

WYROK

Warszawa, dnia 13 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2024 r. przez wykonawcę Stekro spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w miejscowości Brzezna 466 (33-386 Podegrodzie) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Bukowina Tatrzańska, ul Długa 144 (34-530 Bukowina Tatrzańska)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy WIALAN Langer i Wiatr spółka jawna z siedzibą w Tarnowie, przy ul. Hodowlanej 9 (33-100 Tarnów)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Stekro spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w miejscowości Brzezna i:

2.1 zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Stekro spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w miejscowości Brzezna tytułem wpisu od odwołania, kwotę 1 845 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc osiemset czterdzieści pięć złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Stekro spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w miejscowości Brzezna tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 931 zł 50 gr (słownie: dziewięćset trzydzieści jeden złotych pięćdziesiąt groszy) poniesioną przez zamawiającego Gminę Bukowina Tatrzańska tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę;

2.2 zasądza od wykonawcy Stekro spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w miejscowości Brzezna na rzecz zamawiającego Gminy Bukowina Tatrzańska kwotę 931 zł 50 gr (słownie: dziewięćset trzydzieści jeden złotych pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego Gminę Bukowina Tatrzańska tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę;

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

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Gmina Bukowina Tatrzańska (zwana dalej: „Zamawiającym”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji pn.: „Dostawa trzech nowych ciągników komunalnych z napędem 4x4 wraz z osprzętem, tj.: pługiem śnieżnym, posypywarką i łańcuchami śnieżnymi dla Gminnego Zakładu Komunalnego w Bukowinie Tatrzańskiej” - nr referencyjny: IZW.271.1.20.2024. - (zwane dalej: „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00583648/01 w dniu 07 listopada 2024 r.

Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), (dalej zwanej: „Pzp”).

W dniu 20 listopada 2024 r. wykonawca Stekro spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w miejscowości Brzezna (zwany dalej: „Odwołującym”) wniósł odwołanie, od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, podjętych w postępowaniu.

We wniesionym środku zaskarżenia Odwołujący postawił Zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia:

1.art. 226 ust. 5 ustawy Pzp., poprzez niezgodne ze stanem faktycznym dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego uznając, że treść oferty złożonej przez Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, podczas gdy nie było podstaw do odrzucenia oferty;

2.art. 223 ust. 1 ustawy Pzp., poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, podczas gdy w razie wątpliwości co do zgodności treści oferty z warunkami zamówienia (czego efektem miałyby być decyzja o odrzuceniu oferty na tej podstawie) – dyspozycja tego przepisu stanowi narzędzie do usunięcia owych wątpliwości.

W oparciu o podniesione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 18 listopada 2024 r.;

2.dokonać ponownego badania i oceny ofert, w tym ewentualnie wezwania Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu wskazanego w odwołaniu.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ uchybienia Zamawiającego doprowadziły do naruszenia jego interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia z narażeniem go przy tym na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Nadmienić należy, że zgodnie z kryteriami oceny ofert, oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą. Poniesienie szkody w wyniku bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego powoduje, że Odwołujący spełnia wymogi określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ posiada interes w uzyskaniu zamówienia, co uzasadnia wniesienie odwołania.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący na wstępie wskazał, że Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty poinformował Odwołującego o dokonaniu odrzucenia jego oferty uznając, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Jak Odwołujący przywołał, w uzasadnieniu faktycznym zawiadomienia Zamawiający wskazał, na przedmiot zamówienia, którym jest dostawa trzech jednakowych (marka, model), nowych ciągników komunalnych z napędem 4x4 wraz z jednakowym osprzętem (marka, model), zaś Odwołujący w swojej ofercie zaoferował ciągniki Case IH Farmall 90 A PS oraz Farmall 100 A PS, co zdaniem Zamawiającego oznacza, że są to różne modele i jest to niezgodne z zapisami SWZ. Na tej podstawie Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Następnie Odwołujący wskazał na pytanie zadane w postępowaniu dotyczące treści SWZ: „*W związku z krótkim terminem wykonania następuje problem ze skompletowaniem trzech identycznych ciągników. Czy ciągniki mogą różnić się wyposażeniem dodatkowym, oczywiście spełniając parametry w przetargu. Marka i model pozostaje identyczna do wszystkich trzech*”, na które Zamawiający w dniu 13 listopada 2024 r. udzielił odpowiedzi: „*1. Ciągniki mogą różnić się wyposażeniem, natomiast chodzi o identyczną markę ciągnika, zgodnie z podanymi parametrami.*”

W ten sposób zdaniem Odwołującego, Zamawiający jednoznacznie dał do zrozumienia, iż wymaga jedynie tej samej marki sprzętu, a nie modelu. Odwołujący podkreślił, iż zaoferował tę samą markę ciągników Case IH i model Farmall A dodatkowe oznaczenia jak „100 A PS ” i „90 A PS”, dotyczą wersji wyposażenia i kompletacji modelu, na które Zamawiający wyraził zgodę. W związku z pozytywną odpowiedzią, dopuszczającą różnicę w zakresie wyposażenia, Odwołujący w oferowanym przedmiocie zamówienia podał ciągniki Case IH , Farmall 90 A PS, Farmall 100 A PS. Odwołujący podkreślił, że nie wskazał w ofercie, iż oferuje dwa ciągniki z oznaczeniem wyposażenia 90 A PS i jeden 100 A PS. Ze względu na krótki termin realizacji zamówienia Odwołujący wskazał na możliwość dostarczenia ciągnika z lepszą, droższą opcją wyposażenia jednak spełniającego wymagania SWZ w ramach tego samego modelu Farmall A. Jak podkreślił Odwołujący, w razie wątpliwości Zamawiający mógł poprzez wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień rozwiązać wątpliwości, natomiast nie zachodzi sytuacja, w której oferta była niezgodna z warunkami zamówienia.

Następnie Odwołujący argumentował, iż według niego jak wynika z załączonego dowodu w postaci broszury/karty charakterystyki producenta urządzenia dotyczącej pojazdów, określenia Farmall 90 A PS oraz Farmall 100 A PS, nie wskazują na różnicę w modelu, jak to podnosił Zamawiający, ale na różnicę w serii danego urządzenia. Potwierdzeniem dla Odwołującego było zadane pytania do treści SWZ - aby ustalić, czy Zamawiający dopuszcza, aby ciągniki różniły się wyposażeniem dodatkowym, przy jednoczesnym spełnieniu parametrów wynikających z opisu przedmiotu zamówienia. Tak jak wynika z treści pytania, Odwołujący zaoferował tę samą markę i ten sam model (Farmall A), które różnią się jedynie serią (90 A PS i 100 A PS). Z kolei różnica w serii zaoferowanego modelu przejawia się poprzez różnicę w zakresie wyposażenia dodatkowego.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający w pkt. 5.1. SWZ wskazał, że wymóg dostarczenia jednakowych ciągników komunalnych wraz z jednakowym osprzętem wynika z chęci ograniczenia kosztów związanych z ich eksploatacją, obsługą i serwisem. W odniesieniu do tego należy wskazać, że różnica w serii zaoferowanych ciągników w żadnym stopniu nie wpłynęłaby na zwiększenie kosztów wymienionych powyżej. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Zgodnie z opisem oferowanego przedmiotu zamówienia oraz broszurą zawierającą dane techniczne ciągników – oferta

Odwołującego spełnia warunki zamówienia. Natomiast w przypadku powzięcia wątpliwości przez Zamawiającego co do zgodności oferty z warunkami zamówienia - instytucją prawną służącą do wyjaśnienia tych wątpliwości jest wezwanie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Podjęcia tej czynności Zamawiający jednak zaniechał. Przez co pozbawił Odwołującego możliwości złożenia wyjaśnień na tę okoliczność. Biorąc pod uwagę to, że oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą, Zamawiający tym bardziej powinien dążyć do wyjaśnienia ewentualnej niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

Jak podnosił Odwołujący, tak też wynika z przyjętej linii orzeczniczej, bowiem przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert wówczas, gdy Zamawiający zamierza odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, czyli w sytuacji, gdy Zamawiający uzna, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W orzecznictwie wskazują się wręcz na konieczność żądania wyjaśnień, jeżeli wątpliwości lub sprzeczności miałyby prowadzić do odrzucenia oferty (zob. wyrok z dnia 13 sierpnia 2009 r., KIO/UZP 992/09). Z literalnego brzmienia art. 223 ust. 1 Pzp nie wynika wprost, że Zamawiający jest zobowiązany do wystąpienia do Wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia treści oferty, to jednak taka potrzeba po stronie Zamawiającego występuje szczególnie dlatego, iż to na Zamawiającym który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty, spoczywa ciężar udowodnienia podstawy do zastosowania tej sankcji wobec oferty (zob. wyrok z dnia 06.05.2016 r. sygn. akt KIO 620/16). Zamawiający nie może zaniechać pewnych czynności w wyniku których możliwe będzie ustalenie, że złożona oferta jest zgodna lub niezgodna z warunkami zamówienia. Dlatego Zamawiający nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych. W tym celu Zamawiający powinien dążyć do wyjaśnienia ewentualnej niezgodności oferty z warunkami zamówienia wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp (zob. wyrok z dnia 20.10.2024 sygn. akt. KIO 2064/14). Można więc uznać, że treść art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje kompetencję dla Zamawiającego, która przeradza się w obowiązek, jeżeli w toku badania oferty zostanie ustalone, że oferta zawiera postanowienia niejasne lub budzące wątpliwości. W takiej sytuacji, gdy oferta miałaby zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia, wezwanie jest szczególnie istotne.

W świetle tak przedstawionej argumentacji według Odwołującego, odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości. Naruszenie przepisów ustawy Pzp dokonane przez Zamawiającego jest istotne oraz wpływa na możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego, a przez to powoduje naruszenie interesu Odwołującego i naraża go na poniesienie szkody w związku podjętymi czynnościami przez Zamawiającego.

Dodatkowo Odwołujący wniósł o odrzucenie wybranej jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy W.L.. Oferta tego wykonawcy, zdaniem Odwołującego nie jest zgodna z zapisami SWZ. Zamawiający wymagał pługów śnieżnych pięciopozycyjnych z szerokością roboczą w pozycji minimalnej 230 cm w pozycji maksymalnej 270 cm. W.L., zaferował pługi o szerokości minimalnej 226 cm, a maksymalnej 260 cm. Tak więc oferowany pług ma szerokość minimalną poniżej dopuszczalnej przez zamawiającego. Na dowód czego Odwołujący załączył karta oferowanego produktu.

W dniu 22 listopada 2024 r. w ramach przedmiotowego postępowania zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca WIALAN Langer i Wiatr spółka jawna z siedzibą w Tarnowie (zwany dalej: „Przystępującym”).

W dniu 04 grudnia 2024 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający przedstawił argumentację na poparcie swojego stanowiska.

W dniu 03 grudnia 2024 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając argumentację na poparcie swoich wniosków.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Zamawiającego, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym, a także ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

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

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia wykonawcy WIALAN Langer i Wiatr spółka jawna z siedzibą w Tarnowie do postępowania odwoławczego, nie zgłosiły również opozycji. Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wykonawcę WIALAN Langer i Wiatr spółka jawna z siedzibą w Tarnowie. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z: dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie z załącznikami i pisma procesowego złożonego przez Przystępującego z załącznikami.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę trzech nowych ciągników komunalnych z napędem 4x4 wraz z osprzętem, tj.: pługiem śnieżnym, posypywarką i łańcuchami śnieżnymi dla Gminnego Zakładu Komunalnego w Bukowinie Tatrzańskiej.

W opisie przedmiotu zamówienia (dalej zwany: „OPZ”), stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, Zamawiający wskazał, że: „*Przedmiotem zamówienia jest dostawa wraz z przeszkoleniem personelu Zamawiającego i serwisem, trzech nowych, jednakowych, (ta sama marka, model), ciągników komunalnych z napędem 4x4 wraz z jednakowym osprzętem, (ta sama marka, model), tj.: pługiem śnieżnym, posypywarką i łańcuchami śnieżnymi na wszystkie 4 koła, dla Gminnego Zakładu Komunalnego w Bukowinie Tatrzańskiej*”.

Zamawiający w dniu 13 listopada 2024 r na pytanie zadane w postępowaniu przez wykonawcę dotyczące wyjaśnienia treści SWZ: „*W związku z krótkim terminem wykonania następuje problem ze skompletowaniem trzech identycznych ciągników. Czy ciągniki mogą różnić się wyposażeniem dodatkowym, oczywiście spełniając parametry w przetargu. Marka i model pozostaje identyczna do wszystkich trzech*”, udzielił odpowiedzi: „*Ciągniki mogą różnić się wyposażeniem, natomiast chodzi o identyczną markę ciągnika, zgodnie z podanymi parametrami.*”

W postępowaniu wpłynęło 7 ofert, w tym oferta Odwołującego i Przystępującego. W dniu 18 listopada 2024 r. Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający podał, że „*Wykonawca w swojej ofercie zaoferował ciągniki Case IH Farmall 90 A PS oraz Farmall 100 A PS, a więc różne modele, co jest niezgodne z zapisami SWZ. Zgodnie z powyższym, Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę Wykonawcy, na podstawie Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.*”

Zamawiający w dniu 18 listopada 2024 r poinformował wykonawców o dokonaniu wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący składając odwołanie.

Izba zważyła co następuje.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była ocena prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o podstawy prawne i faktyczne wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 18 listopada 2024 r., a dotyczące niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Analiza dokumentacji postępowania doprowadziła Izbę do przekonania, że czynność Zamawiającego dotycząca odrzucenia oferty Odwołującego była zasadna, a tym samym odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z dyspozycją art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: „*1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*” Natomiast w myśl art. 7 pkt 29 ustawy Pzp: „*Ilkroć w niniejszej ustawie jest mowa o: 29) warunkach zamówienia – należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.*”

Podkreślić należy, że Zamawiający aby odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu, jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: Zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli Zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20).

Przenosząc powyższe na kanwę rozpatrywanej sprawy wskazać należy, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego bazując na okoliczności, która w jego ocenie stanowiła niezgodność z warunkami zamówienia. Po

pierwsze należy podkreślić, iż Zamawiający w SWZ wyraźnie wyartykułował swoje oczekiwania względem świadczenia, którego wymaga od wykonawcy po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przedmiotem zamówienia jest dostawa wraz z przeszkoleniem personelu Zamawiającego i serwisem, trzech nowych, jednakowych, (ta sama marka, model), ciągników komunalnych z napędem 4x4 wraz z jednakowym osprzętem, (ta sama marka, model). W związku z pytaniem jednego z wykonawców, czy ciągniki mogą różnić się wyposażeniem dodatkowym, oczywiście spełniając parametry w przetargu, marka i model pozostaje identyczna do wszystkich trzech, Zamawiający udzielił odpowiedzi, że ciągniki mogą różnić się wyposażeniem, natomiast chodzi o identyczną markę ciągnika, zgodnie z podanymi parametrami.

Izba doszła do przekonania, że argumentacja Odwołującego, iż w związku powyższą odpowiedzią Zamawiający dał do zrozumienia, iż wymaga jedynie tej samej marki sprzętu, ale już nie modelu jest chybiona. Należy dostrzec, iż odpowiedź Zamawiającego należy odczytywać razem z zadaniem pytaniem, a wykonawca w pytaniu sam podkreślił, że marka i model są identyczne, a różnica będzie jedynie dotyczyć wyposażeniu w obrębie tego samego modelu i marki. Zamawiający udzielając odpowiedzi udzielił jej na konkretnie postawione pytanie dotyczące wyposażania. Tym samym, Odwołujący wskazując jedynie na treść udzielonej odpowiedzi wyciągnął zbyt daleko idące wnioski, iż na podstawie tak udzielonej odpowiedzi Zamawiający wymaga jedynie tej samej marki sprzętu, a nie modelu. Ponadto, interpretowanie samej udzielonej odpowiedzi, z pominięciem zadanego pytania, które było impulsem do udzielenia takiej odpowiedzi jest działaniem niewłaściwym. Izba uznała, że z dokumentacji postępowania w sposób niebudzący wątpliwości wynikał obowiązek dostarczenia przez wykonawcę trzech nowych, jednakowych (ta sama marka, model), ciągników komunalnych z napędem 4x4 wraz z jednakowym osprzętem (ta sama marka, model).

Odwołujący argumentował w odwołaniu, że w broszurze/karcie charakterystyki producenta ciągników określenia Farmall 90 A PS oraz Farmall 100 A PS nie wskazują na różnicę modelu, ale na różnicę w serii danego urządzenia. Odwołujący ponadto stwierdził, że zaoferował tę samą markę i model, które różnią się jedynie serią. Zdaniem Izby przedstawione tak stanowisko nie znajduje odzwierciedlenia w zgromadzonym materiale dowodowym. Wskazać należy, iż w karcie charakterystyki/broszurze urządzeń, producent ciągników marki Case IH opisał je jako dwa oddzielne modele: Farmall 90A i Farmall 100A. Próżno szukać w karcie charakterystyki opisu wskazującego, że jest to ten sam model, a różniący się jedynie serią. Producent opisując te dwa model, przypisał do nich różne parametry wskazując min. różną moc znamionową WG ECE R120 przy 2 300 obr/min (kW/KM), czy różny maks. moment obrotowy (Nm) przy 1 300 obr/min / przyrost momentu obrotowego.

Odwołujący również w odwołaniu podnosił argumentację, iż Zamawiającemu w ofercie zaoferował tę samą markę ciągników Case IH i model Farmall A, a dodatkowe oznaczenia jak „100 A PS” i „90 A PS”, dotyczą wersji wyposażenia i kompletacji modelu, na które Zamawiający wyraził zgodę. Jednakże również i w przypadku tej argumentacji brak jest w karcie charakterystyki/broszurze urządzeń producenta ciągników informacji, że oznaczenia „100 A PS” i „90 A PS” nie wskazują na dwa różne modele, ale na różną wersję wyposażenia jak podnosi Odwołujący. Dlatego też, wobec nieprzedstawienia żadnych innych dowodów, który mogłyby potwierdzać twierdzenie Odwołującego, Izba doszła do przekonania, iż zarzut ten podlegał oddaleniu.

Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 sierpnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 86/22, w którym Sąd w szczególności podniósł, że: „(...) zasadą jest, że ciężar dowodu w zakresie podstaw odwołania spoczywa na odwołującym. Co prawda w ustawie Prawo zamówień publicznych brak jest odpowiednika art. 6 k.c., który wprowadza ogólną regułę rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu cywilnym, jednak zasada wyrażona w tym przepisie ma na tyle uniwersalny charakter, że nie tylko może, ale i powinna znaleźć zastosowanie również w postępowaniu odwoławczym. Zgodnie z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Procesowym odpowiednikiem tego przepisu jest art. 232 k.c., który nakłada na strony obowiązki procesowe stanowiące wyraz reguły rozkładu ciężaru dowodu mające zapewnić jej realizację. W tym zakresie w ustawie Prawo zamówień publicznych znalazł się art. 534, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (ust. 1), izba może z urzędu dopuścić dowód niewskazany przez stronę (ust. 2). Przepis ten w oczywisty sposób stanowi odpowiednik art. 232 k.p.c. (...) to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. To odwołujący bowiem, a nie zamawiający, a tym bardziej przystępujący, wywodził z okoliczności podnoszonych w odwołaniu korzystne dla siebie skutki prawne, opierając na nich żądanie odwołania, a co za tym idzie oczywistym jest, że okoliczności te powinien wykazać właśnie odwołujący.”

Nie zasługiwał również na uwzględnienie zarzut dotyczący naruszenia z art. 223 ust. 1 Pzp. Zgodnie z dyspozycją art. 223 ust. 1 Pzp, „w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z

uwzględnieniem ust. 2 i, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści". Należy więc stwierdzić, iż artykuł ten ma zastosowanie w przypadku, gdy Zamawiający poweźmie jakiegokolwiek wątpliwości co do treści złożonej oferty, może wówczas żądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień. Wskazania również wymaga, że zakazane jest jednak prowadzenie z wykonawcą negocjacji co do treści oferty i dokonywanie w niej jakichkolwiek zmian czy uzupełnień, poza czynnościami określonymi w ust. 2 i 3 tegoż artykułu, a składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści,

Przenosząc powyższe na grunt rozstrzyganej sprawy, w pierwszej kolejności podkreślić należy, że Odwołujący składając ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ, wskazał ciągnik komunalny wraz z łańcuchami śnieżnymi: Case IH, Farmall 90 A PS, Farmall A PS (marka, model). Zamawiający w zestawieniu z broszurą/kartą charakterystyki producenta uznał, że Odwołujący złożył ofertę na dwa różne modele, co stało w sprzeczności z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w SWZ. Izba doszła do przekonania, iż działanie Zamawiającego było prawidłowe, ze względu na to, iż Zamawiający nie mając wątpliwości co do treści złożonej oferty, nie miał podstaw, aby żądać wyjaśnień od Odwołującego na podstawie art., 223 ust. 1. Dlatego też zarzut ten podlegał oddaleniu.

Odwołujący końcowo w uzasadnieniu odwołania wskazał, że dodatkowo wnosi o odrzucenie wybranej jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, ponieważ oferta ta jest nie zgodna z zapisami SWZ. Argumentując ten zarzut Odwołujący podniósł, iż Zamawiający wymagał pługów śnieżnych pięciopozycyjnych z szerokością roboczą w pozycji minimalnej 230 cm w pozycji maksymalnej 270 cm, a Przystępujący zaoferował pługi o szerokości minimalnej 226 cm, a maksymalnej 260 cm. Dlatego też zdaniem Odwołującego oferowany przez Przystępującego pług ma szerokość minimalną poniżej dopuszczanej przez Zamawiającego, na dowód czego Odwołujący wskazał kartę oferowanego produktu. Przede wszystkim należy wskazać, iż Zamawiający w OPZ podał wymagania jakie musi spełniać pług śnieżny łamany fabrycznie nowy. W pierwszej pozycji wymagań zostało wskazane: „Szerokość robocza maksymalna 2700 mm, minimalna 2300 mm.” Wskazać należy, iż z tak przedstawionego warunku dotyczącego pługu śnieżnego wynika, że Zamawiający podał zakres szerokości roboczej wskazując na wielkość maksymalną i minimalną. Tak więc każda szerokość robocza, która mieści się w zakresie pomiędzy 2700 mm, a 2300 mm będzie wartością prawidłową odpowiadającą wymaganiom Zamawiającego. Przystępujący w swej ofercie przy pozycji pług śnieżny wskazał - szerokość robocza 2600 mm, a więc wartość mieszczącą się w zakresie wskazanym przez Zamawiającego.

Tym samym, uwzględniając powyższe należało uznać również i ten zarzut za niezasadny. Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w związku z § 5 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.).

Przewodnicząca: