Sygn. akt: KIO 2275/23

WYROK
z dnia 21 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aneta Mlącka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 01 sierpnia 2023 r. przez Odwołującego **M. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą LaborTech Polska M. F. (ul. Chemików 1B/516, 32-600Oświęcim)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego (ul. Gen. Sylwestra Kaliskiego 2, 00-908 Warszawa)**
przy udziale Wykonawcy **Instron GmbH (Landwehrstrasse 65, 64293 Darmstadt)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1)oddala odwołanie,
2)kosztami postępowania obciąża Odwołującego **M. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą LaborTech Polska M. F. (ul. Chemików 1B/516, 32-600Oświęcim)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **M. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą LaborTech Polska M. F. (ul. Chemików 1B/516, 32-600 Oświęcim)** tytułem wpisu od odwołania.

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 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 2275/23

UZASADNIENIE

Zamawiający Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Dostawa wieży zrzutowej do testów udarności średniej energii spadającej masy."
Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 28 lutego 2023 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych: pod numerem 2023/BZP 00113450.
Odwołujący M. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą LaborTech Polska M. F. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
1.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia, podczas, gdy oferta jest zgodna z warunkami określonymi w SWZ, w tym w OPZ;
2.art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie dalszego wezwania Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, pomimo tego, że jeśli zachodziły przesłanki do wystąpienia przez Zamawiającego z wezwaniem do dalszych wyjaśnień - nie uczynił tego;
3.art. 226 ust. 1 pkt. 5 w zw. z ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie prawidłowego ich zastosowania oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zachwianie równej pozycji wykonawców w postępowaniu, a w konsekwencji wybór oferty Wykonawcy Instron GmbH,
4.art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu mimo, że oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert ustanowionych w postępowaniu,
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1.Unieważnienia czynności oceny ofert, w tym czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty Wykonawcy Instron GmbH jako najkorzystniejszej;
2.Przeprowadzenia ponownej oceny ofert i w konsekwencji-odrzucenie oferty Wykonawcy Instron GmbH, jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu;

3.Przeprowadzenia ponownej oceny ofert i w konsekwencji Wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
Odwołujący podniósł, że w trakcie postępowania zostały naruszone zasady przejrzystości postępowania, a także zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji. Z uzasadnienia sporządzonego przez Zamawiającego powinien wynikać precyzyjny opis zaistniałego stanu faktycznego oraz wykazanie, że w danym stanie faktycznym zachodzą podstawy uzasadniające zastosowanie określonego przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych (w tym przypadku art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych). W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wyjaśnił, na jakiej podstawie uznał, że zaoferowane przez Odwołującego urządzenie nie posiada wymaganych w SWZ parametrów. Na podstawie przedstawionych zdjęć oraz mimo oświadczeń Odwołującego, Zamawiający stwierdził, iż postawiony przez niego warunek nie został spełniony, co dla Zamawiającego stanowi podstawę do odrzucenia oferty.
Odwołujący wskazał, że w przemyśle motoryzacyjnym większość komponentów z których produkowane są samochody pochodzą od poddostawców.
Odwołujący wskazał w zał. nr 1 do SWZ, iżUrządzenie jest wyposażone w pneumatyczną płytę dociskową, automatycznie sterowaną przez mikroprocesor, z maksymalna siła docisku przynajmniej 3 kN.
Odwołujący wyjaśnił, że na potrzeby odwołania zwrócił się z ponowną prośbą do producenta w celu uzyskania zdjęcia płyty zamontowanej na seryjnie produkowanym urządzeniu, ale ze względu na brak zdjęcia odpowiadającego Zamawiającemu została wysłana prośba do przedstawicielstwa w Rosji, z którym to w obecnym czasie komunikacja została wygaszona. Odwołujący przedstawił zdjęcie, które miało obrazować ww. płytę.
Wyjaśnił także, że zaprezentowane rozwiązanie pochodzi z 2015 oraz 2019 roku, a aktualne rozwiązanie w procesie ciągłego doskonalenia oferowanych rozwiązań przechodzi ewolucję, jednakże Zamawiający wymagał przedstawienia rozwiązania, które faktycznie zostało zamontowane na urządzeniu DPFest-400VP i takie w tamtym okresie zostało wykorzystane. Producenci urządzeń badawczych bardzo często wykorzystują dostępne na rynku rozwiązania, które implementują do swoich potrzeb. W przypadku tak rozbudowanej i skomplikowanej oferty, gdzie duża część urządzeń produkowanych jest jednostkowo pod oczekiwania Klienta, bazowanie na gotowych systemach poddostawców jest czymś oczywistym. W 2014 r. do Szkoły Głównej Służby Pożarniczej zostało dostarczone urządzenie serii DPFest 1000, gdzie oprzyrządowanie badawcze stanowiło oprzyrządowanie firmy Grip-Engineering Thuemler GmbH TH238-ST-CR2-FR2, które było zgodne z normą ISO 9854-1.
Odwołujący potwierdził, iż zaprezentowane na zdjęciu w wyjaśnieniach z dnia 11.04.2023 r. oraz 02.06.2023 r. oprzyrządowanie pochodzi z oferty firmy Grip-Engineering Thuemler GmbH. Wskazał, że oprzyrządowanie to musi zostać dostosowane do potrzeb konkretnej normy badawczej poprzez dobór odpowiednich średnic płyty podporowej oraz dysku dociskającego. System tłoczków dociskowych musi zagwarantować stabilne trzymanie próbki, co z przypadku próbek zgodnych z normą ISO 6603 nie stanowi problemu, dla tego typu oprzyrządowania.
Odwołujący oświadczył, iż spełnia warunki Zamawiającego dotyczące przedmiotu zamówienia. Wskazywał, że Zamawiający nie wymagał wraz z ofertą kart katalogowych, a tym bardziej zdjęć, czy oferty szczegółowej, a Odwołujący produkuje urządzenia o szerokim spektrum działania, dostosowując się do aktualnych wymagań klienta.
W opinii Odwołującego w zakresie braku odrzucenia oferty Wykonawcy Instron GmbH, Zamawiający nie zweryfikował poprawnie spełnienia przez ww. Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.
Odwołujący wskazał na pkt. 16 SOPZ: Urządzenie musi być wyposażone w cyfrowy enkoder, w celu dokładnego pozycjonowania trawersy z dokładnością ±1 mm, powtarzalnością 0,5 mm, a także rozdzielczością odczytu 0,1 mm (lub lepszą). Jak wyjaśnił Odwołujący, zgodnie z powyższą informacją pochodzącą z wyjaśnień przedłożonych przez firmę Instron Gmbh z 30.05.2023 r., zaoferowane urządzenie posiada rozdzielczość odczytu 1 mm, co jest niezgodne z wymogiem 0,1 mm (lub lepszą).
Jak wskazał Odwołujący w odwołaniu: „w pkt. 4 ww. odpowiedzi firmy Instron nie odnajdujemy karty katalogowej, brak informacji czego dotyczy ta specyfikacja. Nie odnajdujemy tam oznaczeń modelu urządzenia pomiarowego i urządzenia w którym jest ten czujnik zamontowany. Czy tak WIELKA firma, która dostarcza tyle urządzeń rocznie nie potrafi przedstawić rzetelnej dokumentacji tylko jakiś „przedruk" z 2009 roku z Włoch, a w ocenie Zamawiającego jest to wystarczające? Gdyby taki dokument przedłożyła firma Labortech zapewne zostałby przez to odrzucona. Pozostawiamy tą kwestię bez dalszego komentarza, ponieważ w tym postepowaniu jak i innych w których mamy przyjemność brać udział u Zamawiającego widzimy dwa standardy. Poza tym w dokumentacji przestawionej przez firmę Instron odnajdujemy informację, że dotyczy ona innego modelu niż zaoferowane, ale to również nie stanowi problemu w zaakceptowaniu tego faktu przez Zamawiającego".
Odwołujący wskazał w odniesieniu do pkt. 9 odpowiedzi firmy Instron, że: „nie odnajdujemy potwierdzenia, iż zaoferowany system płyty dociskowej jest sterowany mikroprocesorem lub też układem pneumatycznym, a na prezentowanych przez oferenta zdjęciach widzimy tylko część mechaniczną, a nie odnajdujemy elementów wskazujących, iż jest to rozwiązanie sterowane pneumatycznie. Zatem pozostaje zadać pytanie, w jaki sposób

Zamawiający zweryfikował choćby ten parametr w przypadku oferty konkurencyjnej."
Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Podtrzymał swoją opinię, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia w zakresie braku wyposażenia urządzenia w pneumatyczną płytę dociskową, automatycznie sterowaną przez mikroprocesor, z maksymalną siłą docisku przynajmniej 3 kN. Zamawiający podkreślił, że wyraźnie zdefiniował potrzebę wyposażenia urządzenia, co istotne - produkowanego seryjnie, a nie produktów prototypowych czy budowanych na specjalnie zamówienie (pkt 51. SOPZ) - w układpłyty dociskowej (pkt 15. SOPZ). Zamawiający zwrócił uwagę, że w odwołaniu Odwołujący po raz kolejny nie przedstawił rzetelnych danych potwierdzających, że oferowane urządzenie, produkowane seryjnie, jest wyposażone w układ pneumatycznej płyty dociskowej.
Zamawiający wyjaśnił, że w pierwszym etapie wyjaśnień (11 kwietnia 2023 r.) Odwołujący zaprezentował zdjęcie samego układu oferowanego przez innego producenta - niemieckiego producenta urządzeń - firmę Grip-Engineering Thuemler GmbH - co ewidentnie nie było odpowiedzią na zdefiniowane wymaganie Zamawiającego. Po zwróceniu uwagi, że ww. wymaganie dotyczyło układu zamontowanego na seryjnie produkowanym urządzeniu, Zamawiający za drugim razem (02 czerwca 2023 r.) otrzymał to samo zdjęcie z bardzo enigmatycznym komentarzem, że: „układ ten jest zamontowany wewnątrz urządzenia, dlatego nie posiadamy zdjęcia z widocznymi oznaczeniami urządzenia, ponieważ znajduje się ono wewnątrz przestrzeni testowej urządzenia". Dołączony komentarz był w ocenie Zamawiającego budzącym poważne wątpliwości stwierdzeniem, ponieważ płyta dociskowa jest elementem wyraźnie widocznym w przestrzeni roboczej urządzenia. Jak stwierdził Zamawiający, Odwołujący - zaprzeczając nawet samemu sobie, w odwołaniu - dołączył jednak zdjęcie układu płyty zamontowanej na oferowanym urządzeniu (zgodnie z twierdzeniami Odwołującego zdjęcia zostały pozyskane od rosyjskiego klienta). W ocenie Zamawiającego, już na podstawie wstępnej analizy otrzymanych zdjęć, należało stwierdzić, że są one bardzo nieudanymi poprawkami (retuszami) fotografii. Zamawiający wskazał na konkretne elementy graficzne, które w jego opinii potwierdzają powyższy fakt.
Zamawiający podkreślał, że wyraźnie definiował potrzebę zakupu urządzenia produkowanego seryjnie - a nie budowanego na specjalne zamówienie. Zauważył, że Odwołujący konsekwentnie powtarza w swoich uzasadnieniach, że skorzysta z gotowego rozwiązania płyty produkowanej przez niemieckiego producenta i następnie będzie to rozwiązanie dopiero „łączył" z wieżą zrzutową np. wykorzystując przykładowo zawory firmy Festo. Zamawiający podkreślił również, że w urządzeniach produkowanych seryjnie nie poszukuje się dopiero rozwiązań technicznych i nie łączy się jednego elementu z drugim - tylko, lepsze lub gorsze, rozwiązania są już zaaplikowane w urządzeniu. Dlatego w opinii Zamawiającego, argumentacja prezentowana przez Odwołującego, że dopiero będzie to realizował - z definicji i natury rzeczy nie spełnia warunku posiadania odpowiedniego urządzenia - tylko wpisuje się w warunek budowania urządzenia na zamówienie, czego wyraźnie chciał uniknąć Zamawiający. Przy okazji Zamawiający podkreślił, że modernizacja urządzeń - czyli proces ich unowocześniania - jest spełniony w rozwiązaniach istniejących.
W odniesieniu do zarzutów podniesionych przez Odwołującego względem oferty Wykonawcy Instron GmbH Zamawiający stwierdził, co następuje:
W pkt 16. SOPZ - Zamawiający zdefiniował, że „Urządzenie musi być wyposażone w cyfrowy enkoder, w celu dokładnego pozycjonowania trawersy z dokładnością ±1 mm, powtarzalnością 0,5 mm, a także rozdzielczością odczytu 0,1 mm (lub lepszą)". Informacje na temat tych parametrów znajdują się na stronie 3-4 dokumentacji przesłanej przez firmę Instron GmbH (Pre-Installation manual). Na rys. 8 przedstawiono przetłumaczoną na język polski treść strony 3-4 z zaznaczonym na czerwono fragmentem tekstu dotyczącym ww. parametrów.
Zamawiający zwrócił uwagę, że dane te znajdowały się na stronie 3-4 - czyli dokładnie jedną stronę dalej niż strona 3-3, na którą w odwołaniu powołuje się Odwołujący. Dodatkowo Odwołujący tłumacząc zapis w tabelce z języka angielskiego Crosshead resolution na język polski jako Rozdzielczość Trawersy w następnym akapicie - w opisie pod tabelką - wykonał nadinterpretację i Rozdzielczość Trawersy „zamienia" na rozdzielczość odczytu - czyli na inny parametr. Rozdzielczość odczytu w urządzeniu oferowanym przez firmę Instron GmbH, zgodnie z przesłaną informacją, jest równa 0,1 mm i jest zgodna z zapisami SOPZ.
Zamawiający wskazał, że w przeciwieństwie do Odwołującego może potwierdzić, że załącznik nr 4 dostarczony przez firmę Instron GmbH jest dokumentacją techniczną z pomiarów kalibracyjnych czujnika optycznego wykorzystywanego w urządzeniu do pomiarów prędkości uderzenia i prędkości odbicia. Na uwagę zasługuje duża powtarzalność otrzymywanych wyników, co świadczy m.in. o wykorzystywaniu czujnika wysokiej jakości.
Również w przeciwieństwie do Odwołującego Zamawiający stwierdził, że na podstawie dokumentów przesłanych przez firmę Instron GmbH, może również potwierdzić, że oferowany system płyty dociskowej jest zarówno sterowany mikroprocesorem jak i jest układem pneumatycznym. Na stronie 10 i 11 wyjaśnień z dnia 30 maja 2023 r. przesłanych przez Instron GmbH znajduje się część mechaniczna systemu płyty dociskowej, o czym wspomina w piśmie Odwołujący, natomiast na stronie 4 tych samych wyjaśnień Odwołujący nie zauważył wyraźnie widocznych siłowników pneumatycznych sterujących płytą dociskową - rys. 9. Z przesłanych przez firmę Instron GmbH danych zawartych w

załączniku (Pre-Installation manual) na stronie 3-4 wynika również, że zaciskanie próbki będzie odbywać się pneumatycznie przy sterowaniu automatycznym (rys. 8 - niebieska ramka). Dla tego typu nowoczesnego urządzenia mechatronicznego jakim jest oferowana wieża zrzutowa „zamknięcie pętli" sterowania automatycznego może odbywać się tylko z wykorzystaniem mikroprocesora.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego. W treści informacji o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazał, że oferta podlega odrzuceniu, ponieważ nie spełnia wymogów opisanych w załączniku nr 1 do SWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia" (SOPZ) w pkt. 15. Zgodnie z pkt. 15 SOPZ: „Urządzenie musi być wyposażone w pneumatyczną płytę dociskową, automatycznie sterowaną przez mikroprocesor, z maksymalną siłą docisku przynajmniej 3 kN".

Zamawiający wskazał również, że pomimo dwukrotnej analizy dokumentów przedstawianych przez firmę LaborTech Polska Marceli Fuczek, Zamawiający nie otrzymał dowodu potwierdzającego spełnienie tego wymagania przez urządzenie oferowane przez firmę LaborTech Polska Marceli Fuczek.

Dalej w treści informacji wskazano, że: „W pierwszym etapie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty (z dnia 11 kwietnia 2023r.) firma LaborTech Polska M. F. zamiast zdjęcia płyty zamontowanej na seryjnie produkowanym urządzeniu (o co wyraźnie zwrócił się Zamawiający) w odpowiedzi przedstawiła zdjęcie samej (niezamontowanej) płyty dociskowej „ściągniętej" ze strony producenta Grip-Engineering Thuemler GmbH. Firma LaborTech Polska M. F. nie tylko nie odpowiedziała na zadanie pytanie - które przecież dotyczyło płyty zamontowanej na seryjnie produkowanym urządzeniu - ale dodatkowo w załączonych wyjaśnieniach nawet nie wspominała, że będzie korzystać z rozwiązań kolejnego podwykonawcy. Po zwróceniu uwagi, że jest to rozwiązanie oferowane przez niemieckiego wytwórcę i po ponownym wezwaniu do zaprezentowania dowodu w postaci zdjęcia płyty dociskowej zamontowanej na seryjnie produkowanym urządzeniu Zamawiający otrzymał po raz wtóry zdjęcie tej samej płyty dociskowej z następującym komentarzem: „Układ ten jest zabudowany wewnątrz urządzenia, dlatego nie posiadamy zdjęcia z widocznymi oznaczeniami urządzenia, ponieważ znajduje się ono wewnątrz przestrzeni testowej urządzenia" (wyjaśnienia z dnia 02 czerwca 2023r.). Tego rodzaju wyjaśnienia, nie mogą zostać zaakceptowane przez Zamawiającego ponieważ pneumatyczna płyta dociskowa jest elementem wyraźnie widocznym w konstrukcji wieży zrzutowej, ponieważ współpracuje z montowaną w przestrzeni roboczej próbką. Idąc dalej w swoich wyjaśnieniach firma LaborTech Polska M. F. zadeklarowała, że prezentowana płyta pochodzi z 2015 roku i w tamtym czasie została zamontowana na urządzeniu DPFest-400VP. Jeżeli powyższe twierdzenie jest prawdziwe i firma Labortech Polska M.F. od tylu lat montuje tego typu rozwiązania w swoich urządzeniach, to zdaniem Zamawiającego, tym bardziej nie istnieją żadne przeszkody w przekazaniu zdjęcia urządzenia z zamontowaną płytą dociskową.

Zamawiający oczekiwał potwierdzenia, że urządzenie jest wyposażone w pneumatyczną płytę dociskową zamontowaną w seryjnie produkowanym urządzeniu i takiego potwierdzenia dwukrotnie nie otrzymał.

Należy również wyraźnie zaznaczyć, że Komisja w swoich analizach kierowała się także zapisem punktu 51 SOPZ, zgodnie z którym : „Urządzenie powinno być oznaczone znakiem CE, a także rozwiązaniem produkowanym seryjnie - nie dopuszcza się produktów prototypowych lub budowanych na specjalne zamówienie". Dlatego też ogólna argumentacja podnoszona przez firmę LaborTech Polska M.F., że firma jako profesjonalny wykonawca urządzeń spełni wszelkie oczekiwania zamawiającego i swoje produkty „dopasuje do indywidualnych potrzeb klienta" - jest niewłaściwa i bezpodstawna. Zamawiający wyraźnie zadeklarował, że oczekuje od potencjonalnego dostawcy urządzenia seryjnego, a nie dopiero budowanego na specjalne zamówienie."

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, Zamawiający bardzo wyraźnie opisał powody, dla których została odrzucona oferta Odwołującego. Zamawiający wyjaśnił, że oferta Odwołującegojest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie braku wyposażenia urządzenia w pneumatyczną płytę dociskową, automatycznie sterowaną przez mikroprocesor, z maksymalną siłą docisku przynajmniej 3 kN. Zamawiający podkreślił, że wyraźnie zdefiniował potrzebę wyposażenia urządzenia produkowanego seryjnie, a nie produktów prototypowych, czy budowanych na specjalnie zamówienie (pkt 51 SOPZ), w układ płyty dociskowej (pkt 15 SOPZ).

Z treści OPZ (pkt 51) wyraźnie wynikało wymaganie:„Urządzenie powinno być oznaczone znakiem CE, a także rozwiązaniem produkowanym seryjnie - nie dopuszcza się produktów prototypowych lub budowanych na specjalne zamówienie".

Odwołujący nie wykazał, aby spełnił wskazane wymagania Zamawiającego opisane w OPZ.

W treści wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień z 5 kwietnia 2023 roku, Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o przesłanie zdjęć elementów montowanych seryjnie w urządzeniu DPFest-400VP, w tym m. in. pneumatycznej płyty dociskowej. Odwołujący przesłał zdjęcie samej płyty dociskowej, która nie została zamontowana.

Ponadto Zamawiający zwrócił się do Odwołującegoz prośbą: „Ponieważ urządzenie powinno być rozwiązaniem

produkowanym seryjnie (produktem nieprototypowym i nie budowanym na specjalne zamówienie), proszę wskazać odbiorcę lub odbiorców modelu DPFest-400VP".
Odwołujący udzielił odpowiedzi, zgodnie z którą: „Użytkownikiem modelu DPFest-400VP od 2015 roku jest m.in.: Uniwersytet MENDELOVA BRNO, Lesní a dřevařská fakulta (Wydział Leśno-Drzewny), Výzkumné centrum Josef Ressela. Pozostali odbiorcy urządzenia znajdują się na terenie Rosji, a ze względu na obecną sytuację producent nie komunikuje się z Użytkownikami."
W treści wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień z 26 maja 2023 roku, Zamawiający wskazał: „Prosimy o opis zasady działania oraz zdjęcia pneumatycznej płyty dociskowej i jej wymiarów, zamontowanej w seryjnie produkowanym urządzeniu dla oferowanego modelu – z widocznymi oznaczeniami modelu urządzenia". W odpowiedzi Odwołujący wskazał, że: „Układ ten jest zamontowany wewnątrz urządzenia, dlatego nie posiadamy zdjęcia z widocznymi oznaczeniami urządzenia, ponieważ znajduje się ono wewnątrz przestrzeni testowej urządzenia. Niestety nie posiadamy zdjęć lepszej jakości, ponieważ u producenta nikt nie przewidywał takiej potrzeby, zważywszy, że nie jest to rozwiązanie opatentowane tylko klasyczny element dostarczany przez poddostawcę".
Z wezwania z 26 maja 2023 roku wyraźnie wynikało, iż Zamawiający oczekuje przedstawienia zdjęcia płyty dociskowej, zamontowanej w seryjnie produkowanym urządzeniu. Odwołujący nie przedstawił zdjęcia płyty, która jest zamontowana w seryjnie produkowanym urządzeniu. Na wezwanie Zamawiającego nie wykazał spełnienia wymagania wynikającego z OPZ. Ponadto – jak wskazano powyżej - Odwołujący wyjaśnił, że „Użytkownikiem modelu DPFest-400VP od 2015 roku jest m.in.: Uniwersytet MENDELOVA BRNO (…)". Odwołujący zatem miał możliwość przesłania zdjęcia ze wskazanego powyżej miejsca.
Zamawiający w trakcie rozprawy z udziałem stron złożył wyciąg z „wirtualnego spaceru" po pomieszczeniach wskazanego powyżej Uniwersytetu, co stanowi również dowód na okoliczność, że uzyskanie fotografii urządzeń, jakie znajdują się na tym Uniwersytecie, nie jest niemożliwe. Nie jest konieczna fizyczna obecność na miejscu, bowiem taki „wirtualny spacer" można odbyć za pośrednictwem internetu. W tym miejscu należy zauważyć, że Odwołujący nie odniósł się co do możliwości pozyskania takich zdjęć z Uniwersytetu w Brnie. Nie zaprzeczył po przedstawieniu fotografii przez Zamawiającego w trakcie rozprawy, że na wskazanym Uniwersytecie znajduje się urządzenie, które jednak nie spełnia wymagań Zamawiającego.
Odwołujący stwierdził jedynie, że ciężko odnieść się do śledztwa przeprowadzonego przez Zamawiającego, ale nie wykazał jednoznacznie, że nieprawidłowe są twierdzenia Zamawiającego (udowadniane za pomocą dowodu w postaci fotografii z ww. „wirtualnego spaceru"), że urządzenie znajdujące się na Uniwersytecie w Brnie posłużyło Odwołującemu do dokonywania zmian graficznych.
Należy ponownie wskazać, że Odwołujący wskazał (w zacytowanych powyżej wyjaśnieniach) Uniwersytet w Brnie jako miejsce, w którym znajduje się urządzenie przez niego produkowane, które miałoby spełniać wymaganie OPZ. Zatem w miejscu tym powinno być widoczne urządzenie, którego producentem był Odwołujący i które, stosownie do oświadczenia Odwołującego, powinno spełniać wymagania SWZ. Tymczasem, jak wskazywał Zamawiający, na urządzeniu tym nie została zamontowana płyta dociskowa, której oczekiwał Zamawiający w swoich wymaganiach opisanych w SWZ. Oznacza to, że Odwołujący nie wykazał, aby dysponował urządzeniem, które jest wyposażone w pneumatyczną płytę dociskową, automatycznie sterowaną przez mikroprocesor, z maksymalną siłą docisku przynajmniej 3 kN i które jednocześnie jest urządzeniem produkowanym seryjnie. Gdyby urządzenie wyposażone w taką płytę było produkowane seryjnie, Odwołujący przedstawiłby zdjęcie takiego urządzenia.
Odwołujący w trakcie rozprawy z udziałem stron wskazał, że produkuje co najmniej kilkanaście urządzeń rocznie - takich jak wymaga Zamawiający w OPZ. Trafnie zauważył Zamawiający, że w sytuacji, gdyby Odwołujący faktycznie produkował rocznie wskazaną ilość urządzeń, nie istniałaby najmniejsza przeszkoda w przedstawieniu zdjęcia takiego urządzenia (bez konieczności powoływania się na urządzenia niedostępne, które znajdują się za granicą) w przeciągu czasu, w jakim prowadzone jest niniejsze postępowanie przetargowe.
Podkreślenia wymaga fakt, że żadna ze stron postępowania nie kwestionuje możliwości korzystania z komponentów pochodzących od różnych producentów. Istotą, a więc tym, czego nie wykazał Odwołujący, jest fakt, że (nawet) z komponentów produkowanych seryjnie przez różnych producentów powstało produkowane przez niego urządzenie, odpowiadające wymaganiom OPZ, które już istnieje, nie jest prototypem, a jest produkowane seryjnie.
W odniesieniu do argumentacji dotyczącej modernizacji (podniesionej przez Odwołującego w odwołaniu) należy wskazać za Zamawiającym, że unowocześnienie, modernizacja powinna zostać wdrożona w urządzeniu już istniejącym, produkowanym seryjnie.
Odwołujący nie wykazał, że istnieją urządzenia produkowane seryjnie o takich wymaganiach, jakie postawił Zamawiający w SWZ, co oznacza, że Odwołujący nie wykazał spełnienia tych parametrów, jakie wskazał Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego.
Trafnie wskazał Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie, że: „Zamawiający wyraźnie definiował potrzebę zakupu

urządzenia produkowanego seryjnie - a nie budowanego na specjalne zamówienie. Odwołujący konsekwentnie powtarza w swoich uzasadnieniach, że skorzysta z gotowego rozwiązania płyty produkowanej przez niemieckiego producenta i następnie będzie to rozwiązanie dopiero „łączył" z wieżą zrzutową np. wykorzystując przykładowo zawory firmy Festo. Zamawiający jeszcze raz podkreśla, że w urządzeniach produkowanych seryjnie nie poszukuje się dopiero rozwiązań technicznych i nie łączy się jednego elementu z drugim - tylko, lepsze lub gorsze, rozwiązania są już zaaplikowane w urządzeniu. Dlatego też argumentacja prezentowana przez Odwołującego, że dopiero będzie to realizował - z definicji i natury rzeczy nie spełnia warunku posiadania odpowiedniego urządzenia - tylko wpisuje się w warunek budowania urządzenia na zamówienie, czego wyraźnie chciał uniknąć Zamawiający. Przy okazji Zamawiający podkreśla, że modernizacja urządzeń - czyli proces ich unowocześniania - jest spełniony w rozwiązaniach istniejących".

W trakcie rozprawy z udziałem stron Odwołujący złożył jako dowód skan korespondencji e-mailowej z – jak wskazał – osobą zatrudnioną w firmie Grip Engineering (która to firma miała być producentem oferowanej przez Odwołującego płyty dociskowej). Odwołujący przetłumaczył wyłącznie 1 zdanie z korespondencji prowadzonej w języku angielskim. Nie przedstawił tłumaczenia na język polski zapytania, jakie skierował do ww. firmy. Nie można zatem ustalić, jakie rzeczywiście padło pytanie ze strony Odwołującego, co może mieć istotne znaczenie z uwagi na wskazywaną przez Przystępującego niezgodność w parametrów urządzenia zawartych w kierowanym zapytaniu z tymi, których wymagał Zamawiający w SWZ.

Odpowiedź (z firmy Grip Engineering), na którą wskazywał Odwołujący, brzmiała: „Tak, możemy zaoferować zmodyfikowaną wersję oprzyrządowania o zakresie -50°C - +100°C."

Powyższe zdanie jednoznacznie potwierdza okoliczność, że Odwołujący nie wykazał, że urządzenie przez niego oferowane jest urządzeniem produkowanym seryjnie. Skoro bowiem w powyżej zacytowanej korespondencji stwierdzono, że: „możemy zaoferować zmodyfikowaną wersję oprzyrządowania", to oznacza, że zaoferowane zostanie urządzenie, które nie funkcjonowało dotychczas, ale które dopiero będzie tworzone po raz pierwszy, a zatem na pewno nie jest urządzeniem produkowanym seryjnie. Jak wskazywał Zamawiający, w urządzeniach produkowanych seryjnie nie poszukuje się dopiero rozwiązań technicznych i nie łączy się jednego elementu z drugim - tylko, lepsze lub gorsze, rozwiązania są już zaaplikowane w urządzeniu. Skoro Odwołujący dopiero zwraca się do producenta płyty z pytaniem dotyczącym możliwości połączenia elementów, to jednoznacznie dowodzi to, że Odwołujący nie oferuje urządzenia produkowanego seryjnie, a urządzenie dopiero tworzone, prototyp.

Powyższe jednoznacznie wskazuje na niezgodności oferowanego przez Odwołującego produktu z pkt. 51 OPZ. Odwołujący nie wypełnił kluczowego wymagania Zamawiającego.

Nie jest zatem zasadny zarzut Odwołującego, dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wobec niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia, Zamawiający był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego.

Nie jest także zasadny zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wobec okoliczności, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu, nie istniały podstawy do dalszego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Odwołujący nie wskazał nawet, w jakim zakresie miałby zostać wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący nie wykazał również, aby Zamawiający nie zweryfikował poprawnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę Instron GmbH.

Odwołujący nie wskazał nawet, jaki przepis prawa miałby naruszyć Zamawiający. Nie są zasadne twierdzenia podnoszone przez Odwołującego względem oferty ww. Wykonawcy.

Zgodnie z pkt. 16 OPZ: Urządzenie musi być wyposażone w cyfrowy enkoder, w celu dokładnego pozycjonowania trawersy z dokładnością ±1 mm, powtarzalnością 0,5 mm, a także rozdzielczością odczytu 0,1 mm (lub lepszą).

Z treści dokumentu złożonego przez Wykonawcę Instron GmbH w trakcie rozprawy z udziałem stron (a także wraz z ofertą) pn. „Pre-Installation manual" wynika, że rozdzielczość odczytu w urządzeniu oferowanym jest równa 0,1 mm, co oznacza, że jest zgodna z wymaganiami OPZ. W treści dokumentacji znalazło się jednoznaczne stwierdzenie: „mierzona przez enkoder cyfrowy (…) rozdzielczość odczytu 0,1 mm". Informacje o parametrach znajdują się na stronie 3-4 dokumentacji. W konsekwencji twierdzenie o niezgodności oferty Wykonawcy Instron GmbH z warunkami zamówienia jest bezpodstawne.

Przedstawione w dalszej kolejności twierdzenia Odwołującego są nieczytelne. Odwołujący nie tylko niewskazał, jaki przepis prawa miałby naruszyć Zamawiający, ale również nie sformułował w sposób zrozumiały zarzutu. W odwołaniu przedstawił jedynie hasła oraz pytania retoryczne. Nie wyjaśnił, z jakimi postanowieniami SWZ miałaby ewentualnie być niezgodna oferta Wykonawcy Instron GmbH.

Jak wskazał Odwołujący: „w pkt. 4 ww. odpowiedzi firmy Instron nie odnajdujemy karty katalogowej, brak informacji czego dotyczy ta specyfikacja. Nie odnajdujemy tam oznaczeń modelu urządzenia pomiarowego i urządzenia w którym jest ten czujnik zamontowany. Czy tak WIELKA firma, która dostarcza tyle urządzeń rocznie nie potrafi przedstawić rzetelnej

dokumentacji tylko jakiś „przedruk" z 2009 roku z Włoch, a w ocenie Zamawiającego jest to wystarczające? Gdyby taki dokument przedłożyła firma Labortech zapewne zostałby przez to odrzucona". Sam Odwołujący stwierdził, że pozostawia tę kwestię bez dalszego komentarza.
Powyższe oznacza, że Odwołujący nie sformułował zarzutu, skoro „pozostawia tę kwestię bez dalszego komentarza".
Niezależnie od powyższego, Zamawiający w treści wezwania Wykonawcy Instron GmbH wskazał, że oczekuje przesłania dokumentacji technicznej czujnika optycznego do wykrywania prędkości uderzenia i prędkości odbicia. Z treści wezwania nie wynikało, aby Zamawiający oczekiwał złożenia karty katalogowej, a jedynie dokumentacji technicznej. Zupełnie niezrozumiałe jest twierdzenie Odwołującego, zgodnie z którym Wykonawca Instron GmbH nie załączył karty katalogowej. Odwołujący nie wyjaśnił, z którego postanowienia SWZ wynikała konieczność przedstawienia akurat karty katalogowej i jaki parametr miałby być za jej pomocą ustalony. Już z tego powodu zarzuty Odwołującego należy uznać za bezzasadne.
Niezależnie od powyższego, w trakcie rozprawy z udziałem stron ustalono, że Wykonawca Instron GmbH załączył do oferty dokument techniczny pod nazwą 9440 Drop Tower System (tłumaczenie na język polski załączył w trakcie rozprawy z udziałem stron). Ponadto Wykonawca ten wskazał na dokument, który również został załączony przez niego do oferty, tj. dokumentację w postaci: „Raportu z testu". W dokumencie tym znalazło się oznaczenie (model) urządzenia pomiarowego (str. 1), a ponadto, wbrew twierdzeniu Odwołującego, znalazły się dane dotyczące oznaczenia produktu oraz informacje dotyczące urządzeń testujących, oscyloskopu, mikroskopu. Odwołujący nie wskazał konkretnej niezgodności w tym zakresie z wymaganiami SWZ.
Jeszcze bardziej niezrozumiałe są emocjonalne uwagi Odwołującego takie jak: „Czy tak WIELKA firma, która dostarcza tyle urządzeń rocznie nie potrafi przedstawić rzetelnej dokumentacji tylko jakiś „przedruk" z 2009 roku z Włoch, a w ocenie Zamawiającego jest to wystarczające?" Z powyższych uwag Odwołującego nie wynika zupełnie, z którym punktem SWZ miałaby być niezgodna oferta Wykonawcy Instron GmbH, ani jaki przepis prawa (i dlaczego) naruszył Zamawiający.
Dalej Odwołujący stwierdził: „Poza tym w dokumentacji przestawionej przez firmę Instron odnajdujemy informację, że dotyczy ona innego modelu niż zaoferowane, ale to również nie stanowi problemu w zaakceptowaniu tego faktu przez Zamawiającego". Odwołujący ponownie nie sformułował w tym zakresie jasnego zarzutu. W treści oferty Wykonawcy Instron GmbH wskazano na model oferowanego urządzenia. W trakcie rozprawy z udziałem stron zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący, powoływali się na zmiany podmiotowe w zakresie firmy Instron GmbH, ta okoliczność nie była sporna. Nie jest więc jasne, gdzie Odwołujący upatruje niezgodności oferty Wykonawcy Instron GmbH z dokumentacją zamówienia (SWZ, OPZ).
Odwołujący w treści odwołania w odniesieniu do pkt. 9 odpowiedzi Wykonawcy Instron GmbH wskazał: „nie odnajdujemy potwierdzenia, iż zaoferowany system płyty dociskowej jest sterowany mikroprocesorem lub też układem pneumatycznym, a na prezentowanych przez oferenta zdjęciach widzimy tylko część mechaniczną, a nie odnajdujemy elementów wskazujących, iż jest to rozwiązanie sterowane pneumatycznie. Zatem pozostaje zadać pytanie, w jaki sposób Zamawiający zweryfikował choćby ten parametr w przypadku oferty konkurencyjnej."
Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie odniósł się do stanowiska Odwołującego. Wskazał, że: „w przeciwieństwie do Odwołującego Zamawiający na podstawie dokumentów przesłanych przez firmę Instron GmbH, może również potwierdzić, że oferowany system płyty dociskowej jest zarówno sterowany mikroprocesorem jak i jest układem pneumatycznym. Na stronie 10 i 11 wyjaśnień z dnia 30 maja 2023 r. przesłanych przez Instron GmbH znajduje się część mechaniczna systemu płyty dociskowej, o czym wspomina w piśmie Odwołujący, natomiast na stronie 4 tych samych wyjaśnień Odwołujący nie zauważył wyraźnie widocznych siłowników pneumatycznych sterujących płytą dociskową - rys. 9. Z przesłanych przez firmę Instron GmbH danych zawartych w załączniku (Pre-Installation manual) na stronie 3-4 wynika również, że zaciskanie próbki będzie odbywać się pneumatycznie przy sterowaniu automatycznym (rys. 8 - niebieska ramka). Dla tego typu nowoczesnego urządzenia mechatronicznego jakim jest oferowana wieża zrzutowa „zamknięcie pętli" sterowania automatycznego może odbywać się tylko z wykorzystaniem mikroprocesora".
Odwołujący nie odniósł się do stanowiska Zamawiającego. Okoliczność, że Odwołujący czegoś nie odnajduje czy nie zauważa, nie oznacza, że dowiódł niezgodności oferty konkurencyjnej z wymaganiami SWZ. Odwołujący nie udowodnił zatem, że zaoferowane przez Wykonawcę Instron GmbH urządzenie nie odpowiada wymaganiom SWZ.
Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt. 5 w zw. z ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie prawidłowego ich zastosowania oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zachwianie równej pozycji wykonawców w postępowaniu, a w konsekwencji wybór oferty Wykonawcy Instron GmbH. Nie wykazał, na czym miałoby polegać naruszenie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i zachwianie równej pozycji wykonawców w postępowaniu. Zamawiający wyjaśnił, że każdemu z wykonawców w postępowaniu zadał takie same pytania. Sama zaś okoliczność, że Zamawiający wzywał wykonawców do złożenia wyjaśnień co do zaoferowanych produktów, nie stanowi naruszenia przepisów ustawy. Zamawiający dokonał

wszechstronnego badania ofert Wykonawców. Odwołujący nie wnosił odwołania wobec czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu go do złożenia wyjaśnień, czy konkretnych dokumentów na etapie badania ofert.

W konsekwencji, za bezzasadny należało uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skoro oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu, nie zachodziła podstawa do dokonania wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zd. 1), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……...