniony przez wykonawcę TMS Załącznik nr 12, tj. Sprawozdanie z badania jednostkowego UL 9540A (nr projektu 4789548397) - bez znaczenia dla istoty sporu;
 8. wydruk ze strony internetowej holenderskiej Izby Handlowej (Kamer van Koophandel) wraz z tłumaczeniem na język polski – bez znaczenia dla istoty sporu;
 9. wydruk ze strony internetowej BAPCo (https://results.bapco.com/charts/facet/SYSmark_2018/cpu/all/desktop) wraz z tłumaczeniem na język polski – bez znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów 1-5;
 10. wydruk ze strony internetowej BAPCo ([https://results.bapco.com/facet/detail/SYSmark_25/cpu/all/desktop/12th Gen Intel\(R\) Core\(TM\) i7-12700K](https://results.bapco.com/facet/detail/SYSmark_25/cpu/all/desktop/12th%20Gen%20Intel(R)%20Core(TM)%20i7-12700K)) wraz z tłumaczeniem na język polski - bez znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów 1-5;
 11. wydruk ze strony internetowej BAPCo (<https://results.bapco.com/fdr/20699>) wraz z tłumaczeniem na język polski - bez znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów 1-5;
 12. wydruk ze strony internetowej BAPCo (<https://bapco.com/products/end-of-life-products/sysmark-2018/>) wraz z tłumaczeniem na język polski - bez znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów 1-5;
 13. wydruk ze strony internetowej BAPCo (<https://bapco.com/products/sysmark-25/>) wraz z tłumaczeniem na język polski - bez znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów 1-5;
 14. Przewodnik użytkownika dla monitora Barco model MDSC-2224,
Przewodnik użytkownika dla monitora Barco model MDSC-2242,
Przewodnik użytkownika dla monitora Barco model MDSC-8231,
Przewodnik użytkownika dla monitora Barco model MDSC-8427,
Przewodnik użytkownika dla monitora Barco model MDSC-8527,
Przewodnik użytkownika dla monitora Barco model MDSC-8532 - bez znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów 1-5;
 15. podręcznik użytkownika programu BAPCo SYSmark 2018 - bez znaczenia dla istoty sporu;
 16. wydruk ze sklepu internetowego firmy UL – bez znaczenia dla istoty sporu;
 17. wydruk ze strony internetowej firmy INTEL dotyczący procesora i7-12700 - bez znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów 1-5;
 18. wydruk ze strony internetowej firmy INTEL dotyczący procesora i7-12700K - bez znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów 1-5;
 19. instrukcja komputera oferowanego przez TMS Sp. z o.o. – bez znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów 1-5;
 20. wydruk ze strony internetowej BAPCo - bez znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów 1-5;
 21. wydruk ze strony internetowej BAPCo - bez znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów 1-5;
 22. wydruk ze strony internetowej BAPCo - bez znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów 1-5.
- Jednocześnie w poczet materiału sprawy Izba włączyła dowody złożone przez Zamawiającego, tj.:
1. korespondencję elektroniczną z dnia 28 sierpnia 2023 r. - bez znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów 1-5;
 2. wydruk ze strony internetowej - bez znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów 1-5;
 3. informacja techniczna FAST IT Solutions Sp. z o.o. - bez znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów 1-5;

4. korespondencja między Zamawiającym a DELL wskazująca na dane techniczne produktu DELL Vostro 3710 z procesorem i5 12 generacji oraz wydruki z systemu BAPCo;
5. wydruki ze strony internetowej firmy DELL oraz INTEL.

Ponadto do akt sprawy Izba wyłączyła wnioszek dowodowy Przystępującego stanowiący wydruki ze stron internetowych innych producentów urządzeń – bez znaczenia dla istoty sporu.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 2.1.4.1. SWZ: Zamawiający przewiduje następujące przedmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie spełnienia wymagań przez przedmiot zamówienia w zakresie zgodności oferowanego produktu z opisem przedmiotu zamówienia:

- specyfikację techniczną oferowanego produktu, tj. dokument poświadczony przez Producenta potwierdzający minimalne wymagania techniczne zaoferowanego przedmiotu zamówienia określone w pkt. od 1) do 49) tabeli MINIMALNE WYMAGANIA TECHNICZNE URZĄDZEŃ - Załącznik nr 2 do Projektowanych Postanowień Umowy oraz zestawieniu DODATKOWYCH PARAMETRÓW TECHNICZNYCH określonych w pkt. 7.3.4 SWZ - pkt. od 1 do 19 zakresie w jakim wykonawca oferuje dodatkowe parametry techniczne) poprzez przedstawienie np. kart katalogowych, deklaracji zgodności, deklaracji własności użytkowych, oceny zgodności parametrów produktu w języku polskim lub w

oryginale z dołączonym tłumaczeniem na język polski.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa oraz montaż i uruchomienie jednostek modułowych UPS z szafami bateryjnymi oraz wykonanie systemu monitorującego parametry nowych jednostek modułowych UPS w siedzibie Centrali ZUS przy ul. Szamockiej 3, 5

w Warszawie. System monitorujący parametry nowych jednostek modułowych UPS został opisany w tabeli „Minimalne wymagania techniczne urządzeń” (pkt 42-46). Szczegóły dotyczące mocy, sposobu pracy oraz miejsc podłączeń jednostek modułowych UPS

z szafami bateryjnymi znajdują się na schematach E1:E4, stanowiących Załącznik nr 1 do Umowy.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowił załącznik nr 2 do Projektowanych postanowień umowy stanowiących załącznik nr 2 do SWZ.

W załączniku nr 2 do Projektowanych postanowień umowy zamieszczono tabelę określającą minimalne wymagania techniczne urządzeń.

Parametry wyjściowe

Lp. 35 - Praca z niesymetrycznym obciążeniem poszczególnych faz: Możliwość pracy

z niesymetrycznym obciążeniem poszczególnych faz, w zakresie 0-100% obciążenia bez przesunięcia fazowego

Baterie w technologii LI-ION

Lp. 41 - Obudowa szafy wykonana z materiału utrudniającego rozprzestrzeniania się ognia* na sąsiednie szafy bateryjne (wymagane przedstawienie certyfikatu lub raportu z badania) *Szafa musi posiadać deklarację właściwości użytkowych oraz oznaczenie CE: Ogniwa bateryjne w szczelnych obudowach wyposażonych w wentyl bezpieczeństwa oraz system przerywania łańcucha bateryjnego w przypadku wzrostu ciśnienia wewnętrznego. Ogniwa wyposażone w warstwę bezpieczeństwa przerywającą obwód poprzez samoistne przepalenie w przypadku nadmiernego wzrostu temperatury wewnętrznej ogniwa

Wymagania dotyczące jednostki PC:

Lp. 58 – Procesor osiągający wydajność komputera w oparciu o test programem BAPCo SYSmark 2018 ver. min. 1.0.2.58:

- Productivity (wydajność) min. 1640 punktów,
- Overall Rating (ogólny wynik) min. 1945 punktów
- spełniający zalecane parametry dostarczonego systemu monitorującego pracę jednostek UPS.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło czterech wykonawców.

Odwołujący w ofercie zaoferował m.in.:

UPS o mocy 150 kVA:

- producent UPS: FAST Group Sp. z o.o.,
- Model UPS: EcoPower PRO,
- Producent i model baterii: LI-ION FAST Group Sp. z o.o.; LIB-512V-050 oraz LIB-614V-050.

W zakresie stacji roboczej PC Odwołujący zaoferował komputer

- Producenta DELL
- Model Vostro
- Seria 3710
- Procesor Intel Core i5 12 generacji.

Zamawiający w dniu 18 kwietnia 2023 r. na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie poz. 58 Tabeli Minimalne Wymagania Techniczne Urządzeń wskazując, że zgodnie ze zweryfikowanym przez Zamawiającego wynikiem testu za pomocą programu BAPCo SYSmark 2018 procesor zaoferowanej stacji roboczej nie uzyskał wymaganej liczby punktów. Dla zaoferowanego procesora dostępne są dwa testy: Uzyskane punkty:

Dla testu nr 1: (konfiguracja Bapco SYSmark 2018 v1.5.0.74)

- Productivity (wydajność) uzyskano 1870 punktów, wymagano 1640 punktów,
 - Overall Rating (ogólny wynik) uzyskano 1928 punktów, wymagano 1945 punktów.
- Dla testu nr 2: (konfiguracja Bapco SYSmark 2018 v1.5)
- Productivity (wydajność) uzyskano 1577 punktów, wymagano 1640 punktów,
 - Overall Rating (ogólny wynik) uzyskano 1912 punktów, wymagano 1945 punktów.

Pismem z dnia 25 kwietnia 2023 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia w powyższym zakresie.

Wykonawca wyjaśnił, że na stronie BAPCo dostępne są 4 testy dla procesora i5-12400 12 generacji. Dla testu, który Zamawiający pominął w swoim wezwaniu wynoszą:

- Overall Rating – 2302 punktów (wymagano 1945 punktów)
- Productivity 2091 punktów (wymagano 1640 punktów)

Test wykonano dla wersji oprogramowania BAPCo SYSmark 2018 ver. 1.0.3.60. Osiągnięte wyniki znacząco przekraczają te oczekiwane przez Zamawiającego. Już sam ten test powinien stanowić o fakcie, że zaoferowane rozwiązanie spełnia wymogi SiWZ.

Wykonawca wskazał, że odnosząc się dalej do otrzymanego pisma Zamawiający

w piśmie powołuje się na dwa testy (nazwane w piśmie „test nr 1” i „test nr 2”. Test nr 2 (<https://results.bapco.com/fdr/30409>) (konfiguracja Bapco SYSmark 2018 v1.5)

- Productivity (wydajność) uzyskano 1577 punktów,
- Overall Rating (ogólny wynik) uzyskano 1912 punktów,

Trzeba zwrócić uwagę, że ten test nie powinien być rozpatrywany jako, że został przeprowadzony płycie głównej przewidzianej do terminali POS a nie komputerów typu desktop (POS-EIH610EX).

Test nr 1 (<https://results.bapco.com/fdr/35194>) (konfiguracja Bapco SYSmark 2018 v1.5.0.74) - Productivity (wydajność) uzyskano 1870 punktów, - Overall Rating (ogólny wynik) uzyskano 1928 punktów

Trzeba zwrócić uwagę, że po pierwsze test ten jest wykonywany dla wersji oprogramowania dużo nowszej (wyższej) od wymaganej co ma wpływ na uzyskany wynik jak i dla komputera posiadającego jedynie 8GB pamięci RAM co znacząco ogranicza osiągi wydajnościowe procesora a do uzyskania wymaganego wyniku zabrakło 17 pkt czyli niecały 1%. Widać to w sposób oczywisty na teście, na który się powołaliśmy a którego Zamawiający nie przytoczył w swoim piśmie gdzie przy konfiguracji 16GB RAM osiągnięte wyniki znacząco przewyższają oczekiwaną wartość.

Dodatkowo chcielibyśmy również zaznaczyć, że średnia ze wszystkich przeprowadzonych testów tego procesora wynosi:

- Overall Rating – 2075 punktów (wymagano 1945 punktów)

Pragniemy zauważyć, iż w Opisie przedmiotu zamówienia nie doprecyzowano czy wymagane minimalne wyniki mają dotyczyć średniego wyniku ze wszystkich testów, czy wystarczy wskazanie na jednostkowe badanie, czy też nie może występować chociażby jeden test wskazujący na wynik poniżej oczekiwanego. Odwołania się do średniej wszystkich testów wydaje się racjonalne i technicznie uzasadnione. Wszystkie niejednoznaczności SWZ muszą - Productivity 1888 punktów (wymagano 1640 punktów) być rozpatrywane na korzyść wykonawców.

Wyjaśnił, iż znaczące różnice pomiędzy poszczególnymi jednostkowymi testami opublikowanymi na stronie BAPCo wynikają z zastosowania różnych konfiguracji całego komputera. Mimo, iż procesor we wszystkich komputerach jest taki sam, to wyniki poszczególnych testów mogą być (i są) znacząco różne. Wszystkie testy tzw. benchmarkowe, w tym BAPCo SYSmark, są reprezentatywne dla konkretnej konfiguracji komputera a nawet warunków środowiskowych, w których są przeprowadzane. Podkreślamy, iż zaoferowany komputer tj. Dell Vostro 3710 z procesorem i5 12 generacji spełnia minimalne wymagania Zamawiającego a w szczególności osiąga co najmniej 1640 punktów w teście Productivity (wydajność) oraz osiąga co najmniej 1945 punktów w teście Overall Rating (ogólny wynik) min. 1945 punktów w ramach programu BAPCo SYSmark 2018 ver. min. 1.0.2.58. Pozostajemy do dyspozycji w razie jakichkolwiek dalszych wątpliwości i konieczności udzielenia dodatkowych informacji.

Pismem z dnia 18 maja 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie

art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie spełnienia wymogu, o którym mowa w punkcie 58 tabeli. Zamawiający wskazał, iż w wyniku analizy Państwa wyjaśnień, jak również informacji uzyskanych od producenta urządzenia, Zamawiający stwierdził, że dla dostępnych wyników dwa wyniki opierają się o środowisko Windows 10, a dwa kolejne o Windows 11. Z ogólnodostępnych dokumentów potwierdzonych przez producenta

urządzenia, wynika, iż produkt wspiera środowisko Windows 11, wobec czego należy przyjąć wyniki dla Windows 11. Wyniki na Windows 11 nie spełniają parametrów minimalnych opisanych w OPZ. W związku z powyższym Zamawiający prosi o wyjaśnienie w jaki sposób zaoferowany procesor stacji roboczej spełnia wymagania Zamawiającego wskazane w OPZ.

Pismem z dnia 30 maja 2023 r. Odwołujący złożył Zamawiającemu dodatkowe wyjaśnienia wskazując w szczególności, że Zamawiający w treści wezwania powołuje się na korespondencje z „producentem urządzenia”. Zamawiający w żaden sposób nie tłumaczy o jakie „urządzenie” chodzi i co dokładnie Zamawiający ma na myśli kierując wezwaniem do wykonawcy. W odniesieniu do rozważań Zamawiającego zwracamy jedynie uwagę, iż obecnie każdy system Windows 11 posiada możliwość powrotu do poprzedniej wersji (downgrade) tj. do systemu Windows 10 – przedmiotowa funkcjonalność jest potwierdzona i dopuszczona także przez DELL. Produkt taki jest dalej objęty gwarancją i wsparciem producenta – taką usługę oferują też oficjalne kanały sprzedaży DELL. Fakt, iż produkt wspiera środowisko Windows 11, nie oznacza, że nie może współpracować z systemem Windows 10.

Pismem z dnia 18 maja 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, tj. dokumentu poświadczającego przez Producenta potwierdzającego minimalne wymagania techniczne zaoferowanego przedmiotu zamówienia określone w Załączniku nr 2 do Projektowanych postanowień Umowy, zgodnie z poniższym zakresem:

5) Praca z niesymetrycznym obciążeniem poszczególnych faz (Lp. 35). Możliwość pracy z niesymetrycznym obciążeniem poszczególnych faz, w zakresie 0- 100% obciążenia bez przesunięcia fazowego - brak informacji w karcie katalogowej;

9) Obudowa szafy wykonana z materiału utrudniającego rozprzestrzeniania się ognia na sąsiednie szafy bateryjne (przedstawić certyfikat lub raport z badania) -(Lp. 41). Ogniwa bateryjne w szczelnych obudowach wyposażonych w wentyl bezpieczeństwa oraz system przerywania łańcucha bateryjnego w przypadku wzrostu ciśnienia wewnętrznego. Ogniwa wyposażone w warstwę bezpieczeństwa przerywającą obwód poprzez samoistne przepalenie w przypadku nadmiernego wzrostu temperatury wewnętrznej ogniwa (brak informacji w karcie katalogowej oraz brak certyfikatu).

Zamawiający wskazał, iż w wyniku analizy dokumentów złożonych wraz z ofertą stwierdził, iż dokument przedmiotowy, złożony przez Wykonawcę jest niekompletny i nie zawiera wymaganych danych m.in. w powyższym zakresie.

W piśmie z dnia 30 maja 2023 r. Odwołujący wyjaśnił, że:

Ad. 5 Jako producent oferowanego rozwiązania oświadczamy, iż wskazane wymaganie jest spełnione. Od początku wprowadzenia technologii EcoPower, falowniki tych UPSów mają falowniki oraz sterowanie oddzielnie dla każdej fazy. Dlatego praca dla niesymetrycznych obciążeń nie ma wpływu na funkcjonowanie UPS. Funkcjonalność jest wyraźnie pokazana na stronie 15 dokumentu „OŚWIADCZENIE WIEDZY O INFRASTRUKTURZE FUNKCJONUJĄC WYKONAWCY” stanowiącego tajemnicę przedsiębiorstwa (strona 12 rozdziału opisu technicznego oferowanych UPS) Potwierdzamy funkcjonowanie UPS bez utraty jakichkolwiek parametrów jakości zasilania dla niesymetrycznego obciążenia

w zakresie 0-100% obciążenia bez przesunięcia fazowego.

Do ww. pisma Odwołujący załączył Suplement do Opisu najnowszych UPSów modułowych EcoPower Pro – kartę katalogową, w którym na str. 2 pkt 5 wskazano: Praca

z niesymetrycznym obciążeniem poszczególnych faz - Możliwość pracy z niesymetrycznym obciążeniem poszczególnych faz, w zakresie 0-100% obciążenia bez przesunięcia fazowego.

Ad. 9 Jako producent oferowanego rozwiązania oświadczamy, iż wskazane wymaganie jest spełnione. Szafa posiada deklarację właściwości użytkowych oraz oznaczenie CE. Potwierdzamy, że ogniwa bateryjne są w szczelnych obudowach wyposażonych w wentyl bezpieczeństwa oraz system przerywania łańcucha bateryjnego w przypadku wzrostu ciśnienia wewnętrznego. Ogniwa wyposażone są w warstwę bezpieczeństwa przerywającą obwód poprzez samoistne przepalenie w przypadku nadmiernego wzrostu temperatury wewnętrznej ogniwa. W załączeniu przedstawiamy stosowny certyfikat.

Pismem z dnia 18 maja 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie

art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub ich istotnych części składowych. Wskazał m. in. że Wykonawca zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę 7 130 755,72 zł brutto tj. cena jest niższa o 58,38 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT tj. 17 133 900,00 zł oraz o 40,31 % średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Pismem z dnia 31 maja 2023 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z dowodami, które objął w części tajemnicą przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 21 czerwca 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w powiązaniu z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny. Zamawiający w wezwaniu wskazał, że prosi o wyjaśnienie:

- a) różnicy w zaoferowanych Modułach UPS, a w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny,
- b) różnicy we wskazaniu producenta – Wykonawca złożył ofertę wskazując jako producenta modelów UPS i baterii: FAST Group Sp. z o.o. natomiast w wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny wskazano jako producenta: Centiel,
- c) różnicy w zaoferowanym modelu baterii LI-ION FAST Group sp, z o.o.; LIB-512V050 a zestawem baterii LiFePOwer wskazanym w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

Jednocześnie Zamawiający zwrócił się Odwołującego na podstawie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp o wyjaśnienie powodów niezłożenia certyfikatu lub sprawozdania (raportu)

z badań o którym mowa w art. 105 ust. 1 i 3 Pzp i w pkt 41 Minimalnych wymagań technicznych stanowiących załącznik nr 2 do Projektowanych postanowień Umowy.

Odwołujący pismem z dnia 28 czerwca 2023 r. złożył stosowne wyjaśnienia

w zakresie dostrzeżonej przez Zamawiającego rozbieżności dotyczącej producenta

i oferowanych produktów, które poparł dowodem i objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

Ponadto Wykonawca złożył

wyjaśnienia w zakresie certyfikatu.

Pismem z dnia 4 sierpnia 2023 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Jednocześnie Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1

pkt 2) lit. c), art. 226 ust. 1 pkt 5), art. 226 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Zamawiający odrzucił ofertę firmy FAST Group Sp. z o.o. z następujących powodów:

1. Zamawiający w dniu 18.05.2023 r. wezwał Wykonawcę FAST Group Sp. z o.o. do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego poprzez przedłożenie dokumentu poświadczającego przez Producenta potwierdzającego minimalne wymagania techniczne zaoferowanego przedmiotu zamówienia określone w tabeli Minimalne wymagania techniczne urządzeń pod Lp. 41 w Załączniku nr 2 pt.: „Opis przedmiotu zamówienia” do Projektowanych postanowień Umowy stanowiących załącznik nr 2 do SWZ. W Lp. 41 Minimalnych wymagań technicznych urządzeń Zamawiający określił parametr, że obudowa szafy wykonana ma być z materiału utrudniającego rozprzestrzeniania się ognia na sąsiednie szafy bateryjne. W szczególnym opisie wymagań wskazano, że ogniwa bateryjne mają być w szczelnych obudowach wyposażonych w wentyl bezpieczeństwa oraz system przerywania łańcucha bateryjnego w przypadku wzrostu ciśnienia wewnętrznego. Ogniwa mają być też wyposażone w warstwę bezpieczeństwa przerywającą obwód poprzez samoistne przepalenie w przypadku nadmiernego wzrostu temperatury wewnętrznej ogniwa. W nawiasie wskazano, że należy przedstawić certyfikat lub raport z badania. W treści pisma z dnia 18.05.2023 r. Zamawiający wskazał, że w dokumentach przedstawionych przez Wykonawcę brak jest informacji na powyższy temat w karcie katalogowej oraz brak certyfikatu. Zgodnie ze wskazanym powyżej wymogami Zamawiającego określonymi w SWZ wykonawca powinien przedstawić certyfikat lub raport z badań na potwierdzenie spełnienia ww. wymagań. Wykonawca w odpowiedzi z dnia 1.06.2023 r. na powyższe wezwanie oświadczył, że szafa posiada deklarację właściwości użytkowych oraz oznaczenie CE jednocześnie załączając dokumenty zatytułowany jako „certyfikat” wystawiony przez firmę Centiel, stanowiący oświadczenie własne. Kolejnym pismem z dnia 21.06.2023 r. Zamawiający na podstawie art. 107 ust. 4 ustawy PZP wezwał wykonawcę do udzielenia wyjaśnień wobec uzupełnionych w dniu 1 czerwca 2023 r. przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający prosił o wyjaśnienia powodów niezłożenia certyfikatu lub sprawozdania (raportu) z badań, o którym mowa w art. 105 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i w pkt 41 Minimalnych wymagań technicznych urządzeń stanowiących załącznik nr 2 do Projektowanych postanowień Umowy. Wykonawca w odpowiedzi z dnia 28.06.2023 r. nie wyjaśnił powodów braku przedstawienia Zamawiającemu certyfikatu lub sprawozdania (raportu) z badań, o którym mowa w art. 105 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Zamawiający przywołał regulacje art. 105 ustawy Pzp oraz art. 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30).

W pkt 41 minimalnych wymagań technicznych urządzeń Zamawiający wskazał, że jako przedmiotowe środki dowodowe należy przedstawić certyfikat lub raport z badań.

Dokument przesłany w dniu 01.06.2023 r. pochodzący z dnia 26.04.2023 r. zatytułowany „Manufacturer certificate of technical confirmation” wystawiony przez firmę Centiel, jako stanowiący oświadczenie własne nie może zostać uznany za certyfikat spełniający wymogi określone w art. 105 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a jednocześnie brak jest wyjaśnień z jakiego powodu Zamawiający miałby uznać go za inny odpowiedni przedmiotowy środek dowodowy w rozumieniu art. 105 ust. 4 ustawy Pzp. Centiel oświadczył spełnienie norm UL 9540A dla baterii oraz oświadczył stosowanie materiałów nierozprzestrzeniających ognia dla obudów. Oświadczenie Centiel nie jest równoznaczne z posiadaniem certyfikatu UL na poziomie szafy. Co więcej, w wyszukiwarce dostępnej na stronie internetowej UL

<https://productiq.ulprospector.com/en/search> brak jest wyników wyszukiwania dla producentów Fast Group czy Centiel, co wyłącznie potwierdza, że ww. podmioty nie legitymują się certyfikatem ani raportem z badań wystawionymi zgodnie z zasadami certyfikacji jednostki UL, na którą Wykonawca się powołuje. Brak jest natomiast jakichkolwiek wyjaśnień z jakiego powodu wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1 i 3, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie 226 ust. 1

pkt 2 lit. c) ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp – ponieważ Wykonawca nie złożył przedmiotowego środka dowodowego wskazującego na spełnienie wymagań określonych w Lp. 41 Załącznika nr 2 do SWZ – Projektowane postanowienia umowne oraz z tego względu że treść oferty w zakresie wymagania określonego w Lp. 41 jest niezgodna z warunkami zamówienia.

2. Zmawiający dnia 18.04.2023 r. wezwał Wykonawcę FAST Group Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie zaoferowanego Procesora INTEL CORE i5 12 generacja. Zgodnie ze zweryfikowanym przez Zmawiającego wynikiem testu za pomocą programu BAPCo SYSmark 2018 ver. min. 1.0.2.58 procesor zaoferowanej stacji roboczej nie uzyskał wymaganej liczby punktów.

Zamawiający dokonał weryfikacji dostarczonego rozwiązania Procesor w teście BAPCo SYSmark 2018 ver. min. 1.0.2.58 - dla oprogramowania Windows 11 opisanego w karcie produktu DELL – odpowiednio:

Test nr.1:

Spełnione dla „Productivity” (wydajność) : Wymagane: 1640 Uzyskane: 1870

Niespełnione dla „Overall Rating” (ogólny wynik): Wymagane: 1945 Uzyskane: 1870

Test nr.2:

Niespełnione dla „Productivity” (wydajność): Wymagane: 1640 Uzyskane: 1577 Niespełnione dla „Overall Rating” (wynik ogólny): Wymagane: 1945 Uzyskane: 1912

Wykonawca wyjaśnił w piśmie z 30.05.2023 r. (przesłanego 01.06.2023 r.) na stronie BAPCo dostępne są testy jednostkowe potwierdzające spełnienie wymagań Zamawiającego. Wykonawca wskazuje na średni wynik ze wszystkich przeprowadzonych testów, który

w niezobiektywizowany sposób potwierdza spełnienie wymagań. Wykonawca wskazywał, iż Zamawiający nie sprecyzował systemu operacyjnego. Wykonawca wskazał na brak, w jego ocenie, precyzyjności w OPZ. Ponadto wskazał na możliwość downgrade systemu WIN 11 do WIN 10, jak również na dopuszczenie powyższego rozwiązania przez DELL. Wg. Wykonawcy usługę downgrade świadczą oficjalne kanały dystrybucji i oficjalni partnerzy handlowi. Zamawiający określił oprogramowanie BAPCo SYSMark oraz parametry minimalne procesora w tabeli parametrów minimalnych OPZ pod nr. 58.

System operacyjny będący składową testu jest wybierany przez Wykonawcę na etapie doboru urządzenia co potwierdza karta katalogowa o i nie rozważał takowego pod kątem merytorycznym w OPZ. Zamawiający zostawił Wykonawcom dowolność w wyborze konkretnego systemu operacyjnego i nie narzucał żadnego rozwiązania. Zdaniem Zamawiającego Wykonawca w swojej odpowiedzi stara się zmienić sposób oceny parametrów technicznych sugerując uśrednienie wyników oprogramowania testowego, gdzie Zamawiający jasno wskazał w OPZ parametry techniczne jako minimalne do spełnienia. Dodatkowo Wykonawca zarzucał brak precyzyjności w opisie Zamawiającemu w zakresie systemu operacyjnego, co w ocenie Zamawiającego jest wyrazem niezrozumienia przez Wykonawcę procesu weryfikacji parametrów minimalnych. Zamawiający otrzymał od Producenta komputera kartę katalogową produktu z której wynika, iż komputer DELL Vostro 3710 i5 gen. 12 obsługuje Windows 11 w różnych wersjach, z karty katalogowej jasno wynika, iż system Windows 10 nie występuje w tym modelu komputera. Zamawiający podchodzi od weryfikacji dokumentów w sposób precyzyjny i literalny weryfikując stan faktyczny informacji podanych przez Wykonawcę tj. karty katalogowe produktu oraz wynik testu BAPCo SYSMark i nie dopuszcza uśredniania wyników testów. Weryfikując dostępne testy dla zaproponowanego procesora oraz obsługiwanego systemu operacyjnego można jednoznacznie wykazać, iż zaoferowany komputer nie spełnia parametrów minimalnych dla żadnego z dostępnych testów. Należy jasno podkreślić, że podczas dwukrotnego wezwania do złożenia wyjaśnień (z dnia 18.04.2023 r. i z dnia 18.05.2023 r.) dotyczących zaoferowanego procesora Wykonawca w żadnej odpowiedzi nie wskazał jednoznacznego wyniku testu wykazującego spełnienie parametrów minimalnych procesora dla wspieranego środowiska systemowego, a jedynie wskazuje na możliwość uśredniania wyników, co nie jest zgodne z wymaganiem określonym w poz 58 OPZ. Zamawiający nie narzucał Wykonawcom konkretnego systemu operacyjnego, jednak obowiązkiem Wykonawcy był odpowiedni dobór rozwiązania, tak aby wykazać spełnianie parametrów minimalnych. W odpowiedziach z dni: 25.04.2023 r. i 01.06.2023 r. na wezwanie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP Fast Group Sp. z o.o. nie rozwiął wątpliwości, a jedynie de facto potwierdził, że nie można zidentyfikować czy oferowane rozwiązanie spełnia wymagania minimalne określone w pkt 58) tabeli. Wykonawca sam w piśmie z dnia 25.04.2023 r. potwierdził że „do uzyskania wymaganego wyniku zabrakło 17 pkt czyli

niecały 1%.”.

Z odpowiedzi na wezwanie wynika, że Wykonawca przyjął uśredniony wynik z przeprowadzonych testów, natomiast z żadnego miejsca SWZ nie wynika, że Zamawiający oczekiwał uśrednionego wyniku z kilku testów przeprowadzanych za pomocą wskazanego

w SWZ narzędzia. Zamawiający, wbrew stanowisku Wykonawcy złożonemu w odpowiedzi na wezwanie, sformułował precyzyjne wymaganie, tj. aby rozwiązanie osiągało określony rezultat w teście BAPco SYSmark 2018 ver. Min. 1.0.2.58, który dotyczy wydajności oferowanego procesora. Aby móc przeprowadzić test konieczne jest wprowadzenie do narzędzia informacji o systemie operacyjnym, który będzie zainstalowany w ramach stacji roboczej. Jest to informacja istotna, gdyż dla każdego profesjonalisty oczywiste jest, iż

w zależności od doboru systemu operacyjnego wydajność procesora może być różna. Jeżeli Wykonawca miał wątpliwości w zakresie wymagań mógł również sformułować pytanie do SWZ, a nie dążyć do korzystnej dla siebie interpretacji treści dokumentów zamówienia na etapie oceny ofert. Zamawiający pozostawił ostateczną decyzję Wykonawcy jaki system operacyjny zaoferuje, jednak prosił o wynik w ww. teście, który powinien uwzględniać system operacyjny pozwalający na osiągnięcie wymaganej wydajności minimalnej. Wskazanie na kilka testów i przyjęcie z nich uśrednionego wyniku skutkuje tym, że Zamawiający nie ma pewności jakie rozwiązanie jest oferowane tzn. czy rozwiązanie z systemem operacyjnym spełniającym pozwalającym na wykazanie wydajności procesora (Windows 10) czy rozwiązanie niespełniające wymagań w ww. zakresie (Windows 11). Równie dobrze Wykonawca na etapie realizacji może przecież stwierdzić, że chodziło o uśredniony wynik wydajności procesora i oferuje stację roboczą z systemem operacyjnym nie zapewniającym wydajności na poziomie określonym w SWZ. W odpowiedzi na wezwanie Fast Group Sp.

z o.o. deklaruje możliwość wykonania down grade'u systemu, jednak powyższe można odczytać jako próbę negocjacji treści oferty w odpowiedzi na wątpliwości Zamawiającego. Jeżeli możliwe jest zaoferowanie rozwiązania z systemem Windows 10 to Wykonawca powinien był z takim rozwiązaniem wykonać test BAPco SYSmark 2018 ver. Min. 1.0.2.58. Deklarowanie uśrednionego wyniku, a następnie wskazanie na „możliwość” wykonania down grade'u stanowią niespójność i nie potwierdzają jednoznacznie, że Wykonawca zamierza

w sposób zgodny z minimalnymi wymaganiami zrealizować przedmiot zamówienia. Zamawiający nie powinien domniemywać zgodności oferowanego rozwiązania

z wymaganiami, tylko Wykonawca powinien tę okoliczność w sposób niebudzący wątpliwości wykazać. Wyjaśnienia Wykonawcy należy uznać za wątpliwe, tym bardziej jeżeli Producent nie potwierdził pracy stacji roboczej z systemem Windows 10.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie 226 ust. 1

pkt 5) ustawy PZP jako niezgodną z warunkami zamówienia tj. brak spełnienia parametru minimalnego dla pkt. 58 Minimalnych parametrów technicznych urządzeń zawartych

w Załączniku nr 2 pt.: „Opis przedmiotu zamówienia” do Projektowanych postanowień Umowy stanowiących załącznik nr 2 do SWZ.

3. Zamawiający 18.05.2023 r. wezwał pismem znak: 993200.271.IN-427.2023 wykonawcę FAST Gropup Sp. z o.o. do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego tj. dokumentu poświadczającego przez Producenta potwierdzającego minimalne wymagania techniczne zaoferowanego przedmiotu zamówienia określone w Załączniku nr 2 do Projektowanych postanowień Umowy - Praca z niesymetrycznym obciążeniem poszczególnych faz (Lp. 35). „Możliwość pracy z niesymetrycznym obciążeniem poszczególnych faz, w zakresie 0- 100% obciążenia bez przesunięcia fazowego” z uwagi na brak informacji w karcie katalogowej. Wykonawca dnia 01.06.2023 r. zadeklarował spełnienie parametru. Nie mniej w OPZ Zamawiający określił zakres pracy „0-100 [%]” natomiast Wykonawca opisuje go jako „100%” co wskazuje na brak możliwości pracy poniżej zakresu pełnego obciążenia. Z technicznego punktu widzenia brak spełnienia powyższego parametru skutkuje obniżeniem utrzymania sprawności i funkcjonalności infrastruktury krytycznej jaką posiada Zamawiający, ponieważ urządzenia podłączone do oferowanego przez Wykonawcę UPS np. UPS 150kW (3 x 50kW) mogą być podłączone w konfiguracji: 50kW/50kW dla fazy L1; 50kW/50kW dla fazy L2; 50kW/50kW dla fazy L3 lub 50kW/50kW dla fazy L1; 0kW/50kW dla fazy L2; 0kW/50kW dla fazy L3, gdzie 50kW może zostać podłączone dc dowolnej z faz L1; L2; L3. Wykonawca nie dopuszcza rozwiązania asymetrycznego inne niż wskazane powyżej, a przez to ogranicza podłączenie innych urządzeń dla dowolnej konfiguracji pośredniej np.: 50kW/50kW dla fazy L1; 24kW/50kW dla fazy L2; 32kW/50kW dla fazy L3 lub 37kW/50kW dla fazy L1; 43kW/50kW dla fazy L2; 11kW/50kW dla fazy L3.

Dodatkowo Wykonawca nie potwierdził utrzymania parametrów nominalnych napięcia zasilającego przy asymetrycznym obciążeniu dla konfiguracji pośredniej.

Zgodnie z powyższym Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp z uwagi na zaoferowanie urządzenia niespełniającego wymagań określonych

w pkt. 35 Minimalnych parametrów technicznych urządzeń, zawartych w Załączniku nr 2 pt.: „Opis przedmiotu

zamówienia" do Projektowanych postanowień Umowy stanowiących załącznik nr 2 do SWZ.

4. Zamawiający 18.05.2023 r. wezwał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z uwagi na zaferowanie wykonania zamówienia za kwotę 7 130 755,72 zł brutto tj. cena jest niższa o 58,38 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT tj. 17 133 900,00 zł oraz o 40,31 % średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Wykonawca w ofercie zaferował: UPS o mocy 150 KVA:

- producent UPS: FAST Group Sp. z o.o.,
- Model UPS: EcoPower PRO,
- Producent i model baterii: LI-ION FAST Group Sp. z o.o.; LIB-512V-050.

W odpowiedzi z dnia 01.06.2023 r. Wykonawca składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny odnosił się do produktów innego producenta, a także innych modeli UPS i baterii niż zaferowane w ofercie (informacja dotycząca zaferowanych urządzeń zawarta w załącznikach do wyjaśnień rażąco niskiej ceny). Wyjaśnienia odnoszą się więc do innych produktów niż zaferowane (dowód: Wyjaśnienia – Część II – wraz z załącznikami Tajemnica przedsiębiorstwa) Zamawiający dnia 21.06.2023 r. wezwał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w powiązaniu z wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny. Dnia 28.06.2023 r. Wykonawca udzielając odpowiedzi wskazał, że różnice mają charakter pozorny i w rzeczywistości nie zachodzą (dowód, plik: „FAST GROUP_Wyjasnienia_3_TAJEMNICA PRZEDIEBIORSTWA”).

Opisy wykazane w wyjaśnieniach RNC nie korespondują z formularzem oferty w zakresie jednostek UPS w którym Wykonawca zaferował produkt. Zamawiający ma obowiązek ocenić złożone wyjaśnienia pod kątem ich spójności z ofertą, z uwzględnieniem zgodności oferty z przedmiotem zamówienia oraz konieczności wykazania przez Wykonawcę okoliczności, które pozwoliły na obniżenie ceny. Złożone wyjaśnienia powinny być wykazać brak domniemanego rażąco niskiego charakteru zaferowanej ceny, powinny być rzeczowe

i wiarygodne. W sytuacji, gdy pomiędzy treścią oferty a wyjaśnieniami ceny zachodzi rozbieżność w zakresie producenta i oferowanych produktów, oznacza to, że złożone wyjaśnienia ceny są niewiarygodne i nie potwierdzają realności wyceny rozwiązania wskazanego w ofercie. Nie można uznać, że Wykonawca może w ofercie wskazać jedno rozwiązanie własnej produkcji, a w wyjaśnieniach ceny wykazywać rzetelność kalkulacji

w oparciu o inne rozwiązanie, które różni się od pierwotnie zaferowanego. Zaakceptowanie takiej sytuacji byłoby nieprawidłowe i dopuszczało do złożenia w odpowiedzi na wezwanie

w trybie art. 224 ustawy PZP wyjaśnień o treści niepowiązanej z ofertą, co nie jest celem postępowania weryfikacyjnego, o którym mowa w tym przepisie. W wyroku z dnia 19 maja 2016r. KIO 722/16 stwierdzono, że: "Sytuacja prawna wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólne, nieadekwatne do wezwania zamawiającego, nie pozwalające na ustalenie, że cena oferty została obliczona prawidłowo, jest taka sama jak sytuacja prawna wykonawcy, który wyjaśnień nie złożył w ogóle. W obu przypadkach oferta podlega odrzuceniu". Generalnie wyjaśnienia powinny rozwiewać wątpliwości Zamawiającego, a nie stwarzać kolejne.

W wyjaśnieniach ceny Wykonawca modyfikuje zobowiązanie ofertowe, co z kolei oznacza, że nie tylko wyjaśnienia ceny oferty są rozbieżne z treścią oferty, ale również Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, co oferuje Wykonawca. Wyjaśnienia i uzupełnienia uzyskane od Wykonawcy nie korespondują z informacjami technicznymi zadeklarowanymi w Formularzu ofertowym, równocześnie Wykonawca nie uzupełnił wymaganych przez Zamawiającego dokumentów przez co oferta Wykonawcy nie może zostać poddana ocenie z uwagi na brak niezbędnych do dokonania oceny danych, a dane dostarczone w Wyjaśnieniach jak

i Uzupełnieniach nie rozwiały wątpliwości Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5), art. 226 ust. 1 pkt 8), w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp z tego względu, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, a ponadto zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca, w wyznaczonym terminie, nie udzielił wyjaśnień odnoszących się do złożonej oferty, a złożone wyjaśnienia wraz

z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Za zasadne Izba uznała zarzuty nr 1 – 5 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp oraz art. 226

ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (zarzut nr 1), zarzuty naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw.

z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (zarzuty nr 2 i 3) oraz zarzut naruszenia

art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5), art. 226 ust. 1 pkt 8),

w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp (zarzut nr 4) dotyczące niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw.

z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp (zarzut nr 5) przez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TMS Sp.

z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Przywołując regulacje prawne stanowiące podstawę stawianych zarzutów należy wskazać, iż zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Po myśli

art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odrzuceniu podlega oferta, której treść jest niezgodna

z warunkami zamówienia. Odrzuceniu podlega również oferta, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp). Ponadto zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Zgodnie natomiast z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Tytułem wstępu przypomnieć należy, iż odrzucenie oferty wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest doniosłą instytucją Prawa zamówień publicznych służącą eliminacji z postępowania m.in. wykonawców, których oferty zawierają cenę rażąco niską, są niezgodne z warunkami zamówienia, czy też zostały złożone przez wykonawców, którzy nie złożyli w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń, a zatem pozbawiającą wykonawcę szans na uzyskanie zamówienia publicznego. Tym samym badanie oferty danego wykonawcy w powyższym zakresie powinno zostać dokonane kompleksowo, rzetelnie i z uwzględnieniem okoliczności faktycznych danej sprawy, a wynik tej weryfikacji powinien prowadzić do jednoznacznego wniosku, iż oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Ponadto przypomnieć należy, iż obowiązkiem zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi na niego przez ustawę. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty zostaną ocenione zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w dokumentach zamówienia, z poszanowaniem wymogów stawianych przez powszechnie obowiązujące przepisy prawa, a zamawiający wykona ciężące na nim ustawowe obowiązki, rzetelnego zbadania złożonych ofert, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Jednocześnie zasada równego traktowania wykonawców wskazuje na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców, bez ulg i przywilejów, zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami, jakie ustawodawca nakłada na zamawiającego, w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w tym dokonania starannej oceny złożonych ofert.

W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy przeprowadzona przez Zamawiającego analiza oferty Odwołującego była nierzetelna, co skutkowało wadliwym odrzuceniem oferty Odwołującego. Zamawiający nie dokonał kompleksowej analizy treści oferty Odwołującego wraz ze złożonymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami, akcentował w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego fragmenty wyjaśnień wyrwane z kontekstu, nadając im inne znacznie niż Odwołujący, w niektórych przypadkach pomijał treść wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, analizował spełnienie parametrów wymaganych w dokumentach zamówienia wykraczając poza wymogi specyfikacji, jak również oparł się na niepełnych danych skutkujących odrzuceniem oferty Fast Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W zakresie poszczególnych okoliczności faktycznych podniesionych w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 4 sierpnia 2023 r. Izba wskazuje, co następuje:

Zarzut nr 1 – odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że Odwołujący złożył przedmiotowy środek dowodowy potwierdzający spełnienie wymagań określonych w lp. 41 załącznika nr 2 do SWZ oraz treść oferty Odwołującego w zakresie ww. wymagania jest zgodna z warunkami zamówienia – zarzut zasadny

Uwzględniając stanowiska procesowe Stron, ustalony powyżej stan faktyczny sprawy, w tym okoliczności stanowiące podstawę odrzucenia oferty Odwołującego zawarte w punkcie 1. pisma z dnia 4 sierpnia 2023 r. oraz zgromadzony materiał dowodowy wskazać należy, że osią sporu między Stronami postępowania odwoławczego była kwestia, czy złożony przez Odwołującego dokument, tj. certyfikat Centiel z dnia 26 kwietnia 2023 r. zatytułowany „Manufacturer certificate of technical confirmation” stanowiący oświadczenie własne producenta urządzeń może zostać

uznany za przedmiotowy środek dowodowy wymagany przez Zamawiającego na potwierdzenie wymogu określonego w punkcie 41 tabeli minimalnych wymagań technicznych.

W pierwszej kolejności zdaniem Izby konieczna jest analiza wymogów Zamawiającego dotyczących żądanych przedmiotowych środków dowodowych mających na celu potwierdzenie wymogów zawartych w punkcie 41 tabeli.

Zgodnie z ww. punktem: „*Obudowa szafy wykonana z materiału utrudniającego rozprzestrzeniania się ognia* na sąsiednie szafy bateryjne (wymagane przedstawienie certyfikatu lub raportu z badania) *Szafa musi posiadać deklarację właściwości użytkowych oraz oznaczenie CE. Ogniwa bateryjne w szczelnych obudowach wyposażonych w wentyl bezpieczeństwa oraz system przerywania łańcucha bateryjnego w przypadku wzrostu ciśnienia wewnętrznego. Ogniwa wyposażone w warstwę bezpieczeństwa przerywającą obwód poprzez samoistne przepalenie w przypadku nadmiernego wzrostu temperatury wewnętrznej ogniwa.*”

Niewątpliwie na potwierdzenie ww. parametru Zamawiający wymagał złożenia certyfikatu lub raportu z badania, co wynika wprost z brzmienia punktu 41 tabeli. Podkreślenia wymaga, że w dokumentach zamówienia odnośnie ww. przedmiotowych środków dowodowych Zamawiający nie odwołał się do art. 105 ustawy Pzp, jak również nie posłużył się nomenklaturą określoną tym przepisem (sprawozdanie z badania w miejsce raportu z badania). W szczególności Zamawiający nie wskazał, iż certyfikat winien zostać wydany przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdanie z badań przeprowadzone przez tę jednostkę. Zgodnie bowiem z art. 105 ust. 1 ustawy Pzp, w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców złożenia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę. W ust. 2 ww. przepisu, ustawodawca określił jakie podmioty rozumie się przez jednostki oceniające zgodność,

a w ust. 3 obowiązek akceptacji przez zamawiającego certyfikatów wydanych przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność, jeżeli wymagane jest złożenie certyfikatów wydanych przez określoną jednostkę oceniającą zgodność.

Zdaniem Izby analiza dokumentów zamówienia prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż Zamawiający nie żądał od wykonawców złożenia przedmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w art. 105 ustawy Pzp. Jeśli intencją Zamawiającego było przedstawienie przez wykonawców dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 105 ust. 1 ustawy Pzp, to takie wymaganie powinno znaleźć odzwierciedlenie w treści SWZ, tym bardziej że na gruncie ustawy Pzp katalog przedmiotowych środków dowodowych jest otwarty. Zgodnie bowiem z art. 106 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może żądać innych niż wskazane w i przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Z powyższego wynika, że oprócz certyfikatów oraz sprawozdań z badań przeprowadzonych przez jednostkę oceniającą zgodność, zamawiający może żądać innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, w tym także certyfikatów lub raportów (sprawozdań) z badań pochodzących od innych podmiotów niż jednostki oceniające zgodność. Słusznie zatem twierdził Odwołujący, że w okolicznościach sprawy brak jest jakichkolwiek podstaw do tego, aby każdy certyfikat wymagany przez zamawiającego automatycznie uznawać za certyfikat wydany przez jednostkę oceniającą zgodność, o którym mowa w art. 105 ust. 1 ustawy Pzp, a każdy wymagany przez zamawiającego raport z badania – za sprawozdanie z badań przeprowadzonych przez jednostkę oceniającą zgodność, o którym mowa w art. 105 ust. 1 ustawy Pzp. Zauważenia również wymaga, iż w wezwaniu skierowanym do Odwołującego pismem z dnia 18 maja 2023 r. Zamawiający odnośnie poz. 41 tabeli wskazał na brak certyfikatu. Dopiero

w kolejnym wezwaniu skierowanym do Wykonawcy w dniu 21 czerwca 2023 r. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie powodów niezłożenia certyfikatu lub sprawozdania (raportu)

z badań, o którym mowa w art. 105 ust. 1 i 3 Pzp i w pkt 41 Minimalnych wymagań technicznych stanowiących załącznik nr 2 do Projektowanych postanowień Umowy. Tymczasem, jak już podniesiono powyżej, w punkcie 41 tabeli, Zamawiający wskazał wyłącznie na konieczność złożenia certyfikatu lub raportu z badania, a nie certyfikatu lub sprawozdania z badania, o których mowa w art. 105 ustawy Pzp. Skoro zatem Zamawiający nie wymagał certyfikatu spełniającego wymogi określone w art. 105 ustawy Pzp, Odwołujący nie miał obowiązku przedstawienia takiego certyfikatu, nie miał też obowiązku przedstawienia innego odpowiedniego przedmiotowego środka dowodowego w rozumieniu art. 105 ust. 4 ustawy Pzp. Przedmiotowa kwestia została przez Odwołującego wyjaśniona w piśmie z dnia 28 czerwca 2023 r.

Niewątpliwie również w dokumentach zamówienia nie określono podmiotu, od którego dokumenty mają pochodzić, w szczególności nie podano, że przedmiotowe środki dowodowe winny zostać wystawione przez podmiot zewnętrzny względem producenta czy też niezależny od producenta. Zamawiający jedynie ogólnie podał, iż wymaga złożenia certyfikatu lub raportu z badania. W świetle powyższego nie sposób uznać, że na gruncie wymogów

Zamawiającego nie było dopuszczalne posłużenie się certyfikatem technicznym, wydanym przez producenta urządzenia potwierdzającym oczekiwany parametr. Polemicznie wskazać należy, iż gdyby przyjąć argumentację Zamawiającego za słuszną, to należałoby uznać, że z samego słowa „certyfikat” wynika podmiot będący jego wystawcą oraz że nie może być nim producent urządzenia. Z powyższym poglądem nie sposób się zgodzić.

W potocznym rozumieniu certyfikat to dokument stwierdzający coś, zaświadczający o czymś (Nowym słownikiem poprawnej polszczyzny PWN, Wydawnictwo Naukowe PWN S.A.). Jeżeli intencją Zamawiającego było żądanie, aby certyfikat lub raport z badania został wydany przez jednostkę oceniającą zgodność, o której mowa w art. 105 ust. 1 ustawy Pzp, to winien to w sposób jednoznaczny wyrazić w dokumentach zamówienia. Zamawiający nie może na obecnym etapie postępowania uzupełniać swoich wymogów o treści, które nie zostały wyrażone w dokumentach zamówienia. Takie działanie Zamawiającego godzi

w podstawowe zasady wyrażone w art. 16 ustawy Pzp, w szczególności zasadę równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości. W końcu wskazać należy, iż gdyby nawet uznać, iż pojęcie certyfikatu wywołuje wątpliwości interpretacyjne co do wystawcy dokumentu, to zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem Izby oraz sądów wszelkie wątpliwości dotyczące dokumentacji postępowania obciążają jej autora i nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy.

Przechodząc natomiast do złożonego przez Odwołującego certyfikatu z dnia 26 kwietnia 2023 r. wskazać należy, iż z ww. dokumentu wprost wynika, że *„wszystkie szafy Centiel z akumulatorami litowymi LifePower są wykonane z materiałów ogniodopornych. Potwierdzamy również, że ogniwa baterii znajdują się w szczelnych obudowach wyposażonych w wentyl bezpieczeństwa oraz system przerywania łańcucha baterii w przypadku podwyższonego ciśnienia wewnętrznego. Ogniwa wyposażone są w warstwę bezpieczeństwa, która przerywa obwód poprzez samoistne przepalenie w przypadku nadmiernego wzrostu temperatury wewnętrznej”*. Przedmiotowy dokument potwierdza zatem wprost spełnienie wymogu Zamawiającego, o którym mowa w punkcie 41 tabeli, tj. iż obudowa szafy została wykonana z materiału utrudniającego rozprzestrzenianie się ognia. Powyższego fragmentu oświadczenia nie kwestionował zresztą Zamawiający.

W świetle powyższego dalsze rozważania Zamawiającego dotyczące certyfikatu UL nie mają znaczenia dla istoty sporu. Niemniej jednak Izba wskazuje, iż z postanowień SWZ nie wynika, aby Zamawiający wymagał posiadania certyfikatu UL na poziomie szafy. Zamawiający wskazał ogólnie na konieczność przedstawienia certyfikatu lub raportu z badania a Odwołujący przedstawił wymagany certyfikat, potwierdzający spełnienie wymagań wskazanych w punkcie 41 tabeli. Ponadto z treści złożonego certyfikatu nie wynika, aby Odwołujący powoływał na „*certyfikację jednostki UL*” czy „*jednostkę UL*”.

W złożonym przez Odwołującego certyfikacie wystawionym przez firmę Centiel SA wskazano jedynie, że: *„Rozwiązania LiFePo zostały przetestowane pod kątem zgodności z normą UL 9540A (Metoda testowa do oceny rozprzestrzeniania się niekontrolowanego pożaru termicznego w systemach magazynowania energii w akumulatorach (AACD)) i IEC 62040-1:2019.”* Jak wyjaśnił Odwołujący, ww. informacja miała charakter dodatkowy

i fakultatywny, gdyż Zamawiający nie wymagał przetestowania ani szafy, ani ogniw bateryjnych pod kątem zgodności z jakąkolwiek normą, nie wskazał też zresztą żadnej normy w Lp. 41 Minimalnych wymagań technicznych urządzeń. Jak już wskazano powyżej, Zamawiający w postanowieniach SWZ nie wymagał legitymowania się przez wykonawcę certyfikatem ani raportem z badań wystawionymi zgodnie z zasadami certyfikacji jednostki oceniającej zgodność. Tym bardziej nie wymagał legitymowania się certyfikatem ani raportem z badań wystawionymi zgodnie z zasadami certyfikacji jednostki UL. Dostrzec także należy, iż Zamawiający nie wymagał, aby dla oferowanej mu szafy czy ogniw bateryjnych dostępne były wyniki wyszukiwania w wyszukiwarce dostępnej na stronie internetowej UL, choć jak wynika z pisma o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający weryfikował na stronie internetowej UL legitymowanie się stosownym certyfikatem przez Odwołującego oraz Centiel. Analogicznie Zamawiający nie wymagał, aby dla oferowanej mu szafy czy ogniw bateryjnych dostępne były wyniki wyszukiwania w wyszukiwarce dostępnej na stronie internetowej innych wystawców certyfikatów lub raportów z badania, których złożenia oczekiwał.

W świetle powyższego odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp było niezasadne.

Zarzut nr 2 – odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że oferta Odwołującego spełnia parametr minimalny dla pkt. 58 Minimalnych parametrów technicznych urządzeń zawartych w Załączniku nr 2 pt.: „Opis przedmiotu zamówienia” do Projektowanych postanowień Umowy stanowiących załącznik nr 2 do SWZ – zarzut zasadny

Uwzględniając stanowiska procesowe Stron, ustalony powyżej stan faktyczny sprawy, w tym okoliczności stanowiące podstawę odrzucenia oferty Odwołującego zawarte w punkcie 2. pisma z dnia 4 sierpnia 2023 r. oraz zgromadzony materiał dowodowy wskazać należy, że odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający oparł się na niepełnych informacjach, co skutkowało wadliwością decyzji Zamawiającego.

W punkcie 58 tabeli minimalnych wymagań Zamawiający postawił następujące wymaganie: „*Procesor osiągający wydajność komputera w oparciu o test programem BAPCo SYSmark 2018 ver. min. 1.0.2.58:*

- *Productivity (wydajność) min. 1640 punktów,*

- *Overall Rating (ogólny wynik) min. 1945 punktów*

- *spełniający zalecane parametry dostarczonego systemu monitorującego pracę jednostek UPS.”*

Analiza powyższego wymogu prowadzi do wniosku, że Zamawiający oczekiwał, aby oferowany procesor osiągał minimalną wydajność w zakresie dwóch parametrów w oparciu

o test programem BAPCo SYSmark 2018 ver. min. 1.0.2.58. Na potwierdzenie powyższego wymogu Zamawiający nie wymagał od Wykonawców złożenia przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający nie wskazał w dokumentach zamówienia, iż przedmiotowy test winien zostać przeprowadzony na komputerze w oferowanej przez wykonawcę konfiguracji czy też dokładnie na modelu oferowanego komputera. Zamawiający nie wskazał, iż test ma być przeprowadzony na konkretnym systemie operacyjnym, w szczególności takim, który wykonawca zamierzał dostarczyć w ramach tego zamówienia. Nie wymagał również wskazania oferowanego systemu operacyjnego w formularzu ofertowym. Niemniej jednak bezsporne było, iż przeprowadzenie testu procesora w programie BAPCo SYSmark 2018 wymagało podania pewnych założeń dotyczących środowiska, w którym procesor pracuje, w tym dotyczących systemu operacyjnego. Jednocześnie w wymogu Zamawiającego czytamy, iż chodzi o test programem BAPCo SYSmark 2018 ver. min. 1.0.2.58, co wskazuje na liczbę pojedynczą. Tym samym literalna wykładania postanowień specyfikacji wskazywała na możliwość powoływania się przez wykonawców na wynik jednego testu. Gdyby Zamawiający wymagał średniej z kilku testów, to takie postanowienie winno znaleźć odzwierciedlenie w treści SWZ.

Bezsporne między Stronami było, że Odwołujący zaoferował komputer DELL Vostro seria 3710 z procesorem Intel Core i5 12 generacji. Niesporne było również, że na stronie internetowej BAPCo zostały zamieszczone cztery wyniki testów dla procesora Intel Core i5. Dwa z nich nie potwierdzały wymogów Zamawiającego w zakresie wydajności oraz ogólnego wyniku, a dwa kolejne spełniały oczekiwane przez Zamawiającego minima w zakresie wydajności oraz ogólnego wyniku, z tym, że przeprowadzone zostały na systemie operacyjnym Windows 10, który zdaniem Zamawiającego nie jest obsługiwany na zaoferowanym przez Odwołującego komputerze. Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty wskazał, że „*otrzymał od Producenta komputera kartę katalogową produktu z której wynika, iż komputer DELL Vostro 3710 i5 12 gen. obsługuje Windows 11 w różnych wersjach, z karty katalogowej jasno wynika, iż system Windows 10 nie występuje w tym modelu komputera*”.

Tym samym w okolicznościach sprawy kluczowe stało się rozstrzygnięcie, czy zaoferowany przez Odwołującego komputer będzie działał w środowisku operacyjnym Windows 10.

W ocenie Izby stanowiska Zamawiającego jakoby komputer DELL Vostro 3710 i5

12 gen. obsługiwał tylko Windows 11 nie potwierdza złożona do akt sprawy karta katalogowa oraz test wydajności procesora. Okoliczność, iż testy wydajnościowe zostały przeprowadzone na środowisku Microsoft Windows 11 oraz że w karcie katalogowej wymieniono różne wersje systemu operacyjnego Windows 11 nie przesądza, iż oferowany komputer nie może współpracować na systemie operacyjnym Windows 10. Zamawiający nie złożył takiego dowodu, choć z łatwością mógł go uzyskać występując do producenta komputera o uzyskanie informacji, czy komputer DELL Vostro 3710 i5 12 gen. współpracuje na systemie operacyjnym Windows 10. Zdaniem Izby Zamawiający będący dużym podmiotem, przeprowadzającym szereg postępowań o udzielenie zamówień publicznych o różnym stopniu skomplikowania, winien mieć świadomość, że karty katalogowe zazwyczaj zawierają wybrane przez producenta informacje i niejednokrotnie nie są wyczerpującym źródłem wiedzy o danym produkcie. Tym bardziej dziwi postawa Zamawiającego, który uznał za zasadne wystąpienie do producenta komputera z prośbą o przesłanie dokumentacji technicznej dotyczącej oferowanego komputera, zamiast skierować do tego podmiotu stosowne pytanie o możliwość współpracy komputera w środowisku Microsoft Windows 10.

Z kolei analiza wniosków dowodowych Odwołującego wskazuje na możliwość konfiguracji oferowanego komputera z zastosowaniem systemu operacyjnego Windows 10. Na powyższe wskazuje oświadczenie firmy OPTeam S.A. będącej partnerem oraz dystrybutorem producenta sprzętu komputerowego marki Dell, która przygotowała dla Odwołującego ofertę cenową na dostawę sprzętu komputerowa. Z ww. oświadczenia wynika, że załączona do wyjaśnień poziomu ceny oferta tego podmiotu dotyczy komputera Dell Vostro 3710 skonfigurowanego z systemem operacyjnym Microsoft Windows 10 oraz że standardowa licencja pozwala na skonfigurowanie komputera zarówno z systemem Microsoft Windows 10, lub Microsoft Windows 11. Jednocześnie ze złożonego przez Odwołującego zrzutu ekranu ze strony internetowej producenta DELL wynika, iż oferowany przez Wykonawcę komputer DELL Vostro 3710 został przetestowany przez producenta komputera pod kątem aktualizacji do systemu Windows 10 2022 Update. Izba nie znalazła podstaw do podważenia wiarygodności ww. dowodów.

Co kluczowe, na zlecenie Odwołującego podmiot MBA System Sp. z o.o. z siedzibą

w Warszawie będący partnerem i dystrybutorem sprzętu marki Dell, wykonał testy komputera DELL Vostro 3710 i5 12 generacji w programie BAPCo SYSmark 2018 z wykorzystaniem systemu operacyjnego Microsoft Windows 10 Pro oraz Microsoft Windows 11 Pro w ramach jednej licencji na system (wykorzystano opcję upgrade/downgrade do określonej wersji programu), które potwierdzają spełnienie wymogów Zamawiającego określonych w punkcie 58 tabeli w zakresie wydajności oraz ogólnego wyniku z zastosowaniem systemu Microsoft Windows 10 (ogólny wynik 2303 p. podczas gdy wymagano 1945p, wydajność 2094 p. podczas gdy wymagano 1640) oraz Windows 11 (ogólny wynik 2033 p. podczas gdy wymagano 1945p, wydajność 1841 p. podczas gdy wymagano 1640). Co więcej, ww. wyniki testu przeprowadzonego na środowisku Microsoft Windows 10 są zbieżne z wynikami zaprezentowanymi Zamawiającemu w wyjaśnieniach z dnia 25 kwietnia 2023 r. Dla testu, który Zamawiający pominął wynoszą: ogólny wynik 2302 punktów, różnica to 1 p., wydajność 2091 punktów, różnica to 3 p. Powyższe wyniki znacząco przekraczają określone przez Zamawiającego minima. Realność powyższych dowodów nie została przez Zamawiającego zakwestionowana. Za niezasadną Izba uznała argumentację Zamawiającego, iż złożone przez Odwołującego ww. dowody należy uznać za spóźnione, bowiem powinny zostać złożone Zamawiającemu na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. W kontekście powyższego wskazać należy, iż po pierwsze Zamawiający nie żądał przedmiotowego środka dowodowego celem wykazania wymogów określonych w punkcie 58 tabeli. Po drugie, Odwołujący ma prawo bronić swojej oferty i składać wnioski dowodowe do zamknięcia rozprawy (arg. z art. 535 ustawy Pzp). Po trzecie, wynik testu BAPCo SYSmark 2018 ver. 1.0.4.68 przeprowadzonego na komputerze w zaoferowanej konfiguracji (Dell Vostro 3710, procesor 12Gen Intel i5-12400) z zainstalowanym systemem Microsoft Windows 10 jedynie dodatkowo potwierdza prawidłowość wcześniejszego stanowiska Odwołującego zaprezentowanego w wyjaśnieniach z dnia 25 kwietnia 2023 r. (test nr 1), który został przez Zamawiającego pominięty. Tym samym na stronie BAPCo dostępny był test jednostkowy potwierdzający spełnienie wymagań Zamawiającego określonych w punkcie 58 tabeli. Zamawiający również konsekwentnie w odpowiedzi na odwołanie pomijał test jednostkowy wskazany przez Odwołującego w ww. wyjaśnieniach potwierdzający spełnienie oczekiwanego parametru, co jedynie potęguje wątpliwości co do rzetelności procesu badania oferty Odwołującego.

Izba nie zgodziła się również ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w decyzji o odrzuceniu z dnia 4 sierpnia 2023 r., iż „Wykonawca w swojej odpowiedzi stara się zmienić sposób oceny parametrów technicznych sugerując uśrednienie wyników oprogramowania testowego, gdzie Zamawiający jasno wskazał w OPZ parametry techniczne jako minimalne do spełnienia”. Dokonana przez Zamawiającego ocena jest nierzetelna i wybiórcza. Podkreślić należy, iż w pierwszym rzędzie Odwołujący w piśmie z dnia 25 kwietnia 2023 r. wskazał, że „na stronie BAPCo dostępne są 4 testy dla procesora i5-12400 12 generacji. Dla testu, który Zamawiający pominął w swoim wezwaniu wynoszą: - Overall Rating – 2302 punktów (wymagano 1945 punktów) - Productivity 2091 punktów (wymagano 1640 punktów) Test wykonano dla wersji oprogramowania BAPCo SYSmark 2018 ver. 1.0.3.60. Osiągnięte wyniki znacząco przekraczają te oczekiwane przez Zamawiającego. Już sam ten test powinien stanowić o fakcie, że zaoferowane rozwiązanie spełnia wymogi SiWZ.” Następnie w ww. piśmie Odwołujący odniósł się do przywołanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 18 kwietnia 2023 r. wyników testu wskazując na ich nieadekwatność z uwagi na odmienność konfiguracji w zakresie pamięci RAM (test dotyczył 8GB pamięci RAM – test nr 1 oraz przeprowadzenie testu na płycie głównej przewidzianej do terminali POS a nie komputerów typu desktop (POS-EIH610EX) – test nr 2. Dopiero w dalszej kolejności Odwołujący dodatkowo zaznaczył, że średnia ze wszystkich przeprowadzonych testów dla omawianego procesora przekracza wymogi minimalne określone w opisie przedmiotu zamówienia.

Przechodząc do zarzuconej przez Zamawiającego w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego kwestii, iż „w odpowiedzi na wezwanie Fast Group Sp. z o.o. deklaruje możliwość wykonania downgrade'u systemu, jednak powyższe można odczytać jako próbę negocjacji treści oferty w odpowiedzi na wątpliwości Zamawiającego” wskazać należy, że stanowisko Zamawiającego nie znajduje potwierdzenia w treści oferty Odwołującego ani

w złożonych przez Wykonawcę wyjaśnieniach. Jak już wskazano powyżej Zamawiający nie wymagał od wykonawców podania w treści oferty oferowanego systemu operacyjnego, choć w toku postępowania analizował wyniki testów procesora pod kątem ustalenia jaki system operacyjny jest oferowany. Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie wezwał także Wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty w zakresie oferowanego systemu operacyjnego. Wskazać trzeba, iż wyjaśnienia Odwołującego zawarte w piśmie z dnia 30 maja 2023 r. stanowiły odpowiedź na rozważania Zamawiającego podniesione

w skierowanym do Wykonawcy wezwaniu. Jak wynika z pisma z dnia 30 maja 2023 r.:

„W odniesieniu do rozważań Zamawiającego zwracamy jedynie uwagę, iż obecnie każdy system Windows 11 posiada możliwość powrotu do poprzedniej wersji (downgrade) tj. do systemu Windows 10 – przedmiotowa funkcjonalność jest potwierdzona i dopuszczona także przez DELL. Produkt taki jest dalej objęty gwarancją i wsparciem producenta – taką usługę oferują też oficjalne kanały sprzedaży DELL.” Powyższego fragmentu w ocenie Izby

w żadnej mierze nie można – wbrew twierdzeniom Zamawiającego – odczytać jako próbę negocjacji treści oferty.

Wykonawca jedynie wyjaśnił Zamawiającemu, iż każdy system Windows 11 posiada możliwość powrotu do poprzedniej wersji (downgrade) tj. do systemu Windows 10 oraz że funkcjonalność ta jest potwierdzona i dopuszczona także przez DELL,

a produkt taki dalej objęty gwarancją i wsparciem producenta. Analizując ww. fragment wyjaśnień Izba nie doszukała się w nim oświadczenia woli Odwołującego co do zmiany zaoferowanego systemu operacyjnego. Możliwość wykonania uaktualnienia systemu Windows 10 do systemu Windows 11, a także dezaktualizacji z systemu Windows 11 do Windows 10 potwierdza dowód nr 5 Odwołującego.

W świetle powyższego odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp było nieprawidłowe.

Zarzut nr 3 – odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że zaoferowane przez Odwołującego urządzenie spełnia wymagania określone w pkt. 35 Minimalnych parametrów technicznych urządzeń, zawartych w Załączniku nr 2 pt.: „Opis przedmiotu zamówienia” do Projektowanych postanowień Umowy stanowiących załącznik nr 2 do SWZ – zarzut zasadny

Uwzględniając stanowiska procesowe Stron, ustalony powyżej stan faktyczny sprawy, w tym okoliczności stanowiące podstawę odrzucenia oferty Odwołującego zawarte w punkcie 3. pisma z dnia 4 sierpnia 2023 r. Izba wskazuje, iż wymagany przez Zamawiającego parametr określony w punkcie 35 Minimalnych parametrów technicznych urządzeń dotyczący Pracy z niesymetrycznym obciążeniem faz: „*Możliwość pracy z niesymetrycznym obciążeniem poszczególnych faz, w zakresie 0-100% obciążenia bez przesunięcia fazowego*” wynikał, już z karty katalogowej złożonej wraz z ofertą, na co zresztą Odwołujący zwrócił uwagę Zamawiającemu w wyjaśnieniach z dnia 30 maja 2023 r. Tym samym wezwanie Odwołującego z dnia 18 maja 2023 r. na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w powyższym zakresie było nieuprawnione. Jak podniósł w toku rozprawy Odwołujący w karcie katalogowej dołączonej do oferty na str. 12 dokumentu „*Oświadczenie wiedzy o infrastrukturze funkcjonującej*

u wykonawcy” wskazano parametr „*dopuszczalne, nierównomierne obciążenie faz o wartości 100%*”, przy czym słowo dopuszczalne należy rozumieć jako maksymalne. Z powyższym stanowiskiem nie polemizował Zamawiający.

Niezależnie od powyższego podnieść należy, iż złożone przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia oraz przedmiotowe środki dowodowe dodatkowo potwierdzają spełnienie postawionego wymogu. W piśmie z dnia 30 maja 2023 r. Odwołujący wskazał, że „*Od początku wprowadzenia technologii EcoPower, falowniki tych UPSów mają falowniki oraz sterowanie oddzielnie dla każdej fazy. Dlatego praca dla niesymetrycznych obciążeń nie ma wpływu na funkcjonowanie UPS*” oraz „*Potwierdzamy funkcjonowanie UPS bez utraty jakichkolwiek parametrów jakości zasilania dla niesymetrycznego obciążenia w zakresie 0-100% obciążenia bez przesunięcia fazowego.*” Co więcej, do wyjaśnień Odwołujący dołączył załącznik nr 5- Suplement do Opisu najnowszych UPSów modułowych EcoPower PRO – karta katalogowa. W ww. suplemencie na str. 2 w pkt 5 wskazano jednoznacznie, że: „*5. Praca z niesymetrycznym obciążeniem poszczególnych faz - Możliwość pracy z niesymetrycznym obciążeniem poszczególnych faz, w zakresie 0-100% obciążenia bez przesunięcia fazowego.*”

Błędne było zatem stanowisko Zamawiającego, iż oferowane przez Odwołującego urządzenie nie spełnia wymogu określonego w punkcie 35 tabeli. Takiego wniosku nie sposób wysnuć ze złożonej wraz z ofertą karty katalogowej, wyjaśnień Wykonawcy z dnia 30 maja 2023 r. oraz załączonego do nich Suplementu do opisu najnowszych UPSów modułowych EcoPower PRO, które jednoznacznie wskazują na zakres pracy urządzenia. Gdyby nawet uznać, że na podstawie treści oferty Odwołującego Zamawiający mógł powziąć wątpliwości w zakresie omawianego parametru, bowiem nieprawidłowo odkodował treść karty katalogowej w zakresie oczekiwanego parametru, to zostały one niewątpliwie rozwiązane

w wyjaśnieniach Wykonawcy z dnia 30 maja 2023 r., popartych przedmiotowym środkiem dowodowym, do których zresztą Zamawiający nie odniósł się w decyzji o odrzuceniu oferty.

Tym samym pozostałe rozważania Zamawiającego dotyczące obniżenia utrzymania sprawności i funkcjonalności infrastruktury krytycznej pozostają irrelevantne dla istoty sporu, skoro nie wykazano, że oferowane przez Odwołującego urządzenie nie spełnia parametru określonego w punkcie 35 tabeli.

Odnosząc się podniesionego w decyzji o odrzuceniu stanowiska Zamawiającego, iż: „*Dodatkowo Wykonawca nie potwierdził utrzymania parametrów nominalnych napięcia zasilającego przy asymetrycznym obciążeniu dla konfiguracji pośredniej*” wskazać należy, że Zamawiający nie podał postanowienia SWZ, z którego wynikał przedmiotowy wymóg. Powyższa kwestia została przemilczana przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Wobec powyższego brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w omówionym powyżej zakresie.

Zarzut nr 4 – odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że treść oferty Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia, a ponadto nie zawiera rażąco niskiej ceny ani kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponadto

Odwołujący w wyznaczonym terminie, udzielił wyjaśnień odnoszących się do złożonej oferty, a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami uzasadniają podaną w ofercie cenę – zarzut zasadny

Uwzględniając stanowiska procesowe Stron, ustalony powyżej stan faktyczny sprawy, w tym okoliczności stanowiące podstawę odrzucenia oferty Odwołującego zawarte w punkcie 4. pisma z dnia 4 sierpnia 2023 r. Izba wskazuje, iż Zamawiający dokonał nieprawidłowej, wybiórczej, analizy treści oferty Odwołującego, złożonych wyjaśnień oraz przedmiotowych środków dowodowych. W ocenie Izby treść oferty Odwołującego rozumiana szeroko i czytana całościowo nie zawiera sprzeczności co do oferowanego przedmiotu świadczenia oraz pozwala dojść do przekonania, że zarzucana przez Zamawiającego rozbieżność w zakresie producenta i produktów nie istnieje. Nie doszło także do modyfikacji oferowanego przez Wykonawcę rozwiązania na skutek udzielonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Przede wszystkim podkreślić należy, iż przeprowadzone przez Zamawiającego badanie oferty Odwołującego było nierzetelne i niepełne. Zamawiający pominął stanowisko Odwołującego zawarte w piśmie z dnia 28 czerwca 2023 r. ograniczając się do stwierdzenia, iż Wykonawca udzielając odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnił, że różnice dotyczące producenta i produktów mają charakter pozorny i w rzeczywistości nie zachodzą. Odwołujący w ww. piśmie na stronach 3 – 5 szczegółowo odniósł się do wezwania Zamawiającego oraz poparł je stosownym dowodem, tj. oświadczeniem szwajcarskiego podmiotu (pismo wraz z załącznikiem zostało objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, przy czym Odwołujący na stronach 28 – 30 odwołania ujawnił ich treść, co Izba uznała za rezygnację z ochrony objęcia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa). Tym bardziej dziwi stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie jakoby Odwołujący nie złożył stosownych wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 21 czerwca 2023 r. Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty nie odniósł się do wyjaśnień Wykonawcy oraz załączonego dowodu. Izba podkreśla, że w istocie stanowisko Zamawiającego ograniczało się do dostrzeżenia „różnicy” w zakresie producenta i oferowanych produktów między formularzem oferty a wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, przy czym Zamawiający nie rozstrzygnął, czy ta różnica faktycznie występuje na gruncie treści oferty oraz złożonych wyjaśnień, co doprowadziło Zamawiającego do błędnych wniosków skutkujących odrzuceniem oferty Wykonawcy.

Podkreślić trzeba, że w uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający nie stwierdził, iż wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 28 czerwca 2023 r. są niewiarygodne czy obarczone błędami. Zamawiający nie zakwestionował argumentacji Odwołującego, że w sytuacji opisanej przez Wykonawcę w ww. piśmie (zaoferowane Zamawiającemu rozwiązanie zostanie wyprodukowane na zlecenie Odwołującego przez szwajcarską firmę Centiel, w celu wprowadzenia go do obrotu pod własną nazwą Odwołującego, tj. model UPS: EcoPower PRO, model baterii: LIB-512V-050 oraz LIB-614V-050 – st 4 pisma), na rynku polskim, za producenta rozwiązania należy uznać Odwołującego, co wynika z obowiązującego w Polsce ustawodawstwa. Zamawiający nie podważył stanowiska Odwołującego, iż w świetle obowiązujących przepisów Odwołujący ma prawo występować w obrocie jako producent oferowanego rozwiązania, umieszczając na produkcie bądź do niego dołączając swoją nazwę i inne odróżniające oznaczenie. Nie jest prawdziwe stanowisko Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, że dopiero w odwołaniu Wykonawca wskazał że dokładnie wpisuje się w definicje ustawowe producenta oraz że w treści wyjaśnień próżno szukać sformułowania, iż „Fast Group zaoferował Zamawiającemu rozwiązanie, które zostało wyprodukowane na jego zlecenie, w celu wprowadzenie go do obrotu pod własną nazwą”. Co istotne, Zamawiający pominął załączone do ww. pisma oświadczenie Centiel z dnia 26 czerwca 2023 r. Z kolei jak wskazał w odwołaniu Odwołujący: „Centiel SA ma pełną świadomość oraz wyraziła zgodę na to, że na polskim rynku rozwiązanie zaoferowane Zamawiającemu przez Odwołującego oraz jego elementy składowe, w tym moduły UPS oraz baterie, będą oferowane i wprowadzane do obrotu przez Odwołującego pod własną nazwą lub znakiem towarowym a Odwołujący będzie występował jako ich producent, tj. podmiot, dla którego te wyroby wytworzono, w celu wprowadzenia ich do obrotu.” Jednocześnie zauważyć należy, iż w ww. oświadczeniu podtrzymano aktualność ofert przedstawionych przez Odwołującego w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Powyższe jest spójne z wcześniejszymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami Odwołującego zawartymi w piśmie z dnia 30 maja 2023 r. W załączniku nr 6 do ww. pisma dotyczącym spełnienia wymagań określonych w punkcie 36 i 39 tabeli jednoznacznie wskazano, iż oferowane Zamawiającemu rozwiązania zostaną wykonane na zlecenie Odwołującego przez Centiel (wystawcę oświadczenia). Ponadto w załączniku nr 4 do odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 30 maja 2023 r. wyjaśnione zostało, że Centiel SA to szwajcarska firma zajmująca się innowacjami technologicznymi, dysponująca wysoce doświadczonym zespołem projektantów, którzy opracowali pierwszy 3-fazowy, modułowy, odporny na uszkodzenia system UPS. Siedziba CENTIEL SA znajduje się pod adresem Via alla Stampa 15 Cadro, Lugano CH6965, Szwajcaria. Dlatego też nie powinno budzić wątpliwości Zamawiającego, iż do wyjaśnień ceny złożonych przez Odwołującego załączone zostały jako dowody oferty Centiel z dnia 29 maja 2023 r., w których posłużono się oznaczeniami modułów UPS oraz baterii stosowanymi przez Centiel. Jednocześnie jak wskazał w odwołaniu Wykonawca, już z treści oferty Odwołującego wynikało, że zaoferowane Zamawiającemu „UPSy STRATUS

są najnowszą konstrukcją FAST Group produkowaną w 100% w Szwajcarii, cieszącej się opinią o legendarnej niezawodności i innowacyjności produktów” oraz że: „Szwajcarska technologia — to nie slogan, te zasilacze są produkowane i testowane wyłącznie w Szwajcarii co gwarantuje najwyższą niezawodność i jakość wykonania.”

Podsumowując powyższy wątek stwierdzić należy, iż całościowa i rzetelna lektura oferty Odwołującego, złożonych wyjaśnień oraz uzupełnień, rozwiewała wątpliwości, co „rozbieżności” w zakresie producenta i oferowanych produktów powstałych na tle oferty oraz wyjaśnień ceny rażąco niskiej. Negatywnie należy ocenić nieznajdujące potwierdzenia

w dokumentach postępowania stanowisko Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie s. 16 akapit 4 i 5 jakoby dopiero w odwołaniu Odwołujący wskazał, iż wpisuje się w definicje ustawowe producenta oraz że z udzielonych wyjaśnień nie wynika, że rozwiązanie zaoferowane Zamawiającemu zostanie wyprodukowane na jego zlecenie przez Centiel, w celu wprowadzenia go do obrotu pod nazwą własną Odwołującego. Wątpliwości

w tym zakresie rozwiewają zwłaszcza wyjaśnienia Odwołującego z dnia 28 czerwca 2023 r. oraz oświadczenie Centiel, które Zamawiający pominął na etapie podjęcia decyzji

o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz konsekwentnie nie dostrzegał ich na etapie postępowania odwoławczego. Nie zostało zatem wykazane przez Zamawiającego, że

w okolicznościach sprawy naruszona została zasada niezmienności treści oferty.

Odnosząc się do podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego wskazać należy, iż jedyną okolicznością uzasadniającą odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp była rzekoma rozbieżność w zakresie producenta i oferowanych produktów pomiędzy treścią oferty Odwołującego a wyjaśnieniami poziomu ceny. Wskazać należy, iż jakkolwiek wyjaśnienia ceny oferty niekiedy mogą stanowić źródło niezgodności oferty wykonawcy z warunkami zamówienia, to jednak

w okolicznościach sprawy nie sposób powiązać rażącego zaniżenia ceny oferty z podaną przez Zamawiającego okolicznością faktyczną. W żaden sposób Zamawiający nie wykazał, iż dostrzeżona przez niego „różnica” dotycząca producenta i oferowanych produktów przekładała się na nierealny charakter ceny zaoferowanej przez Odwołującego, czy też realizację zamówienia poniżej kosztów.

W świetle powyższych okoliczności odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp było bezpodstawne.

Wziąwszy pod uwagę wszystko powyższe Izba doszła do przekonania, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c, art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp obarczona była wadami i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. W konsekwencji powyższego potwierdził się zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie stanowiący konsekwencję ww. zarzutów.

Podniesione przez Odwołującego, jako ewentualne, zarzuty nr 6 – 8 dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego oraz zaniechania unieważnienia postępowania Izba pozostawiła bez rozpoznania. Zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego powyższe zarzuty zostały sformułowane z ostrożności procesowej i wyłącznie na wypadek gdyby Izba uznała, że oferta Odwołującego została zasadnie odrzucona z postępowania.

W niniejszej sprawie Izba uznała, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego była wadliwa, co przełożyło się na brak rozpoznania zarzutów nr 6 – 8, zgodnie ze stanowiskiem odwołującego się Wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: