Sygn. akt: KIO 2017/23

WYROK

z dnia 31 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 26 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **M.F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą LaborTech Polska M.F. z siedzibą w Oświęcimiu; LaborTech s.r.o. z siedzibą w Opavie**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojskową Akademię Techniczną z siedzibą w Warszawie**
przy udziale wykonawcy **Instron GmbH z siedzibą w Darmstadt (Niemcy)**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.oddala odwołanie;
2.kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie M.F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą LaborTech Polska M.F. z siedzibą w Oświęcimiu; LaborTech s.r.o. z siedzibą w Opavie, 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.

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 2017/23

Uzasadnienie

Wojskowa Akademia Techniczna z siedzibą w Warszawie (dalej „zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp" pn. „Dostawa młota wahadłowego Charpy do testów typu impact z energią min. 450 J."; znak sprawy: 33/WML/2023 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 marca 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00119558.

Zamawiający w dniu 5 lipca 2023 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej (po ponownym badaniu i ocenie ofert), złożonej przez wykonawcę **Instron GmbH z siedzibą w Darmstadt (Niemcy)**(dalej „Instron" lub „przystępujący"). Jednocześnie, w tym samym dniu, poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie M.F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą LaborTech Polska M.F. z siedzibą w Oświęcimiu; LaborTech s.r.o. z siedzibą w Opavie o odrzuceniu złożonej przez nich oferty, jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

W dniu 10 lipca 2023 r. swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie **M.F**. **prowadzący działalność gospodarczą pod firmą LaborTech Polska M.F. z siedzibą**

w Oświęcimiu; LaborTech s.r.o. z siedzibą w Opavie (dalej „odwołujący”) od czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia polegających na:

1. odrzuceniu oferty odwołującego z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia, podczas gdy złożona w postępowaniu oferta jest zgodna z warunkami zamówienia określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej "SWZ"), w tym
   w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej "SOPZ");
2. nieprawidłowym, niezgodnym z przepisami badaniu i ocenie oferty złożonej przez odwołującego polegającym na: (i) błędnym uznaniu, że oferta odwołującego nie spełnia wymagań SOPZ i SWZ, (ii) źle przeprowadzonym badaniu oferty odwołującego, powodującym nieuzasadnione i nie wynikające z dokumentacji postępowania przekonanie zamawiającego, że oferta odwołującego nie spełnia wymagań SWZ,
   (iii) odrzuceniu wyjaśnień odwołującego złożonych w dniu 26 maja 2023 r. dotyczących treści złożonej oferty, pomimo tego, że w poprzednim procesie odwoławczym, pismem z dnia 28 kwietnia 2023 r. zamawiający uwzględnił w całości przedstawione wyjaśnienia;
3. braku rzetelnej oceny oferty wykonawcy Instron, co doprowadziło do wyboru ww. oferty jako najkorzystniejszej;
4. braku równego traktowania oferentów w procesie podejmowania decyzji, gdyż przedstawiciel zamawiającego skierował pisma do CMI Inspektorat Opava, a nie uczynił tego samego w przypadku poddostawcy usługi dla firmy Instron, czyli Instron Calibration Laboratory z siedzibą w Stanach Zjednoczonych;
5. uznaniu, że oferta Instron spełnia warunki udziału w postępowaniu mimo, że nie zostało to wykazane dokumentami przedstawionymi przez ww. wykonawcę;
6. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Instron, pomimo tego, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;
7. zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej mimo, że w świetle kryteriów oceny ofert powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że ten naruszył niżej wymienione przepisy ustawy Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp 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 SOPZ;
2. art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie prawidłowego ich zastosowania oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji
   i zachwianie równej pozycji wykonawców w postępowaniu, a w konsekwencji wybór oferty wykonawcy Instron, którego oferta powinna zostać odrzucona z powodu nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez ww. wykonawcę w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp;
3. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu mimo, że oferta odwołującego jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert ustanowionych w postępowaniu.

Odwołujący, w oparciu o wyżej wskazane zarzuty, wniósł o ponowne uwzględnienie odwołania (przywołał orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1152/23) i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert, w tym czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz wyboru oferty wykonawcy Instron jako najkorzystniejszej;
2. przeprowadzenia ponownej oceny ofert i w konsekwencji odrzucenie oferty wykonawcy Instron, jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu;
3. przeprowadzenia ponownej oceny ofert i w konsekwencji wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp,
o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.
W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego
po stronie zamawiającego, przystąpił wykonawca Instron.

Zamawiający w dniu 19 lipca 2023 r., działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się

z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, jak też po zapoznaniu się z dokumentami przedłożonymi przez zamawiającego na rozprawie, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. Jego oferta została odrzucona, co powoduje że odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia. Jednocześnie zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Instron pomimo, że jest ona niezgodna z wymaganiami opisanymi w SWZ. Tym samym, w przypadku uwzględnienia odwołania, oferta odwołującego będzie najkorzystniejsza, a on sam może uzyskać zamówienie i osiągnąć zysk z tytułu jego realizacji.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, przekazaną przez zamawiającego w formie elektronicznej.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody, inne niż będące częścią dokumentacji prowadzonego postępowania, przedłożone przez odwołującego na posiedzeniu i rozprawie w postaci:

1. referencji wystawionych przez odbiorców sprzętu oferowanego przez odwołującego, którzy potwierdzają, że oferowany przez niego młot wahadłowy Charpy serii CHK 450J jest zgodny z normami, w tym normą ISO 148;
2. certyfikatu wystawionego przez Federalną Agencję Regulacji Technologicznej i Metrologii, potwierdzającego uzyskanie certyfikatu dla młota wahadłowego LabTest CHK (tajemnica przedsiębiorstwa odwołującego);
3. potwierdzenia od firmy Labor Tech s.r.o dotyczącego spełniania wymagań dla młota w zakresie parametru masy urządzenia, która nie przekracza 850 kg. z osłoną i wyposażeniem (kowadło i wahadło, bez podstawy betonowej);
4. potwierdzenie od firmy CMI Opava, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania norm ISO 148-2 i ASTM E23;
5. zestawienia własnego odwołującego - porównania cen oferowanych przez wykonawcę Instron;

na okoliczności przez niego wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z pkt III SWZ jest dostawa młota wahadłowego Charpy do testów typu impact z energią min. 450 J. Zamawiający opisał szczegółowo przedmiot zamówienia w załączniku nr 1 do SWZ. W SOPZ zawarto między innymi następujące wymagania: 1. Młot powinien być zaprojektowany, by spełnić wymagania norm ASTM E23, ISO 148, EN 10045, GOST 9454, AS 1544, JIS Z 2242, JI B 7722.2. Mł powinien zostać posadowiony na betonowej bazie, która spełnia zapis zawarty w normie ISO 148-2:2008.3. Podstawa betonowa powinna zostać wykonana zgodnie z szablonem Producenta urządzenia i przetransportowana na miejsce docelowe przed montażem młota.4. Maksymalna energia urządzenia do 450J. 5. Masa urządzenia z osłoną i wyposażeniem (kowadło i wahadło, bez podstawy betonowej) nie może przekroczyć 850 kg.

Izba ustaliła także, że zamawiający w niniejszym postępowaniu nie wymagał przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych. Zgodnie z pkt XVI SWZ obowiązkiem wykonawcy było potwierdzenie wymagań opisanych w SOPZ poprzez złożenie załącznika nr 1 do SWZ. W kolumnie 11 tego załącznika zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest podać: „Nazwa producenta i oznaczenie produktu oferowanego WYPEŁNIĆ OBOWIĄZKOWO".

Izba ustaliła ponadto, że odwołujący zaoferował urządzenie: LaborTech s.r.o. Oznaczenie produktu oferowanego: CHK450J-A w wersji dla operatora siedzącego za cenę398 889,00 zł. brutto. Z kolei przystępujący wpisał, że oferuje młot: Instron USA, model MPX450 za cenę 585 464,00 zł. brutto.

Zamawiający, pismem z 19 kwietnia 2023 r. poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Instron, jednocześnie odrzucając ofertę odwołującego, jako niezgodną z treścią

SWZ. Z decyzją tą odwołujący się nie zgodził, składając odwołanie do KIO i zarzucając zamawiającemu, że ten: niezasadnie podjął decyzję o odrzuceniu jego oferty, zaniechał przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego zawiadomienia z dnia 19 kwietnia 2023 r. o odrzuceniu oferty odwołującego, co udaremnia mu możliwość skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej, zaniechał wezwania odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, pomimo tego, że zachodziły przesłanki do wystąpienia przez zamawiającego z wezwaniem do wyjaśnień a w konsekwencji dokonał wyboru oferty wykonawcy Instron, pomimo że złożona przez niego oferta powinna zostać odrzucona z powodu nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający uwzględnił przedmiotowe odwołanie, jednakże przystępujący
do postępowania odwoławczego w sprawie toczącej się pod sygn. akt KIO 1152/23, po stronie zamawiającego, wykonawca Instron, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego.

Wyrokiem z dnia 9 maja 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie
i nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego; wezwanie wykonawcy Instron GmbH z siedzibą w Darmstadt w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w Rozdziale V pkt 1 ppkt 4 lit. a) Specyfikacji Warunków Zamówienia; ponowną ocenę i badanie ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Izba ustaliła, że zamawiający, w ramach powtórzonych czynności badania i oceny ofert, wezwał wykonawców do wyjaśnienia treści oferty, w zakresie dotyczącym spełniania wymagań opisanych w SOPZ oraz przedstawienia dodatkowych dokumentów.

Zgodnie z Wyrokiem KIO z dnia 9 maja 2023 r. wezwał także wykonawcę Instron
do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. W przedłożonym Wykazie przystępujący wykazał, że zrealizował dwie dostawy młota wahadłowego Charpy o wartości nie mniejszej niż 250 000 zł netto każda i że dostawy zostały zrealizowane należycie. Na potwierdzenie należytej realizacji dostaw załączył referencje wystawione przez następujących odbiorców: Ro-Mega Control SRL z Rumunii oraz TestForce s.r.o. z Czech.

Pismem z dnia 5 lipca 2023 r. zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Instron. Jednocześnie podjął decyzję o odrzuceniu oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako niezgodnej
z warunkami zamówienia.

W uzasadnieniu faktycznym wyjaśnił, że podjął niniejszą decyzję, ponieważ nie został spełniony pkt 5 SOPZ, zgodnie z którym: „Masa urządzenia z osłoną i wyposażeniem (kowadło i wahadło, bez podstawy betonowej) nie może przekroczyć 850 kg". Konsorcjum firm: LaborTech Polska M.F. i LaborTech s.r.o. w złożonej ofercie zaproponowało urządzenie o masie 1260 kg (załącznik nr 1 do wyjaśnień z dnia 26 maja 2023 r.) lub 1211 kg (odpowiedź na pytanie 4 w przesłanych wyjaśnieniach z dnia 26 maja 2023 r.), co niezależnie od prezentowanych informacji i tak znacznie przekracza masę zdefiniowaną w pkt 5 SOPZ. Konsorcjum w przedstawionych wyjaśnieniach, w celu spełnienia warunku masy urządzenia, odrzuciło w swoich kalkulacjach masę bazy stalowej (472 kg) stwierdzając, że ta część urządzenia jest elementem betonowego fundamentu.

Tego rodzaju wyjaśnienia, zdaniem zamawiającego, nie stanowią prawidłowej interpretacji zapisów normy ISO 148-2. Baza stalowa, zgodnie z definicją zawartą w ww. normie jest istotnym elementem konstrukcyjnym urządzenia i tylko tak może być traktowana. Z anglojęzycznych zapisów normy wynika, że baza jest częścią konstrukcyjnego szkieletu maszyny („part of the framework of the machine") położoną poniżej poziomej płaszczyzny podpór (pkt 3.1.2). W tej samej normie, w punkcie 5. Testing machine, podana została definicja szkieletu konstrukcyjnego maszyny („machine framework") jako elementu konstrukcyjnego podtrzymującego wahadło, za wyjątkiem fundamentu. Stąd też nie jest zasadnym powoływanie się przez Konsorcjum firm LaborTech na zapisy normy i jednocześnie pomijanie masy „bazy" w kalkulacjach masy urządzenia (co stoi także w sprzeczności m.in. z informacjami podawanymi w przesłanych kartach katalogowych firmy LaborTech).

W swoich wyjaśnieniach Konsorcjum firm LaborTech, pominęło elementarne zasady konstruowania części maszyn, jednocześnie doliczyło masę metalowej podstawy (bazy) do masy betonowego fundamentu. Takie stanowisko Konsorcjum wynika z konieczności spełnienia kolejnego warunku definiowanego w normie (pkt 6.2.2), a związanego z masą fundamentu, która powinna być nie mniejsza niż 40-krotność masy wahadła (…"the mass of the foundation is not less than 40 times that of the pendulum."). Metalowa podstawa (baza) nie jest elementem betonowego fundamentu, a zatem również ten drugi zapis normy ISO 148-2 (pkt 6.2.2) nie został przez Konsorcjum spełniony.

Reasumując, Konsorcjum firm LaborTech w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego masy urządzenia,

przeprowadziło interpretację normy ISO 148-2 w taki sposób, aby z jednej strony „odjąć" masę stalowej „bazy" od urządzenia, natomiast z drugiej strony „dodać" masę bazy do masy fundamentu. Należy zwrócić także uwagę, że w zapisach normy nie ma również definicji głównego urządzenia, co w swoich wyjaśnieniach stara się przekazać Konsorcjum firm LaborTech (odpowiedź 4).

Z powyższą decyzją nie zgodził się wykonawca LaborTech, składając swoje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania,
iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie Izba pragnie odnieść się do twierdzeń odwołującego, iż zamawiający podejmując decyzję o uwzględnieniu odwołania w sprawie toczącej się przed Krajową Izbą Odwoławczą o sygn. akt KIO 1152/23, zgodził się z twierdzeniami odwołującego dotyczącymi spełniania przez oferowane przez niego urządzenie, wymagań opisanych w SOPZ, w tym
w zakresie zgodności treści oferty z treścią pkt 5 SOPZ. Należy zauważyć, że w postępowaniu odwoławczym, które toczyło się pod ww. sygnaturą, odwołujący kwestionował decyzję zamawiającego o odrzuceniu jego oferty, przy czym podnosił zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przedstawienia przez zamawiającego pełnego uzasadnienia faktycznego w zawiadomieniu z dnia 19 kwietnia 2023 r. o odrzuceniu oferty odwołującego, co jak stwierdził udaremniało odwołującemu możliwość skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej. Odwołujący uzasadniając stawiane zarzuty argumentował, że zamawiający nie wskazał w piśmie rozstrzygającym postępowanie na podstawie jakich przesłanek lub dokumentów weryfikował poprawność i zgodność oferowanego sprzętu odwołującego z opisem przedmiotu zamówienia. Z kolei samo stwierdzenie niezgodności oferowanego urządzenia odwołującego z opisem przedmiotu zamówienia nie znajduje potwierdzenia w złożonej ofercie. W przypadku powzięcia jakichkolwiek wątpliwości, w szczególności w zakresie opisu urządzenia, zamawiający winien był zwrócić się do odwołującego o wyjaśnienie tych kwestii, czego nie uczynił. W celu ustalenia niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji warunków zamówienia - w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert (art. 223 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp), czego zamawiający na etapie poprzedzającym złożenie poprzedniego odwołania zaniechał.

W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że decyzja zamawiającego o uwzględnieniu odwołania o sygn. akt KIO 1152/23 dotyczyła wyłącznie czynności odrzucenia oferty odwołującego opartej, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, na informacjach pozyskanych ze strony internetowej Labortech i katalogów oferowanego sprzętu, nie zaś na wyjaśnieniach pochodzących od odwołującego. Izba również podzieliła tą argumentację odwołującego i, z powyższych powodów, nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert. W uzasadnieniu skład orzekający zauważył, że „na podstawie treści złożonej oferty
w tym załącznika nr 1 do SWZ Zamawiający nie był w stanie ustalić czy zaoferowany młot wahadłowy spełniał wymogi Zamawiającego, bowiem oprócz podania nazwy producenta
i modelu wykonawca nie składał wraz z ofertą jakichkolwiek przedmiotowych środków dowodowych na podstawie których Zamawiający mógłby ustalić zgodność oferowanego urządzenia z wymogami SWZ. Uwzględniając więc treść oferty i informacji w niej zawartych, w sytuacji gdy Zamawiający powziął jakiekolwiek wątpliwości co do zgodności oferty z SWZ to jego obowiązkiem było zwrócenie się do Odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień. Brak natomiast wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień uniemożliwiał Zamawiającemu weryfikację zgodności oferty z SWZ, a w konsekwencji jej odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp".

Zamawiający, wykonując powtórzone czynności, zgodnie z orzeczeniem KIO
w sprawie o sygn. akt KIO 1152/23, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści jego oferty. W wyniku tego wezwania, odwołujący złożył wyjaśnienia, w tym w zakresie zgodności oferowanego przez niego przedmiotu dostawy z treścią SWZ. Zamawiający powtórnie dokonał oceny oferty odwołującego, tym razem opierając się na złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach i dokumentach. Nie ulega zatem wątpliwości, że nie mamy
do czynienia z sytuacją, w której zamawiający uwzględniając odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1152/23 zgodził się jednocześnie z odwołującym co do tego, że oferta przez niego złożona odpowiada wymaganiom opisanym w SWZ. W ramach powtórzonych czynności zamawiający, tym razem biorąc pod uwagę wyjaśnienia i dokumenty przedłożone przez LaborTech
w postępowaniu, doszedł do wniosku, że jego oferta jest niezgodna z treścią pkt 5 SWZ.

W dalszej kolejności należy przypomnieć, że zgodnie z przepisem art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi
w dokumentach zamówienia. Z kolei stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z tymi warunkami.

Zgodnie z ugruntowanym na tle poprzedniego stanu prawnego orzecznictwem Izby, zachowującym obecnie aktualność, niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada opisanemu w SWZ, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty
w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SWZ, które dotyczą sposobu opisania, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy (por. wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r. sygn. akt KIO 396/16 oraz wyrok KIOz dnia 6 września 2016 r., sygn. akt KIO 1565/16).

Z kolei termin oferta należy odczytywać w świetle art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r., poz. 1360 ze zm.), który stanowi że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Na gruncie przepisów ustawy Pzp to zamawiający ustala w SWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie następnie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Dodać należy, że zastosowanie ww. przesłanki odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia. Tym samym punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy wskazać należy, że zamawiający w załączniku nr 1 do SWZ - SOPZ zawarł szczegółowe wymagania, które spełniać winien przedmiot zamówienia oferowany przez wykonawcę. Opisując wymagania ogólne dla oferowanego młota zażądał, aby ten był zaprojektowany w taki sposób, aby spełniał wymagania norm ASTM E23, ISO 148, EN 10045, GOST 9454, AS 1544, JIS Z 2242, JI 7722.2. Oczekiwał, że młot zostanie posadowiony na betonowej bazie, która spełnia zapis zawarty w normie ISO 148-2:2008., a podstawa betonowa powinna zostać wykonana zgodnie z szablonem Producenta urządzenia i przetransportowana na miejsce docelowe przed montażem młota. W pkt 5 zastrzegł także, że masa urządzenia z osłoną i wyposażeniem (kowadło i wahadło, bez podstawy betonowej) nie może przekroczyć 850 kg.

Nie budziło wątpliwości, że odwołujący, oferując młot: LaborTech s.r.o.; oznaczenie produktu CHK450J-A w wersji dla operatora siedzącego, zadeklarował w załączniku nr 1
do SWZ, że produkt ten spełnia wymagania w zakresie określonym przez zamawiającego.
Z kolei wezwany przez niego pismem z 19 maja 2023 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty, w odpowiedzi na pytanie dotyczące masy oferowanego urządzenia,
w piśmie z 26 maja 2023 r. stwierdził, że masa urządzenia wynosi 706 kg., bez bazy stalowej i podstawy betonowej.

Osią sporu między stronami w niniejszej sprawie było zatem, czy w świetle zapisów normy ISO 148-2, z zapisami której to normy urządzenie miało być zgodne, baza stalowa winna być traktowana jako element konstrukcyjny urządzenia czy też, jak twierdził odwołujący, zgodnie z przywołaną normą na urządzenie składają się wszystkie elementy urządzenia, poza bazą stalową i podstawą betonową.

W ocenie Izby zamawiający w sposób prawidłowy, opierając swoją decyzję na zapisach cytowanej normy, jak też biorąc pod uwagę treść złożonych w postępowaniu wyjaśnień
i dokumentów złożonych przez LaborTech w odpowiedzi na wezwanie uznał, że nie został spełniony warunek opisany przez zamawiającego w pkt 5 SOPZ, dotyczący maksymalnej masy urządzenia tj. 850 kg.

Cytowane przez zamawiającego zapisy normy, w ocenie Izby, należy uznać
za jednoznaczne i przesądzające o tym jakie można wyodrębnić części składowe urządzenia, a w konsekwencji jak liczyć jego wagę. I tak z cytowanych przez zamawiającego zapisów punktu 3.1.2 wynika, że baza jest częścią maszyny: „Baza - część szkieletu maszyny" (ang. „part of the framework of the machine"). Dalej z treści normy wynika, że ta położona jest poniżej poziomej płaszczyzny podpór. Z kolei w punkcie 5. Testing machine - podana została definicja szkieletu konstrukcyjnego maszyny („machine framework"), która opisywana jest jako „element konstrukcyjny podtrzymujący wahadło, za wyjątkiem fundamentu". Jednoznaczne w swojej treści zapisy normy wskazują, że na urządzenie składa się także stalowa podstawa, będąca elementem bazy.

Z kolei odwołujący nie przywołuje żadnego zapisu normy, który potwierdzałby jego stanowisko, dokonując jedynie swojej własnej interpretacji jej treści. Przedstawia także schemat urządzenia, z którego nie wynika jednak, że

prezentowane przez niego stanowisko jest prawidłowe. Na prezentowanym w wyjaśnieniach z dnia 26 maja 2023 r., jak też w treści odwołania schemacie, widoczne jest, iż owa „baza" obejmuje nie tylko podpory, na których umieszczana jest próbka oraz dolna część kolumn konstrukcyjnych całego młota, ale też podstawę. Dopiero ta opiera się na fundamencie. Tym samym wagę podstawy stalowej, która jest usztywnieniem całej konstrukcji i, bez której niemożliwe byłoby ustawienie całej konstrukcji wsporczej dla wahadła, należy wliczyć do masy urządzenia. Należy zauważyć, że także z załączonego do wyjaśnień opisu „Młota udarnościowego serii CHK.2 LabTest CHK 450J-A", w tabeli prezentującej dane techniczne, jako waga maszyny podano - 1260 kg. Z materiału przedstawionego przez odwołującego wynika zatem bezspornie, że masa urządzenia przekracza oczekiwaną przez zamawiającego wartość opisaną w pkt 5 SOPZ.

Odnosząc się z kolei do przywoływanych przez odwołującego zapisów normy ISO 148-2 pkt. 6.3.10 zauważyć należy, że ta nie zawiera w tym zakresie nakazu, ale często stosowane w normach technicznych „zalecenia" (ang. „It is recommended that the mass….") i tylko tak powinien być on tłumaczony i interpretowany. Stąd też zapis w tym punkcie normy należy traktować nie jako wymóg, ale rekomendację. W cytowanym fragmencie normy nie ma kategorycznego zapisu o konieczności spełniania tego rodzaju warunku dla urządzenia. Odwołujący wprawdzie w treści odwołania, dokonując jego tłumaczenia wskazuje,
że wymaganie to stanowi nie rekomendację, ale jednoznaczny wymóg, jednakże nie wskazuje na to zapis normy. Ponadto, sam odwołujący prezentując w innym miejscu odwołania na str. 7, trzeci akapit od góry tłumaczenie tego fragmentu normy z języka czeskiego podaje: „zaleca się, aby podstawowa rama maszyny była co najmniej 12 razy większa od masy wahadła". Należy uznać zatem, iż sam jest świadomy i przyznaje, że w tym wypadku mamy do czynienia z rekomendacją, a nie sztywnym, jednoznacznym wymaganiem. Co należy stwierdzić jednak z całą pewnością zapis ten nie może być traktowany jako dowód na okoliczność, że waga bazy maszyny nie powinna być wliczana do jej wagi.

Izba nie podziela także stanowiska odwołującego, który twierdził, że skoro zamawiający w treści załącznika nr 1 do SWZ - SOPZ nie wskazał w sposób precyzyjny które elementy składają się na urządzenie, jaka powinna być waga poszczególnych elementów, pozostawił w tym zakresie pewną dowolność wykonawcom. Powyższe, cytowane zapisy normy ISO 148-2 nie pozostawiają bowiem żadnych wątpliwości interpretacyjnych w zakresie tego, że bazę należy wliczyć do masy urządzenia. Zgodnie z definicją zawartą w ww. normie jest ona istotnym elementem konstrukcyjnym urządzenia i tylko tak może być traktowana. Stąd też nie jest zasadnym powoływanie się przez LaborTech na zapisy normy i jednocześnie pomijanie masy „bazy" w kalkulacjach masy urządzenia (powyższe stoi także w sprzeczności m.in. z informacjami podawanymi w przesłanych kartach katalogowych firmy LaborTech).

Z kolei odnosząc się do dowodów przedłożonych przez odwołującego na rozprawie, które mają potwierdzać, że oferowane zamawiającemu urządzenie jest w pełni zgodne
z normami, w tym z normą ISO 148, a także przeszło wymaganą certyfikację pozwalającą
na jego sprzedaż na rynku europejskim należy zauważyć, że te zostały przedstawione
na okoliczność, że młot będący przedmiotem oferty jest zgodny z normami. Tymczasem zamawiający, oprócz tego, że wymagał, aby przedmiot zamówienia był zgodny z normami opisanymi w pkt 1 SOPZ, zawarł wymóg dodatkowy, polegający na tym, aby waga samego urządzenia nie przekraczała 850 kg. (pkt 5 SOPZ). Jest to wymaganie odrębnie opisane
i sformułowane w sposób niezależny od wymogu zaoferowania urządzenia zgodnego
z normami, które każdy wykonawca miał obowiązek spełnić.

Tym samym Izba doszła do przekonania, że nietrafione są zarzuty odwołującego,
że zamawiający odrzucił jego ofertę z naruszeniem przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Z treści złożonych w postępowaniu wyjaśnień wynika bowiem, że wykonawca LaborTech
w złożonej ofercie zaproponował urządzenie o masie 1260 kg (załącznik nr 1 do wyjaśnień
z dnia 26 maja 2023 r.) lub 1211 kg (odpowiedź na pytanie 4 w przesłanych wyjaśnieniach
z dnia 26 maja 2023 r.), co niezależnie od prezentowanych informacji i tak znacznie przekracza masę zdefiniowaną w pkt 5 SOPZ. To, że w przedstawionych wyjaśnieniach, w celu spełnienia warunku masy urządzenia, odwołujący odrzucił w swoich kalkulacjach masę bazy stalowej (472 kg) stwierdzając, że ta część urządzenia jest elementem betonowego fundamentu, stanowi wyłącznie jego interpretację, która jest sprzeczna z jednoznacznie w tym zakresie sformułowanymi zapisami, zawartymi w normie ISO 148-2.

Odnosząc się z kolei do zarzutu, że oferowany przez firmę Instron przedmiot zamówienia również nie spełnia warunku dotyczącego masy urządzenia, gdyż ma masę większą niż 850 kg i, że zamawiający w sposób dostateczny nie zweryfikował czy przystępujący ten wymóg spełnia, Izba uznała, że powyższe zostało przez Instron potwierdzone w treści składanych przez tego wykonawcę w postępowaniu wyjaśnień.
Z dokumentacji technicznej przesłanej przez firmę Instron (Pre-Instalation Manual, Revision F, str. 18) wynika, że jego waga wynosi 821 kg. Jednocześnie, wbrew formułowanym

w odwołaniu zarzutom, pod tabelą, w której prezentowane są masy urządzeń dla różnych energii jest zapisana uwaga, że podana masa urządzenia uwzględnia również masę wahadła („1. Includes the enclosureand the pendulum assembly (with full capacity pendulum weights"). Należy zatem uznać, że przyjmując powyższą wartość zamawiający oparł się na danych prezentowanych przez Instron i deklarowanych w treści wyjaśnień, które dodatkowo zostały potwierdzone stosownym dokumentem.

Nie potwierdziły się także, w ocenie składu orzekającego, zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b poprzez zaniechanie prawidłowego zbadania oferty wykonawcy Instron, którego oferta powinna zostać odrzucona z powodu braku spełnienia warunków udziału
w postępowaniu w zakresie doświadczenia. W tym zakresie należy zauważyć, że zgodnie
z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2023 r. firma Instron została wezwana do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Po uzupełnieniu środków dowodowych w piśmie z 22 czerwca 2023 r., zamawiający zasadnie uznał, że przystępujący spełnia warunki zdefiniowane w SWZ, tzn. firma wykazała, że zostały zrealizowane dwie dostawy młota wahadłowego Charpy'ego o wartości nie mniejszej niż 250 000 zł. netto każda i że dostawy zostały zrealizowane należycie. Powyższe wynika z treści przedłożonego przez wykonawcę Instron wykazu, zaś potwierdzeniem należytego wykonania dostaw są dwie referencje przedstawione przez odbiorców: Ro-Mega Control SRL z Rumunii oraz TestForce s.r.o.
z Czech.

Prezentowane przez odwołującego argumenty dotyczące zrealizowanych zamówień, jak też przedłożonych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw, oparte są wyłącznie na domysłach i przypuszczeniach. Odwołujący nie powołał się i nie przedłożył
w postępowaniu żadnych dowodów, które miałyby potwierdzać jego stanowisko,
że przedłożone referencje należy uznać za „mało wiarygodne". Owej wiarygodności nie sposób odmówić przedłożonym dokumentom jedynie z tego powodu, że jak twierdzi odwołujący pochodzą od podmiotów - przedstawicieli regionalnych firmy Instron, które
to są przecież podmiotami odrębnymi, w szczególności nie związanymi kapitałowo
z wykonawcą Instron. Celem odwołującego była zatem jedynie chęć wzbudzenia wątpliwości u zamawiającego, który co należy przypomnieć opiera się, dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, na przedstawionych w jego toku dokumentach
i oświadczeniach.

W tym miejscu należy przypomnieć, że zgodnie przepisem art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym, w którym strony
i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 Kodeksu Cywilnegow zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławcze), na podstawie przedłożonych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. Tym samym w przypadku gdy odwołujący kwestionuje czy to prawdziwość czy rzetelność przedłożonych przez konkurencyjnego wykonawcę
w postępowaniu o udzielenie zamalowania referencji, jego obowiązkiem jest, oprócz wyartykułowania wątpliwości, przedłożyć stosowne dokumenty podważające ich rzetelność lub prawdziwość. Niewystarczające jest samo twierdzenie, że zamawiający powinien nabrać wątpliwości odnośnie składanych oświadczeń i dowodów, ale konieczne jest co najmniej uwiarygodnienie pozyskanych informacji, poprzez przedstawienie stosownych dokumentów.

Powyższe reguły dowodowe oraz ustalony stan faktyczny w sprawie doprowadziły Izbę do wniosku, iż zarzuty wobec zaniechań i czynności dokonanych przez zamawiającego
w stosunku do oferty przystępującego nie potwierdziły się i jako takie nie podlegały uwzględnieniu.

Izba nie dopatrzyła się także podstaw do uznania, że zamawiający naruszył zasady określone w art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, w sposób odmienny traktując odwołującego
i przystępującego w zakresie badania i oceny złożonych przez nich ofert. Zamawiający, stosując się do wyroku KIO z dnia 9 maja 2023 r. wezwał oba ubiegające się o zamówienie podmioty do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, a dodatkowo firma Instron została wezwana do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba nie znalazła podstaw do uznania, że badanie i ocena ofert odbywała się w sposób odmienny w stosunku do obu ubiegających się o zamówienie wykonawców. Decyzje zamawiającego oparte zostały na oświadczeniach i dokumentach przedkładanych przez wykonawców w postępowaniu, z uwzględnieniem zapisów zawartych

w dokumentach zamówienia.

Z tych względów odwołanie należało oddalić, o czym Izba orzekła w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący:…….