

## WYROK

z dnia 18 września 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 września 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 września 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Odwołującego: **Konsorcjum: Mota-Engil Central Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Mota-Engil, Engenharia E Construção, S.A.** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Akademii Wychowania Fizycznego J. Piłsudskiego w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie** głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie w całości,
  2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
    - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
    - 3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą zwrot kosztów poniesionych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
- Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 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.

Przewodnicząca:.....

### UZASADNIENIE

Zamawiający – Akademia Wychowania Fizycznego J. Piłsudskiego w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022r., poz. 1710 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Budowa budynku administracyjno-biurowego wraz z przyłączami do sieci, zagospodarowaniem terenu obejmującym budowę parkingów, chodników, urządzeniem zieleni i budową niezbędnej infrastruktury technicznej na terenie”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 marca 2023 r., pod numerem 2023/S 061-182275.

W dniu 1 września 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: Mota-Engil Central Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie oraz Mota-Engil, Engenharia E Construção, S.A. (dalej „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp poprzez uznanie oferty Odwołujących jako niezgodnej z warunkami zamówienia i odrzucenie jej, mimo iż oferta ta spełniała warunki zamówienia, których pierwotne brzmienie w wyniku udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania wykonawców zostało zmienione.
- 2) art. 204 ust 1 w zw. z art. 16 Pzp poprzez wybór oferty, która nie była najkorzystniejszą w postępowaniu, ponieważ najkorzystniejszą ofertę złożyli Odwołujący działający w Konsorcjum.

Odwołujący w oparciu o tak sformułowane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty nr 2 - ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”),
- 3) nakazanie powtórzenia czynności Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,

W zakresie postępowania dowodowego Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentów:

1. Zestawienie parametrów określonych w pkt 8 opisu projektu wykonawczego wraz ze wskazaniem kart produktu, stanowiących źródło parametru dla danych urządzeń w tabeli,
2. Wyciąg z katalogu\_Fujitsu\_2023\_PL\_v4\_net-compressed,
3. Karta produktu\_Midea\_V6\_Individual\_2022 v1
4. Karta produktu\_Midea\_Multi+\_Max\_2022
5. Karta produktu\_Midea\_XS\_2022

6. Karta produktu\_Midea\_Kaseta\_Compact\_vrf\_2022

7. Karta produktu\_Midea\_scienne\_vrf\_2022

- na okoliczność niespełniania parametrów z pkt 8 opisu projektu wykonawczego przez urządzenia Fujitsu wskazane przez samego Zamawiającego w projekcie i zaoferowane przez innych wykonawców, w tym w ofercie wybranej oraz

- na okoliczność kosmetycznych różnic między parametrami urządzeń zaoferowanych przez Odwołujących i parametrami podanymi w projekcie

8. Pismo ZYMETRIC nr PN/28/DP dotyczące poziomu hałasu urządzeń Midea - na okoliczność możliwości redukcji głośności urządzeń w ramach wyboru funkcji pracy urządzenia i na okoliczność spełniania parametrów przez urządzenia zaoferowane przez Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący wskazał, że: „Zamawiający w SWZ podał, że „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa dokumentacja projektowa stanowiąca załącznik nr 1 SWZ”. Wskazał także, że „W przypadku gdy z załączonej dokumentacji wynika, iż Zamawiający opisał materiały, urządzenia, technologie ze wskazaniem konkretnych znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego Wykonawcę, to należy je traktować jako przykładowe i Zamawiający dopuszcza zastosowanie przez Wykonawcę rozwiązań równoważnych. (...)”. Dalszy opis, został zmieniony z uwagi na udzieloną odpowiedź, o której poniżej. Do SWZ dołączone były także inne załączniki, m.in. Załącznik 2A, który na stronie pierwszej zawierał tabelę z wymienionymi pompami ciepła i klimatyzatorami przewidzianymi w projekcie, z uzupełnionymi już rubrykami o konkretne dane techniczne, w której to tabeli wykonawcy mieli tylko wpisać nazwę urządzenia (producent, typ, itp.) który będzie zamontowany przez wykonawcę w czasie realizacji umowy. W projekcie wykonawczym w zakresie parametrów dotyczących klimatyzacji i wentylacji, Zamawiający wskazał także konkretnego producenta urządzeń. Wskazanie producenta central wentylacyjnych nastąpiło w załączniku nr 2A na stronie 9 – adres strony internetowej i 29 - oznaczenie WC2, w opisie instalacji sanitarnych w projekcie wykonawczym instalacji wentylacji mechanicznej i klimatyzacji - pkt 13 materiały i urządzenia, w kartach doboru urządzeń – II Karty doboru urządzeń. Wskazanie producenta urządzeń klimatyzacji nastąpiło w opisie instalacji sanitarnych w projekcie wykonawczym instalacji wentylacji mechanicznej i klimatyzacji - pkt 13 materiały i urządzenia, w kartach doboru urządzeń –III dobór urządzeń freonowych. W trakcie składania pytań, jeden z wykonawców złożył pytania, którym nadano numer 5 i na które odpowiedziano w dniu 21 kwietnia 2023 roku. Wśród nich było pytanie nr 38 dotyczące wentylatorów i nr 40 dotyczące klimatyzacji o treści(podkreślenia są dodane przez Odwołujących):

Pytanie 38: Wentylacja. Prosimy o wskazanie w załączniku nr 2A tylko parametrów istotnych z punktu widzenia projektu i wymagań Inwestora. Wskazane parametry definitywnie wskazują na konkretnego producenta. Nie ma możliwości doboru innego urządzenia spełniającego wszystkie podane parametry (w tym wymiary co do milimetra). Jest natomiast możliwość wskazania innych producentów, których produkt zapewni tożsame parametry środowiska wewnętrznego. Odpowiedź: W opisie projektu wykonawczego pkt.8 dobór urządzeń dla każdej centrali podano wszystkie istotne i potrzebne parametry techniczne dla doboru urządzeń - ilości powietrza i spręż dyspozycyjny, zapotrzebowanie mocy elektrycznej niezbędnej dla bilansu branży elektrycznej, wydajności nagrzewnic/temperatury i chłodziw niezbędne dla instalacji c.t i wytypowania agregatów skraplających na dachu. Dodatkowo podano gabaryty central w oparciu o które zostały opracowane rysunki i zagospodarowanie pomieszczenia wentylatorni. Każdy producent ma typoszeręgi urządzeń, w tym szerokości central związane z ich wydajnością. Zaprojektowanie pom. wentylatorni i poprawne ustawienie central wymagało znacznego nakładu pracy i czasu. Zapewnione zostały wymagane odległości serwisowe i obsługowe pomiędzy centralami. Wymiary i gabaryty należy traktować jako proponowane i jest możliwość zaproponowania przez Wykonawcę central wentylacyjnych pod warunkiem dotrzymania wszystkich podanych parametrów technicznych. Dobór central przez wszystkie firmy opiera się na dotrzymaniu wymaganych prędkości przepływu i typoszeręgi poszczególnych producentów nie różnią się znacząco pomiędzy sobą przy prawidłowym i rzetelnym doborze. Przedstawione i proponowane przez Wykonawcę urządzenia wraz z doborami wymagają akceptacji projektanta oraz inspektora nadzoru robót.

Pytanie 40: Klimatyzacja. Prosimy o wskazanie w załączniku nr 2A tylko parametrów istotnych z punktu widzenia projektu i wymagań Inwestora. Wskazane parametry definitywnie wskazują na konkretnego producenta. Nie ma możliwości doboru innego urządzenia spełniającego wszystkie podane parametry. Jest natomiast możliwość wskazania innych producentów, których produkt zapewni tożsame parametry środowiska wewnętrznego. Odpowiedź: W opisie PW w pkt 8 podano wszystkie istotne i potrzebne parametry techniczne. Dobór jednostek zaprojektowano w oparciu o obliczenia zysków ciepła i doborów klimatyzatorów, których typoszeręgi są standardowe i takie same praktycznie u wszystkich producentów. Wyznacznikiem doboru projektowanych systemów VRF jest przedstawienie takich jak w projekcie ilości systemów - każdy z własną jednostką zewnętrzną i określoną ilością klimatyzatorów. Praktycznie u wszystkich producentów parametry i gabaryty jednostek zewnętrznych różnią się tylko kosmetycznie lub wyposażeniem, ponieważ

wynika to z praw fizycznych przemiany freonu.(...).

Zamawiający udzielił też w dniu 11 maja 2023 roku odpowiedzi na pytania innego z wykonawców.

W odpowiedzi na pytanie nr 84 Zamawiający wskazał na istotność parametru związanego z gabarytami urządzeń, jednak w zakresie wentylacji („bardzo ciasne zagospodarowanie pomieszczenia wentylatorni”).

Pytanie 84: Prosimy o podanie parametrów równoważności dla wszystkich urządzeń wentylacyjnych wskazanych w Załączniku nr 2A. Odpowiedź: Wszystkie parametry dla doboru urządzeń zostały podane w opisie technicznym PW pkt 8. Zwraca się uwagę, iż gabaryty urządzeń są bardzo istotnym parametrem (przynajmniej bardzo porównywalne) z uwagi na bardzo ciasne zagospodarowanie pomieszczenia wentylatorni pod dziedzińcem i brakiem możliwości jej powiększenia.

W związku m.in. z powyższymi odpowiedziami stwierdzić należy, że Zamawiający zmienił swoje wymagania w zakresie parametrów, jakie mają spełnić urządzenia klimatyzacji (por. wyrok KIO: z dnia 16 sierpnia 2011 r., KIO 1648/11; z dnia 7 marca 2012 r., KIO 388/12; z dnia 17 listopada 2015 r., KIO 2412/15). Początkowo parametrów było wiele i zawarte były tak w projekcie jak i w załączniku 2A do SWZ. W wyjaśnieniach zaś Zamawiający najpierw ograniczył je, a następnie sprowadził je do wytycznych, które mają zagwarantować spełnienie parametrów środowiska wewnętrznego. Wyjaśniając po kolei -Zamawiający parametry, które wykonawcy powinni brać pod uwagę przy wskazywaniu urządzeń w ofercie, ograniczył do tych z pkt 8 opisu projektu wykonawczego („W opisie PW w pkt 8 podano wszystkie istotne i potrzebne parametry techniczne”), gdzie zawartych jest tylko 5 parametrów, a to: 1) Q [kW] - wydajność chłodnicza nominalna, 2) N [kW] - pobór mocy elektrycznej w trybie chłodzenia, 3) Lp [dB(A)] poziom ciśnienia akustycznego, 4) WxSxG [mm] - wymiary 5) G [kg]- waga Jednak biorąc pod uwagę inne odpowiedzi okazało się, że również te wytyczne nie są krytycznymi. W odpowiedziach tylko w przypadku central wentylacyjnych Zamawiający wskazał na istotność gabarytów („z uwagi na bardzo ciasne zagospodarowanie pomieszczenia wentylatorni pod dziedzińcem i brakiem możliwości jej powiększenia”), a i tu dopuszczono inne rozwiązania („Wymiary i gabaryty należy traktować jako proponowane”). W związku z tym już na tej podstawie wskazać należy, że nie wszystkie z pięciu wyżej przywołanych warunków były dla Zamawiającego istotne, a na pewno – w przypadku klimatyzatorów – nie były istotne parametry dotyczące wielkości i wagi (4) WxSxG [mm], 5) G [kg]). Dwa ostatnie parametry (wymiar i waga) nie mają wpływu na utrzymanie parametrów środowiska wewnętrznego. Nie ma bezpośredniej zależności między wymiarem czy wagą danego urządzenia a osiąganymi przez niego parametrami technicznymi (Q, N, Lp). Stąd jedynymi istotnymi parametrami do właściwego doboru urządzeń pozostawałyby Q, N oraz Lp. Jednak także w przypadku tych parametrów dalsze wyjaśnienia Zamawiającego zabrały im przymiot istotności bezwzględnej. W odpowiedzi na pytanie nr 40 Zamawiający wskazał, że typoszeregi wskazanych w projekcie urządzeń (które pierwotnie w projekcie były określone jako urządzenia konkretnego producenta, co w zamówieniu publicznym jest sprzeczne z prawem) są standardowe i takie same praktycznie u wszystkich producentów oraz że różnią się tylko kosmetycznie. Zamawiający ma świadomość i tym samym dopuszcza zastosowanie urządzeń producentów innych niż wskazani w dokumentacji. Wskazał, że „Praktycznie u wszystkich producentów parametry i gabaryty jednostek zewnętrznych różnią się tylko kosmetycznie lub wyposażeniem, ponieważ wynika to z praw fizycznych przemiany freonu”. Stwierdził, że parametry jednostek zewnętrznych różnią się tylko kosmetycznie lub wyposażeniem (odpowiedź na pytanie 40 przytoczone powyżej), zatem są pomijalne. Przez to ostatnie wyjaśnienie Zamawiającego z pozostałych parametrów z pkt 8 opisu projektu wykonawczego (tj. 1) Q [kW] - wydajność chłodnicza nominalna 2) N [kW] pobór mocy elektrycznej w trybie chłodzenia i 3) Lp [dB(A)] poziom ciśnienia akustycznego) nie pozostaje żaden, który byłby dla Zamawiającego na tyle istotny, aby mógł stanowić o spełnieniu warunków zamówienia tylko w sytuacji zgodności danego urządzenia w sposób identyczny lub lepszy z tymi warunkami. Zamawiający sam zaznaczył, że dobór wszystkich parametrów i gabarytów urządzeń innego producenta nie jest możliwy w stosunku 1:1. Tym samym w wątpliwość należy poddać to, że parametry zaproponowanych klimatyzatorów były na tyle kluczowe, że mogły być podstawą do odrzucenia oferty. Jak Zamawiający zaznaczył w trzecim zdaniu odpowiedzi: Wyznacznikiem doboru projektowanych systemów VRF jest przedstawienie takich jak w projekcie ilości systemów - każdy z własną jednostką zewnętrzną i określoną ilością klimatyzatorów – i taki dobór wykonany został przez Odwołujących i przedstawiony w ofercie. To, że tak naprawdę dla Zamawiającego najważniejsze było utrzymanie parametrów środowiska wewnętrznego tożsamy (a nie takich samych) do wymaganych, potwierdza fakt, że wskazane w projekcie wprost urządzenia Fujitsu (które zostały podane w ofertach nie ulegających odrzuceniu), także nie spełniają wszystkich parametrów podanych w pkt 8 opisu projektu wykonawczego. Bardziej szczegółowe wyjaśnienie w tym zakresie zostanie podane w dalszej części odwołania. Dowód: - Zestawienie parametrów określonych w pkt 8 opisu projektu wykonawczego wraz z określeniem kart produktu, stanowiących źródło określenia parametru dla danych urządzeń. - Wyciąg z katalogu Fujitsu 2023\_PL\_v4\_net-compressed Na okoliczność niespełniania parametrów z pkt 8 opisu projektu wykonawczego przez urządzenia wskazane przez samego Zamawiającego w projekcie W trakcie postępowania, po otwarciu ofert, oferta Odwołującego była najkorzystniejszą. Zamawiający jednak mając wątpliwości zażądał wyjaśnień od Odwołujących się, którzy w odpowiedzi na pismo Zamawiającego wzywające Odwołujących do udzielenia wyjaśnień dot. innych dokumentów złożonych wraz z ofertą w trybie art. 223 ust 1 Pzp przedłożył dodatkowe

zestawienie urządzeń z załącznika 2a, zawierające wyspecyfikowanie producenta, modelu, typu oraz kluczowych parametrów (w tym wydajności, głośności, sprawności) każdego produktu. W dniu 22 sierpnia 2023 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty w postępowaniu na „Budowę budynku administracyjno-biurowego wraz z przyłączami do sieci, zagospodarowaniem terenu obejmującym budowę parkingów, chodników, urządzeniem zieleni i budową niezbędnej infrastruktury technicznej na terenie” Sprawa SSZP 371/ 15 /2023. Wybrana została oferta nr 2 złożona przez ERBUD S.A., zaś oferta Odwołujących się została odrzucona. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający wskazał, że (podkreślenia Odwołujących): „oferta nr 6 została odrzucona na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 tj. jest niezgodna z warunkami zamówienia. W zaproponowanych przez Państwa urządzeniach klimatyzacyjnych jest niezgodność parametrów dwóch z zaproponowanych urządzeń z parametrami wskazanymi przez Zamawiającego jako minimalne. Urządzenie o oznaczeniu MIDEA MV6-i615WV2GN1-E - posiada parametr nominalnej wydajności chłodniczej o wartość 61,5 kW w stosunku do wartości 62,4 kW wymaganej przez zamawiającego (dane na podstawie europejskiego ośrodka certyfikującego EUROVENT, <https://www.eurowentcertification.com/en/>). Analogiczna sytuacja dotyczy urządzenia MIDEA MI2-52Q4CDN1 posiada parametr nominalnej wydajności chłodniczej o wartości 5,2 kW w stosunku do wartości 5,6 kW wymaganej przez zamawiającego (dane na podstawie europejskiego ośrodka certyfikującego EUROVENT, <https://www.eurowent-certification.com/en/>). (...) Dodatkowo, urządzenia firmy MIDEA posiadają znacznie niższy współczynnik efektywności chłodzenia, jako stosunek mocy chłodniczej do pobieranej mocy elektrycznej, przez co osiągają zakładane przez Zamawiającego parametry, przy znacznie większym zużyciu energii elektrycznej i znacznie większej głośności generowanej podczas pracy urządzeń na wszystkich zakresach (parametry niezgodne z zaprojektowanymi). (...)” Tym samym Zamawiający odrzucając ofertę Odwołujących oparł się na parametrze wskazanym w Załączniku 2A, tj. współczynnika efektywności chłodzenia - EER. Parametr ten nie występuje jednak w pkt 8 opisu MIDEA osiągają zakładane przez Zamawiającego parametry, przez co potwierdził brak podstaw do odrzucenia oferty na podstawie niezgodności z warunkami zamówienia, jednak zarzucił różnicę w przypadku nominalnej wydajności chłodniczej (która to różnica między wskazaniem projektu a urządzeniami Midea jest niewielka, bo 1,44% w przy jednym urządzeniu i 7,14% przy drugim) oraz większe zużycie energii elektrycznej i głośność. Współczynniki te jednak nie są spełniane także przez urządzenia firmy Fujitsu wskazane w projekcie i w nieodrzuconych ofertach innych wykonawców. Urządzenia Fujitsu także nie są energooszczędne w sposób wskazany w projekcie i nie spełniają np. parametrów wskazanych w załączniku 2A. Parametry zarzucane Odwołującym jako niespełnione mogły być z łatwością wyrównane innymi zabiegami technicznymi (np. urządzenia Midea zaoferowane przez Odwołujących posiadają tryb pracy cichej, który obniża ten parametr znacznie, bo nawet o 10dB(A)), przez co oferta Odwołujących jako całość spełniania warunki zamówienia. Pomimo, jak sam Zamawiający określił, „kosmetycznych” różnic w parametrach i gabarytach niektórych urządzeń składowych, przedstawiony w Ofercie dobór systemu jako całości zapewnia utrzymanie parametrów środowiska wewnętrznego tożsamy do wymaganych. To działanie Zamawiającego stanowi naruszenie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp. poprzez uznanie oferty Odwołujących jako niezgodnej z warunkami zamówienia i odrzucenie jej. Zamawiający co prawda w chwili ogłoszenia przetargu podał wiele wymagań dotyczących urządzeń klimatyzacji, jednak: 1) w udzielonych odpowiedziach znacznie zmienił warunki zamówienia, gdyż: a. po pierwsze zawęził ilość parametrów, które mogłyby być uznane za istotne, tylko do pkt 8 z opisu projektu wykonawczego (a uzasadnienie odrzucenia oferty jak wskazano opiera się na niespełnieniu wymagania z załącznika 2A do SWZ przez tylko dwa urządzenia), b. po drugie wskazał, że różnice parametrów między urządzeniami są tylko kosmetyczne przez co dopuścił ich pomijalność i możliwość zastosowania innych (zapewne przy założeniu, że różnice parametrów zaproponowanych urządzeń nie będą duże, a w przypadku zaoferowanych przez Odwołujących urządzeń właśnie taka sytuacja ma miejsce – różnice są kosmetyczne w parametrach, bo urządzenia przedstawione w ofercie przez Odwołującego różnią się w niewielkim procencie np. zgodnie z tabelą przedstawioną w załączniku 12 w parametrze Q na jednostce zewnętrznej nr 2 (1,44%) oraz jednostce wewnętrznej nr 11 (7,14%) i mieszczą się w sformułowaniu Zamawiającego „kosmetyczne różnice”, a przedstawiony w ofercie Odwołującego dobór systemu jako całości zapewnia utrzymanie parametrów środowiska wewnętrznego tożsamy do wymaganych), c. po trzecie określił że wyznacznikiem doboru projektowanych systemów VRF jest przedstawienie takich jak w projekcie ilości systemów - każdy z własną jednostką zewnętrzną i określoną ilością klimatyzatorów (i taki dobór wykonany został przez Odwołujących i przedstawiony w ofercie), 2) oferty niepodlegające odrzuceniu (w tym wybrana oferta) wskazują klimatyzatory Fujitsu, które także nie spełniają parametrów określonych w pkt 8 opisu projektu wykonawczego (przez co należy uważać, że poszczególne parametry dobranych w ofertach klimatyzatorów: a. albo nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty tylko ze względu na niezgodność tychże urządzeń z parametrami (nie tylko z załącznika 2A – który Zamawiający wykluczył w odpowiedziach jako istotny, ale także z pkt 8 opisu projektu wykonawczego), b. albo – przynajmniej – nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty ze względu na ich niezgodność z pkt 8 opisu projektu jako mieszczące się w granicach określonych przez Zamawiającego jako kosmetyczna, niewielka. Odrzucenie oferty Odwołujących nastąpiło z uzasadnieniem naruszenia parametrów przede wszystkich zawartych w załączniku 2A, które to parametry, jak wskazano powyżej, nie były uznane

za Zamawiającego jako istotne. Odwołujący podnoszą także, że parametry wskazane w pkt 8 opisu projektu wykonawczego mogły być ważne dla Zamawiającego, jednak nie mogły decydować o odrzuceniu oferty, jeżeli różnice między że parametry z pkt 8 opisu projektu wykonawczego nie mogły być wymagane przez Zamawiającego w stosunku 1:1, skoro urządzenia Fujitsu zaoferowane przez wykonawców, których oferty nie ulegały odrzuceniu, także ich nie spełniają. W załączeniu do niniejszego odwołania przedstawiamy tabelę mającą na celu zobrazowanie tego, jak wyglądała zgodność poszczególnych urządzeń z parametrami wskazanymi przez Zamawiającego w projekcie. Jest ona także powołana jako dowód z dokumentu. Tabela zawiera trzy parametry z pięciu, które wskazano w pkt 8 opisu projektu wykonawczego (powyżej w argumentacji Odwołujących wykluczono parametry wymiaru i wagi jako decydujące o odrzuceniu oferty z uwagi na to, że nie mają wpływu na utrzymanie parametrów środowiska wewnętrznego). Kolumna zielona przedstawia parametry wskazane w projekcie, potem następuje kolumna z urządzeniami Fujitsu (wskazanymi w projekcie i przez wykonawców, których nie odrzucono) i kolumna z urządzeniami Midea (zaproponowanymi przez Odwołujących), zaś komórki w poniższej tabeli zaznaczone na żółto wskazują parametry, które nie pokrywają się z wymaganiami z projektu. Tabela stanowi załącznik nr 12 do niniejszego odwołania. Wynika z tego, że nawet urządzenia, które służyły do wykonania projektu i -jak widać z nieodrżucenia innych ofert - pożądane przez Zamawiającego, także nie spełniały parametrów podanych przez Zamawiającego w pkt 8 opisu projektu wykonawczego (szczególnie N i Lp). Nieidentyczność zaś parametrów urządzeń zaproponowanych przez Odwołującego z parametrami z projektu to przy parametrze Q kwestia 1,44% różnicy przy urządzeniu nr 2 oraz 7,14% różnicy przy urządzeniu nr 11. Dowód: - Zestawienie parametrów określonych w pkt 8 opisu projektu wykonawczego wraz z określeniem kart produktu, stanowiących źródło określenia parametru dla danych urządzeń. - Wyciąg z katalogu\_Fujitsu\_2023\_PL\_v4\_net-compressed - Karta produktu\_Midea\_V6\_Individual\_2022 v1 - Karta produktu\_Midea\_Multi+\_Max\_2022 - Karta produktu\_Midea\_XS\_2022 - Karta produktu\_Midea\_Kaseta\_Compact\_vrf\_2022 - Karta produktu\_Midea\_scienne\_vrf\_2022 - Pismo ZYMETRIC nr PN/28/DP dotyczące poziomu hałasu urządzeń Midea N. okoliczność niespełniania parametrów z pkt 8 opisu projektu wykonawczego przez urządzenia Fujitsu wskazane przez samego Zamawiającego w projekcie i zaoferowane przez innych wykonawców, w tym w ofercie wybranej oraz na okoliczność kosmetycznych różnic w przypadku urządzeń zaoferowanych przez Odwołujących Ponadto wskazać należy na całokształt zamówienia. Jego przedmiotem są przede wszystkim roboty budowlane. Inwestycja stanowi budowę dużego budynku administracyjno-biurowego wraz z przyłączami do sieci, a dodatkowo zagospodarowanie terenu obejmującym budowę parkingów, chodników, urządzeniem zieleni i budową niezbędnej infrastruktury technicznej. Wartość robót budowlanych to kwota nieporównywalnie większa od wartości robót związanych z zakupem klimatyzatorów. Elementy tak akcesoryjne nie powinny decydować o wyborze wykonawcy. Szczególnie, jeżeli w wyniku odpowiedzi Zamawiającego warunki wyboru tych urządzeń stały się tak rozmyte i nieostre. Odwołujący działali w zaufaniu do odpowiedzi Zamawiającego, który wskazał na porównywalność wszystkich urządzeń, jakie mogłyby być zamontowane zgodnie z projektem. Odwołujący dodał, że klimatyzatory będą montowane na sam koniec realizacji inwestycji, czyli za dwa lata. Do tego czasu w sprzedaży będą inne, nowsze urządzenia o zapewne lepszych parametrach, a obecne mogą już nie być w sprzedaży. Sam Odwołujący zasygnalizował już ten problem w wyjaśnieniach i wskazał na inne urządzenia tego samego producenta, które prawdopodobnie byłyby zamontowane w ramach inwestycji. Ponadto należy wskazać na energochłonność w rozbiciu na lata. Dobrane urządzenia zapewnią niższy od projektowanego sumaryczny pobór mocy elektrycznej (te wskazane w wyjaśnieniach o 8,7 kW) i niższe od projektowanych poziomy ciśnienia akustycznego proponowanych agregatów dzięki wyposażeniu ich funkcje trybów pracy cichej (te wskazane w wyjaśnieniach średnio o około 10 dB).

Dowód: - Pismo ZYMETRIC nr PN/28/DP dotyczące poziomu hałasu urządzeń Midea - na okoliczność możliwości pomniejszenia głośności urządzeń w ramach wyboru funkcji pracy urządzenia.

Wartości te wpłyną realnie na oszczędność kosztów eksploatacyjnych związanych ze zużyciem energii elektrycznej oraz na komfort używania przez lata. Poniżej zamieszczono tabelę z uproszczoną kalkulacją kosztów związanych z poborem mocy urządzeń pracujących w trybie chłodzenia w perspektywie 10 lat: Tabela stanowi załącznik nr 20 do pisma Pozostaje otwartym pytaniem, dlaczego przy tak nieostro określonych parametrach (po udzielonych odpowiedziach Zamawiającego) odrzuceniu z powodu niespełnienia warunków zamówienia uległa tylko oferta odwołujących, jako jedyna wskazująca na klimatyzatory nienależące do producenta, który wskazany był wprost w projekcie wykonawczym. Odrzucenie oferty Odwołujących skutkowało wyborem oferty nr 2 – ERBUD S.A. przez Zamawiającego. Wybór oferty nr 2 stanowi naruszenie art. 204 ust 1 w zw. z art. 16 Pzp poprzez wybór oferty, która nie była najkorzystniejszą w postępowaniu. Najkorzystniejszą była oferta Odwołujących. Z tego względu, niezbędne jest nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołujących, unieważnienia czynności wyboru oferty nr 2 - ERBUD S.A. i nakazanie powtórzenia czynności Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 14 września 2023 r. również wniósł o oddalenie odwołania jako w całości

bezzasadnego.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody zważyła, co następuje:**

**Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.**

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

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

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**Izba ustaliła:**

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp wskazał, że: „W zaproponowanych przez Państwa urządzeniach klimatyzacyjnych jest niezgodność parametrów dwóch z zaproponowanych urządzeń z parametrami wskazanymi przez Zamawiającego jako minimalne. Urządzenie o oznaczeniu MIDEA MV6-i615WV2GN1-E posiada parametr nominalnej wydajności chłodniczej o wartości 61,5 kW w stosunku do wartości 62,4 kW wymaganej przez zamawiającego (dane na podstawie europejskiego ośrodka certyfikującego EUROVENT). Analogiczna sytuacja dotyczy urządzenia MIDEA MI2-52Q4CDN1 posiada parametr nominalnej wydajności chłodniczej o wartości 5,2 kW w stosunku do wartości 5,6 kW wymaganej przez zamawiającego (dane na podstawie europejskiego ośrodka certyfikującego EUROVENT). W obydwu przypadkach oferent w dokumentach przedstawionych do oferty zawarł wartość identyczną z wymaganą przez Zamawiającego, co rodzi podejrzenie zawyżenia parametrów do wartości równych, a nie gorszych od zakładanych.

Dodatkowo, urządzenia firmy MIDEA posiadają znacznie niższy współczynnik efektywności chłodzenia, jako stosunek mocy chłodniczej do pobieranej mocy elektrycznej, przez co osiągają zakładane przez Zamawiającego parametry, przy znacznie większym zużyciu energii elektrycznej i znacznie większej głośności generowanej podczas pracy urządzeń na wszystkich zakresach (parametry niezgodne z zaprojektowanymi).

Dopuszczenie tych urządzeń do montażu spowoduje większe niż pierwotnie zakładane zużycie energii przez budynek, a na salach dydaktycznych i w pomieszczeniach biurowych ulegnie pogorszeniu komfort użytkowników spowodowany zwiększeniem hałasu generowanego z urządzeń.”.

**Izba zważyła:**

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Podkreślić należy, że zastosowanie dyspozycji ww. przepisu jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SWZ. Ponadto konieczne jest aby możliwe było wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SWZ. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm SWZ, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków zamówienia, w tym poprzez udzielanie wyjaśnień w odpowiedziach na pytania wykonawców, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba analizując treść udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania na 40 i 84 dotyczące klimatyzatorów oraz nr 38 dotyczącego wentylacji uznała, że w żadnej z nich Zamawiający ani nie zrezygnował z Załącznika Nr 2A, ani też nie ograniczył jego znaczenia w postępowaniu przetargowym. Zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców, nigdy nie zwolnił wykonawców z obowiązku złożenia tego Załącznika. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 84 podkreślił znaczenie i istotność gabarytów urządzeń obok m.in. innych kwestii wskazanych w szczególności w Zał. Nr 2A i pkt 8 Projektu Wykonawczego. Co więcej w wyniku modyfikacji ww. załącznika Zamawiający w sposób szczegółowy ustalił parametry urządzeń oferowanych w postępowaniu, a jak wynika z treści tego załącznika wykonawcy składający oferty zobowiązani byli wskazać urządzenia do zamontowania, które spełniały opisane w nim parametry techniczne. To bowiem właśnie na podstawie tego załącznika i informacji w nim zawartych Zamawiający weryfikował czy zaoferowane urządzenia spełniają wymagania Projektu Wykonawczego i załącznika nr 2A. Co więcej w ocenie Izby znaczenie i ranga była znana Odwołującemu w postępowaniu bowiem po pierwsze dokumentu tego nie kwestionował, po drugie nie

kwestionował też konieczności złożenia go wraz z ofertą, a po trzecie Odwołujący na wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty i informacji zawartych w tym załączniku udzielił Zamawiającemu odpowiedzi. Powyższe w ocenie Izby potwierdza, że Odwołujący miał pełną świadomość co do znaczenia ww. dokumentu, a obecnie prezentowane stanowisko sprowadzające się de facto do całkowitego pozbawienia znaczenia załącznika nr 2A stanowi strategię procesową.

Również co istotne Izba stwierdziła, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie dokonał hierarchizacji konkretnych dokumentów (w szczególności Załącznika Nr 2A) czy konkretnych parametrów urządzeń, a więc należało uznać, że wszystkie dokumenty i parametry urządzeń miały dla Zamawiającego takie samo znaczenie. Powyższe w ocenie Izby wprost wynika z odpowiedzi na pytanie nr 104: „Prosimy o informację na temat hierarchii ważności dokumentów (SWZ, umowa, dokumentacja projektowa, odpowiedzi, przedmiar)” Zamawiający wyjaśnił, że „nie dokonuje hierarchii, wszystkie dokumenty należy rozpatrywać w sposób równorzędny uzupełniający się.”. Powyższe oznacza, że nie jest uprawnione w szczególności marginalizowanie przez Odwołujących ważności i znaczenia Załącznika Nr 2A czy też ważności i znaczenia konkretnych parametrów urządzeń również tych wynikających z punktu nr 8 PW.

Uwzględniając powyższe ustalenia dotyczące ważności ustalonych przez Zamawiającego wymagań technicznych zawartych w punkcie 8 Projektu Wykonawczego oraz w Załączniku 2A Izba uznała, że Zamawiający w sposób uprawniony dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, bowiem Odwołujący w ofercie zaproponowali urządzenia MIDEA MV6i615WV2GN1-E i MIDEA M12-52Q4CDN1, które to urządzenia skutku niezgodnością treści oferty z warunkami zamówienia. Izba przeprowadziła dowód ze złożonej przez Zamawiającego i Przystępującego opinii i stwierdziła, że z przedłożonych do opinii Przystępującego certyfikatów ośrodka certyfikującego EUROVENT urządzenia MIDEA MV6-i615WV2GN1-E oraz MIDEA M12-52Q4CDN1 posiadają parametr nominalnej wydajności chłodniczej o wartości niższej w stosunku do wartości wymaganej przez Zamawiającego. Zauważyć natomiast należy, że w Rozdziale III pkt 5 SWZ Zamawiający dopuszczając zaoferowanie urządzeń równoważnych w sposób wyraźny wskazał, że *„Kryterium równoważności stosowanym w celu oceny równoważności zaoferowanych rozwiązań jest spełnienie przez zaoferowane rozwiązania, co najmniej takich samych lub lepszych parametrów technicznych i funkcjonalnych, nie obniżających określonych standardów, niż te które wynikają z opisu przedmiotu zamówienia”*. Z powyższego wynika więc, że aby spełnić kryterium równoważności wykonawca musiał zaoferować urządzenia o parametrach takich samych bądź lepszych niż opisane w załączniku 2A do SWZ. Nie jest natomiast sporne pomiędzy stronami, że zaoferowane przez Odwołującego urządzenia firmy MIDEA posiadają parametr nominalnej mocy chłodniczej gorszy od tego wymaganego przez Zamawiającego, a więc że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Izba oddaliła dowód złożony przez Odwołującego na rozprawie pt. „Engineering Data V6” z uwagi na fakt, że dokument ten został złożony w formie kopii nie potwierdzonej za zgodność z oryginałem, a ponadto sporządzony został w j. angielskim, do którego nie załączono tłumaczenia na j. polski.

Izba oddaliła również dowody zawarte w załączniku nr 19 oraz 20 do odwołania bowiem dowody te dotyczyły urządzeń nie wskazanych w Formularzu oferty, czyli niezaoferowanych przez Odwołującego, nie podlegających ocenie Zamawiającego jako spełniających wymagania SWZ. Również oddaleniu podlegały dowody złożone na okoliczność niespełniania parametrów z pkt 8 opisu projektu wykonawczego przez urządzenia Fujitsu wskazane przez samego Zamawiającego w projekcie i zaoferowane przez innych wykonawców, z uwagi na fakt, że na obecnym etapie postępowania dobór konkretnych urządzeń (w szczególności np. urządzeń Fujitsu) w ramach dokumentacji projektowej i przetargowej, ich konkretne parametry, czy też znaczenie i zasady zastosowania Załącznika Nr 2A lub konkretnych parametrów urządzeń jest spóźnione. Ponadto w odwołaniu Odwołujący nie postawił zarzutu dotyczącego niespełnienia przez urządzenia zaoferowanych przez innych wykonawców wymogów SWZ, w tym tych wynikających z załącznika nr 2A do SWZ oraz pkt 8 PW. Dowód ten nie miał więc znaczenia na obecnym etapie postępowania.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

**Przewodniczący:.....**