

**WYROK**

**z dnia 9 marca 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie **7 marca 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **22 lutego 2023 r.**

przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe ZIMEX H. Z., Leszcze** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Ciągnik komunalny o mocy do 120 KM* (nr DM.252.2.2023)

prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Dróg Powiatowych w Pasłęku** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawcy: **AGROMEX K. sp. z o.o. z siedzibą w Kurzętnikach** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet tych kosztów kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 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.**

## Uzasadnienie

Zarząd Dróg Powiatowych w Pasłęku {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „pzp” lub „Pzp”) w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Ciągnik komunalny o mocy do 120 KM* (nr DM.252.2.2023).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 12 stycznia 2023 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00026577.

Wartość tego zamówienia jest poniżej progów unijnych.

22 lutego 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez AGROMEX K. sp. z o.o. z siedzibą w Kurzętnikach {dalej: „Agromex” lub „Przystępujący”} oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe ZIMEX H. Z. w Leszczach {dalej: „Zimex”}.

22 lutego 2023 r. Zimex {dalej również: „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 5 – przez wadliwe odrzucenie oferty Zimexu, choć jej przedmiotem jest ciągnik o parametrach zgodnych z SWZ, na skutek błędnego uznania, że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia.
2. Art. 16 – przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania polegające na zmianie zasad oceny ofert w trakcie postępowania, ocenie oferty Zimexu w sposób dyskryminujący, z pominięciem parametrów określonych w SWZ oraz podważeniu wiarygodności oświadczenia co do parametrów pompy hydraulicznej oferowanego ciągnika, pomimo braku dowodów w tym zakresie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Unieważnienia odrzucenia oferty Zimexu.
3. Ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Zimexu.

W ramach uzasadnienia powyższe zarzuty zostały sprecyzowane przez powołanie się na następujące okoliczności.

{okoliczności faktyczne}

Brzmienie postanowień SWZ:

*Opis przedmiotu zamówienia:*

*Zamówienie obejmuje sprzedaż i dostarczenie 1 szt. nowego ciągnika rolniczego, spełniającego warunki dopuszczenia do ruchu drogowego o niżej określonych parametrach technicznych: ✓ rok produkcji nie starszy niż z 2022 r. ✓ fabrycznie nowy, bez przebiegu eksploatacyjnego ✓ silnik wysokoprężny, turbodoładowany o pojemności skokowej min. 3 500 cm<sup>3</sup> i mocy min. 110 KM. ✓ napęd na cztery koła (4WD), ✓ skrzynia biegów mechaniczna, prędkość maksymalna 40 km/h, ✓ biegi pełzające ✓ ilość wyjść hydrauliki – min. 6 gniazd, ✓ zbiornik paliwa min. 100 l, ✓ pompa hydrauliczna o wydajności min. 60 l/min., ✓ kabina z klimatyzacją, homologacja na dwie osoby, ✓ fotel operatora wyposażony w pas bezpieczeństwa, na zawieszeniu pneumatycznym, ✓ radio, ✓ żółta lampa ostrzegawcza, [rozdział IV pkt 4.3 lit. a)].*

*Oferta musi zawierać następujące oświadczenia i dokumenty:*

- 1) wypełniony formularz ofertowy*
  - 2) aktualne na dzień składania ofert oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu – załącznik nr 2 do SWZ*
  - 3) zobowiązanie innego podmiotu, o którym mowa w Rozdziale XIV pkt. 14.3 SWZ (jeżeli dotyczy)*
  - 4) Parametry techniczne – załącznik nr 4 do SWZ*
- (...) [rozdział XVI pkt 16.16 SWZ].*

*Oferta Zimexu zawierała załącznik nr 4, w którym zaoferowano ciągnik rolniczy Farmtrac 9120 DTV, rok produkcji 2022, o wydajności pompy hydraulicznej na poziomie 79 l/min.*

*Na odrębne wezwanie Zamawiającego Zimex przedłożył ponadto*

- oświadczenie z 9.02.2023 r., w którym potwierdził wydajność pompy na poziomie większym niż wymagane 60 l/min;*
- pismo Farmtrac Tractors Europe sp. z o.o. z 9.02.2023 r., w którym producent zaoferowanego ciągnika potwierdził wydajność pompy na poziomie większym niż wymagane 60 l/min [Ciągnik Farmtrac 9120 DT V posiada pompę zębatą podwójną, która stanowi jedną integralną część, składającą się z dwóch sekcji tłoczących. Łączna ich wartość jaką deklarujemy jako producent nie może być mniejsza niż 79 L/min. Zaoferowany ciągnik model Farmtrac 9120 DT V spełnia parametry techniczne opisane w Państwa postępowaniu].*

*Zamawiający odrzucił ofertę Zimexu na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy pzp, podważając wiarygodność powyższych oświadczeń w oparciu o stronę internetową tegoż*

producenta, z której wynika, że oferowany ciągnik Farmtrac 9120 DT V wyposażony jest w pompę hydrauliczną o wydajności 55 l/min.

Producent ten zamieścił na swojej stronie internetowej następujące zastrzeżenie:

*Wszelkie informacje podane w tej specyfikacji, w szczególności zaprezentowane fotografie, wykresy, specyfikacje, opisy, rysunki lub parametry techniczne nie stanowią oferty w rozumieniu Kodeksu cywilnego.*

*W wypadku sprzedaży konsumenckiej w rozumieniu Ustawy z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego (dalej zwane: Ustawą), zawarte tu informacje nie stanowią zapewnienia w rozumieniu art. 4 ust. 3 Ustawy, jak również nie stanowią opisu towaru w rozumieniu art. 4 ust. 2 Ustawy. Wiążące ustalenie ceny, wyposażenia i specyfikacji pojazdu następuje w umowie jego sprzedaży, a określenie parametrów technicznych zawiera świadectwo odpowiednie homologacji.*

{okoliczności prawne}

*Zarówno Zamawiający jak i Wykonawca są związani treścią specyfikacji warunków zamówienia, która po terminie składania ofert nie może być zmieniana, natomiast powstałe wątpliwości w zakresie interpretacji jej postanowień, w tym zawierających określenie warunków udziału w postępowaniu, nie mogą być rozstrzygane na niekorzyść wykonawcy, bowiem to Zamawiający jej autorem tego dokumentu i to jego obciążają ewentualne negatywne konsekwencje braku jednoznaczności postanowień SWZ [z uzasadnienia wyroku Izby z 12.04.2022 r. sygn. akt KIO 845/22; podobnie w uzasadnieniu wyroku z 14.01.2022 r. sygn. akt KIO 3787/21].*

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak na wstępie odwołania, wywodząc, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie strony internetowej producenta ciągników, która co do zasady ma charakter raczej poglądowy niż dowodowy, w świetle oświadczenia producenta wyjaśniającego rodzaj zastosowanej pompy jest wadliwa.

Zamawiający nie określił bowiem w SWZ, jakiego rodzaju pompy wymaga – czy ma to być pompa składająca się z jednej czy z dwóch sekcji tłoczących, co oznacza, że winien uznać za zgodne z SWZ oba rodzaje pomp.

Zamawiający wymagał w SWZ ogólnie, aby pompa hydrauliczna posiadała wydajność minimum 60l/min, nie wskazując przy tym, jaka ma być minimalna wydajność pompy podwójnej, odrębnie dla sekcji pompy odpowiadającej za pracę hydrauliki siłowej obsługującej pracę narzędzi i dla sekcji odpowiadającej za pracę wspomaganą układu kierowniczego.

Ani na stronie internetowej, ani w piśmie z 9.02.2023 r. producent Farmtrac nie określił, jak kształtuje się wydajność pompy w poszczególnych sekcjach. Nie uczynił również tego Odwołujący w swojej ofercie.

Nie wiadomo zatem, jak Zamawiający, nie mając żadnych szczegółowych informacji w tym zakresie, ustalił, że Odwołujący zaoferował ciągnik wyposażony w pompę podwójną o wydajności dla jednej sekcji 55 l/min, a dla drugiej 24 l/min.

Przy czym dopiero z informacji o odrzuceniu oferty można było dowiedzieć się, że intencją Zamawiającego (nieodzwierciedloną w SWZ) było, aby w przypadku zaoferowania pompy składającej się z dwóch sekcji tłoczących minimalna wydajność pompy 60 l/min odnosiła się do sekcji pompy odpowiadającej za pracę hydrauliki siłowej obsługującej pracę narzędzi.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 3 marca 2023 r. wniósł o jego oddalenie, następująco uzasadniając zajęcie takiego stanowiska.

Powodem odrzucenia oferty jest niespełnienie jednego z parametrów technicznych, określającego minimalną wydajność pompy hydraulicznej na poziomie 60 l/min. Zamawiający miał przy tym również na uwadze obowiązek równego traktowania wszystkich uczestników postępowania.

W konstrukcji układu hydraulicznego ciągników stosowane są rozwiązania z dwoma oddzielnymi pompami, gdzie jedna z nich odpowiada za pracę hydrauliki siłowej, a druga za wspomaganie kierownicy lub z jedną pompą dwusekcyjną, gdzie za pracę każdego z tych układów odpowiadają poszczególne sekcje. Zamawiający nie narzucał określonego rozwiązania.

Wymagany parametr jest bardzo istotny dla optymalnego wykorzystania zamawianego ciągnika, gdyż przesądza o efektywności pracy osprzętu użytkowego. Dlatego też większość producentów ciągników rolniczych w swoich materiałach reklamowych podaje ten parametr, jako jeden z podstawowych, który jest przez kupujących brany pod uwagę.

Równocześnie prawie żaden producent nie podaje wydajności pompy wspomagania układu kierowniczego, gdyż bez tego układu jazda ciągnikiem byłaby niemożliwa. Zamawiający nie określił wydajności pompy (sekcji pompy) odpowiadającej za pracę wspomagania układu kierowniczego, gdyż przyjął założenie, że jest ona dostosowana do indywidualnych cech konstrukcyjnych każdego ciągnika i gwarantuje prawidłowe warunki pracy operatora.

Jeżeli któryś z Wykonawców miał wątpliwości, który parametr podać (wydajność pompy hydrauliki siłowej czy wydajność pompy wspomagania kierownicy), powinien na

etapie postępowania wystąpić do Zamawiającego z pytaniem lub podać oddzielnie wydajności obu pomp. Natomiast na pewno nie powinien sumować ich wydajności i taką wartość wpisywać do oferty, ponieważ każda z pomp niezależnych lub każda sekcja w pompach dwusekcyjnych zasila różne układy ciągnika, odpowiedzialne za niezależne od siebie obszary działania (hydraulika siłowa lub wspomaganie kierownicy).

W toku badania ofert Zamawiający zauważył, że podana przez Zimex wydajność pompy hydraulicznej, wynosząca 79 l/min, rażąco odbiega od wartości tego parametru podanej na oficjalnej stronie producenta ciągnika Farmtrac 9120 DT V, Farmtrac Tractors Europe sp. z o.o., gdzie wynosi ona 55 l/min. Po sprawdzeniu danych technicznych wszystkich opisanych na tej stronie modeli ciągników o mocy od 50 do 122 KM okazało się, że w żadnym z nich nie są montowane pompy o deklarowanej wydajności większej niż 55 l/min.

W związku z tym pismem z 8.02.2023 r. Zamawiający wezwał Zimex do złożenia wyjaśnień. W odpowiedzi Zimex złożył dwa oświadczenia z 9.02.2023 r. Z oświadczenia Zimexu wynika jedynie, że wydatek pompy jest większy niż 60 l/min, natomiast producent potwierdza, że ciągnik posiada pompę dwusekcyjną, której łączna wydajność obu sekcji tłoczących wynosi nie mniej niż 79 l/min.

Skoro całkowita wydajność pompy dwusekcyjnej wynosi 79 l/min, różnica wydajności wynosząca 24 l/min dotyczy drugiej sekcji. Zamawiający założył równocześnie, że sekcja o większej wydajności zasila hydraulikę siłową, a sekcja o mniejszej wydajności wspomaganie układu kierowniczego, gdyż zgodnie z deklaracjami innych producentów ciągników obsługa hydrauliki siłowej wymaga większej wydajności pompy niż obsługa wspomagania kierownicy.

Odwołujący nie przedstawił jednoznacznych i wiarygodnych informacji na temat rzeczywistej minimalnej wydajności sekcji pompy zasilającej układ hydrauliki siłowej. Oparł się na oświadczeniu producenta ciągnika, w którym w ogóle nie zostaje podany ten parametr. Trudno się temu dziwić, gdyż każda inna deklaracja niż 55 l/min byłaby sprzeczna z wartością podaną w danych technicznych na oficjalnej stronie producenta. Gdyby pompa hydrauliczna stosowana do ciągników Farmtrac miała większą wydajność, ze względów marketingowych fakt ten na pewno byłby uwidocznił przez producenta.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 ustawy pzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Zamawiający podtrzymał dotychczasowe stanowisko, natomiast Odwołujący zajął stanowisko, jak piśmie procesowym z 6 marca 2023 r. W imieniu Przystępującego nikt się nie stawił.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, wykazał, że ma taki interes, a ponadto, że w związku z objętym zarzutami odrzucenia odrzuceniem jego oferty może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Brzmienie opisu przedmiotu zamówienia zawartego w rozdziale IV pkt 4.3 lit. a) SWZ zostało adekwatnie przytoczone w odwołaniu, więc nie ma potrzeby jego powtarzania.

Odnosnie wymaganego zakresu sprecyzowania treści oferty – jak to wynika z również adekwatnie przytoczonego w odwołaniu postanowienia – w rozdziale XVI pkt 16.16 ppkt 4) SWZ odesłano do załącznika nr 4 do SWZ pn. „Parametry techniczne”.

Dodać należy, że załącznik ten zawiera tabelę, w której ponownie wyszczególniono parametry opisu przedmiotu zamówienia, jednocześnie pozostawiając miejsce na wpisanie parametrów oferowanego ciągnika rolniczego {dalej również: „ciągnik”, „traktor” lub „pojazd”}, który należało w pierw sprecyzować przez podanie marki i modelu. Ponadto z dopisku zamieszczonego pod tabelą wynika zażądanie złożenia zdjęć oferowanego ciągnika, co wskazuje, że przedmiotem oferty mógł być tylko pojazd seryjnie produkowany, a nie taki, który zostanie dopiero dostosowany na potrzeby tego zamówienia.

Zamawiający, poza zażądaniem tych zdjęć – jak należy przyjąć, właśnie w celu wykazania, że oferowany model ciągnika już istnieje – nie zażądał innych przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania wszystkich czy choćby niektórych

parametrów opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym udowodnienia prawdziwości oświadczenia woli wykonawcy wynikającego z wypełnionego załącznika nr 4 do SWZ.

Jednocześnie ponieważ spośród fakultatywnych podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 ustawy pzp Zamawiający przewidział tylko tę z pkt 4 [patrz pkt 12.1 rozdziału XII SWZ], w razie ewentualnego stwierdzenia, że zadeklarowane przez wykonawcę w ofercie parametry oferowanego ciągnika nie odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy, konsekwencją mogło być wyłącznie odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Lapidarny opis przedmiotu zamówienia sprowadza się do dwunastu cech *stricte* technicznych (czyli nie biorąc pod uwagę roku produkcji i cechy fabrycznej nowości), więc oczywiste jest, że są to parametry najistotniejsze – obiektywnie traktora jako takiego lub co najmniej dla zaspokojenia potrzeb Zamawiającego. Spośród tych parametrów dwa odnoszą się do – jak to skrótowo określono – „hydrauliki”: po pierwsze – ma ona mieć co najmniej sześć wyjść (gniazd), po drugie – wydajność jej pompy wynosić ma co najmniej 60 l/min.

Jak podkreślał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, parametry układu hydrauliki siłowej zasilającego m.in. osprzęt zewnętrzny mają kluczowe znaczenie dla każdego użytkownika traktora. W przeciwieństwie do hydraulicznego wspomaganie układu kierowniczego, w które współczesne traktory są wyposażane standardowo, a jednocześnie nie ma ani potrzeby, ani zwyczaju określania jego parametrów, w tym siły jego działania, gdyż zakłada się, że producent dobrał je tak, aby możliwe było sprawne kierowanie pojazdem.

Ponieważ układ hydrauliki siłowej i układ kierowniczy służą odrębnym funkcjom, sumowanie ich wydajności nie ma żadnego praktycznego znaczenia.

Paradoksalnie potwierdzają to nie tylko dowody zgłoszone przez Zamawiającego [oznaczone w aktach sprawy i protokole rozprawy literą „Z” z kolejnym nr], ale i przez Odwołującego [oznaczone w aktach sprawy i protokole rozprawy literą „O” z kolejnym nr].

Jak wynika z wyciągów z trzech różnych SWZ na dostawę traktora, przy znaczenie bardziej rozbudowanym opisie przedmiotu zamówienia, w każdej z nich została określona minimalna wydajność hydrauliki siłowej oraz minimalna liczba gniazd do podłączania dodatkowego osprzętu [O1-O3], a w dwóch z nich co prawda wymieniono również wspomaganie układu kierowniczego, ale bez określania dla niego jakichkolwiek szczegółowych parametrów [O1, O2].

Podobnie w ramach specyfikacji technicznych udostępnianych przez producentów traktorów zawsze podawane są parametry układu hydrauliki siłowej, w tym jego wydajność i liczba wyprowadzonych złącz (gniazd) [Z1-Z7, O5, O7-O9], a co prawda w ramach pełniej



specyfikacji wymienia się wspomaganie układu kierowniczego [Z1-Z3], ale już wyjątkowo podaje się wydajność pompy hydraulicznej wspomaganie układu kierowniczego [Z1].

Również w ramach artykułu pt. „Przegląd ciągników o mocy 65-70 KM. Opis o ceny”, w którym opisano charakterystykę techniczną sześciu traktorów tej klasy, w każdym przypadku stosowny fragment (zwykle cały akapit) poświęcono wydajności układu hydrauliki siłowej. Natomiast tylko dla jednego ciągnika podano zsumowaną wydajność pomp hydrauliki zewnętrznej i układu kierowniczego, co jednak razi oczywistym brakiem profesjonalizmu, gdyż autor zachwala uzyskaną w ten sposób wartość jako jedną z najlepszych spośród omawianych pojazdów, choć w tym przypadku nie wiadomo, jaka jest wydajność hydrauliki siłowej, aby można było ją zestawić z wartościami tego parametru podanymi dla pozostałych ciągników [O4].

Również opis pod nagłówkiem „Przemysłany i wydajny układ hydrauliczny” potwierdza, że sumowanie wydajności hydraulicznego wspomaganie układu kierowniczego i układu hydrauliki siłowej nie ma żadnego praktycznego znaczenia. Co prawda na początku podano sumę ich wydajności, ale następnie odróżniono jako istotną wydajność pompy wysokiego ciśnienia zasilającej hydraulikę siłową od wydajności pompy niskiego ciśnienia na potrzeby układu kierowniczego. Przede wszystkim w ramach omówienia opcjonalnej, lepszej wersji układu hydraulicznego, jedynie wspomniano o istnieniu pompy niskiego ciśnienia układów wewnętrznych, natomiast wskazywana jako istotna zaleta wydajność sumaryczna dwóch i każdej z osobna dotyczy wyłącznie pomp wysokiego ciśnienia hydrauliki siłowej [O5].

Przed wszystkim Zimex jako profesjonalny przedsiębiorca trudniący się sprzedażą ciągników rolniczych, który – jak to zostało oświadczone do protokołu posiedzenia i rozprawy – stale współpracuje z Farmtrac Tractors Europe sp. z o.o. z siedzibą w Mrągowie, nie mógł mieć wątpliwości, że istotny i miarodajny jest parametr wydajności układu hydrauliki siłowej, a jej sumowanie z wydajnością pompy układu wspomaganie kierowniczego, nie ma żadnego technicznego znaczenia. Jak wynika ze złożonych dowodów – zarówno przez Zamawiającego, jaki i Odwołującego – również producent zaoferowanego przez Zimex ciągnika Farmtrac 9120 DT V przez sformułowanie „układ hydrauliczny”, bez potrzeby jego dookreślenia, rozumie hydraulikę siłową, dla której podaje m.in. wydajność pompy na poziomie 55 l/min i liczbę dostępnych złączy dla osprzętu [Z4, O7-O9].

Z uwagi na zapoczątkowane złożeniem pisma procesowego z 6 marca 2023 r. stanowisko Odwołującego na rozprawie, konieczne stało się zaznaczenie, że zostało ono wzięte pod uwagę wyłącznie w takim zakresie, w jakim mieściło się w granicach zarzutów

zawartych w odwołaniu.

Przy czym podkreślić należy, że sprecyzowany w odwołaniu zarzut sprowadzał się do wywodzenia spełnienia parametru w brzmieniu „pompa hydrauliczna o wydajności min. 60 l/min.” z faktu występowania w zaoferowanym traktorze jednej pompy, której łączna wydajność sekcji odpowiadającej za hydraulikę siłową i sekcji wspomaganie układu kierowniczego wynosi zadeklarowane w ofercie 79 l/min. Wyłącznie potwierdzeniu takiej okoliczności służyło też powołanie się na pisma z 9 lutego 2023 r.

Innymi słowy w odwołaniu nie ma ani słowa o tym, jakoby sama sekcja pompy zasilająca układ hydrauliki siłowej miała wydajność przekraczającą 60 l/min, co zostało podniesione już po upływie 5-dniowego terminu na odwołanie się od decyzji o odrzuceniu oferty Zimexu z uwagi na ustalenie przez Zamawiającego, że dla modelu ciągnika Farmtrac 9120 DT V wydajność ta faktycznie wynosi 55/min.

Z kolei adekwatność powyższego ustalenia nie została podważona w toku postępowania odwoławczego. Wręcz przeciwnie, w szczególności nawet po poprawieniu informacji na stronie internetowej przez producenta – oczywiście zainteresowanego tym, aby sprawę wygrał Odwołujący – zmiana ma *de facto* charakter kosmetyczny, gdyż dodanie przedrostka „od” wskazuje co najwyżej na zadeklarowanie, że wydajność pompy układu hydrauliki siłowej wynosi co najmniej 55 l/min, czyli wciąż może być niższa o całe 5 litrów od wymaganego poziomu.

Natomiast dalej idące deklaracje producenta – perswazyjnie zaprezentowane jako wyliczenia, oparte jednak na nieweryfikowalnych założeniach, czy zdjęcia z rzekomych pomiarów, choć nie sposób stwierdzić, w jakich warunkach i jakiego urządzenia, nie mówiąc o dokładności widniejącego na zdjęciach przyrządu – złożone specjalnie na potrzeby poparcia nowej argumentacji Odwołującego, abstrahując od ich bezprzedmiotowości dla rozpoznania tej sprawy w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, za niewiarygodne.

Co więcej, o ile nie mogą być przedmiotem rozpoznania zarzuty sprecyzowane dopiero we wspomnianym piśmie procesowym z 6 marca 2023 r., o tyle spóźniona zmiana stanowiska Odwołującego i zgłoszone w związku z nim dowody dodatkowo potwierdzają, że Zimex miał świadomość, że w rubryce formularza załącznika nr 4 do SWZ „Pompa hydrauliczna o wydajności min. 60 l/min.”, winien wpisać wydajność pompy układu hydrauliki siłowej oferowanego traktora. Znamienne jest przy tym, że załączone zdjęcia licznika [O6] i obliczenia [O10] odnoszą się już tylko do wydajności pompy na potrzeby układu hydrauliki, o którym mowa na stronie producenta oferowanego traktora, czyli wydajności pompy hydrauliki siłowej.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest niezasadne.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które – według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 pzp – należy rozumieć warunki dotyczące zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „popzp”} zawierała analogiczne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp. Przy czym ten ostatni przepis miał niemal identyczne brzmienie jak obecnie obowiązujący art. 223 ust. 1 pkt 3 pzp. Różnice sprowadzają się do nieistotnych w okolicznościach tej sprawy zmian terminologii, wynikających z uczynienia obecnie punktem odniesienia dokumentów zamówienia zamiast, jak poprzednio, samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia {w skrócie: „SIWZ”}, która z kolei obecnie nazywana jest specyfikacją warunków zamówienia {w skrócie: „SWZ”}. Innymi słowy na potrzeby dalszego wywodu „SWZ” i „SIWZ” należy poczytać za synonimiczne określenia specyfikacji (istotnych) warunków zamówienia {inaczej w skrócie: „specyfikacji”} jako zasadniczego dokumentu zamówienia opracowywanego przez zamawiających na potrzeby prowadzonego postępowania.

Zarówno w obecnym, jak i poprzednim stanie prawnym co do zasady odrzuceniu podlega oferta, której treść – rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty) – nie odpowiada warunkom zamówienia w odniesieniu do zakresu, rodzaju lub sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Innymi słowy zachodzi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polegająca na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymagał zamawiający w dokumentach zamówienia. Stąd zamawiający powinien zweryfikować, czy oferowane mu roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają tym wymaganiom co do rodzaju, zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, jakie uznał za istotne dla zaspokojenia jego potrzeb, jeżeli znalazło to odzwierciedlenie w ramach opisu przedmiotu zamówienia.

Aby zapewnić możliwość zweryfikowania zgodności treści oferty z warunkami

zamówienia, z jednej strony art. 20 ust. 1 pzp (art. 9 ust. 1 popzp) obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej, w tym art. 133 ust. 1 pzp nakazuje udostępnienie specyfikacji (art. 37 ust. 2 popzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, opis sposobu przygotowania oferty, sposób obliczenia ceny oferty, opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 134 ust. 1 pkt 4, 6, 14, 17, 18, 20; art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10, 12 13 i 16 popzp). Z drugiej strony art. 63 ust. 1 pzp zastrzega pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości zamówienia powyżej progów unijnych formę elektroniczną (art. 10a ust. 5 popzp, przy czym w jeszcze dawniejszym stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności), a według art. 218 ust. 2 pzp treść takiej oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia (w art. 82 ust. 3 popzp mowa była o zgodności treści oferty z treścią specyfikacji).

W doktrynie i orzecznictwie przyjęto się stanowisko, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej również: „kc”}, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w specyfikacji wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności nie budzi wątpliwości a jest istotne dla rozpoznawanej sprawy, że zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty np. przez wymaganie podania producenta, marki, typu modelu itp. oferowanego urządzenia. W takim przypadku należy uznać te informacje za stanowiące elementy treści umowy podmiotowo istotne (*accidentalia negotii*).

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie warunkami zamówienia. Przy czym o ile art. 223 ust. 1 pzp (87 ust. 1 popzp) uprawnia zamawiającego w toku badania i oceny ofert do zażądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, o tyle zabrania prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących

złożonej oferty oraz – z zastrzeżeniem ust. 2 (oraz szczególnego trybu dialogu konkurencyjnego) – dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Jednocześnie z art. 223 ust. 2 pkt 1-3 pzp (art. 87 ust. 2 pkt 1-3 popzp) wynika nakaz poprawienia przez zamawiającego w ofercie zarówno oczywistych omyłek pisarskich czy rachunkowych, jak i innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, jeżeli poprawienie tych nieoczywistych omyłek nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. W konsekwencji nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, gdyż odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny.

Omówione powyżej instytucje poprawienia omyłek właściwe dla Prawa zamówień publicznych nie wyłączają konieczności dokonywania wykładni oświadczenia woli, jakim są zarówno specyfikacja, jak i oferta zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż przez odesłanie wynikające z art. 8 ust. 1 ustawy pzp znajduje tu zastosowanie art. 65 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z przepisem art. 65 § 1 kc oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Natomiast według przepisu art. 65 § 2 kc w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Innymi słowy wynikające z przepisów art. 65 Kodeksu cywilnego dyrektywy interpretacyjne jednoznacznie potwierdzają konieczność uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego składanego oświadczenia woli, a zatem uwzględnienia wszystkich elementów istotnych dla odkodowania faktycznego zamiaru składającego oświadczenie woli. Jak to trafnie uchwycono w uzasadnieniu wyroku Izby z 10 maja 2011 r. sygn. akt KIO 883/11, art. 65 kc daje podstawy do przyjęcia tzw. kombinowanej metody wykładni oświadczeń woli, zmierzającej do uwzględnienia w odpowiednim zakresie zarówno rzeczywistej woli podmiotu składającego oświadczenie woli, jak i wzbudzonego przez to oświadczenie zaufania innych osób. Z jednej więc strony określone znaczenie przypisuje się woli podmiotu składającego oświadczenie, z drugiej zaś strony dąży się do ochrony interesów osoby, która działa w zaufaniu do ustalonego przez siebie sensu otrzymanego oświadczenia woli, jeżeli przy jego interpretacji dołożyła należytej staranności.

Zakresem normy prawnej wynikającej z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp objęta jest również sytuacja, w której pomimo zadeklarowania przez wykonawcę w ofercie, że jej treść odnośnie przedmiotu świadczenia jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia, nie znajduje to potwierdzenia w zażądanych – na zasadzie art. 104 (etykiety), art. 105 (certyfikaty) lub art. 106 (inne dokumenty) ustawy pzp (przy czym ten ostatni art. jest odpowiednikiem regulacji zawartej w art. 25 ust. 2 pkt 2 popzp) – przez zamawiającego i

składanych przez wykonawcę – co do zasady wraz z ofertą (o czym z kolei stanowi art. 107 ust. 1 pzp) – przedmiotowych środkach dowodowych. Stąd zostały one zdefiniowane w art. 6 pkt 20 ustawy pzp jako środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

Dokumenty zaliczane do przedmiotowych środków dowodowych należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Innymi słowy zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć odzwierciedlenie w dokumentach co do zasady pochodzących od niezależnego od wykonawcy podmiotu. W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, co przejawiać się może w aspekcie zarówno formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanego przedmiotu świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań, cech lub parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach.

Podkreślić należy, niezażądanie przez zamawiającego – jak w tej sprawie – przedmiotowych środków dowodowych, nie oznacza, że nie jest on uprawniony i zobligowany do badania zgodności przedmiotu oferty z przedmiotowymi warunkami zamówienia, ale jedynie, że wykazanie ewentualnej niezgodności będzie utrudnione i wymaga dodatkowej aktywności w pozyskaniu we własnym zakresie stosownych środków dowodowych.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiającemu sprostał temu ciężarowi dowodu, gdyż udało się wykazać, że w rzeczywistości przedmiot oferty Odwołującego nie spełnia jednego z wymaganych parametrów technicznych opisu przedmiotu zamówienia, czego z kolei nie udało się podważyć w postępowaniu odwoławczym Odwołującemu.

Konieczne stało się zaznaczenie, że niniejsza sprawa została rozpoznana w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu. Zgodnie z art. 555 ustawy pzp Izba nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności, przede wszystkim faktycznych, ale i prawnych. Mają one decydujące

znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym przedmiocie. Przykładowo w uzasadnieniu wyroku z 1 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1633/09 Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 popzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu w wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Wpierw muszą zaistnieć bowiem w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, Przy czym nie może się to sprowadzać do samego zanegowania prawidłowości działania zamawiającego, a wymaga skonkretyzować okoliczności faktycznych, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

Niezależnie od powyższego, jeżeli Odwołujący na etapie przed upływem składania ofert miał jakiegokolwiek wątpliwości co do rozumienia spornego parametru opisu przedmiotu zamówienia, powinien zwrócić się w tym zakresie w trybie art. 138 ustawy pzp [art. 38 popzp] o wyjaśnienie ich treści przez Zamawiającego. Jak trafnie wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 5 czerwca 2014 r. sygn. akt IV CSK 626/2013, w danych okolicznościach składanego i przyjmowanego zamówienia publicznego oraz wobec wątpliwości występujących po stronie wykonawcy art. 38 popzp stanowi w związku z art. 354 § 2 kc nie tylko uprawnienie, ale także obowiązek wykonawcy, aby zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ; zaniechanie tej powinności może być podstawą do zarzucenia wykonawcy niedochowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy przez art. 355 § 2 kc.

W okolicznościach tej sprawy oczywiste jest jednak, że Odwołujący nie był tym zainteresowany, gdyż zdawał sobie sprawę, że żaden z ciągników producenta Farmtrac, z którym stale współpracuje, nie spełnia parametru, co stało się przyczynkiem do złożenia w tym zakresie w treści oferty oświadczenia niezgodnego z rzeczywistym stanem rzeczy.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 zd. 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. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się, na zasadzie § 5 ust. 1 rozporządzenia, uiszczony przez niego wpis.