

Sygn. akt: KIO 1507/23

WYROK

z dnia 19 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2023 r. przez wykonawcę **AODC sp. z o.o.z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk Poznańskie Centrum Superkomputerowo – Sieciowe w Poznaniu**,

przy udziale wykonawcy **FAST GROUP Sp. z o.o.z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów nr 1-3 i nakazuje Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- b) poprawienie w formularzu ofertowym wykonawcy AODC sp. z o.o.z siedzibą w Warszawie w załączniku nr 1 do SWZ w pkt. 3.12, innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia niepowodującej istotnych zmian w treści oferty w trybie art. 223 ust.2 pkt 3 ustawy PZP poprzez wskazanie, że wartość Współczynnika Efektywności Energetycznej definiowanego jako EER Całkowita moc chłodnicza jawna / Pobór mocy silników wentylatorów dla pracy normalnej przy obciążeniu 200 kW wynosi 78,13;
- c) przyznanie ofercie wykonawcy AODC sp. z o.o.z siedzibą w Warszawie 6 punktów w kryterium P7 Parametr techniczny nr 7 – najwyższa wartość Współczynnika Efektywności Energetycznej definiowanego jako EER Całkowita moc chłodnicza jawna / Pobór mocy silników wentylatorów dla pracy normalnej przy obciążeniu 200 kW;
- d) przyznanie ofercie wykonawcy FAST GROUP Sp. z o.o.z siedzibą w Warszawie 0 punktów w kryterium P5 Parametr techniczny nr 5 – sumaryczna moc chłodnicza jawna klimatyzatorów zaoferowanych w ramach jednego kiosku teletechnicznego w trybie pracy normalnej oraz 0 punktów w kryterium P6 Parametr techniczny nr 6 – sumaryczna moc chłodnicza jawna klimatyzatorów zaoferowanych w ramach jednego kiosku teletechnicznego w trybie pracy awaryjnej;
- e) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 4-5.

3. Kosztami postępowania obciąża Przystępującego i:

- 3.1. 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.
- 3.2. Zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą wpis od odwołania oraz koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) 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 1507/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk Poznańskie Centrum Superkomputerowo – Sieciowe – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa, montaż i uruchomienie infrastruktury szaf teletechnicznych wyposażonych w system chłodzenia przy pomocy klimatyzatorów międzyrzędowych i system dystrybucji zasilania przy pomocy listew PDU dla potrzeb uruchomienia przez Zamawiającego nowych systemów sieciowych i IT”, nr postępowania: PN 5511112022 - kioski ITI_II”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 8 listopada 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 215-616476.

W dniu 29 maja 2023 r. wykonawca AODC sp. z o.o.z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty AODC w

zakresie kryterium P7 Parametr techniczny nr 7 - najwyższa wartość Współczynnika Efektywności Energetycznej i przyznanie ofercie Odwołującego w tym kryterium 0 pkt podczas, gdy powinna ona otrzymać 6 pkt;

2.ewentualnie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego w zakresie Współczynnika Efektywności Energetycznej innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia niepowodującej istotnych zmian w treści oferty;

3.art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty Fast Group sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej „Fast Group”, w ramach kryterium:

a.P5 Parametr techniczny nr 5- sumaryczna moc chłodnicza jawna klimatyzatorów zaoferowanych w ramach jednego kiosku teletechnicznego w trybie pracy normalnej i przyznanie jej 10 pkt zamiast 0 pkt;

b.P6 Parametr techniczny nr 6 - sumaryczna moc chłodnicza jawna klimatyzatorów zaoferowanych w ramach jednego kiosku teletechnicznego w trybie pracy awaryjnej i przyznanie jej 6 pkt zamiast 0 pkt;

4.art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 Pzp w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 Pzp

poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości w szczególności poprzez zaniechanie udostępnienia przez Zamawiającego uzasadnienia przyznanej punktacji w ramach poszczególnych kryteriów oceny ofert;

5.art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk”) w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp

poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentów złożonych przez Fast Group w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 Pzp, tj. wykazu dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, mimo iż ww. dokumenty nie spełniają przesłanek do objęcia ich poufnością, jak również Fast Group nie wykazał spełniania wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk do uznania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2.przeprowadzenia powtórnej czynności badania i oceny ofert AODC i Fast Group z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu;
- 3.ewentualnie poprawienia w ofercie AODC omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez wskazanie, że wartość Współczynnika Efektowności Energetycznej wynosi 78,13;
- 4.przyznania ofercie Odwołującego 6 pkt w kryterium P7 Parametr techniczny nr 7 - najwyższa wartość Współczynnika Efektywności Energetycznej definiowanego jako EER Całkowita moc chłodnicza jawna / Pobór mocy silników wentylatorów dla pracy normalnej przy obciążeniu 200 kW;
- 5.przyznania ofercie Fast Group 0 pkt w kryteriach P5 Parametr techniczny nr 5 - sumaryczna moc chłodnicza jawna klimatyzatorów zaoferowanych w ramach jednego kiosku teletechnicznego w trybie pracy normalnej oraz P6 Parametr techniczny nr 6 - sumaryczna moc chłodnicza jawna klimatyzatorów zaoferowanych w ramach jednego kiosku teletechnicznego w trybie pracy awaryjnej;
- 6.odtajnienia dokumentów złożonych przez Fast Group, tj. wykazu dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień oraz załączników do wyjaśnień tajemnicy;
- 7.dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że:

- 1.Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Dostawa, montaż i uruchomienie infrastruktury szaf teletechnicznych wyposażonych w system chłodzenia przy pomocy klimatyzatorów międzyrządowych i system dystrybucji zasilania przy pomocy listew PDU dla potrzeb uruchomienia przez Zamawiającego nowych systemów sieciowych i IT”.
- 2.W dniu 8 lutego 2023 r. Zamawiający dokonał pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę AODC. Z dokumentacji postępowania wynika, że oferta Odwołującego otrzymała m.in. 6 pkt w ramach kryterium P7 dotyczącym Współczynnika Efektywności Energetycznej. Oferty pozostałych wykonawców zostały odrzucone jako niezgodne z treścią SWZ. Pozostałe oferty nie podlegały ocenie w ramach kryteriów oceny ofert z uwagi na to, iż Zamawiający odrzucił je.
- 3.W związku z wyborem oferty z dnia 8 lutego 2023 r. odwołania złożyło dwóch wykonawców - Fast Group oraz Konsorcjum GS Klima.
- 4.W przypadku odwołania Konsorcjum GS Klima wykonawca, mimo iż sam podlegał odrzuceniu swoje zarzuty sformułował wyłącznie do oferty AODC wskazując, iż powinna ona również podlegać odrzuceniu za

podanie Współczynnika Efektywności Energetycznej wyliczonego rzekomo nie dla obciążenia 200kW. Zamawiający w dniu 28 lutego 2023 r. oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości. Krajowa Izba Odwoławcza natomiast postanowieniem z dnia 3 marca 2023 r. KIO 437/23 odrzuciła odwołanie ww. wykonawcy na podstawie art. 528 pkt 2 Pzp jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony.

- 5.W odwołaniu Fast Group podniesiono zarzuty dotyczące przywrócenia wykonawcy do postępowania tj. w zakresie nieprawidłowego odrzucenia oferty Fast Group z postępowania za wskazanie Współczynnika Efektywności Energetycznej wyliczonego nie dla obciążenia 200kW oraz zarzuty dotyczące oferty Odwołującego. Fast Group wskazał m.in., że oferta Odwołującego nieprawidłowo otrzymała punktację w zakresie kryterium P7 dotyczącym Współczynnika Efektywności Energetycznej - współczynnik EER w ocenie Fast Group powinien wynosić 72,5.
- 6.Zamawiający w dniu 28 lutego 2023 r. oświadczył, że uwzględni odwołanie Fast Group w całości i zobowiązuje się do unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert.
- 7.W dniu 2 marca 2023 r. AODC wniósł sprzeciw od uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego w zakresie zarzutów dotyczących jego oferty. W związku z wniesieniem sprzeciwu w tym samym dniu Fast Group złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania w zakresie zarzutów dotyczących oferty AODC. Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 3 marca 2023 r. KIO 470/23 umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących oferty AODC (tj. co do których został złożony sprzeciw, a po sprzeciwie Fast Group oświadczył, że je wycofuje) na podstawie art. 568 pkt 1 Pzp, natomiast w zakresie pozostałych zarzutów dotyczących przywrócenia Fast Group do postępowania Izba umorzyła postępowanie na podstawie art. 522 ust. 2 Pzp.
- 8.Reasumując, w odniesieniu do oceny oferty AODC w zakresie kryterium P7 dotyczącym Współczynnika Efektywności Energetycznej pierwotnie został on oceniony przez Zamawiającego prawidłowo. Odwołujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w tym zakresie odwołania przez Zamawiającego, a po wniesieniu sprzeciwu Fast Group zrezygnował z popierania wszystkich zarzutów sformułowanych wobec oferty AODC.
- 9.Następnie Zamawiający w dniu 15 marca 2023 r. poinformował wykonawców, że dokonał powtórnego badania i oceny ofert. Zgodnie z przesłaną przez Zamawiającego informacją - oferty wykonawców Konsorcjum GS Klima oraz API Smart pozostają odrzucone, natomiast spośród dwóch ofert, które podlegały ocenie oferta Fast Group otrzymała najwyższą ilość punktów.
- 10.Wobec ww. czynności AODC wniosło odwołanie do KIO, które zostało następnie częściowo uwzględnione przez Zamawiającego. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 kwietnia 2023 r. poinformował, że czynność z dnia 15 marca 2023 r. miała charakter wyłącznie informacyjny/ wstępny, zarzuty w związku z tym są przedwczesne i zobowiązał się do dalszego badania ofert w postępowaniu, w tym do wezwania AODC do złożenia wyjaśnień w zakresie kryterium P7 - EER.
- 11.W dniu 6 kwietnia 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp w zakresie kryterium P7 poprzez wskazanie, gdzie w ofercie AODC zawarte zostały informacje dotyczące parametru „*Całkowita moc chłodnicza jawna*”. Zamawiający w wezwaniu wskazał, że zgodnie z definicją zawartą na str. 67 SWZ musi być to moc chłodnicza jawna netto: „*Moc chłodnicza jawna to moc, którą dostarcza klimatyzator z uwzględnieniem mocy pobieranej przez wentylatory klimatyzatorów międzyrządowych oraz elektroniki zarządzającej klimatyzatorem*”.
- 12.Wykonawca złożył odpowiedź na wezwanie wskazując, gdzie w przedmiotowych środkach dowodowych złożonych z ofertą została wskazana moc chłodnicza jawna, i że jest to wartość 25 kW. AODC wyjaśniło, że w karcie doborowej została wskazana wartość gross (brutto), jednak jest ona w tym przypadku równa wartości netto - na potwierdzenie czego zostało dołączone oświadczenie producenta Vertiv. W związku z tym wartość 25 kW powinna być brana pod uwagę do obliczania mocy chłodniczej jawnej w rozumieniu definicji ze str. 67 SWZ powołanej w wezwaniu przez Zamawiającego.
- 13.W dniu 9 maja 2023 r. Zamawiający poinformował na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp o poprawieniu omyłek w ofercie Odwołującego w parametrze 3.8, 3.9 oraz 3.10 (kryterium P5) i 3.11 (kryterium P6) tabeli zawartej w formularzu stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ, wskazując na skorygowane, wyższe wartości niż wskazał AODC w ofercie. Zamawiający, powołując się na tę samą definicję mocy chłodniczej jawnej ze str. 67 SWZ wskazał tym razem, że jest to moc brutto. Tym samym, Zamawiający z zastosowaniem informacji wynikających z ze złożonej oferty poprawił treść oferty, w tym w ramach kryteriów oceny ofert, poprzez zastosowanie wartości mocy chłodniczej jawnej brutto, a nie netto jak była pierwotnie omyłkowo wskazana przez AODC.

14. W dniu 17 kwietnia 2023 r. Zamawiający wezwał Fast Group w trybie art. 223 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia m.in. z czego wynika informacja o mocy pobieranej przez elektronikę zarządzającą oferowanym klimatyzatorem oraz z czego wynika informacja o wielkości współczynnika EER dla pracy normalnej przy obciążeniu 200 kW - w tym zakresie Zamawiający również wskazał na moc chłodniczą jawną brutto. W odpowiedzi na ww. wezwanie Fast Group wyjaśnił, że informacja o mocy pobieranej przez elektronikę zarządzającą oferowanym klimatyzatorem wynika z „(...) profesjonalnej wiedzy dotyczącej szaf klimatyzacyjnych oraz informacji pozyskanych od producenta”, natomiast w zakresie mocy chłodniczej jawnej brutto odnośnie współczynnika EER wykonawca wskazał, że będzie to 25,8 kW, co przy uwzględnieniu 8 klimatyzatorów obciążenie wynosi 206 kW. Fast Group wskazał, że parametr EER wynosi „nie mniej” niż 37,39.
15. W dniu 18 maja 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Fast Group. Z informacji o rozstrzygnięciu wynika, że zarówno oferta Odwołującego, jak i oferta Fast Group otrzymała 0 pkt w ramach parametru P7 - współczynnik efektywności energetycznej EER. Zamawiający podtrzymał odrzucenie ofert pozostałych wykonawców - Api Smart sp. z o.o. oraz Konsorcjum KG Klima, wskazując m.in., że wykonawcy obliczyli EER przy obciążeniu większym niż 200 kW.
16. AODC wystąpiło o udostępnienie przez Zamawiającego protokołu postępowania wraz z kartami oceny ofert zawierającymi przyznaną punktację. W karcie oceny ofert udostępnionej 15 marca 2023 r. zgodnie z którą punktacja oferty AODC w tym parametrze wynosi 0 pkt Zamawiający wskazał na następujący komentarz: „*błędna wartość*”. Z żadnej treści dokumentów postępowania nie wynika jaka jest podstawa do dokonania takiej oceny przez Zamawiającego. Do upływu terminu na wniesienie odwołania, Odwołujący nie otrzymał uzasadnienia punktacji przyznanej ofertom AODC i Fast Group, w szczególności w zakresie kryteriów P5, P6 oraz P7. Wobec braku uzasadnienia punktacji Odwołujący nie może w pełni odnieść się do uzasadnienia Zamawiającego, dlatego np. w ramach kryterium P7 - EER przyznał ofercie AODC 0 pkt. Już samo to jest naruszeniem przepisów postępowania, gdyż zgodnie z art. 253 ust. 1 Pzp: niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:
- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,
 - 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.
17. Wykonawca nie powinien domyślać się jaka jest podstawa oceny Zamawiającego, w szczególności, iż jest ona tak istotna z punktu widzenia wyniku postępowania. Wobec powyższego, AODC w dalszej części odwołania odniesie się do dotychczasowego przebiegu postępowania, sposobu jego prowadzenia przez Zamawiającego oraz treści pism Fast Group oraz GS Klima zawierających potencjalne (ale wykluczające się!) zarzuty do oferty AODC. Sam fakt, iż Odwołujący musi odnosić się do ocen dokonanych przez konkurencję, a nie przez Zamawiającego, potwierdza słuszność i konieczność wniesienia niniejszego odwołania w tym naruszenia art. 16 pkt 1-3 Pzp.

IV. Nieprawidłowa ocena oferty AODC w zakresie kryterium P7 - Współczynnik Efektywności Energetycznej (EER).

1. Zgodnie z pkt 1.8.1 SWZ „W celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego w Części IV SWZ, zamawiający wymaga dołączenia do oferty opisu technicznego oferowanego przedmiotu zamówienia, zgodnego z formularzem przygotowanym przez zamawiającego, stanowiącym załącznik 1 do SWZ”.
2. Stosownie do pkt 1.8.2 SWZ „Zamawiający - niezależnie od potwierdzenia, o

którym mowa w pkt. 1.8.1. SWZ - wymaga, aby wykonawca dołączył do oferty środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Przedmiotowe środki dowodowe muszą potwierdzać co najmniej wszystkie parametry i wymagania oferowanego przedmiotu zamówienia wskazane w Załączniku nr 1 do SWZ. Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia jednego bądź kilku przedmiotowych środków dowodowych, na wypadek, gdyby nie wszystkie parametry/wymagania zawarte były w jednym dokumencie. Zamawiający wymaga środków dowodowych pochodzących od producenta urządzeń i zawierających dane techniczne i inne informacje o produkcie. Przedmiotowym środkiem dowodowym będą: karty katalogowe produktu, karty techniczne,

karty charakterystyki, specyfikacje techniczne, foldery

informacyjne, prospekty, oświadczenia producenta lub autoryzowanego przedstawiciela/dystrybutora producenta, oświadczenia wykonawcy posiadającego pisemną autoryzację producenta. ”

3. *Zgodnie z pkt 18.1 SWZ Zamawiający wskazał, że jako pozacenowe kryterium oceny ofert będzie weryfikowany parametr Współczynnika Efektywności Energetycznej tzw. EER: „Parametr techniczny nr 7 - najwyższa wartość Współczynnika Efektywności Energetycznej definiowanego jako EER Całkowita moc chłodnicza jawna / Pobór mocy silników wentylatorów dla pracy normalnej przy obciążeniu 200 kW - waga 6 pkt.”*

4. Zamawiający nie określił żadnej minimalnej wartości współczynnika EER jednak w pkt 18.2 dla kryterium P7 wskazał, że im wyższa wartość tego parametru tym wyższa punktacja dla oferty badanej.

5. *Zamawiający wskazał w pkt 18.2 dla kryterium P7, że „Zamawiający celem przyznania punktów wymaga, aby wykonawca w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości przedstawił informacje dotyczące ww. kryterium parametr techniczny nr 7, pozwalające na przyporządkowanie odpowiedniej liczby punktów. Wymagane jest podanie danych w sposób umożliwiający ich identyfikację w tabeli zamieszczonej w Załączniku nr 1 do SWZ Opis techniczny oferowanego przedmiotu zamówienia.*

W przypadku, gdy wykonawca nie złoży wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających ww. parametry oferta wykonawcy będzie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c) ustawy Pzp w tej części zamówienia.

W przypadku, gdy podane przez wykonawcę dane będą różne od wskazanych w złożonych przez wykonawcę przedmiotowych środkach dowodowych, ale obie wartości będą spełniały minimalne wymagania zamawiającego określone w SWZ - zamawiający przyjmie, iż oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania zamawiającego, jednocześnie przyznając badanej ofercie 0 punktów w tym kryterium”

6. AODC podało współczynnik EER dla klimatyzatorów międzyrzędowych dla pracy przy obciążeniu 200kW, zgodnie z pkt 18.1 SWZ. Do oferty Zgodnie z pkt 18.1 i 18.2 SWZ zostały dołączone przedmiotowe środki dowodowe potwierdzające współczynnik EER, pochodzące od producenta, który jest dodatkowo podmiotem trzecim udostępniającym zasoby w ofercie Odwołującego.

7. Urządzenie zaofierowane przez AODC to klimatyzator międzyrzędowy typ CRC60, CRC602-0D20A producenta Vertiv. Odwołujący podał wartość współczynnika EER w poz. 3.12 Załącznika nr 1 do SWZ, określając go jako 73,5.

8. Do oferty została dołączona karta doborowa urządzenia Vertiv, który potwierdził, że współczynnik EER to 73,5:
Unit Net total EER 73.50

25 kW (Gross total cooling capacity, Gross sensible cooling capacity - moc chłodnicza jednego klimatyzatora) / 0,34 kW (unit power input - moc pobierana przez klimatyzator tj. moc wentylatorów oraz elektroniki zarządzającej klimatyzatorem)

9. Jak było wskazane powyżej, Zamawiający początkowo ocenił ofertę Odwołującego w kryterium P7 na 6 pkt. W dokumentacji udostępnionej Odwołującemu nie zostało podane jakiegokolwiek uzasadnienie dla zmiany oceny na 0 pkt. Ocena „*błędna wartość*” w informacji z dnia 15 marca 2023 r., która jak sam Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie nie była informacją ostateczną, a po jej wystosowaniu Zamawiający w dalszym ciągu badał oferty, jest lakoniczna i nie pozwala na identyfikację powodów wydania takiej oceny przez Zamawiającego.

10. Można przypuszczać, że ocena taka może być spowodowana przez argumentacje powołane w odwołaniach Fast Group oraz Konsorcjum GS Klima, jak również w pismach kierowanych przez Fast Group do Zamawiającego. Jak było wskazane argumentacje te są sprzeczne, a Zamawiający nie określił ostatecznie jaka jest podstawa zmiany decyzji w zakresie oceny oferty AODC. To Zamawiający jest gospodarzem

postępowania i to Zamawiający powinien dokonywać własnych ocen. Żaden z argumentów powołanych przez Fast Group oraz Konsorcjum GS Klima nie powinien prowadzić do nie przyznania ofercie Odwołującego punktów w ramach omawianego kryterium. Uzasadnienie podawane przez ww. wykonawców jest oparte na wybiórczej interpretacji wymagań Zamawiającego oraz na nieprawidłowej, tendencyjnej analizie karty doborowej złożonej przez AODC.

11. Fast Group w odwołaniu oraz w piśmie skierowanym do Zamawiającego w dniu 6 kwietnia 2023 r. wskazywał, że w przypadku rozwiązania Odwołującego EER powinien być obliczony na poziomie 72,50, a taki wniosek wywodził z tego, że parametr mocy chłodniczej jawnej uwzględniany do obliczenia EER powinien być wartością netto, tj. pomniejszona o moc pobieraną przez wentylatory oraz układ sterowania (elektronikę). Zwrócić należy uwagę na fakt, że w wezwaniu do wyjaśnień treści oferty z dnia 6 kwietnia 2023 r. skierowanym od AODC, Zamawiający również napisał, że chodzi o wartość netto, jednak odniósł ją wprost do definicji ze str. 67 SWZ: „Moc chłodnicza jawna to moc, którą dostarcza klimatyzator z uwzględnieniem mocy pobieranej przez wentylatory klimatyzatorów międzyrzędowych oraz elektroniki zarządzającej klimatyzatorem” - a więc z uwzględnieniem mocy wentylatorów oraz elektroniki zarządzającej klimatyzatorem. W wezwaniu z dnia 17 kwietnia 2023 r. do Fast Group w zakresie ww. kryterium EER (pytanie nr 2) Zamawiający również wskazał na moc chłodniczą jawną, określając ją tym razem wprost jako „brutto”. Fast Group ww. wezwania nie zakwestionował i odpowiedział, że EER wynosi 37,39 uwzględniając obciążenie 206 kW. W informacji o poprawieniu omyłek w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp Zamawiający, powołując się na tę samą definicję ze str. 67 SWZ, potwierdził kolejny raz, że mamy do czynienia z mocą chłodniczą jawną uwzględniającą moc pobieraną przez wentylatory oraz układ elektroniki zarządzającej klimatyzatorem. Tym samym, argumentacja Fast Group, iż wartość EER w przypadku rozwiązania AODC powinna być inna oraz, że moc obciążenia jest mniejsza niż 200 kW jest już z tego względu zupełnie nieprawidłowa i sformułowana wyłącznie na potrzeby postawienia jakiegokolwiek „zarzutu”. Fast Group stwierdził, że pomniejszając moc 25 kW o 0,34 (Unit power input - moc wentylatorów oraz elektroniki zarządzającej klimatyzatorem) oraz mnożąc tę różnicę przez ilość 8 klimatyzatorów to daje wynik 197,28. Fast Group przyznaje też, że czasami pomniejszenie mocy jednego klimatyzatora (25 kW) może być dokonane o wartość mocy samych wentylatorów i jest to wartość wskazana w karcie doborowej Vertiv jako Power input - 8x 0,04 kW. Wówczas moc obciążenia miałyby wynosić 197,44 kW. Działanie takie byłoby nieprawidłowe w kontekście definicji ze str. 67 SWZ, którą Zamawiający stosuje do oceny ofert, co wynika z kierowanych przez niego wezwań do wykonawców. Wartość 25 kW wskazana w karcie doborowej dołączonej do oferty AODC określająca moc chłodniczą jednego urządzenia jest wartością stałą uwzględniającą moc pobieraną przez wentylatory oraz elektronikę zarządzającą klimatyzatorem. Należy zauważyć, że Fast Group w odpowiedzi na wezwanie z dnia 17 kwietnia 2023 r. również podaje wartość niepomniejszoną dodatkowo o moc wentylatorów (0,69 kW) czy moc elektroniki, która w karcie tego wykonawcy w ogóle nie jest wskazana - wykonawca podaje wartość mocy chłodniczej jednego urządzenia 25,8 kW, która jest zapisana w jego karcie doborowej (25,8 kW mocy jednego klimatyzatora x 8 klimatyzatorów = 206,4 kW mocy obciążenia).
12. Konsorcjum GS Klima wskazywało w odwołaniu natomiast, że moc chłodnicza uwzględniana przy wyliczeniu EER wynosiła 188,16 kW, a nie 200 kW. Brak spełnienia wartości mocy chłodniczej 200kW był głównym zarzutem sformułowanym w odwołaniu tego wykonawcy, jednak w treści odwołania Konsorcjum GS Klima stwierdziło dodatkowo, że współczynnik EER wyliczony na podstawie załączonej karty doborowej w rozwiązaniu AODC jest wyższy niż zadeklarowany w ofercie i powinien wynosić 78,13.
13. Konsorcjum GS Klima w swoim odwołaniu zastosowało niespójne i niemające merytorycznego uzasadnienia wyliczenia, aby uzyskać wartość mocy obciążenia 188,16 kW. Konsorcjum GS Klima, aby uzyskać taki wynik obniżyło moc chłodniczą urządzenia z 25 kW podanych w karcie doborowej do 23,52 kW (23,52 kW x 8 = 188,16 kW), co nie miało jakiegokolwiek uzasadnienia. Dla jednego kiosku IT AODC zaoferował 8 jednostek po 25kW mocy chłodniczej każda. Jak było wskazane powyżej, wartość 25 kW została podana wprost w karcie doborowej: Gross total cooling capacity 25,0 kW, Gross sensible cooling capacity 25,0 kW. Wynik 25 kW x 8 jednostek daje dokładnie 200kW mocy chłodniczej w trybie pracy normalnej. Zaoferowane przez AODC urządzenia, niezależnie od wielkości współczynnika EER, czy poboru energii elektrycznej przez wentylatory, charakteryzują się mocą chłodniczą na poziomie 25kW/sztuka. Jest to wartość stała i niezależna, stąd jej obniżanie na podstawie kreatywnej matematyki przez Konsorcjum GS

Klima było niepoprawne. To EER jest wartością wynikową obliczaną na podstawie danych zawartych w karcie doborowej urządzenia. Zamawiający w odniesieniu do pozostałych kryteriów oceny ofert, gdzie również brany był pod uwagę parametr mocy chłodniczej jawnej (kryteria P5 i P6), brał pod uwagę wartość brutto podawaną na kartach doborowych przez producenta Vertiv i przyznał ofercie Odwołującego punktację.

14. W dalszej kolejności z odwołania Konsorcjum GS Klima podniosło, że współczynnik EER powinien być określony jeszcze wyżej niż wskazał Odwołujący w ofercie, tj. na 78,13. Wartość ta została wyliczona przez Konsorcjum GS Klima na podstawie danych zawartych w karcie doborowej. W odniesieniu do tak sformułowanego „zarzutu” należy wskazać, że ta okoliczność działa wyłącznie na korzyść AODC. Należy wyjaśnić, że AODC konsultowało z producentem Vertiv dobór urządzeń i parametry, które one posiadają. Odwołujący wskazał wartość EER podawaną oficjalnie w karcie doborowej przez producenta. Zgodnie z pkt 1.8.2 SWZ **Zamawiający wymaga środków dowodowych pochodzących od producenta urządzeń i zawierających dane techniczne i inne informacje o produkcji.** Skoro wartość EER podawana jest w karcie doborowej w wysokości 73,50, AODC zgodnie z ww. instrukcją z pkt 1.8.2 SWZ podało taką wartość współczynnika EER. Odwołujący nie modyfikował wartości podawanych przez producenta, aby nie narazić się na zarzut manipulacji kryteriami oceny ofert, wprowadzenia w błąd czy czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący kierował się wartościami podanymi przez Vertiv. Gdyby AODC podało wartość wyższą, mimo iż z karty doborowej wynika wartość EER 73,50, gdyż tak ją określa producent, to z pewnością byłoby przedmiotem wątpliwości i ewentualnych zarzutów ze strony m.in. konkurencji. Podejście AODC było podejściem racjonalnym i nie można w takiej sytuacji wyciągać względem wykonawcy negatywnych konsekwencji oraz obniżać punktacji - jeżeli taka była ocena dokonana przez Zamawiającego.

a. Podana przez producenta wartość EER dla modelu CRC60 w trybie pracy normalnej wynosi 73,50.

Wartość ta obliczana jest jako całkowity stosunek mocy chłodniczej jawnej do całkowitego poboru mocy elektrycznej przez jednostkę CRC60: 25 kW (Gross total cooling capacity/ gross sensible cooling capacity) / 0,34 kW (Unit power input) = 73,50. Jest to wartość obliczana przez producenta i ujawniona w karcie doborowej.

b. Zaś wartość 78,13 została obliczona w następujący sposób:

$25[\text{kW}] / 0,32 [\text{kW}] = 78,125$ - po zaokrągleniu 78,13

Gdzie 0,32 kW jest to suma całkowitego poboru mocy przez wentylatory ($8 \cdot 0,04 \text{ kW}$) - podana w karcie doborowej dołączonej do oferty oznaczonej jako Power input.

Różnica pomiędzy wartością EER wskazaną przez producenta oraz wartością powyżej wynika z różnego rozumienia i obliczenia wskaźnika EER spotykanego w praktyce. Sam Fast Group wskazuje, że piśmie z dnia 6 kwietnia 2023 r. kierowanym do Zamawiającego, że w praktyce brane są pod uwagę obie te wartości. Przy czym wskaźnik ten był możliwy do obliczenia na podstawie informacji zawartych w treści przedstawionych dokumentów i nawet bez konieczności udziału wykonawcy. Konsorcjum GS Klima samodzielnie obliczyło ww. wartość z zastosowaniem informacji podanych w ofercie AODC.

c. Współczynnik EER jest podawany standardowo na kartach doborowych urządzeń CRC60 przez producenta i uwzględnia całkowity pobór mocy elektrycznej przez urządzenie. Biorąc pod uwagę wyłącznie pobór moc przez wentylatory (czyli sposób faktycznie wymagany przez Zamawiającego w poz. 3.12 tabeli Formularza Załącznika nr 1 do SWZ) rzeczywiście współczynnik może być jeszcze wyższy, korzystniejszy niż wartość podana ostrożnościowo w ofercie. Podkreślenia jeszcze raz wymaga, że ww. wyliczenie dla wyższego współczynnika EER wymagało zastosowania danych zawartych w karcie doborowej (przedmiotowym środkiem dowodowym) dołączonym do oferty AODC.

15. Z treści SWZ wynika, że intencją Zamawiającego było punktowanie jak najwyższego współczynnika EER. Wynika to wprost z pkt 18.1 SWZ i wzoru, za pomocą którego miały być porównane oferty. Celem kryteriów oceny ofert jest dokonanie wyboru oferty, która w sposób najlepszy odpowiada potrzebom Zamawiającego. W ramach kryterium P7 mamy do czynienia z kryterium jakościowym. Oferta Odwołującego zawiera najwyższy współczynnik EER - niezależnie od tego która wartość zastosować tzn. czy te wskazana oficjalnie przez producenta Vertiv - 73,5 czy te wyliczona przez Konsorcjum GS Klima - 78,13. Nawet wartość 72,5 wskazywana przez Fast Group, choć zupełnie niewłaściwa w kontekście definicji ze 67 SWZ, jest wartością najwyższą z zaoferowanych w postępowaniu. Przyznanie ofercie Odwołującego 0 pkt tylko dlatego, że przyjął on wartość podawaną oficjalnie przez producenta, a nie wartość, która może być wyliczona z karty doborowej dołączonej do oferty stanowi zaprzeczenie istoty oceny

oferty w ramach kryteriów jakościowych oraz jest niezgodne z zasadą proporcjonalności.

16. W ocenie Odwołującego powyższa argumentacja jest wystarczająca do uznania, że oferta AODC powinna otrzymać w ramach kryterium oceny ofert P7 6 pkt.

17. Nawet jeżeli uznać, że wartość EER powinna być skorygowana, to w związku z tym, że wszystkie dane niezbędne do wyliczenia EER zostały podane w ofercie Zamawiający powinien zastosować art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jeżeli Zamawiający uznaje, że wartość EER została podana niezgodnie z definicją ze str. 67 SWZ, to mamy do czynienia z niezgodnością oferty z SWZ - definicją EER wyrażoną w pkt 18.2 SWZ oraz w poz. 3.12 Załącznika nr 1 do SWZ. Zamawiający w ramach np. kryteriów P5 i P6 zastosował ww. przepis i dokonał korekty treści oferty w oparciu o informacje pochodzące z kart doborowych złożonych z ofertą Odwołującego.

a. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 maja 2017 r. sygn. akt KIO 931/17, który zachowuje aktualność również na gruncie obecnie obowiązującej ustawy omówiono metodologię stosowania tego przepisu: „(...) aby poprawić ofertę w oparciu o art 87 ust 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych należy stwierdzić łącznie: 1) zaistnienie omyłki, 2) omyłki niebędącej oczywistą omyłką rachunkową ani pisarską, 3) polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, 4) brak konsekwencji dokonanej poprawy w postaci istotnej zmiany treści oferty oraz 5) - co nie zostało wyrażone w przepisie, ale jest *oczywiste i konieczne* - omyłka taka w ogóle musi nadawać się do poprawienia przez zamawiającego. Omyłka występująca w ofercie AODC spełnia wszystkie w/w przesłanki do poprawienia jej w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

b. Omyłka w zakresie wpisania wartości EER niższej niż można to ustalić na podstawie karty doborowej nie stanowi ani oczywistej omyłki pisarskiej ani oczywistej omyłki rachunkowej. Odwołujący dążył do złożenia oferty zgodnej z wymaganiami. AODC przy wypełnianiu oferty miało na względzie pkt 1.8.2 SWZ, w którym wskazano, że oceniane będą dokumenty pochodzące od producenta. Odwołujący sugerował się sposobem wyliczenia współczynnika EER przez producenta, który nieznacznie różni się od tego, który został wskazany w SWZ - producent podaje wartość EER z uwzględnieniem mocy pobieranej przez wentylatory oraz elektronikę zarządzającą klimatyzatorem (unit power input - 0,34 kW), a Zamawiający prosił o podanie wartości EER z uwzględnieniem mocy wentylatorów (power input - $8 \times 0,04 = 0,32$). Mamy jednak do czynienia z wartością podaną przez producenta w dokumentacji, z tym samym współczynnikiem, różnica nie jest znaczna, a każdy sposób wyliczenia wartości z technologicznego punktu widzenia jest poprawny.

c. Należy również zauważyć, że moc chłodnicza klimatyzatora (Gross total cooling capacity) 25 kW jest wskazana w karcie doborowej urządzenia. Zamawiający wzywał w dniu 6 kwietnia 2023 r. do wyjaśnienia oferty powołując się na definicję ze str. 67 SWZ jaka jest moc chłodnicza jawna w ujęciu netto. AODC wyjaśniło, że wartość będzie w tym przypadku taka sama jak podana brutto - 25 kW, dlatego na karcie została podana przez Vertiv jedna wartość. W wyjaśnieniach, które zostały potwierdzone oświadczeniem Vertiv, wskazano, że moc chłodnicza całkowita (Gross) = Net - dlatego w takiej sytuacji na kartach doborowych pokazane są wartości dla wartości Gross i jest to wartość 25 kW. Karta doborowa wskazując moc chłodniczą na poziomie 25kW uwzględnia ciepło wytwarzane przez wentylatory oraz elektronikę i jest to moc efektywna do chłodzenia urządzeń IT.

d. Poprawienie omyłki w sposób, w jaki domaga się tego Odwołujący nie prowadzi do istotnych zmian w treści oświadczenia woli wykonawcy. Przede wszystkim, każde poprawienie omyłki wiąże się ze zmianą oferty - granicą jest natomiast istotność dokonywanej zmiany (por. wyrok KIO 5 marca 2015 r. KIO 302/15). Przekładając powyższe na grunt niniejszej sprawy należy zauważyć, że do oferty AODC zostały dołączone dokumenty potwierdzające wysokość współczynnika EER. Nie dochodzi do istotnej modyfikacji oferty, ponieważ przedmiot oferty - urządzenie CRC60 producenta Vertiv pozostaje bez zmian. Urządzenie posiada parametry opisane w przedmiotowych środkach dowodowych, w tym w kartach doborowych. Współczynnik EER jest natomiast zmienną wyliczaną na podstawie parametrów, które są wskazane w karcie doborowej i są prawidłowe. Tym samym, oświadczenie woli co do zaferowanego przedmiotu zamówienia pozostaje bez zmian.

e. W tym kontekście możliwe jest poprawienie omyłki nawet w przypadku, gdy dotyczy ona kryteriów oceny ofert. Omyłki w odniesieniu do treści oferty zdarzają się nawet w zakresie, w jakim oferta jest oceniana w ramach kryteriów oceny ofert. Przykładem są poprawiane w ofertach na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp omyłki w kosztorysach ofertowych czy omyłki poprawiane w cenie. Cena również stanowi kryterium oceny ofert, ale ma zastosowanie do niej tryb poprawienia omyłek ze wszystkimi tego konsekwencjami (poprawienie ceny ofertowej, która ma wpływ na ranking wykonawców). Jak było również wskazane Zamawiający w dniu 9 maja 2023 r. poprawił w ofercie Odwołującego omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, w wyniku czego doszło do korekty wartości podanych w ofercie AODC.

- f. Wskazać pomocniczo również należy, iż art. 454 ust. 2 Pzp zawiera katalog zmian umowy, które należy uznać za istotne. Przepis ten można traktować jako wskazówkę interpretacyjną również przy dokonywaniu oceny istotności omyłki znajdującej się w ofercie. W świetle wymienionych w tym przepisie przypadków, omyłkę w treści oferty Odwołującego należy uznać za nieistotną.
- g. *Omyłka występująca w ofercie Odwołującego nadaje się do poprawienia przez Zamawiającego, gdyż już na podstawie samej treści oferty AODC mógł on dokonać jej poprawienia. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 czerwca 2017 r. KIO 1077/17 stwierdzono wprost, że „W ocenie Izby nie ma zakazu dokonywania poprawy omyłek innych niż oczywista omyłka pisarska i rachunkowa także dotyczących kryterium oceny ofert, o ile nie dochodzi w ten sposób do wytworzenia nowego oświadczenia woli, które nie tkwiło pierwotnie w złożonej ofercie, a w ocenie Izby taka sytuacja miała miejsce w niniejszym postępowaniu.”*
- h. W przypadku wyliczenia EER ustalenie wartości tego współczynnika jest możliwe w oparciu o dane zawarte w karcie doborowej. Tym samym, Zamawiający mógłby dokonać tego wyliczenia samodzielnie. Odczytanie danych urządzenia zawartych w karcie doborowej nie jest trudne dla profesjonalistów.
- i. Nawet zatem jeżeli uznać, że AODC nie mogło kierować się pkt 1.8.2 SWZ i danymi podawanymi standardowo przez producenta Vertiv zasadne i konieczne było zastosowanie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, a nie przyznawanie ofercie Odwołującego 0 pkt.
18. *Nawet jeżeli wykonawca błędnie zakładał, że powinien wskazać wartość określona przez producenta, to nie sposób uznać, że powinien być „karany” za to, że sugerował się oficjalnymi dokumentami pochodzącymi od producenta, przy czym wartość EER oceniana w ramach kryterium P7 jest najwyższa ze wszystkich badanych. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie. Za reprezentatywny w powyższym zakresie należy uznać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 535/17 „Stosownie do art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy P.z.p., zamawiający poprawia w ofercie wykonawcy inne omyłki (aniżeli oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 czerwca 2012 roku sygn. akt KIO 1084/12, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w siwz, a następnie uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w siwz. Weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert, przy wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych ofert, a drugiej - zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej wyartykułowane w siwz oczekiwania. W tym miejscu należy powołać podzielane przez skład orzekający Izby stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażone w wyroku z 23 lutego 2007 r. (sygn. akt X Ga 23/07), iż „formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)”. Zamawiający będący podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powinien dołożyć należytej staranności, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a wykonawcy, który ją złożył, powierzyć realizację zamówienia. Stwierdzić dalej należy, że w realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią siwz, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 Pzp stwierdzone nieścisłości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust 2 pkt 1-3 Pzp. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści siwz, a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 ust. 2 Pzp (vide: wyrok KIO z 29 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1514/11 z oraz wyrok KIO z 8 maja 2012 r., sygn. akt KIO 819/12).”*
19. *W wyroku z dnia 21 kwietnia 2022 r. KIO 923/22 wskazano, że „Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie).”*
20. Postępowanie Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w zasadzie proporcjonalności. Czynność Zamawiającego jest także niezgodna z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania. Odwołujący otrzymał 0 pkt w ramach ww. kryterium mimo, iż oferta wykonawcy może być poprawiona z zastosowaniem art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Fast Group również otrzymał 0 pkt w tym kryterium i jest to wykonawca, który w pierwotnie złożonym odwołaniu wskazywał, że aby ustalić wartość EER zadeklarowaną w jego ofercie należy uwzględnić w wyliczeniach

wartości w ogóle nie wynikające z karty doborowej, a i tak moc obciążenia jaka zostaje wykorzystana do obliczeń wynosi 200,08 podczas, gdy Zamawiający wymagał obliczeń dla mocy 200 kW. Fast Group w odwołaniu wskazał, że aby obliczyć moc chłodniczą należy odjąć moc wentylatorów i moc jaką pobiera układ sterowania: $25,8 \text{ kW} - 0,69 - 0,1 \text{ kW} = 25,01 \text{ kW}$. $25,01 \text{ kW} \times 8 = 200,08 \text{ kW}$. Wartość 0,1 kW nie została nigdzie wskazana w karcie doborowej dołączonej do oferty tego wykonawcy. Zamawiający w odpowiedzi na tak sformułowaną argumentację w odwołaniu oświadczył, iż uwzględni w tym zakresie odwołanie ww. wykonawcy. Jednocześnie, Fast Group w odpowiedzi na wezwanie z dnia 17 kwietnia 2023 r. stwierdził, że należy jednak uwzględnić moc wentylatorów oraz elektroniki, a moc obciążenia wynosi 206 kW, czyli dokładnie tak jak podstawa odrzucenia oferty tego wykonawcy w ramach pierwszego wyboru oferty z dnia 8 lutego 2023 r. Wartość mocy elektroniki zarządzającej klimatyzatorem ma natomiast wynikać nie z karty doborowej a z „profesjonalnej wiedzy” wykonawcy. W każdym przypadku Fast Group twierdzi, że współczynnik EER to 37,39. Sytuacja Fast Group jest zatem diametralnie inna niż Odwołującego, gdyż w przypadku oferty AODC wszystkie wartości niezbędne do wyliczenia EER oraz prawidłowej mocy obciążenia 200 kW są zawarte w ofercie, a moc obciążenia to zawsze, wobec stałej mocy jednego klimatyzatora, 200 kW ($25 \text{ kW} \times 8 = 200 \text{ kW}$).

21. Mając na uwadze powyższe, oferta Odwołującego powinna otrzymać 6 pkt w kryterium oceny ofert P7 - wartość Współczynnika Efektywności Energetycznej EER.

IX. Nieprawidłowa ocena oferty Fast Group.

1. Zgodnie z pkt 18.2 SWZ Zamawiający sformułował kryteria oceny ofert P5 i P6:

a. „Punktacja za kryterium parametr techniczny nr 5 - sumaryczna moc chłodnicza jawna klimatyzatorów zaoferowanych w ramach jednego kiosku teletechnicznego w trybie pracy normalnej”

Pod kryterium znalazło się następujące zastrzeżenie: „Zamawiający zastrzega, że nie dopuszcza zaoferowania sumarycznej mocy chłodniczej jawnej klimatyzatorów zaoferowanych w ramach jednego kiosku teletechnicznego w trybie pracy normalnej o wartości mniejszej niż 200 kW

W przypadku:

1) zaoferowania przez wykonawcę wartości mniejszej niż 200 kW zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp jako ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

2) zaoferowania przez wykonawcę dla kryterium P5 wartości większej niż 270 kW, zamawiający sprowadzi ten parametr na potrzeby oceny oferty do 270 kW, tzn. oceni ofertę tak jakby wykonawca zaoferował nośność 270 kW, natomiast w umowie z wybranym wykonawcą zostanie wpisany parametr zaoferowany przez wykonawcę w ofercie”

b. „Punktacja za kryterium parametr techniczny nr 6 - sumaryczna moc chłodnicza jawna klimatyzatorów zaoferowanych w ramach jednego kiosku teletechnicznego w trybie pracy awaryjnej”

Pod kryterium znalazła się następująca informacja: „Zamawiający zastrzega, że nie dopuszcza zaoferowania sumarycznej mocy chłodniczej jawnej klimatyzatorów zaoferowanych w ramach jednego kiosku teletechnicznego w trybie pracy awaryjnej wartości mniejszej niż 200 kW W przypadku:

1) zaoferowania przez wykonawcę wartości mniejszej niż 200 kW zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp jako ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

2) zaoferowania przez wykonawcę dla kryterium P6 wartości większej niż 270 kW, zamawiający sprowadzi ten parametr na potrzeby oceny oferty do 270 kW, tzn. oceni ofertę tak jakby wykonawca zaoferował nośność 270 kW, natomiast w umowie z wybranym wykonawcą zostanie wpisany”

2. Z przesłanej przez Zamawiającego karty oceny ofert wynika również, że wykonawca Fast Group uzyskał punktację w kryteriach P5 i P6 uzyskując odpowiednio 10 pkt i 6 pkt.

3. Przyznanie ofercie Fast Group punktacji w ww. kryteriach było bezzasadne. Fast Group złożył odwołanie, w którym wskazał, dlaczego jego oferta nie powinna być odrzucona za błędne obciążenie w ramach kryterium P7 - EER. Fast Group stwierdził, że:

„Z uwagi na brak wezwania ze strony Zamawiającego dopiero na obecnym etapie Odwołujący może wyjaśniać, iż system doborowy TECNAIR nie pozwala na swobodne dobieranie mocy chłodniczej w kartach doborowych, względnie w sposób wystarczająco precyzyjny. Dlatego też w doborze zamieszczonym na stronie 30 oferty Odwołującego **wskazano moc chłodniczą, która po odjęciu mocy wentylatorów i mocy, jaka pobiera układ sterowania, wynosi 25kW (25,8kW - 0,69kW - 0,1 kW = 25,01kW)**. W związku z tym współczynnik EER podany w ww. doborze jest przewidziany dla mocy netto (po odjęciu wentylatorów) dla 200kW (8 jednostek po 25,01 kW każda).”

4. Zamawiający uwzględnił ww. zarzut w zakresie kryterium P7 - współczynnik EER

1zamiast odrzucenia oferty przyznał ofercie Fast Group 0 pkt. Jak wskazuje definicja ze str. 67 SWZ, parametr mocy chłodniczej jawnej urządzenia, który jest badany w ramach kryterium P5 i P6 powinien uwzględniać moc pobieraną przez wentylatory oraz moc elektroniki zarządzania klimatyzatorem. Analogiczna definicja ma zastosowanie do wyliczenia wartości EER - niezrozumiałe jest zatem, że według jednego podejścia Fast Group (do wyliczenia EER) ww. moc się odlicza, a w drugim przypadku (kryteria P5 i P6), biorąc pod uwagę tę samą definicję, już nie. Co więcej, w karcie doborowej dołączonej do oferty Fast Group została wskazana moc chłodnicza jednego urządzenia - 25,8 kW oraz moc pobierana przez wentylatory - 0,69, jednak w żaden sposób nie wynika z tej karty jaka jest moc pobierana przez elektronikę zarządzającą klimatyzatorem. Z karty doborowej wynika, że wydajność (25,8 kW) jest deklarowana przy uwzględnieniu ciepła wytwarzanego przez wentylator. W odpowiedzi na wezwanie z dnia 17 kwietnia 2023 r. Fast Group stwierdził, że wartość 0,1 kW ma wynikać nie z karty doborowej a z „profesjonalnej wiedzy” wykonawcy. Do wyjaśnień zostało dołączone oświadczenie producenta Tecnaire, który wskazał na wartość 100W. Informacje te nie wynikają jednak z oferty a zostały uzupełnione dopiero w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 223 ust. 1 Pzp.

5. Skoro wartość 0,1 kW nie wynika z dokumentów złożonych wraz z ofertą, to oferty Fast Group nie można w ww. zakresie uzupełnić. Jednocześnie Zamawiający sam wskazał na zasadność uwzględnienia tej wartości przy obliczaniu parametru mocy chłodniczej jawnej zgodnie definicją ze str. 67 SWZ.

6. W odniesieniu do rozwiązania Fast Group nie jest jasne, w jaki sposób zostały obliczone wartości mocy chłodniczej jawnej podane w formularzu ofertowym. Skoro informacja o mocy pobieranej przez elektronikę nie była podana w kartach doborowych, a jest to wartość niezbędna do wyliczenia parametru mocy chłodniczej jawnej, to Zamawiający nie ma danych do zastosowania art. 223 ust.

2pkt 3 Pzp - ingerencja w tym przypadku prowadziłaby do uzupełnienia oferty o informacje w niej niezawarte, a nie do korekty treści istniejącej. W przypadku zaś kryteriów oceny ofert uzupełnienie nie może mieć miejsca, co wynika również wprost z art. 107 ust. 3 Pzp. Jak było ponadto wskazane w jednym przypadku Fast Group do wyliczenia mocy chłodniczej uwzględnia moc wentylatorów i elektroniki, a w innym nie. Tym samym, Zamawiający powinien przyznać ofercie Fast Group 0 pkt w ramach tych kryteriów.

V. Zaniechanie odtajnienia oferty Fast Group.

1. Z udostępnionych przez Zamawiającego dokumentów postępowania wynika, że wykonawca Fast Group zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykaz dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz załączniki do wyjaśnień tajemnicy. Zastrzeżenie jako poufnych wykazu dostaw oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw jest nieprawidłowe i nie spełnia przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk do uznania skuteczności takiej czynności, jak również wykonawca nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, spełnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w ww. przepisie uprawniających do wyłączenia jawności dokumentów.

2. Zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym, przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp, Zamawiający jest uprawniony do zachowania - na wniosek wykonawcy - poufności informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 2 uznk. W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest nie tylko wskazanie, iż dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, ale również - prawidłowe wykazanie tego faktu. Zastrzeżone dokumenty/ informacje muszą mieć obiektywny walor poufności. Samo oświadczenie wykonawcy, że dokonuje zastrzeżenia jest niewystarczające. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia albo niezłożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności musi skutkować odtajnieniem zastrzeżonych informacji.

3. Obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na Zamawiającym, który zgodnie z art. 18 ust. 1 -3, jak również art. 16 Pzp, zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z poglądami doktryny: „W orzecznictwie KIO ugruntowało się stanowisko że wymóg wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oznacza, że nie

składając wyjaśnień, a także w niezbędnym zakresie stosownych dowodów wykonawca rezygnuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia z ochrony informacji, które uprzednio poza tym postępowaniem mogły spełniać przesłanki z art. 11 ust. 4 ZNKU (tak wyr. KIO z 28.4.2016 r.: KIO 545/16, Legalis; KIO 563/16 Legalis oraz z 3.4.2015 r., KIO 561/15, Legalis; z 28.8.2015 r., KIO 1730/15, Legalis). Pogląd ten znajduje także odzwierciedlenie w orzecznictwie sądów powszechnych - zob. wyr. SO w Przemysłu z 11.5.2015 r., I Ca 131/15, niepubl." (M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 6, 2018 r.).

4. Stanowisko to zostało potwierdzone w licznych orzeczeniach Krajowej izby Odwoławczej:

a. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2015 r., sygn. akt: KIO 291/15: „Aktualne brzmienie przepisu art. 8 ust. 3 ZamPublU nie pozostawia, w ocenie składu orzekającego, wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 ZamPublU ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Rola zamawiającego nie jest już aktualnie prowadzenie jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego w zakresie zasadności skorzystania z tajemnicy przedsiębiorstwa, co było charakterystyczne dla postępowań o udzielanie zamówień publicznych w poprzednio obowiązującym stanie prawnym. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania i dopuszczenie możliwości złożenia przez wykonawcę wyjaśnień na wezwanie stanowiłoby de iure et facto naruszenie komentowanego przepisu. ”

b. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 2475/16: „Właściwe/zgodne z przepisami zastrzeżenie i wykazanie w stosownym czasie ustawowych przesłanek zastrzeżenia, zobowiązuje zamawiającego do nieujawniania informacji i odwrotnie - niewłaściwe zastrzeżenie bądź niewykazanie tajemnicy przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert, powoduje skutek wynikający z przepisu art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy - nieskuteczność zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. ”

5. Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

6. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

a. ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa, posiada wartość gospodarczą,

b. jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,

c. podjęto w stosunku do niej działania w celu utrzymania ich w poufności.

7. Z powyższego wynika, że Zamawiający powinien dokładać przeanalizować skuteczność zastrzeżenia, oraz tego czy wykonawca wykazał w świetle art. 11 ust. 2 uznk zasadność utajnienia. Truizmem jest stwierdzenie, że zasadą jest jawność postępowania, zaś zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących dokumentację postępowania - jest wyjątkiem od tej zasady. Należy w tym zakresie stosować zasadę *exceptiones non sunt extendendae* - czyli zasadę zakazu wykładni rozszerzającej wyjątków. Każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność informacji szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełnienia przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może być mowy o żadnym przyjęciu przez Zamawiającego „na słowo”, że przesłanki są spełnione. Jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś część dokumentacji postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełnienia przesłanek oraz nie przedstawił dowodów - to Zamawiający (w trakcie oceny ofert) powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba Odwoławcza (na etapie postępowania odwoławczego) powinna nakazać Zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie.

8. Przykładowo jedynie Odwołujący wskazuje na kilka orzeczeń Izby, zapadłych w przeciągu ostatnich lat:

a. Wyrok z dnia 3 lutego 2021 r., KIO 20/21: Izba podziela również stanowisko Zamawiającego, iż nie miał on wystarczających podstaw do przyjęcia, iż zostały spełnione przesłanki konieczne do zastrzeżenia w całości

informacji zarówno uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jak i samych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Tak jak wskazano naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności. Wszelkie wyjątki od tej zasady winny być poddane wyczerpującej i dogłębnej analizie. Wykonawca powołujący się na tajemnicę przedsiębiorstwa winien, chcąc wyłączyć jawność postępowania w stosunku do dokumentów składanych Zamawiającemu, uprawdopodobnić przesłanki konieczne do zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

b. Wyrok z dnia 1 czerwca 2020r., KIO 539/20: *Wskazać należy, że naczelną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności. Wszelkie wyjątki od tej zasady winny być poddane wyczerpującej i dogłębnej analizie.*

c. Wyrok z dnia 21 listopada 2019r., KIO 2263/19: *Tajemnica przedsiębiorstwa - jako wyjątek od zasady jawności postępowania - musi być interpretowana w bardzo ograniczony oraz ścisły sposób, a interpretację tę należy odczytywać poprzez obowiązek, a nie uprawnienie zamawiającego.*

d. Wyrok z dnia 26 lutego 2019r., KIO 260/19: *Zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności oferty jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.*

9. Fast Group nieprawidłowo zastrzegł wykaz dostaw wraz z załącznikami oraz załączniki do wyjaśnień jak również nie wykazał, że dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spełniającą wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy dokonane przez Fast Group, choć obszerne objętościowo, to nie zawiera żadnych merytorycznych argumentów przemawiających za tym, aby uznać skuteczność utajnienia. Wykonawca skupił się na powołaniu orzecznictwa, jednak w żaden konkretny sposób nie wykazał, że zastrzeżone informacje mogą mieć charakter organizacyjny, handlowy czy posiadający wartość gospodarczą. Wyjaśnienia sformułowane przez Fast Group mają charakter sztamkowy i mogłyby być zastosowane w każdym postępowaniu. Poza ogólnymi hasłami i zapewnieniami Fast Group nie przedstawił żadnych argumentów przemawiających za zastosowaniem wyjątku od zasady jawności postępowania w zakresie zastrzeżonych dokumentów.

a. *Fast Group jako okoliczność uzasadniającą zastrzeżenie dokumentów wskazał, że uwzględnione w wykazie dostawy pochodzą z rynku prywatnego, zawierają informacje o danych kontaktowych oraz o realizacji poszczególnych projektów. Wykonawca wskazał także, że referencje opatrzone są klauzulą poufności. W odniesieniu do przedstawionego argumentu należy zauważyć, że sam fakt, iż określone dostawy zostały zrealizowane na rynku prywatnym samo w sobie nie przesądza o ich poufnym charakterze. Wykaz dostaw oraz referencje są standardowymi dokumentami wymaganymi niemal każdym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Dane kontaktowe podmiotów występujących w obrocie gospodarczym są podawane w oficjalnych wyszukiwarkach i rejestrach a zatem ich zastrzeżenie jest zupełnie niezrozumiałe. Informacje dotyczące realizacji poszczególnych projektów, które mają być zawarte w wykazie również nie mogą uzasadniać poczynionego zastrzeżenia. Wykaz dostaw ma potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W treści warunku Zamawiający dokładnie opisał elementy, które powinno obejmować doświadczenie wykonawcy - elementy te wynikają z jawnej treści dokumentacji przetargowej. Nie są to zatem szczegółowe dane o projekcie tylko informacje wyrażające minimalny poziom zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia weryfikowane w ramach postępowania. Sam wykaz zawiera ograniczoną ilość danych odnoszących się do treści warunku udziału w postępowaniu – są to informacje fragmentaryczne na temat co najmniej jednego kontraktu, którego zakres w ramach warunku został opisany w SWZ i Ogłoszeniu o zamówieniu. Za całą pewnością wykaz nie zawiera całego portfolio doświadczenia wykonawcy, listy wszystkich klientów czy szczegółów umów zawartych z podmiotami prywatnymi. Nie sposób zatem stwierdzić, że ujawnienie wykazu bądź referencji potwierdzających należyte wykonanie zamówień z wykazu może narazić wykonawcę na jakąkolwiek szkodę.*

b. *Powolywanie się w tych okolicznościach na klauzule poufności zawartą w referencji jest niewystraszające skoro obiektywnie informacje objęte poufnością nie stanowią tajemnicy. Klauzula poufności nie decyduje automatycznie o tym czy informacja ma charakter poufny czy nie - istotny jest charakter zastrzeganych informacji i to czy informacja rzeczywiście spełnia przesłanki do*

uznania, iż mamy do czynienia z tajemnicą w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk. Poza tym, referencja ze swej istotny jest przeznaczona dla nieograniczonego kręgu podmiotów, które są zainteresowane ich treścią. Referencje są dokumentem, w którym ich wystawca oświadcza nieograniczonemu kręgowi podmiotów, że określony wykonawca należycie wykonał zamówienie. Fast Group poza stwierdzeniem, że referencje posiadają klauzulę nie wykazał, że są dokumentem zawierającym informacje techniczne. Technologiczne, organizacyjne czy inne posiadające wartość gospodarczą.

- c. Odwołujący podniósł, że informacje przedstawione w wykazie i dowodach dołączonych do wykazu zostały wybrane i skompletowane na potrzeby postępowania. To stwierdzenie potwierdza zasadność odtajnienia dokumentów. Skoro informacje w określonym zbiorze zostały przygotowane specjalnie na potrzeby niniejszego postępowania, to ich ujawnienie nie ma skutku dla prowadzonej działalności przez wykonawcę czy udziału w innych postępowaniach. Twierdzenia wykonawcy o tym, iż odtajnienie informacji spowoduje zmniejszenie szans na uzyskanie innych zamówień nie ma jakiegokolwiek pokrycia w faktach. Odtajnienie będzie miało wyłącznie taki efekt, że ujawnione zostanie to, czy w niniejszym postępowaniu Fast Group wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Gdyby przyjąć tak szerokie i subiektywne postrzeganie zasad utajniania dokumentów, to każdy dokument przygotowany na potrzeby konkretnego postępowania mógłby być zastrzegany jako tajemnica, co jest nie do pogodzenia z generalną zasadą jawności. Fast Group nie wskazał natomiast nawet na czym to unikatowe zestawienie informacji miałoby polegać. Wskazanie informacji w wykazie to wyłącznie odpowiedź na wymagania SWZ. Należy również zauważyć, że powołane przez Fast Group orzecznictwo - wyrok KIO z dnia 7 maja 2014 r. KIO 802/14 oraz z dnia 14 kwietnia 2014 r. KIO 495/14, KIO 507/14, KIO 508/14 mające uzasadniać ujawnienie ofert handlowych czy listy klientów dotyczyło wyjaśnień rażąco niskiej ceny a nie wykazu dostaw z referencjami.
- d. *Nie sposób również zgodzić się ze stwierdzeniem o możliwym ujawnieniu informacji o poziomie posiadanego przez Fast Group potencjału w danym sektorze. Informacje np. o przychodach mogą być ustalone na podstawie sprawozdań spółki, które są powszechnie dostępne. Na powyższe zwróciła uwagę KIO w wyroku z dnia 19 lutego 2019 r., KIO 133/19, w którym nakazano odtajnienia wykazu usług i wskazano w uzasadnieniu, że „wdalszej kolejności przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia wywiódł, że w oparciu o odtajniony wykaz usług konkurencji mogli ustalić wielkość przychodów osiągniętych w trakcie wymienionych kontraktów. Dostrzeżenia wymagało, że w przypadku tych dwóch kontraktów wielość przychodów jest możliwa do ustalenia z łatwością w oparciu o publiczne publikatory. ”*
- e. Dla skutecznego wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca powinien podać i wykazać wartość gospodarczą informacji. *Konieczność wykazania wartości gospodarczej jest już od dawna wskazywana zarówno przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak i sądy powszechne - w wyroku KIO 500/21 Izba wskazała na nieskuteczność uzasadnienia, między innymi ze względu na brak wskazania wartości gospodarczej: „Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. ”*
- f. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku XXIII Zs 53/21 (dotyczącym skargi na wyrok KIO 500/21) podtrzymał stanowisko Izby i wskazał na konieczność wskazywania wartości gospodarczej: *„Wartość te /wartość gospodarcza - przypisek Skarżącego) należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taka wartość posiada; Sąd nie podziela argumentacji skarżącego, z której zdaje się wynikać, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś (choćby niewielką) wartość gospodarczą, dlatego nie ma potrzeby jej wykazywać. W ocenie Sądu taki pogląd jest sprzeczny z art. 8 ust. 3 sPzp, z którego należy wyprowadzić odmienny wniosek, tj. że co do zasady zawsze istnieje obowiązek wykazania wartości gospodarczej zastrzeganej informacji. Wskazanie „wartości gospodarczej” może przy tym przejawiać się poprzez podanie pewnej kwoty, ale może też zostać*

zrealizowane poprzez wskazanie, jakie zyski generuje dana informacja lub też jakie koszty zostaną zaoszczędzone.”

g. *Fast Group nie wykazał natomiast istnienia wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Wykonawca w odniesieniu do tej przesłanki wskazał na same ogólne deklaracje. Przykładowo stwierdził, że: „ujawienie tych informacji naraziłoby Wykonawcę na istotną szkodę po przez nieuprawnione udostępnienie ściśle poufnych informacji zabezpieczonych przez Wykonawcę zarówno w zakresie indywidualnym, jak i generalnym jak tajemnica przedsiębiorstwa” oraz „(...) wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji dla Wykonawcy wyraża się również w ich szczególnym zastawieniu, przekładającym się na przewagę konkurencyjną wykonawcy”. Takie gołostowne zapewnienia w żaden sposób nie wykazują istnienia wartości gospodarczej zastrzeganych informacji i nie powinny być bezkrytycznie zaakceptowane przez Zamawiającego.*

h. *Fast Group nie odniósł się do żadnej konkretnej wartości, która czyniłaby z dokumentów wykazu dostaw wraz z referencjami jakąkolwiek wartość wymierną finansowo. Do wyjaśnień nie zostały przedłożone jakiekolwiek dowody potwierdzające stanowisko wykonawcy o możliwym naruszeniu pozycji Fast Group w wyniku odtajnienia dokumentów.*

i. *W odniesieniu do dowodów mających wykazać istnienie działań podjętych przez wykonawcę zmierzających do zachowania informacji w poufności należy zauważyć, że dotyczą one:*

- *Oświadczenia wiedzy o infrastrukturze funkcjonującej u wykonawcy,*
- *Oświadczenia dotyczącego klauzul o zachowaniu poufności zawartych w stosowanych przez wykonawcę wzorach umów.*

j. *Odwolujący nie ma dostępu do ww. dokumentów jednak ich opis zawarty w wyjaśnieniach tajemnicy świadczy o tym, iż są to dokumenty mające charakter ogólny. Oświadczenie wiedzy o infrastrukturze ma charakteryzować działania o charakterze fizycznym wprowadzone wewnątrz organizacji - reguły obiegu dokumentów, dostępu do informacji, technologii zabezpieczającej przedsiębiorstwa. Tego rodzaju dokument nie odnosi się *stricte* do informacji zastrzeganych jako tajemnica w ramach niniejszego postępowania. Każdy z przedsiębiorców stosuje tego typu polityki i nie jest to niestandardowa procedura przynależna wyłącznie Fast Group. Jednocześnie samo istnienie tego typu dokumentów w organizacji nie uzasadnia objęcia poufnością wykazu dostaw z referencjami w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Analogiczne wnioski należy wysnuć w odniesieniu do:*

- *oświadczenia o stosowaniu klauzul poufności zawieranych w umowach. Jest to najprawdopodobniej blankietowa klauzula, która nie ma zastosowania do prowadzonego postępowania.*
- *Opisu środków ochrony fizycznej, organizacji zespołu wdrożenia systemu zarządzania i obiegu dokumentów. Tego typu działania nie zostały skonkretyzowane do informacji zastrzeganych w złożonej ofercie.*

k. *W wyroku KIO z dnia 11 maja 2023 r. KIO 1158/23 stwierdzono wprost, że „Wykonawca załączył do „uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa” dokumenty: „Zarządzenie nr 5/19 Dyrektora Zarządzania Zgodnością i Bezpieczeństwem Korporacyjnym - S.Ch. w sprawie „Wykazu informacji chronionych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w Orange Polska S.A.” ora: „Decyzję nr 63/18 Członka Zarządu ds. Strategii i Spraw Korporacyjnych - W.L. z dnia 13.11.2018 w sprawie „Zasad ochrony informacji w Orange Polska S.A.” Wykonawca Orange Polska S.A. poza samym załączeniem tych dokumentów nie wskazał, w jaki sposób dokumenty miałyby przelożyć się na ochronę informacji, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie wskazano żadnych postanowień powyższych dokumentów, które miałyby wskazywać na ochronę akurat tych informacji, które zostały zastrzeżone w niniejszym postępowaniu jako tajemnica przedsiębiorstwa”.*

10. Tym samym zasadne i konieczne jest odtajnienie ww. dokumentów oraz udostępnienie ich Odwołującemu, gdyż dokonane zastrzeżenie jest niezgodne z art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp. Zamawiający powinien dokładnie zweryfikować zasadność zastrzeżenia, a nie akceptować wszystkie ogólne twierdzenia i subiektywne przekonania wykonawcy, że złożony wykaz z referencjami posiada walor poufności.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 czerwca 2023 r. uwzględnił odwołanie w całości.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 8 listopada 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod

numerem 2022/S 215-616476.

W dniu 29 maja 2023 r. wykonawca AODC sp. z o.o.z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1.art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty AODC w zakresie kryterium P7 Parametr techniczny nr 7 - najwyższa wartość Współczynnika Efektywności Energetycznej i przyznanie ofercie Odwołującego w tym kryterium 0 pkt podczas, gdy powinna ona otrzymać 6 pkt;

2.ewentualnie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego w zakresie Współczynnika Efektywności Energetycznej innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia niepowodującej istotnych zmian w treści oferty;

1.art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty Fast Group sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej „Fast Group”, w ramach kryterium:

a.P5 Parametr techniczny nr 5- sumaryczna moc chłodnicza jawna klimatyzatorów zaoferowanych w ramach jednego kiosku teletechnicznego w trybie pracy normalnej i przyznanie jej 10 pkt zamiast 0 pkt;

b.P6 Parametr techniczny nr 6 - sumaryczna moc chłodnicza jawna klimatyzatorów zaoferowanych w ramach jednego kiosku teletechnicznego w trybie pracy awaryjnej i przyznanie jej 6 pkt zamiast 0 pkt;

2.art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 Pzp w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 Pzp

poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości w szczególności poprzez zaniechanie udostępnienia przez Zamawiającego uzasadnienia przyznanej punktacji w ramach poszczególnych kryteriów oceny ofert;

3.art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk”) w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp

poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentów złożonych przez Fast Group w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 Pzp, tj. wykazu dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, mimo iż ww. dokumenty nie spełniają przesłanek do objęcia ich poufnością, jak również Fast Group nie wykazał spełniania wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk do uznania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę AODC sp. z o.o.z siedzibą w Warszawie, ul. Szyszkowa 56, 02-285 Warszawa, Zamawiający pismem z dnia 6 czerwca 2023 r. uwzględnił odwołanie w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca FAST GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. 3 Maja 12, 00-391 Warszawa.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2023 r. (pismo z dnia 7 czerwca 2023 r.) wniósł sprzeciw w odniesieniu do części zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, tj. zgłosił sprzeciw od uwzględnienia następujących zarzutów:

- art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty AODC w zakresie kryterium P7 Parametr techniczny nr 7 - najwyższa wartość Współczynnika Efektywności Energetycznej i przyznanie ofercie Odwołującego w tym kryterium 0 pkt podczas, gdy powinna ona otrzymać 6 pkt; **(pkt III ppkt 1 Odwołania)**

- ewentualnie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego w zakresie Współczynnika Efektywności Energetycznej innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia niepowodującej istotnych zmian w treści oferty; **(pkt III ppkt 2 Odwołania)**

- art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty Fast Group sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie **(pkt III ppkt 3 Odwołania)**.

Ww. piśmie Przystępujący nie wniósł sprzeciwu co do pozostałych zarzutów, tj.:

- art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 Pzp w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości w szczególności poprzez zaniechanie udostępnienia przez Zamawiającego uzasadnienia przyznanej punktacji w ramach poszczególnych kryteriów oceny ofert. **(pkt III ppkt 4 Odwołania)**

- art. 18 ust. 1-3 Pzp w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk”) w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentów złożonych przez Fast Group w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 Pzp, tj. wykazu dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, mimo iż ww. dokumenty nie spełniają przesłanek do objęcia ich poufnością, jak również Fast Group nie wykazał spełniania wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk do uznania, że

zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. (pkt III ppkt 5 Odwołania).

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zgodnie z art. 16 pkt 1-3 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.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 ustawy PZP, Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację.
- 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone
- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zgodnie z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy PZP:

1. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.
2. Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:
 - 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem lub zdanie drugie,
 - 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków
- przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Zgodnie z art. 18 ust. 1-3 ustawy PZP:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r.), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w .

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranych w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w

art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nr 1-3 znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, Izba odnie się do wniosku Przystępującego o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy PZP. Izba nie znalazła podstaw do tego, aby umorzyć postępowanie odwoławcze na podstawie ww. przepisu, ponieważ zgodnie z art. 523 ust. 3 ustawy PZP, Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie. Z powyższą sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Nadto należy zwrócić uwagę, że na dzień otwarcia posiedzenia i rozprawy, Zamawiający nie dokonał żadnych czynności, w związku z uwzględnieniem odwołania w całości. Z powyższych względów, Izba nie poparła wniosku Przystępującego i postanowiła rozpoznać odwołanie.

Przechodząc do warstwy merytorycznej, Izba zważy, że zgodnie z pkt 18.1 SWZ, Kryteria oceny ofert oraz wagi tych kryteriów, Zamawiający wskazał: „Parametr techniczny nr 7 - najwyższa wartość Współczynnika Efektywności Energetycznej definiowanego jako EER Całkowita moc chłodnicza jawna / Pobór mocy silników wentylatorów dla pracy normalnej przy obciążeniu 200 kW - waga 6 pkt.”, natomiast w pkt 18.2 SWZ w uwagach dla kryterium P7, że: „Zamawiający celem przyznania punktów wymaga, aby wykonawca w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości przedstawił informacje dotyczące ww. kryterium parametr techniczny nr 7, pozwalające na przyporządkowanie odpowiedniej liczby punktów. Wymagane jest podanie danych w sposób umożliwiający ich identyfikację w tabeli zamieszczonej w Załączniku nr 1 do SWZ Opis techniczny oferowanego przedmiotu zamówienia. W przypadku, gdy wykonawca nie złoży wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających ww. parametry oferta wykonawcy będzie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c) ustawy Pzp w tej części zamówienia. W przypadku, gdy podane przez wykonawcę dane będą różne od wskazanych w złożonych przez wykonawcę przedmiotowych środkach dowodowych, ale obie wartości będą spełniały minimalne wymagania zamawiającego określone w SWZ - zamawiający przyjmie, iż oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania zamawiającego, jednocześnie przyznając badanej ofercie 0 punktów w tym kryterium”.

Izba wskazuje, że Odwołujący w formularzu ofertowym w załączniku nr 1 do SWZ podał w poz. 3.12 wartość Współczynnika Efektywności Energetycznej definiowanego jako EER Całkowita moc chłodnicza jawna / Pobór mocy silników wentylatorów dla pracy normalnej przy obciążeniu 200 kW na poziomie 73,5, jednocześnie dołączając do oferty kartę doborową klimatyzatora międzyrzędowego typu CRC60 producenta Vertiv, z której wynika, że współczynnik EER to 73,50: „Unit Net Total EER 73.50”- 25 kW (Gross total cooling capacity, Gross sensible cooling capacity - moc chłodnicza jednego klimatyzatora) / 0,34 kW (unit power input - moc pobierana przez klimatyzator, tj. moc wentylatorów oraz elektroniki zarządzającej klimatyzatorem).

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że w wezwaniu do wyjaśnień treści oferty z dnia 6 kwietnia 2023 r. skierowanym do Odwołującego w zakresie kryterium EER, Zamawiający powołał się na definicję ze str. 67 SWZ, tj.: „Moc chłodnicza jawna to moc, którą dostarcza klimatyzator z uwzględnieniem mocy pobieranej przez wentylatory klimatyzatorów międzyrzędowych oraz elektroniki zarządzającej klimatyzatorem” wskazując jednocześnie, że „musi to być całkowita moc chłodnicza jawna netto”, natomiast w wezwaniu do wyjaśnień treści oferty Przystępującego w ramach tego samego kryterium z dnia 17 kwietnia 2023 r. Zamawiający wskazał na moc chłodniczą jawną brutto zadając pytanie: „Z czego wynika informacja o wielkości współczynnika EER dla pracy normalnej przy obciążeniu 200 kW (moc chłodnicza jawna brutto)?”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba zważy, że w ramach ww. kryterium, Zamawiający raz wskazuje, że chodzi mu o moc chłodniczą jawną netto, a innym razem o moc chłodniczą jawną brutto, przy czym co należy zaznaczyć, iż w SWZ Zamawiający wskazał jedynie „moc chłodniczą jawną (...)z uwzględnieniem mocy pobieranej przez wentylatory klimatyzatorów międzyrzędowych oraz elektroniki zarządzającej klimatyzatorem”.

Poza tym, Izba zgadza się z Odwołującym, że „na stronie 67 SWZ Zamawiający nie zdefiniował mocy chłodniczej jawnej wyłącznie do kryterium P5 i P6, nie wyłączył, że te kryterium nie ma mieć zastosowania do kryterium P7”, w szczególności zważywszy na to, iż Zamawiający w wezwaniu do Odwołującego z dnia 6 kwietnia 2023 r. wyraźnie powoływał się na definicję zawartą na stronie 67 SWZ.

Warte zauważenia wymaga, że wartość 25 kW wskazana w karcie doborowej dołączonej do oferty Odwołującego określająca moc chłodniczą jednego urządzenia jest wartością stałą uwzględniającą moc pobieraną przez wentylatory oraz elektronikę zarządzającą klimatyzatorem, co potwierdza jednoznacznie dowód w postaci oświadczenia firmy Vertiv z dnia 6 czerwca 2023 r., jak również oświadczenie firmy Vertiv dołączone do wyjaśnień Odwołującego z dnia 13 kwietnia 2023 r., wskazując, że: „25kW to wartość stała (Gross total cooling capacity równa Net cooling capacity)”.

W ocenie Izby, konfrontując powyższe dowody z dowodami wniesionymi przez Przystępującego na rozprawie w postaci kart doborowych klimatyzatora CRC60, z których wynika m.in. Gross total cooling capacity wynosi 25,3 kW, zaś Net total cooling capacity wynosi 25,0 kW oraz oświadczenia firmy Tecnaair, Izba po pierwsze uznała za wiarygodne ww. oświadczenia firmy Vertiv, a po drugie karty doborowe firmy Vertiv wskazane przez Przystępującego dotyczą poprzedniego postępowania, na co zwrócił uwagę Odwołujący na rozprawie.

Nadto zdaniem Izby, Przystępujący nie wykazał, tj. nie udowodnił, że wartość 25kW wskazana w karcie doborowej firmy Vertiv w przedmiotowym postępowaniu przez Odwołującego nie może równać się mocą brutto i netto, zwłaszcza biorąc pod uwagę oświadczenie producenta.

Izba zważa, że wartość EER dla modelu CRC60 w trybie pracy normalnej może być różnie obliczana, tj. jako całkowity stosunek mocy chłodniczej jawnej do całkowitego poboru mocy elektrycznej przez jednostkę CRC60: $25 \text{ kW (Gross total cooling capacity) / gross sensible cooling capacity} / 0,34 \text{ kW (Unit power input)} = 73,50$, gdzie wartość taka obliczana jest przez producenta i która to wartość jest podana w karcie doborowej albo $25 \text{ kW} / 0,32 \text{ kW} = 78,125$ – (po zaokrągleniu 78,13), gdzie 0,32 kW jest to suma całkowitego poboru mocy przez wentylatory ($8 \times 0,04 \text{ kW}$) i która to wartość podana jest również w karcie doborowej dołączonej do oferty Odwołującego oznaczonej jako Power input.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że różnica pomiędzy wartością EER wskazaną przez producenta (73,50) oraz wartością obliczoną powyżej (78,13) wynika z różnego rozumienia i obliczenia wskaźnika EER spotykanego w praktyce, na co zwrócił uwagę Odwołujący, a nie było kwestionowane przez Przystępującego. Powyższe potwierdza również oświadczenie mgr inż. Mariusza Słowińskiego z dnia 6 czerwca 2023 r.: „Biorąc pod uwagę parametry do obliczenia wartości EER zgodnie z kartą doborową Vertiv, współczynnik przy obciążeniu 200 kW wynosi: $25 \text{ kW} / 0,34 \text{ kW}$ (moc pobierana przez klimatyzator tzn. moc wentylatorów oraz elektroniki) $= 73,50$ lub uwzględniając samą moc wentylatorów bez elektroniki: $25 \text{ kW} / (8 \times 0,04 \text{ kW}) = 78,125$ co daje w zaokrągleniu 78,13 Wszystkie ww. parametry są wskazane w karcie doborowej Vertiv i uwzględniają obliczenia EER przy obciążeniu 200 kW.”

Tym samym, Izba nie podziela argumentacji Przystępującego, że współczynnik EER u Odwołującego powinien wynosić 72,5, ponieważ powinien być on wyliczony z uwzględnieniem mocy chłodniczej jawnej netto, tj. bez uwzględnienia mocy wentylatorów i elektroniki.

Nadto biorąc pod uwagę zapisy SWZ, gdzie w pkt 3.12 Załącznika nr 1 do SWZ Zamawiający wymagał wartości Współczynnika Efektywności Energetycznej definiowanego jako EER Całkowita moc chłodnicza jawna / Pobór mocy silników wentylatorów dla pracy normalnej przy obciążeniu 200 kW, zdaniem Izby Zamawiający uwzględnił wyłącznie moc wentylatorów bez elektroniki.

W związku z powyższym, Izba doszła do przekonania, że wartość EER w poz. 3.12 załącznika nr 1 do SWZ powinna wynieść 78,13, a Zamawiający powinien był zastosować art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, w myśl którego Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Należy zaznaczyć, że nie dochodzi w ten sposób do zmiany oświadczenia woli Wykonawcy, ponieważ wszystkie dane niezbędne do wyliczenia EER zostały podane w karcie doborowej Odwołującego. Tym samym, w ocenie Izby oświadczenie woli co do zaoferowanego przedmiotu zamówienia pozostaje bez zmian.

Warto powołać się w tym miejscu na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 czerwca 2017 r., sygn. akt. KIO 1077/17: „W ocenie Izby nie ma zakazu dokonywania poprawy omyłek innych niż oczywista omyłka pisarska i rachunkowa także dotyczących kryterium oceny ofert, o ile nie dochodzi w ten sposób do wytworzenia nowego oświadczenia woli, które nie tkwiło pierwotnie w złożonej ofercie”, a w ocenie Izby z taką sytuacją mamy miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Na marginesie, Izba zważa, że Zamawiający w ramach kryteriów P5 i P6 zastosował normę prawną art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP i dokonał korekty treści oferty Odwołującego w oparciu o informacje pochodzące z kart doborowych złożonych wraz z ofertą (pismo Zamawiającego z dnia 9 maja 2023 r.).

Konkludując, zdaniem Izby, oferta Odwołującego powinna otrzymać 6 pkt w kryterium oceny ofert, tj. parametr techniczny

P7 - wartość Współczynnika Efektywności Energetycznej EER.

Tym samym, zarzuty nr 1 i 2 odwołania są w ocenie Izby zasadne.

Co do zarzutu nr 3, Izba wskazuje, że zgodnie z pkt 18.2 SWZ Zamawiający sformułował kryteria oceny ofert dla parametru technicznego P5:

„Punktacja za kryterium parametr techniczny nr 5 - sumaryczna moc chłodnicza jawna klimatyzatorów zaoferowanych w ramach jednego kiosku teletechnicznego w trybie pracy normalnej”, natomiast w uwagach *znalazło się następujące zastrzeżenie*: „Zamawiający zastrzega, że nie dopuszcza zaoferowania sumarycznej mocy chłodniczej jawnej klimatyzatorów zaoferowanych w ramach jednego kiosku teletechnicznego w trybie pracy normalnej o wartości mniejszej niż 200 kW

W przypadku:

- 1) zaoferowania przez wykonawcę wartości mniejszej niż 200 kW zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp jako ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- 2) zaoferowania przez wykonawcę dla kryterium P5 wartości większej niż 270 kW, zamawiający sprowadzi ten parametr na potrzeby oceny oferty do 270 kW, tzn. oceni ofertę tak jakby wykonawca zaoferował nośność 270 kW, natomiast w umowie z wybranym wykonawcą zostanie wpisany parametr zaoferowany przez wykonawcę w ofercie”.

Z kolei dla parametru P6, Zamawiający wskazał: „Punktacja za kryterium parametr techniczny nr 6 - sumaryczna moc chłodnicza jawna klimatyzatorów zaoferowanych w ramach jednego kiosku teletechnicznego w trybie pracy awaryjnej”, natomiast w uwagach *znalazła się następująca informacja*: „Zamawiający zastrzega, że nie dopuszcza zaoferowania sumarycznej mocy chłodniczej jawnej klimatyzatorów zaoferowanych w ramach jednego kiosku teletechnicznego w trybie pracy awaryjnej wartości mniejszej niż 200 kW

W przypadku:

- 1) zaoferowania przez wykonawcę wartości mniejszej niż 200 kW zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp jako ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- 2) zaoferowania przez wykonawcę dla kryterium P6 wartości większej niż 270 kW, zamawiający sprowadzi ten parametr na potrzeby oceny oferty do 270 kW, tzn. oceni ofertę tak jakby wykonawca zaoferował nośność 270 kW, natomiast w umowie z wybranym wykonawcą zostanie wpisany”

Izba zważa, że zgodnie z postanowienia SWZ na str. 67: „system chłodzenia każdego kiosku oparty o klimatyzatory międzyrzędowe o mocy chłodniczej jawnej (sensible cooling capacity) wynoszącej co najmniej 200 kW dla każdego kiosku w trybie pracy normalnej oraz 200 kW dla każdego kiosku w trybie pracy awaryjnej czyli w sytuacji gdy chłód dostarczany jest przez połowę klimatyzatorów zainstalowanych w kiosku (druga połowa jest wyłączona), przy czym moc chłodnicza jawna to moc, którą dostarcza klimatyzator z uwzględnieniem mocy pobieranej przez wentylatory klimatyzatorów międzyrzędowych oraz elektroniki zarządzającej klimatyzatorem.”

Biorąc pod uwagę powyższe zapisy SWZ, w ocenie Izby, parametr mocy chłodniczej jawnej urządzenia, który jest badany w ramach kryterium P5 i P6 powinien uwzględniać moc pobieraną przez wentylatory oraz moc elektroniki zarządzania klimatyzatorem.

Należy w tym miejscu wskazać, że w karcie doborowej dołączonej do oferty Przystępującego została wskazana moc chłodnicza jednego urządzenia 25,8 kW oraz moc pobierana przez wentylatory 0,69, jednak z karty tej nie wynika, jaka jest moc pobierana przez elektronikę zarządzającą klimatyzatorem. Z karty doborowej wynika jedynie, że wydajność (25,8 kW) jest deklarowana przy uwzględnieniu ciepła wytwarzanego przez wentylator.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że na wezwanie Zamawiającego z dnia 17 kwietnia 2023 r., w którym zadał m.in. pytanie: „Z czego wynika informacja o mocy pobieranej przez elektronikę zarządzającą oferowanym klimatyzatorem?”, Przystępujący w odpowiedzi z dnia 21 kwietnia 2023 r. stwierdził, że „Informacja o mocy pobieranej przez elektronikę zarządzającą oferowanym klimatyzatorem wynika z naszej profesjonalnej wiedzy dotyczącej szaf klimatyzacyjnych oraz informacji pozyskanych od producenta. Jednocześnie załączamy oświadczenie producenta dotyczące tej sprawy wraz z tłumaczeniem.” Z kolei z oświadczenia firmy Tecnaire wynika, że „zużycie energii przez elektronikę nie przekroczy 100 W”.

Izba zważa, że ze względu na to, iż informacja o wartości elektroniki (układu sterowania) nie wynika z oferty Przystępującego, a została uzupełniona dopiero w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP, to oferta Przystępującego nie można zostać uzupełniona o powyższą wartość, ponieważ prowadziłoby to do uzupełnienia oferty o informacje w niej niezawarte, a nie do korekty treści istniejącej pierwotnie w ofercie. Poza tym, zgodnie z postanowienia SWZ, moc elektroniki jest wartością niezbędną do wyliczenia parametru mocy chłodniczej jawnej dla parametru P5 i P6.

Zgodnie z art. 107 ust. 3 ustawy PZP, przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy

potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Wynika to również z postanowień w pkt 8.3 SWZ: „Jeżeli wykonawca nie złożył wraz z ofertą wymaganych w pkt I.8.2.SWZ przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp wzywa wykonawcę do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym przez siebie terminie, zgodnie z art. 107 ust.3 ustawy Pzp, nie dotyczy przedmiotowych środków dowodowych służących potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert.”

Tym samym, w ocenie Izby, oferta Przystępującego powinna otrzymać 0 pkt w ramach kryteriów parametru technicznego P5 i P6.

W związku powyższym, zdaniem Izby, zarzut nr 3 jest zasadny.

Pozostałe dowody wniesione przez Odwołującego i Przystępującego na rozprawie, w ocenie Izby nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Nadto Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 4 i 5, ze względu na to, iż Przystępujący nie wniósł sprzeciwu w stosunku do powyższych zarzutów wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego w całości.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Przystępującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: