Sygn. akt: KIO 2009/23

WYROK

z dnia 28 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Beata Konik

Protokolant:Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 26 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 lipca 2023 roku przez odwołującego **P.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.K. Tech Ekspert Południe z siedzibą w Stalowej Woli** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Gospodarki Komunalnej „BOLESŁAW" spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bolesławiu**,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z 5 lipca 2023 r. dotyczącej wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę HYDROSPRZĘT KUKLA Spółkę Jawną z siedzibą w Trzcianie, ponowne badanie i ocenę ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę HYDROSPRZĘT KUKLA Spółkę Jawną na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą.
   2.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą sumę kosztów poniesionych przez Odwołującego z tytułu wpisu i zastępstwa przed Izbą.

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.

Przewodnicząca: ……..…

Sygn. akt: KIO 2009/23

UZASADNIENIE

Zakład Gospodarki Komunalnej „BOLESŁAW" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bolesławiu (dalej: *„Zamawiający"*) prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn.: „Zakup i dostawa ładowarki kołowej", nr postępowania: 8/ZP/2023.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 21 czerwca 2023 r. pod numerem 00268526/01.

W postępowaniu tym P.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.K. Tech Ekspert Południe z siedzibą w Stalowej Woli (dalej: *„Odwołujący"*) 10 lipca 2023 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty wybranej jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 252 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy HYDROSPRZĘT KUKLA Spółka Jawna podczas gdy powinna być ona odrzucona jak niezgodna z warunkami zamówienia, treść tej oferty nie odpowiada bowiem treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: *„SWZ"*),
2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez błędne przyjęcie, że oferta wykonawcy HYDROSPRZĘT KUKLA Spółk Jawna nie podlegała odrzuceniu podczas gdy w ofercie swojej zawarł produkt który nie spełnia warunków zgodnie z warunkami zamówienia ujętymi w SWZ,

3)art. 239 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty P.K. Tech- Ekspert Południe jako najkorzystniejszej.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a)unieważnienie czynności wyboru oferty HYDROSPRZĘT KUKLA Spółka Jawna jako najkorzystniejszej,

b)odrzucenie oferty HYDROSPRZĘT KUKLA Spółka Jawna,

c)powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej P.K. Tech- Ekspert Południe.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę.

Następnie Odwołujący wskazał, że z SWZ wynika jednoznacznie, że Zamawiający oczekiwał zaoferowała ładowarki z blokadą mechanizmu różnicowego.

Odwołujący wyjaśnił, że ofertę złożyło trzech wykonawców, tj. HYDROSPRZĘT KUKLA Spółka Jawna , P.K Tech- Ekspert Południe i BERGERAT MONNOYEUR Sp.z o.o.

Odwołujący, po uzyskaniu informacji z otwarcia ofert złożył do Zamawiającego pismo z dnia 29 czerwca 2023, w którym poinformował o tym, że z uwagi na niespełnienie posiadania blokady mechanizmu różnicowego oferta HYDROSPRZĘT KUKLA Spółka Jawna nie spełnia wszystkich wymagań technicznych wskazanych w SWZ w zakresie blokady mechanizmu różnicowego. Odwołujący wyjaśnił, że w przedmiotowym piśmie w sposób jednoznaczny wskazał, że producent ładowarki zaoferowanej przez HYDROSPRZĘT KUKLA Spółka Jawna w żadnej z opcji wyposażenia ni posiada blokady mechanizmu różnicowego. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący załączył aktualny folder maszyny pozyskany z oficjalnej strony internetowej producenta. W sposób jednoznaczny Odwołujący wskazał również, że zgodnie z nomenklaturą techniczną wskazany przez HYDROSPRZĘT KUKLA Spółka Jawna most wyposażony v dyferencjał typu LSD (Limited Slip Differential) nie może być nazwany mostem posiadającym blokadę mechanizmu różnicowego. W ocenie odwołującego oferta HYDROSPRZĘT KUKLA Spółka Jawna powinna więc zostać odrzucon przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że powyższe wywodzi z posiadanej przez siebie wiedzy technicznej a także opinii sporządzonej przez eksperta wpisanego na listę biegłych sądowych, którą jako dowód załączył do odwołania.

Odwołujacy argumentował, że Wykazanie zasadności odwołania Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty jeśli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (w tym również jeśli nie odpowiada treści SIWZ.) Wskazać należy, że norma wyrażona w art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. odnosi się również do merytorycznych wymagań każdego zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, wymagań technicznych, warunków realizacji, ceny i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SiWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego. Jak wskazano powyżej oferta złożona przez HYDROSPRZĘT KUKLA Spółka Jawna. nie spełniała wymogów wskazanych w SIWZ. Oferta dotyczyła bowiem dostav ładowarki której producent w żadnej z opcji wyposażenia maszyny nie posiada blokady mechanizmy różnicowego czyli wskazanego przez Zamawiającego w SIWZ wymogu technicznego maszyny. . Wyżej wskazana niezgodność polega więc na tym, że Zamawiający w Sopz, określił, że ładowarka powinna posiadać blokadę mechanizmu różnicowego. Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że złożona oferta nie spełniała wymagań wskazanych w SiWz i Sopz. To przesądza o tym, iż zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty HYDROSPRZĘT KUKLA Spółka Jawna. To z kolei przesądza również o tym, że Zamawiający dopuśc się naruszenia przepisu art. 252 ust. 1 p.z.p. w zw. art. 253 ust. 1 p.z.p. poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która podlegała odrzuceniu jako nie odpowiadająca wymogom SIWZ i zaniechaniu wyboru oferty P.K. Tech- Ekspert Południe. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący na potwierdzenie powyższego stanowiska powołał się na orzecznictwo KIO w sprawach o sygn.akt KIO 399/17, KIO 1460/20 oraz KIO 1048/18.

W złożonej pismem z 17 lipca 2023 r. (wpływ 21 lipca 2023 r.) odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w

sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron zaprezentowane zarówno w pismach odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Stan faktyczny w treści odwołania został prawidłowo opisany, uzupełniająco Izba wskazuje, że pismem z 3 lipca 2023 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy HYDROSPRZĘT KUKLA Spółka Jawna z siedzibą w Trzcianie (dalej *„Hydrosprzęt”*) w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnienia treści oferty. Zamawiający w treści pisma wskazał m.in.: *„Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazał, iż ładowarka kołowa ma posiadać blokadę mechanizmu różnicowego. Wykonawca składając ofertę wskazał, iż oferowana przez niego ładowarka posiada w/w blokadę. Niemniej jednak na podstawie katalogowych danych technicznych dla modelu Luingong 856H zaoferowanego przez Państwa firmę most napędowy z blokadą mechanizmu różnicowego nie występuje. Maszyny tego producenta posiadają jedynie mosty Limited Slip (z ograniczonym poślizgiem). Rozwiązanie typu Limited Slip (LSD) nie zapewnia pełnego przeniesienia momentu na koła , a zdolność do przenoszenia momentu obrotowego na podłoże jest niższa niż w przypadku blokady. Dodatkowo przy mostach typu Limited Slim użytkownik nie jest w stanie kontrolować użycia ograniczonego poślizgu w moście samodzielnie i nie jest w stanie go użyć w sytuacjach wymagających zastosowania blokady mostu. Zgodnie z powyższym most wyposażony w dyferencjał typu LSD (Limited Slip Differential) nie może być nazywany mostem posiadającym blokadę mechanizmu różnicowego. (…)”*.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, wykonawca Hydrosprzęt przedstawił m.in. oświadczenie producenta o treści: *„W nawiązaniu do postępowania ogłoszonego przez ZGK Bolesław Sp. z o.o. pn. „Zakup i dostawa ładowarki kołowej” nr postępowania 8/ZP/2023 informujemy, że układ LSD, to nowoczesna wersja blokady mechanizmu różnicowego mostu napędowego i traktujemy, że spełnia to zapisy SIWZ-u w Opisie Przedmiotu Zamówienia, zał. nr 5 do SIWZ – „Blokada mechanizmu różnicowego”.*

Mechanizm różnicowy LSD zastępuje mechaniczną blokadę mechanizmu różnicowego oraz eliminuje podstawowy mankament blokady mechanicznej tj. blokadę mechaniczną można włączyć przez operatora tylko w przypadku ustawienia maszyny do jazdy na wprost. Moment włączenia blokady jest subiektywną oceną operatora. Mechanizm LSD działa automatycznie, niezależnie od operatora, bez względu na ustawienia maszyny (jazda na wprost, czy w skręcie).

Mechanizm LSD wyczerpuje znamiona blokady, a nawet pracuje znacznie lepiej. Wszyscy światowi producenci maszyn dawno odeszli od blokady mechanicznej, a przeszli na nowoczesne układy LSD.”

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą prawną sformułowanych zarzutów odwołania.

art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…)

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

art. 239 ustawy Pzp

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

art. 252 ust. 1 ustawy Pzp

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia.

art. 253 ust. 1 ustawy Pzp

1. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

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

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

W ocenie Izby odwołanie zasługiwało na uwzględnienie z następujących powodów.

Po przeprowadzeniu rozprawy i zapoznaniu się ze stanowiskiem Stron Izba doszła do przekonania, że jest bezsporne, iż zaoferowana przez wykonawcę HYDROSPRZĘT ładowarka nie posiada blokady mechanizmu różnicowego, wynika to również z karty katalogowej jak i z oświadczenia producenta, które również wprost tej okoliczności nie potwierdza. W ocenie Izby spór dotyczy sposobu rozumienia wymagania wskazanego w szczegółowym

opisie przedmiotu zamówienia i powielonego w załączniku 1a do formularza ofertowego w brzmieniu *„blokada mechanizmu różnicowego”*. Jak wskazał Zmawiający w odpowiedzi na odwołanie w jego ocenie wymóg ten nie jest jednoznaczny ponieważ Zamawiający nie doprecyzował czy oczekuje pełnej czy częściowej blokady. W ocenie Zamawiającego mechanizm LSD uznaje się za częściową blokadę.

Z taką interpretacją spornego wymagania w ocenie Izby nie sposób się zgodzić. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego wymóg *„blokada mechanizmu różnicowego”* nie jest wymogiem budzącym wątpliwości. Strony są zgodne co do tego, że są to mechanizmy o innym działaniu i właściwościach, a tym samym, że są to dwa różne mechanizmy. Powyższe wynika też z załączonej przez Odwołującego do odwołania opinii, którą Izba traktuje jako dokument prywatny, a z którą Zamawiający nie polemizował. W ocenie Izby Zamawiający posłużył się w opisie precyzyjnym sformułowaniem i nie ma wątpliwości że - jeśli w ogóle możemy mówić o jakimkolwiek stopniowaniu blokady – wymagał pełnej, czy też stuprocentowej blokady. Samo słowo *„blokada”* jak wskazał Odwołujący jest pojęciem jasnym, tj. albo coś jest blokadą albo nie. Ponadto Izba wzięła pod uwagę dowody Odwołującego w postaci wyciągów z dokumentacji przetargowej innych postępowań na podobny przedmiot zamówienia złożone na okoliczność wykazania, że gdy w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający chce dopuścić jeden z omawianych mechanizmów odpowiednio to opisują.

Przechodząc do oceny oświadczenia producenta z 4 lipca 2023 w ocenie Izby nie sposób z jego treści wywieźć zaoferowana ładowarka spełnia sporne wymaganie. Treść tego oświadczenia przede wszystkim nie odnosi się w ocenie Izby do istotny problemu poruszonej przez Zamawiającego w wezwaniu z 3 lipca 2023 r. Izba nie zgadza się ze stwierdzeniem jakoby mechanizm LSD mógł został uznany w okolicznościach tej sprawy, wobec spornego wymagania za zastępujący blokadę mechanizmu różnicowego. Dalsze wywody na temat eliminowania *„mankamentów”* blokady są irrelewantne dla zadanego przez Zamawiającego zapytania. Oświadczenie, że mechanizm LSD *„wyczerpuje znamiona blokady”* powinno utwierdzić Zamawiającego w przekonaniu, że oferta nie spełnia wymogu SWZ, gdyż Zamawiający oczekiwał zaoferowania ładowarki z blokadą, a nie z mechanizmem który będzie wyczerpywał znamiona blokady. W tym miejscu podkreślić należy, że z oświadczenia tego – co jest między stronami bezsporne – nie wynika, aby ocena dokonana przez Zamawiającego była błędna, tj. aby w istocie sporna ładowarka rzeczywiście posiadała blokadę mechanizmu różnicowego, a nie – jak ustalił Zamawiający – mechanizm LSD. Zamawiający sam dostrzega, że mechanizm LSD nie jest blokadą, czemu dał wyraz z piśmie z 3 lipca 2023 oraz w odpowiedzi na odwołanie. Zdaniem Izby ocena wskazana w piśmie z 3 lipca 2023 r., zgodnie z którą mechanizm LSD nie jest blokadą mechanizmu różnicowego była prawidłowa, a stanowisko prezentowane na etapie postępowania odwoławczego jest w ocenie Izby chybione oraz wewnętrznie sprzeczne.

Dowody złożone przez Zamawiającego podczas posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania zostały oddalone z uwagi na złożenie ich tylko wobec Izby przy jednoczesnym nieprzekazaniu ich odpisów Odwołującemu.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 związku z § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z §5 pkt 1) i 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodnicząca: ……..…