

WYROK
z dnia 9 maja 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolantka: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2023r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: M. F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą LaborTech Polska M. F. oraz LaborTech s.r.o. z siedzibą lidera w Oświęcimiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojskową Akademię Techniczną w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Instron GmbH z siedzibą w Darmstadt** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje 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.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Instron GmbH z siedzibą w Darmstadt** zgłaszającego sprzeciw i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

Sygn. akt KIO 1152/23

2.2. zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł (jedenaście tysięcy sto złotych) jako zwrot kosztów poniesionych przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. 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:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Wojskowa Akademia Techniczna prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022r., poz. 1710 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. „*Dostawa młota wahadłowego Charpy do testów typu impact z energią min. 450 J.*”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych numer 2023/BZP 00119558 z dnia 3 marca 2023r.

W dniu 27 kwietnia 2023r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: M. F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą LaborTech Polska M. F. oraz LaborTech s.r.o. z siedzibą lidera w Oświęcimiu (dalej: „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie Zamówienia polegających na:

1) odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia, podczas, gdy oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanych dalej "SWZ", w tym w Opisie Przedmiotu Zamówienia, zwanego dalej "OPZ",

2) zaniechaniu przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego zawiadomienia z dnia 19 kwietnia 2023 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego, 3) nieprawidłowym, niezgodnym z przepisami badaniu i ocenie oferty złożonej przez Odwołującego polegających na:

a) błędnym uznaniu, że oferta Odwołującego nie spełnia wymagań OPZ i SWZ,

b) wybiórczym zbadaniu oferty Odwołującego powodującym nieuzasadnione i niewynikające z dokumentacji postępowania przekonanie Zamawiającego, że oferta Odwołującego nie spełnia wymagań SWZ,

c) dokonaniu badania oferty Odwołującego na podstawie strony internetowej a nie złożonej oferty (z całkowitym pominięciem złożonej przez Odwołującego) – zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego z dnia 24.04.2023r.,

4) zaniechaniu wezwania Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, pomimo tego, że – jeśli zachodziły przesłanki do wystąpienia przez Zamawiającego z wezwaniem do wyjaśnień w zakresie w jakim złożona oferta Odwołującego budziła wątpliwości Zamawiającego - powinien to uczynić,

5) zaniechaniu dokładnego zbadania i oceny oferty Odwołującego w postępowaniu,

Sygn. akt KIO 1152/23

- 6) nadinterpretacji treści złożonej przez Odwołującego oferty, potwierdzającej spełnienie warunków podanych w opisie przedmiotu zamówienia,
- 7) braku rzetelnej oceny oferty Wykonawcy Instron GmbH, co doprowadziło do wyboru ww. oferty jako najkorzystniejszej,
- 8) uznaniu, że oferta Instron GmbH spełnia warunki udziału w postępowaniu mimo, że nie zostało to wykazane dokumentami przedstawionymi przez ww. Wykonawcę,
- 9) zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy Instron GmbH, pomimo tego, że Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
- 10) Zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej mimo, że w świetle kryteriów oceny ofert powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 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 OPZ;
2. art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego zawiadomienia z dnia 19 kwietnia 2023 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego, co udaremnia Odwołującemu możliwość skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej,
3. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, pomimo tego, że zachodziły przesłanki do wystąpienia przez Zamawiającego z wezwaniem do wyjaśnień;
4. 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 GmbH, którego oferta powinna zostać odrzucona z powodu nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez ww. Wykonawcę w sposób naruszający przepisy Pzp,
5. art. 239 ust. 1 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 tak sformułowane zarzuty odwołania wniósł o jego uwzględnienie i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert, w tym czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty Wykonawcy Instron GmbH jako najkorzystniejszej;
2. przeprowadzenia ponownej oceny ofert i w konsekwencji odrzucenie oferty Przystępującego, jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu,

3. przeprowadzenia ponownej oceny ofert i w konsekwencji wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

ewentualnie - na wypadek nieuwzględnienia wniosku określonego w pkt. 3 wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty i dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu zgodnie z warunkami zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 kwietnia 2023 r. oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty odwołania.

Przystępujący w dniu 5 maja 2023 r. oświadczył, że wnosi sprzeciw co do uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła do udziału wykonawcę Instron GmbH z siedzibą w Darmstadt zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, Izba ustaliła:

Zamawiający w piśmie z dnia 19 kwietnia 2023 r. poinformował wykonawców o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oraz o ofertach odrzuconych, w tym, o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego: „*podlega odrzuceniu, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ nie spełnia wymogów opisanych w SOPZ w pkt.: 5, 7, 9, 13 i 30.*

- *pkt 5 SOPZ - Zamawiający wymagał: „Masa urządzenia z osłoną i wyposażeniem (kowadło i wahadło, bez podstawy betonowej) nie może przekroczyć 850 kg”, Wykonawca zaoferował urządzenie CHK450J-A o masie 1260kg;*

Sygn. akt KIO 1152/23

- pkt 7 SOPZ - Zamawiający wymagał: „Ilość możliwych kątów zwalniania wahadła powinna być nieskończona (dowolna)”, natomiast w urządzeniu CHK450J-A jest zdefiniowane ustawienie kąta początkowego od 15%;

- pkt 9 SOPZ - Zamawiający wymagał: „Wymagana wysoka dokładność i rozdzielczość enkodera kąta. Rozdzielczość powinna wynosić minimum 0,01 stopnia”, Wykonawca zaoferował w CHK450J-A ten parametr na poziomie 0,05 stopnia;

- pkt 13 SOPZ - Zamawiający wymagał: „Główny panel kontrolny z oprogramowaniem i ekranem dotykowym powinien być umieszczony w taki sposób, by podczas pracy zachowywał zasady ergonomii – nie zasłaniał obszaru”.

Izba ustaliła, że jak wynika z załącznika nr 1 do SWZ – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, Odwołujący zaoferował młot wahadłowy CHK450J-A w wersji dla operatora siedzącego producenta LaborTech s.r.o.

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający w Rozdziale III pkt 4 SWZ postanowił, że nazwę producenta i oznaczenie produktu oferowanego w kolumnie 11 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia wypełniają obowiązkowo wszyscy Wykonawcy. W punkcie 6 natomiast wskazał, że nie wymaga przedmiotowych środków dowodowych.

Izba zważyła:

Art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Oznacza to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga Zamawiający i, które opisał w dokumentach zamówienia.

Zamawiający jak wynika z załącznika nr 1 do SWZ wymagał zaoferowania młota wahadłowego o parametrach wyspecyfikowanych w tym załączniku. Obowiązkiem wykonawcy było więc zaoferowanie urządzenia spełniającego wymogi Zamawiającego. Okoliczność, że Zamawiający nie wymagał potwierdzenia w tym załączniku spełnienia przez oferowane urządzenie każdego z wymagań nie zwalniała wykonawcy z konieczności zaoferowania urządzenia zgodnego z tymi wymogami, ponieważ były one bowiem w SWZ wyraźnie wyartykułowane. Nie mniej jednak należy zauważyć, 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 jakiegokolwiek wątpliwości co do zgodności oferty z SWZ to jego obowiązkiem było zwrócić się do Odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień. Brak natomiast wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień uniemożliwił Zamawiającemu weryfikację zgodności oferty z SWZ, a w konsekwencji jej odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Odnosząc się natomiast do wskazanych w uzasadnieniu z dnia 19 kwietnia 2023 r. przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, wskazać należy, że Izba stwierdziła, że Zamawiający nie zdołał wykazać, że urządzenie CHK450J-A w wersji dla operatora siedzącego, producenta LaborTech s.r.o. jest niezgodne z pozycjami nr 5, 7, 9, 13 oraz 30 SOPZ. Co więcej Zamawiający w treści informacji z dnia 19 kwietnia 2023 r. nie wskazał na jakiej podstawie ocenił niezgodność oferty Odwołującego z SWZ. Dopiero w korespondencji z dnia 24 kwietnia 2023 r. skierowanej do Odwołującego Zamawiający wyjaśnił, że „ofertę firmy Labortech Zamawiający ocenił na podstawie informacji znajdujących się na stronie internetowej Labortech”. Wskazać należy jednak, że Izba ocenia prawidłowość czynności Zamawiającego wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez niego przedstawione jako uzasadnienie prawne i faktyczne odrzucenia oferty (por. np. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 16 listopada 2018 r., wydany w postępowaniu o sygn. akt KIO 2224/18, czy z dnia 16 grudnia 2021 r., wydany w postępowaniu o sygn. akt KIO 3508/21). W uzasadnieniu natomiast Zamawiający oprócz wskazania punktów SOPZ, z którymi oferta jest w jego opinii niezgodna, nie wskazał i nie wyjaśnił przyczyn tej oceny.

Odnosząc się natomiast do uzyskanej przez Odwołującego informacji od Zamawiającego, że „ofertę firmy Labortech Zamawiający ocenił na podstawie informacji znajdujących się na stronie internetowej Labortech” wskazać należy, że Zamawiający nie przewidział w SWZ badania oferty na podstawie informacji znajdujących się na konkretnej stronie internetowej. Zgodzić należy się z Odwołującym, że informacje znajdujące się na stronie internetowej nie muszą zawierać informacji o szczegółowych parametrach wszystkich modeli oferowanych urządzeń, tym bardziej, że na oficjalnej stronie producenta Labortech znajduje się zastrzeżenie, że : *„karty katalogowe dostępne na naszej stronie internetowej mają charakter informacyjny i nie mogą stanowić oceny technicznej w ramach prowadzonych zapytań ofertowych oraz przetargów.”*.

Wskazać należy, że również Przystępujący zgłaszający sprzeciw nie wykazał ani tym bardziej nie udowodnił niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia. Wykonawca ten nie przedłożył Izbie jakiegokolwiek dowodu z którego wynikałoby, że model młota wahadłowego zaofferowany przez Odwołującego jest niezgodny z wyartykułowanymi przez Zamawiającego punktami SOPZ.

W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, gdyż nie wykazał, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b Pzp poprzez nieprawidłowe uznanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego na wstępie wskazać należy, że żądanie Odwołującego dotyczące odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie ww. przepisu uznać należało za przedwczesne. Podkreślić należy, że zgodnie z tym przepisem Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Czynność Zamawiającego dotycząca odrzucenia oferty (przy niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu) musi być jednak poprzedzona (jeżeli zajdą takie okoliczności) procedurą wyjaśniania lub uzupełniania dokumentów i/lub oświadczeń (art. 128 ust. 1 Pzp). Tym samym nie jest możliwe nakazanie Zamawiającemu przez Izbę odrzucenia oferty wykonawcy bez wcześniejszego wyczerpania procedury z art. 128 ust. 1 Pzp. Jak natomiast ustaliła Izba na podstawie złożonej przez Zamawiającego dokumentacji Przystępujący nie był wzywany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w Rozdziale V pkt 1 ppkt 4 lit. a) SWZ.

W konsekwencji Izba uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp za przedwczesny. Nie mniej jednak Izba stwierdziła, że Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał, na podstawie dokumentów podmiotowych złożonych przez Przystępującego, że wykonawca ten spełnia ww. warunek udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, że Przystępujący przedłożył Zamawiającemu listę wybranych dostaw o następującej treści:

LISTA WYBRANYCH DOSTAW ZREALIZOWANYCH PRZEZ INSTRON W LATACH 2020 - 2023							
KLIENT	KRAJ	MODEL	KWOTA	WALUTA	DATA DOSTAWY	WARTOŚĆ PLN	
CNCIR - Bucuresti	RO	450MP2	57330	EUR	08.03.2021	263 162 zł	
Univ of Dunaujvaros	HU	450MP2	19800000	HUF	23.03.2021	253 658 zł	
WARTOŚĆ W PLN PRZELICZONA NA PODSTAWIE OFICJALNEGO KURSU NBP Z DNIA DOSTAWY URZĄDZENIA							

Przystępujący złożył również referencje wystawione przez oba ww. podmioty.

Pierwsza dostawa jak wynika z treści dokumentu referencji, złożonego bez tłumaczenia na język polski została zrealizowana nie przez firmę Instron GmbH, lecz przez firmę RoMega Control, tj. spółkę rumuńską. Okoliczność tą Zamawiający powinien był

wyjaśnić i ustalić możliwość powoływania się przez Przystępującego na tą dostawę w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby Odwołujący w treści odwołania wykazał również, że Zamawiający powinien był powziąć wątpliwość co do wartości dostawy urządzenia, uwzględniając wskazaną w treści odwołania kwestię udzielonego rabatu i wpływu na wartość dostawy urządzenia z uwzględnieniem wymogu wynikającego z treści warunku udziału w postępowaniu.

Odnosząc się kolejno do drugiej dostawy wskazanej w liście wybranych dostaw, wskazać należy, że z tłumaczenia referencji wynika, że: „Spółka Inteszt Kft. wywiązała się ze swoich zobowiązań terminowo i zgodnie z umową. Byliśmy w pełni usatysfakcjonowani jakością dostarczonych urządzeń, przygotowaniem technicznym ich pracowników, świadczoną obsługą oraz prowadzeniem działalności firmy“. Zauważyć należy więc że również ta dostawa została zrealizowana nie przez Przystępującego lecz przez inną spółkę, tj. Inteszt Kft. Z dokumentu tego nie wynika, natomiast jakie zachodzą powiązania pomiędzy spółką Inteszt Kft., a Przystępującym i czy Przystępujący mógł powołać się to zadanie referencyjne w celu wykazania warunku ustalonego przez Zamawiającego. Kolejno wskazać należy, że jak wynika, z zastrzeżenia znajdującego się w tabeli zawierającej listę dostaw „*WARTOŚĆ W PLN PRZELICZONA NA PODSTAWIE OFICJALNEGO KURSU NBP Z DNIA DOSTAWY URZĄDZENIA*” dostawa nastąpiła w dniu 23 marca 2021 r. Z treści referencji wynika natomiast, że dostawa miała miejsce w dniu 15 grudnia 2021 r. Natomiast, jeżeli uznać, że dostawa miała miejsce w dniu 15 grudnia 2021r. to uwzględniając kurs NBP z tego dnia dla tej waluty – wartość dostawy referencyjnej wynosiła 248 074,20 zł, a więc nie spełniała warunku udziału w postępowaniu tj. 250.000 zł.

Powyższe okoliczności w sposób niebudzący żadnych wątpliwości potwierdzają nieprawidłową weryfikację podmiotową Przystępującego przez Zamawiającego i przedwczesne uznanie, że wykonawca ten wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Obowiązkiem Zamawiającego jest więc wezwanie Przystępującego do uzupełnienia wykazu dostaw w trybie art. 128 ust. 1 Pzp.

Zauważyć również należy, że Przystępujący na rozprawie, nie przedłożył jakichkolwiek dowodów pozwalającego uznać, że Przystępujący może powoływać się na dostawy wskazane w tabeli zawierającej listę zrealizowanych dostaw, a ponadto jak sam na rozprawie przyznał Przystępujący w wykazie tym błędnie wskazano kwotę 19.800.000 HUF w zakresie realizowanym na rzecz Uniwersytetu Węgierskiego.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich

Sygn. akt KIO 1152/23

rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania
z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: