

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:

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 postępowanie 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 Spółka 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)odrzućenie 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 zaferowała 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 zaferowanej przez HYDROSPRZĘT KUKLA Spółka Jawna w żadnej z opcji wyposażenia nie 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 w 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.

Odwołujący 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 dostaw 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 dopuść 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 kontrydiktoryjności 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 (dale „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 wskręcie).

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 Zamawiający 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 wywieść 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 zostać uznany w okolicznościach tej sprawy, wobec spornego wymagania za zastępujący blokadę mechanizmu różnicowego. Dalsze wywody na temat eliminowania „*mankamentów*” blokady są irrelevantne 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: