

Sygn. akt: KIO 2274/20

WYROK

z dnia 31 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniach 28 października 2020r. i 29 grudnia 2020r. sprawy **odwołania** wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 11.09.2020 r. **przez odwołującego** Pojazdy Komunalne T. Sp. z o.o., ul. Połowicka 215, 25-145 Kielce w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego** Gmina Słupsk, ul. Sportowa 34, 76-200 Słupsk

przy udziale D. Sp. z o.o., ul. Obrońców Warszawy 26A, 67-400 Wschowa **po stronie zamawiającego**

orzeka

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Pojazdy Komunalne T. Sp. z o.o., ul. Połowicka 215, 25-145 Kielce
i
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Pojazdy Komunalne T. Sp. z o.o., ul. Połowicka 215, 25-145 Kielce tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2019 r., poz.1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Słupsku

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Określenie przedmiotu zamówienia: Przetarg nieograniczony, którego wartość szacunkowa przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Nr sprawy ZP.271.21.2020.

Przedmiot zamówienia: Dostawa samochodu specjalistycznego do czyszczenia i konserwacji infrastruktury kanalizacyjnej dla zadania Gospodarka cyrkulacyjna w oczyszczalni ścieków wraz z rozbudową sieci wodno-kanalizacyjnej w aglomeracji Słupsk współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach POIiŚ 2014-2020, Umowa Nr: POIS.02.03.00-00-0031/17-00 ze zmianami.

Numer ogłoszenia zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2020/S 112-271279

Wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy:

I. zaniechanie wykluczenia wykonawcy D. spółki z o.o., która:

a) nie wykazała spełniania warunków udziału w postępowaniu ani nie wykazała braku podstaw wykluczenia,

b) w wyniku zamierzonego działania ewentualnie rażącego niedbalstwa wprowadziła Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak również która nie była w stanie przedstawić wymaganych przez Zamawiającego dokumentów oraz która zataiła informacje dotyczące niepodlegania wykluczeniu lub spełniania warunków udziału w postępowaniu,

c) w wyniku lekkomyślności ewentualnie niedbalstwa przedstawiła informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia oferty tego Wykonawcy,

II. zaniechaniu dalszego wyjaśnienia okoliczności, czy wykonawca D. spółka z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu (czy przedstawiła referencje odnoszące się do tożsamyh dostaw) oraz czy oferowany przez tego wykonawcę pojazd spełnia wymagania Zamawiającego wynikające z OPZ, w sytuacji, gdy z dokumentów przez niego przedłożonych, wynikają poważne wątpliwości co do możliwości potwierdzenia spełniania tych warunków,

III. dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez D. spółkę z

o.o.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Informacji Publicznej dnia 08-06-2020 r. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została opublikowana w Biuletynie Informacji Publicznych w dniu 1 września 2020 r.

Zamawiającemu zarzucam:

- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia D. spółki z o.o., która nie wykazała spełniania warunków udziału w postępowaniu (niewykazanie wykonania trzech tożsamyh dostaw) oraz nie wykazała, że oferowany przez tego wykonawcę pojazd spełnia wymagania Zamawiającego wynikające z OPZ,

- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia D. spółki z o.o., który w wyniku zamierzonego działania ewentualnie rażącego niedbalstwa wprowadziła zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (wykonanie trzech tożsamyh dostaw) oraz oferowany przez tego wykonawcę pojazd spełnia wymagania Zamawiającego wynikające z OPZ, jak również wobec faktu, że D. spółka z o.o. zataiła istotne informacje w powyższym zakresie oraz nie była w stanie przedstawić wymaganych przez Zamawiającego dokumentów,

- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia D. spółki z o.o., która w wyniku lekkomyślności ewentualnie niedbalstwa przedstawiła informacje wprowadzające w błąd zamawiającego o spełnieniu przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianiu przez oferowany pojazd parametrów wymaganych przez Zamawiającego w treści OPZ, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

- naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu dalszego wyjaśnienia okoliczności, czy D. spółki z o.o. faktycznie spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz czy oferowany przez tego wykonawcę pojazd spełnia parametry wymagane przez Zamawiającego w treści OPZ w sytuacji, gdy zarówno z dokumentów przedstawionych przez D. spółkę z o.o., wynikają poważne wątpliwości w zakresie potwierdzenia spełniania tych warunków.

Powyższe naruszenia przepisów ustawy skutkowały niezastosowaniem przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust.1 pkt 5) ustawy Pzp (odrzućenia oferty), czego bezpośrednią konsekwencją był bezpodstawny wybór oferty D. spółki z o.o. jako najkorzystniejszej.

Wskazując na powyższe zarzuty wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania i stosownie do treści art. 192 ust. 3 ustawy Pzp wnoszę o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez D. spółkę z o.o.,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- nakazanie Zamawiającemu wykluczenie wykonawcy D. spółki z o.o. i odrzucenie jego oferty, a w razie nieuwzględnienia tego wniosku, nakazanie Zamawiającemu ponowne wezwanie wykonawcy D. spółki z o.o. do wyjaśnień w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu (wykazania wykonania trzech tożsamyh dostaw ze wskazaniem, czy były to dostawy pojazdów trzyosiowych) oraz w zakresie tego, czy oferowany pojazd spełnia wymagania Zamawiającego wynikające z OPZ z uwzględnieniem niejasności wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztu wpisu od odwołania w wysokości 15 000 zł.

Wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Termin do wniesienia odwołania został dochowany, bowiem odwołanie zostało wniesione w terminie 10 dni od dnia opublikowania informacji o czynności zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej. Informacja powstała w dniu 1 września 2020 r. i tego dnia została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego.

Kopia odwołania z załącznikami została zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 4 i 5 ustawy Pzp doręczona Zamawiającemu w postaci elektronicznej przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, na dowód czego załączam potwierdzenie jej doręczenia.

UZASADNIENIE odwołania

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp bowiem jego interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku w wyniku wadliwych czynności i zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności, do których Zamawiający był zobowiązany. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która uzyskała drugie miejsce w kolejności za ofertą D. spółki z o.o. W obecnym stanie sprawy, Odwołujący może ponieść szkodę wynikającą z pozbawienia go możliwości zawarcia umowy przetargowej, co sprawi, że zostanie on wyeliminowany z możliwości konkurowania o istotne dla jego działalności zamówienie, a co za tym idzie, z możliwości osiągnięcia wynikającego z tego obrotu i potencjalnych zysków.

Wskazane w niniejszym odwołaniu i wynikające ze zgłoszonych zarzutów naruszenia przepisów ustawy miały wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż w ich rezultacie doszło do wybrania oferty D. spółki z o.o. jako najkorzystniejszej.

Zamawiający prowadził przedmiotowe postępowanie w oparciu o SIWZ opublikowany w Biuletynie Informacji Publicznej.

Dowód1:

- wydruk ze strony BIP Zamawiającego dotyczący przedmiotowego postępowania.

Zamawiający w dniu 14 lipca 2020 r. opublikował na stronie internetowej Protokół otwarcia ofert trzech Wykonawców, w tym odwołującego i D. spółki z o.o.

Zamawiający w treści Opisu Przedmiotu Zamówienia (zwanego dalej „OPZ”) stanowiącego Załącznik nr 6 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanych dalej „SIWZ”) zawarł m. in. następujące wymagania:

- pkt 10.7 - „wymagany dodatkowy otwór w dennicy opróżniającej min. 500 mm w zbiorniku do czyszczenia komory wody czystej w dowolnej lokalizacji umożliwiający wykonanie czynności obsługi”, - pkt 15.1 - „możliwość zrzutu nadmiaru wody z nad szlamu poprzez wał ssący”.

- pkt 16.7 - „komora zabezpieczająca przed przelaniem zbiornika z układem zaworów kulowych pływających”,

- pkt 18.1 - „kołowrót węża ssącego ocynkowany ogniowo i lakierowany proszkowo: zamawiający dopuszcza zastosowanie kasety z wężem ssącym wraz z wysięgnikiem hydraulicznym wspólnym dla węża ssącego i ciśnieniowego”,

- pkt 18.3 - „wysięgnik hydrauliczny - kombinowany ocynkowany ogniowo i lakierowany proszkowo”,

- pkt 18.3.1 - „wspólne prowadzenie węża ssącego i ciśnieniowego”,

- pkt 18.3.10 - „na wysięgniku zamontowana dodatkowo wyciągarka hydrauliczna min. 400 kg udźwigu z prowadzeniem linki. Zamawiający nie dopuszcza montażu wyciągarki elektrycznej oraz nie dopuszcza wyciągarki o udźwigu mniejszym niż 400 kg”

- pkt 19.1 do 19.2.14 szczegółowe wymogi dotyczące „Stanowiska obsługi II wersja z kablem zdalnego sterowania L= min. 10m” oraz „Stanowiska obsługi III zdalne sterowanie falami radiowymi”.

W toku postępowania przed złożeniem ofert przez Wykonawców Zamawiający w dniu 26 czerwca 2020 r. udzielił odpowiedzi do SIWZ, w których w zakresie pytania do pkt 18.2.1 OPZ dopuścił zastosowanie kasety z wężem ssącym wraz z wysięgnikiem hydraulicznym wspólnym dla węża ssącego i ciśnieniowego, dopuścił również zastosowanie kołowrotu węża ciśnieniowego na dennicy, z tym zastrzeżeniem, że spełnione zostaną warunki SIWZ w zakresie wysięgnika.

W ramach spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymogu zdolności technicznej i zawodowej zamawiający ustanowił obowiązek wykazania trzech tożsamyh dostaw o wartości min. 1 230 000 zł brutto każda - pkt 7.2.3 SIWZ.

Stosownie do pkt 9.7 SIWZ D. spółka z o.o. jako wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, został wezwany przez Zamawiającego (pismem z dnia 22 lipca 2020 r.) do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (wykazu dostaw wraz z referencjami), potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu (informacja z KRK, zaświadczenie z US, zaświadczenie z ZUS, trzy oświadczenia wykonawcy), a także potwierdzających, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego przez złożenie:

- a) wypełnionego i podpisanego Opisu przedmiotu zamówienia;
- b) rysunków technicznych zawierających opisy i schematy wysięgnika prowadzącego dwa węże równocześnie, dwóch kołowrotów umieszczonych obok siebie horyzontalnie na zbiorniku oraz zabudowy potwierdzających, że zastosowane rozwiązania są zgodne ze specyfikacją.

Wykonawca przedłożył wypełniony i podpisany Opisu przedmiotu zamówienia potwierdzając zgodność oferowanego pojazdu z minimalnymi parametrami wymaganymi przez Zamawiającego, złożył również rysunki techniczne.

Stosownie do treści przepisu art. 87 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp zamawiający uprawniony był do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Zamawiający na wskazanej podstawie prawnej pismem z dnia 12 sierpnia 2020 r. wezwał D. spółkę z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty, ponieważ dokumenty złożone przez tego wykonawcę na potwierdzenie zgodności z SIWZ wszystkich parametrów i wyposażenia oferowanego pojazdu wraz z zabudową budziły wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający wniósł o potwierdzenie oraz udowodnienie przez przedstawienie dowodów (fotografie, opis, DTR, wizja w fabryce, wizja przy identycznych zabudowach, katalogi, rysunki itd).

W odpowiedzi na to wezwanie D. spółka z o.o. pismem z dnia 24 sierpnia 2020 r. przesłała fotografie i opisy potwierdzające parametry zabudowy oferowanego pojazdu.

Zasadą jest, że to na wykonawcy biorącym udział w postępowaniu spoczywa ciężar wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie odwołującego Zamawiający ocenił uzyskane od D. Sp. z o.o. dokumenty w nienależyty sposób, czynności podjęte przez niego w celu usunięcia wątpliwości były nieskuteczne i przeprowadzone w sposób nierzetelny. I tak:

- w zakresie wymogu opisanego w pkt 10.7 - „wymagany dodatkowy otwór w dennicy opróżniającej min. 500 mm w zbiorniku do czyszczenia komory wody czystej w dowolnej lokalizacji umożliwiający wykonanie czynności obsługi” wykonawca D. spółka z o.o. złożył zdjęcie (dowód: fot. oznaczona pkt 10.7) przedstawiające właz do zbiornika wykonany w ścianie zbiornika, a nie w dennicy opróżniającej, jak wymagał tego Zamawiający,

- w zakresie wymogu opisanego w pkt 15.1 - „możliwość zrzutu nadmiaru wody z nad szlamu poprzez wąż ssący” wykonawca D. spółka z o.o. złożył rysunek (dowód: rys. oznaczony pkt 15.1) przedstawiający bliżej niezidentyfikowany układ (nałożony rysunek na rzut zbiornika), nie wykazując dodatkowo, że jest to układ na istniejącej zabudowie, która pracuje, czym nie spełnił oczekiwań Zamawiającego. Rysunek nie wskazuje również na połączenie przedstawionego układu z wężem ssącym zamontowanym na kasecie,

- w zakresie wymogu opisanego w pkt 16.7 - „komora zabezpieczająca przed przelaniem zbiornika z układem zaworów kulowych pływających” wykonawca D. spółka z o.o. przedstawił zdjęcie wykonanego przez siebie pojazdu ze zbiornikiem nieodpowiadającym wymaganiom z pkt 16.7 ponieważ nie posiadającym zaworów kulowych pływających lecz zamiast tego wyposażonego w zbiornik z wziernikiem i elektronicznym czujnikiem rozłączania pompy (dowód: fot. oznaczona pkt 16.7), czym nie spełnił oczekiwań Zamawiającego. Wykonawca nie przedstawił bowiem zdjęcia zawierającego komorę zabezpieczającą przed przelaniem zbiornika z układem zaworów kulowych pływających, a na dostarczonym zdjęciu widać komorę bez zaworów z systemem pływakowym, tylko z zabezpieczeniem elektrycznym z wziernikiem (jest to tanie i awaryjne rozwiązanie, z którego wszyscy zachodni producenci się wycofali),

- w zakresie wymogu opisanego w pkt 18.1 - „kołowrót węża ssącego ocynkowany ogniowo i lakierowany proszkowo: zamawiający dopuszcza zastosowanie kasety z wężem ssącym wraz z wysięgnikiem hydraulicznym wspólnym dla węża ssącego i ciśnieniowego”

w pkt 18.3 - „wysięgnik hydrauliczny - kombinowany ocynkowany ogniowo i lakierowany proszkowo”, pkt 18.3.1 - „wspólne prowadzenie węża ssącego i ciśnieniowego”, wykonawca D. spółka z o.o. przedstawił dwa zdjęcia i dwa rysunki techniczne (dowód: dwie fotografie oznaczone pkt 18.3.1, jeden rysunek oznaczony pkt 18.3.1, jeden rysunek oznaczony pkt

18.3.7), z których to dokumentów wynika niespójność, ponieważ zdjęcia oznaczone pkt 18.3.1 przedstawiają zabudowę bez wysięgnika (prowadnice obu węży ssącego i ciśnieniowego są nieruchome ponieważ zostały przyspawane na stałe do obudowy kołowrotu węża ciśnieniowego), a tym bardziej bez wspólnego prowadzenia na wysięgniku, z kolei rysunek oznaczony pkt 18.3.1 przedstawia już wysięgnik (kolor szary i czerwony), jednak w dalszym ciągu wynika z niego, że jest to wspólne prowadzenie obu węży, co oznacza, że Wykonawca nie udokumentował, że opisane wyposażenie istnieje, a w dodatku że istnieje na wykonanej zabudowie, która pracuje.

Użyty przez Zamawiającego zwrot „kombinowany” oznacza wg definicji Słownika języka polskiego PWN «łączy różne elementy w określonej całości» co w kontekście wysięgnika oznacza prowadzenie węży poprzez jeden wysięgnik równocześnie, wspólnie.

Wskazać należy, że na załączonych przez wykonawcę D. spółkę z o.o. rysunkach wysięgnika (na zdjęciach wysięgnika brak) brak jest wyciągarki hydraulicznej zamontowanej na wysięgniku, czego oczekiwał Zamawiający (vide pkt 18.3.10 OPZ).

- w zakresie wymogu opisanego w pkt 18.3.10 - „na wysięgniku zamontowana dodatkowo wyciągarka hydrauliczna min. 400 kg udźwigu z prowadzeniem linki. Zamawiający nie dopuszcza montażu wyciągarki elektrycznej oraz nie dopuszcza wyciągarki o udźwigu mniejszym niż 400 kg” Zamawiający wystąpił o udokumentowanie na wykonanej zabudowie, która pracuje, a nadto oczekiwał, że wyciągarka zamontowana zostanie na końcu wysięgnika. Realizując oczekiwania Zamawiającego wykonawca D. spółka z o.o. przedstawił zdjęcie wyciągarki zamontowanej na ramie za kabiną bliżej niezidentyfikowanego pojazdu (dowód: fot. oznaczona pkt 18.3.10), czym wyraźnie nie spełnił oczekiwań Zamawiającego. Wskazać należy, że na załączonych przez wykonawcę D. spółkę z o.o. rysunkach i zdjęciach brak jest wyciągarki hydraulicznej zamontowanej na końcu wysięgnika.

- w zakresie wymogów opisanych w pkt 19.1 do 19.2.14 szczegółowe wymagania dotyczące „Stanowiska obsługi II wersja z kabiną zdalnego sterowania L= min. 10m” oraz „Stanowiska obsługi III zdalne sterowanie falami radiowymi” wykonawca D. spółka z o.o. przedłożył zdjęcie oznaczone pkt 19.2 pilota posiadającego następujące funkcje:

- w zakresie wysięgnika: „wysuw”, „podnoszenie”, „opuszczanie”,
- w zakresie wysięgnika: „obrót w prawo”, „obrót w lewo”, „zwijanie”, „rozwijanie”,
- „regulacja ciśnienia wody”,
- „wyłącznik bezpieczeństwa”,
- „spust wody nadosadowej”,

- „spust wody”,
- „zwijadło duże”,
- „zwijadło małe”,
- „lampa robocza”,
- „kompresor”,
- „recykling”,
- „mycie recyklingu”,
- „zwijadło duże - rozwijanie i zwijanie”,
- „zwijadło małe - rozwijanie i zwijanie”,
- „tłoczenie”,
- „zawór wysięgnika”,
- przyciski „start” i „stop”.

Pilot powyższy nie spełnia oczekiwań Zamawiającego w następującym zakresie:

- pkt 19.1.2 brak sterowania obrotami silnika;
- pkt 19.1.3 brak sterowania pracą pompy ciśnieniowej „włącz” i „wyłącz”, pilot posiada wyłącznie regulację ciśnienia, natomiast załączanie pompy odbywać się musi ręcznie z pulpitu sterowniczego zamontowanego na zabudowie,
- pkt 19.1.5 brak sterowania pracą zaworem czterodrożnym „ssanie”, „tłoczenie”, „odpowietrzanie”, na pilocie jest tylko „tłoczenie”,
- pkt 19.1.12 brak regulacji prędkości obrotowej kołowrotu węża ciśnieniowego.

Odwołujący zaznacza, że istniejące na pilocie funkcje „recykling” oraz „mycie recyklingu” wskazują, że jest to pilot nie do pojazdu będącego przedmiotem niniejszego zamówienia (ssąco-płuczący) lecz pojazd z funkcją recyklingu (odzysku wody).

Podsumowując powyższe uchybienia w ocenie Odwołującego doszło do:

- wprowadzenia w błąd zamawiającego przez D. sp. z o.o. przy przedstawieniu informacji, że spełnia ona warunki udziału w postępowaniu w zakresie spełniania przez oferowany pojazd parametrów wymaganych przez Zamawiającego w treści OPZ (art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp),

- przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego o spełnianiu przez oferowany pojazd parametrów wymaganych przez Zamawiającego w treści OPZ w wyniku lekkomyślności ewentualnie niedbalstwa, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp),

- zaniechania dalszego wyjaśnienia okoliczności, czy oferowany przez D. spółkę z o.o. pojazd faktycznie spełnia parametry wymagane przez Zamawiającego w treści OPZ, skoro z dokumentacji załączonej przez tego wykonawcę wynikała, poważna wątpliwość w zakresie potwierdzenia spełniania tych parametrów (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp).

Wątpliwości dotyczyły nie tylko braku istotnych dla Zamawiającego elementów wyposażenia (brak dodatkowego otworu w dennicy opróżniającej, brak możliwości zrzutu nadmiaru wody z nad szlamu poprzez wąż ssący, brak komory zabezpieczającej przed przelaniem zbiornika z układem zaworów kulowych pływających, brak wsięgnika hydraulicznego wspólnego dla węża ssącego i ciśnieniowego, brak wyciągarki zamontowanej na wsięgniku, brak kilku wymaganych funkcji na pilocie zdalnego sterowania), ale również faktu, że oferowane rozwiązania istnieją na wykonanej zabudowie, która pracuje, czego Zamawiający domagał się w piśmie z dnia 12 sierpnia 2020 r. Wymóg ten dotyczył w szczególności następujących pkt OPZ: 10.7, 15.1, 16.7, 18.1, 18.3.1, 18.3.7, 18.3.10.

Wskazać należy, że złożone przez wykonawcę D. spółka z o.o. rysunki przedstawiają wsięgnik, podczas gdy zdjęcia wykazują jego brak. Na podstawie takiej dokumentacji nie sposób było uznać, że wykonawca wykazał spełnienie oczekiwań Zamawiającego. Można przypuszczać, że oferowany przez wykonawcę D. sp. z o.o. pojazd jest prototypem, skoro nie potrafił on należycie wypełnić oczekiwań Zamawiającego w zakresie zdjęć istniejącego pojazdu, a zastępczo posiłkował się rysunkami, które nie odzwierciedlały stanu technicznego zabudowy uwidocznionego na dostarczonych fragmentarycznych zdjęciach. Co istotne, dokumentacja fotograficzna przedstawiona przez Wykonawcę pochodziła z kilku pojazdów (w tym pilot od pojazdu zupełnie innego typu „pojazdu z recyklingiem”).

Wykonawca D. sp. z o.o. nie wykazał, że pojazd o oferowanej specyfikacji został już kiedykolwiek przez tego wykonawcę wybudowany. Wykonawca ten zastosował nie dopuszczone przez Zamawiającego modyfikacje, które wprawdzie obniżyły cenę ofertową, jednak - wobec niezgodności oferowanego pojazdu z OPZ - nie mogą doprowadzić do udzielenia zamówienia. Gdyby Odwołujący mógł zastosować tańsze rozwiązania zaprezentowane przez D. spółkę z o.o. wówczas jego oferta opiewałaby na cenę niższą o około 50 000 zł.

Co więcej, w ramach spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymogu zdolności technicznej i zawodowej Zamawiający ustanowił obowiązek wykazania trzech tożsamyh dostaw o wartości min. 1 230 000 zł brutto każda - pkt 7.2.3 SIWZ. Wykonawca przedłożył dokumenty dostaw pojazdów do następujących odbiorców:

- 1) Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z/s w Gorzowie Wielkopolskim,
- 2) Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z/s w Giżycku,
- 3) Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z/s w Wiszni Małej,
- 4) Gmina Stęszew.

Pojazdy od pkt 1) do pkt 3) nie są tożsame z pojazdem objętym niniejszym zamówieniem, ponieważ są to pojazdy dwuosiowe, a Zamawiający w pkt 5.5 do 5.7 OPZ wymaga pojazdu trzyosiowego, o czym wprost świadczą stosowane przez Zamawiającego opisy osi: oś przednia, oś wleczona, oś tylna. O niezgodności z przedmiotem zamówienia świadczą numery VIN pojazdów Scania dostarczonych do odbiorców (1)

YS2P4X20005544037, (2) YS2P4X20005536099, a także numer VIN pojazdu DAF dostarczonego do odbiorcy (3) XLRAEL3700L472360, których oznaczenie wskazuje na ilość osi wprost (Scania) bądź po rozkodowaniu (DAF). Oznaczenie 4X2 to ogólny skrótowy zapis układu napędowego samochodu o dwóch osiach, z czego napęd przenoszony jest na jedną oś. Pierwsza cyfra oznacza liczbę kół pojazdu (funkcjonalnie) a druga liczbę kół napędzanych. Odwołujący załącza do niniejszego odwołania wydruki z systemu SPII (Scania Product Individual Information), z których wynika, że pojazdy Scania o numerach VIN YS2P4X20005544037 oraz YS2P4X20005536099 cechują się konfiguracją kół 4x2, a zatem są to pojazdy dwuosiowe, wobec czego złożone przez D. spółkę z o.o. referencje nie wskazują na wykonanie trzech tożsamyh dostaw. Odnośnie dostawy pojazdu DAF Odwołujący załącza wydruk z systemu informatycznego producenta samochodów DAF, z którego wynika, że pojazd DAF o numerze VIN XLRAEL3700L472360 posiada układ kół 4X2E. Użyty przez Zamawiającego zwrot „tożsamy” oznacza bowiem „równoznaczny”, „równoważny”, a wg definicji Słownika języka polskiego PWN <<niczym się nieróżniący, taki sam Serwis dostępny pod adresem: <https://bodybuilder.scania.com/trucks/pl/tools-and-services/individual-chassis-information.html>. Serwis dostępny pod adresem: <https://eportal.daf.com>. Zasoby słownika udostępnione na stronie internetowej sjp.pwn.pl. lub ten sam», a więc dostawa pojazdów dwuosiowych nie może zostać uznana za tożsamą do dostawy pojazdów trzyosiowych. Wskazane wyżej trzy pojazdy wskazane w referencjach przedstawionych przez D. sp. z o.o. są zatem pojazdami istotnie różniącymi się budową od pojazdu stanowiącego przedmiot zamówienia.

Odwołujący uzasadniając zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych wskazuje, że zgodnie z treścią tego przepisu zamawiający wzywa, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. W przypadku niejasności albo wewnętrznej sprzeczności w przedłożonych przez wykonawcę dokumentach potwierdzających spełnianie warunków o charakterze podmiotowym czy też przedmiotowym (na potwierdzenie spełniania wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia) zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnień w celu ustalenia rzeczywistego brzmienia złożonych w nich oświadczeń. Obowiązek ten, wynikający z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, aktualizuje się w sytuacji, gdy złożone oświadczenia lub dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego (wyr. KIO z 9.06.2016 r., KIO 905/16, LEX nr 2111529). Regulacja ta służy wyłącznie wyjaśnieniu treści oświadczeń i dokumentów, nie zaś tworzeniu treści w nich uprzednio niezawartych (zob. szerzej wyr. KIO z: 14.02.2013 r., KIO 226/13, LEX nr 1288549; 11.02.2013 r., KIO 224/13, LEX nr 1288548; 11.02.2013 r., KIO 198/13, LEX nr 1288526; 11.02.2013 r., KIO 179/13, LEX nr 1288510; 8.02.2013 r., KIO 115/13, LEX nr 1288482; 7.02.2013 r., KIO 140/13, LEX nr 1288486).

Wskazane wyżej liczne niejasności nie zostały przez zamawiającego dostrzeżone i nie skutkowały stosownym wezwaniem na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, co dowodzi o nienależytym wykonaniu przez zamawiającego obowiązków z zakresu badania oferty, a w konsekwencji skutkowało wadliwością czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zasygnalizowane w odwołaniu okoliczności winny skutkować wykluczeniem D. spółki z o.o. Niewątpliwie zaniechanie zamawiającego w przedmiotowym zakresie skutkowało bezpodstawnym wyborem oferty wykonawcy D. spółki z o.o. jako najkorzystniejszej.

Analizując zaistnienie przesłanki wykluczenia określonej wart. 24 ust. 1 pkt 16, odwołujący zauważa, że posługuje się ona zwrotem w formie dokonanej - «wprowadził w błąd», zatem podstawą wprowadzenia w błąd nie może być sama próba bądź zamiar wprowadzenia zamawiającego w błąd, a jedynie faktyczne wywołanie u Zamawiającego mylnego wyobrażenia o faktach dotyczących kwestii podlegania wykluczeniu wykonawcy, spełnienia warunków udziału lub kryteriów selekcji. Ustawodawca odmiennie ukształtował przy tym przesłankę wykluczenia wykonawcy wyrażoną wart. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp - dla jej zaistnienia wystarczające jest samo przedstawienie (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) informacji «wprowadzających w błąd» zamawiającego, które to informacje mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Z powyższego wynika, że po stronie zamawiającego nie musi powstać mylne wyobrażenie o faktach, na skutek przedstawionych przez wykonawcę informacji, wystarczającym jest, iż takie

wyobrażenie mogło powstać. Istotna jest zatem sama treść informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od okoliczności, czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło .

W świetle treści przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Przepis ten koresponduje z treścią art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeśli została ona złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W świetle zaistnienia wyżej opisanych podstaw do wykluczenia D. spółki z o.o. zasadnym było odrzucenie jej oferty.

W ocenie odwołującego powyższe zarzuty mają istotne znaczenia dla oceny oferenta Dobrowolski spółki z o.o. pod kątem spełnienia warunków postępowania oraz zgodności oferowanego pojazdu z parametrami OPZ.

W niniejszym postępowaniu niewątpliwie doszło też do przedstawienia przez D. spółkę z o.o. szeregu informacji niezgodnych z rzeczywistością, które - w kontekście dokonanego rozstrzygnięcia przetargu - wprowadziły zamawiającego w błąd. Przedstawienie tych informacji istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, jako że dotyczyły one kwestii uzasadniających niepodleganie wykluczeniu, jak również wykazujących spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Do tych niezgodnych z ustawą działań doszło w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa, o czym dobitnie świadczą ujawnione w odwołaniu okoliczności.

W świetle powyższych argumentów natury faktycznej i normatywnej odwołujący wnosi jak w petitum.

Załączniki:

- potwierdzenie doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu,
- potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 15 000 zł,
- odpis z KRS odwołującego,
- wydruk ze strony BIP zamawiającego dotyczący postępowania ZP.271.21.2020,
- dokumentacja zdjęciowa przedłożona przez wykonawcę D. sp. z o.o. (9 zdjęć),
- wydruk dotyczący specyfikacji dwóch pojazdów Scania.
- wydruk dotyczący specyfikacji pojazdu DAF.

Opinię Biegły sądowy wydał celem ustalenia:

Czy oferowany samochód specjalistyczny do czyszczenia i konserwacji infrastruktury kanalizacyjnej w ofercie złożonej przez wykonawcę wybranego, opisany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia — zał. nr 6 do SIWZ, spełnia opisywane wymagania techniczne w zakresie:

1. pkt 10.7 „wymagany dodatkowy otwór w dennicy opróżniającej min. 500mm w zbiorniku do czyszczenia komory wody czystej w dowolnej lokalizacji umożliwiającą wykonanie czynności obsługi”
2. pkt 15.1 „możliwość zrzutu nadmiaru wody z nad szlamu poprzez wąż ssący”
3. pkt 16.7 „komora zabezpieczająca przed przelaniem zbiornika z układem zaworów kulowych pływających”
4. pkt 1 8.1 „kołowrót węża ssącego ocynkowany ogniowo i lakierowany proszkowo: zamawiający dopuszcza zastosowanie kasety z wężem ssącym wraz z wysięgnikiem hydraulicznym wspólnym dla węża ssącego i ciśnieniowego”
5. pkt 18.3 „wysięgnik hydrauliczny kombinowany ocynkowany ogniowo i lakierowany proszkowo”
6. pkt 18.3.1 „wspólne prowadzenie węża ssącego i ciśnieniowego”
7. pkt 18.3.10 „na wysięgniku zamontowana dodatkowo wyciągarka hydrauliczna min 400 kg udźwigu z prowadzeniem linki. Zamawiający nie dopuszcza montażu wyciągarki elektrycznej oraz nie dopuszcza wyciągarki o udźwigu mniejszym niż 400 kg”
8. pkt 19.1 do 19.2.14 szczegółowe wymogi dotyczące „Stanowiska obsługi II wersja z kablem zdalnego sterowania L min. 10 m” oraz „Stanowiska obsługi III zdalne sterowanie falami radiowymi”

Analizy dokonano na podstawie materiału zgromadzonego w aktach sprawy. Z racji braku możliwości fizycznych oględzin opracowania dokonano w możliwym zakresie na podstawie zgromadzonych w czasie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zdjęć oraz dokumentów.

1 . Na podstawie deklaracji zawartej w złożonym zał. nr 6 do SIWZ nie można wykluczyć spełnienia wymagań pkt. 10.7. Deklaracja nie może jednak zostać jednoznacznie potwierdzona na podstawie przesłanego w wyjaśnieniu zdjęcia. Niemożliwym jest na jego podstawie precyzyjne określenie czy: otwór umiejscowiony jest w dennicy zbiornika wody czystej, zapewni możliwość wykonania czynności obsługowych oraz określić jego wymiarów.

W ocenie biegłego nie można jednoznacznie potwierdzić wymagania opisanego w pkt. 10.7 zał. nr 6 do SIWZ na podstawie zgromadzonej dokumentacji.

2. Na podstawie deklaracji zawartej w złożonym załączniku nr 6 do SIWZ nie można wykluczyć spełnienia Wymagań pkt. 1 5.1 SIWZ. Przesłana w wyjaśnieniu wizualizacja obrazuje układ zbierający który również nie daje możliwości wykluczenia spełnienia wymagania. Zgromadzony materiał nie zawiera jednak wyjaśnienia opisywanego rozwiązania wyposażenia oraz udokumentowania na istniejącej zabudowie. W ocenie biegłego nie można wykluczyć spełnienia wymagania pkt. 15.1 zał. nr 6 do SIWZ jednak w zgromadzonej dokumentacji nie znajdują się odpowiedzi na wszystkie zadane przez Zamawiającego pytania.

3. Na podstawie deklaracji zawartej w złożonym załączniku nr 6 do SIWZ nie można wykluczyć spełnienia wymagań pkt. 16.7 SIWZ. Deklaracja jednak nie może zostać jednoznacznie potwierdzona na podstawie przesłanych w wyjaśnieniu zdjęć. Niemożliwym jest na ich podstawie precyzyjne określenie zaproponowanych rozwiązań konstrukcyjnych oraz zasady działania komory zabezpieczającej przed przelaniem zbiornika. W ocenie biegłego nie można jednoznacznie potwierdzić spełnienia wymagania opisanego w pkt. 16.7 zał. nr 6 do SIWZ .

4. W złożonym zał. nr 6 potwierdził spełnienie wymagań zawartych w pkt. 18.1 w postaci kasety. W przesłanym wyjaśnieniu zawarł zdjęcie istniejącej zabudowy z kasetą oraz zapewnił o wykonaniu wymaganego zabezpieczenia antykorozyjnego i malowania. Nie dostarczone zostały jednak rysunki i rozwiązania kasety. Na podstawie deklaracji Dobrowolski sp. z o.o. zawartej w złożonym załączniku nr 6 do SIWZ oraz przesłanych wyjaśnień nie można, w ocenie biegłego, wykluczyć spełnienia wymagań pkt. 18.1 SIWZ .

5. W ocenie biegłego na podstawie deklaracji zawartej w złożonym załączniku nr 6 do SIWZ oraz przesłanych wyjaśnieniach i rysunkach nie można wykluczyć spełnienia wymagań pkt. 18.3 zał. nr 6 do SIWZ przez D. sp. z o.o. Jednak zgromadzony materiał nie zawiera udokumentowania rozwiązania na istniejącej zabudowie.

6. W ocenie biegłego na podstawie deklaracji zawartej w złożonym załączniku nr 6 do SIWZ, przesłanych rysunków oraz schematu nie można wykluczyć spełnienia wymagań pkt. 18.3.1 zał. nr 6 do SIWZ .

7. Na podstawie deklaracji zawartej w złożonym załączniku nr 6 do SIWZ nie można wykluczyć spełnienia wymagań pkt. 1 6.7 SIWZ, Deklaracja jednak nie może zostać potwierdzona na podstawie przesłanego w wyjaśnieniu zdjęcia. Niemożliwym jest na jego podstawie precyzyjne określenie miejsca zamontowania wyciągarki na istniejącej zabudowie.

Niemożliwym jest również określenie parametrów technicznych wyciągarki. W ocenie biegłego nie można jednoznacznie potwierdzić spełnienia wymagań opisanych w pkt.18.3.10 zał. nr 6 do SIWZ .

8. Na podstawie deklaracji D. sp. z o.o. zawartej w złożonym załączniku nr 6 do SIWZ nie można wykluczyć spełnienia wymagań opisanych w pkt. 19.1 do 19.1.13. W ocenie biegłego deklaracja nie może jednak zostać jednoznacznie potwierdzona na podstawie przesłanego w wyjaśnieniu zdjęcia oraz braku opisów i schematu elektrycznego w przypadku punktów 19.1.2, 19.1 a, 19.1.4, 19.1.5, 19.1.6, 19.1.7, 19.1.8, 19.1.9, 19.1.10, 19.1.11, 19.1.12, 19.1.13 zał. nr 6 do SIWZ. W przypadku punktu 19.1 nie można wykluczyć spełnienia wymagania w zakresie stanowiska do obsługi w wersji z kablem, jednak nie można potwierdzić długości oferowanego kabla.

Na podstawie deklaracji D. sp. z o.o. zawartej w złożonym załączniku nr 6 do SIWZ oraz przesłanych zdjęciach nie można, w ocenie biegłego, wykluczyć spełnienia wymagań punktu 19.2.

Na podstawie deklaracji D. sp. z o.o. zawartej w złożonym załączniku nr 6 do SIWZ nie można wykluczyć spełnienia wymagania pkt.19.2.14 zał. nr 6 do SIWZ. W ocenie biegłego na podstawie przesłanych zdjęć nie można wykluczyć spełnienia wymagania w zakresie istnienia dwóch kontrolerów na zrealizowanych zabudowach. Niemożliwym jest jednak na ich podstawie jednoznaczne potwierdzenie spełnienia wymagania zamontowania na stałe w pojeździe ładowarki do akumulatorów pilotów.

W opinii biegłego nie można wykluczyć spełnienia wymagań opisanych w punktach 19.2.1. 19.2.3, 19.2.6, 19.2.8, 19.2.9, 19.2.10, 19.2.11, 19.2.13 zał. nr 6 do SIWZ. Natomiast w odniesieniu do punktów 19.2.2, 19.2.4, 19.2.5,19.2.7, 19.2.12 zał. nr 6 do SIWZ nie ma podstawy do jednoznacznego stwierdzenia spełnienia opisywanych w nich wymagań minimalnych.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Przedmiotem zamówienia jest dostawa samochodu specjalistycznego do czyszczenia i konserwacji infrastruktury kanalizacyjnej dla zadania Gospodarka cyrkulacyjna w oczyszczalni ścieków wraz z rozbudową sieci wodno-kanalizacyjnej w aglomeracji Słupsk współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2020/S 112-271279.

Odwołanie dotyczy zaskarżenia czynności zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty na dostawę samochodu specjalistycznego do czyszczenia i konserwacji infrastruktury kanalizacyjnej.

Według odwołującego zaniechano wykluczenia wykonawcy wybranego, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, który to wykonawca wybrany nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zaoferował przedmiot, który nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisanych szczegółowo w załączniku nr 6 do tejże specyfikacji. W konsekwencji tych zarzutów odwołujący sformułował kolejne zarzuty to jest w wyniku zamierzonego działania ewentualnie rażącego niedbalstwa wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak również która nie była w stanie przedstawić wymaganych przez zamawiającego dokumentów oraz która zataiła informacje dotyczące niepodlegania wykluczeniu lub spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz w wyniku lekkomyślności ewentualnie niedbalstwa przedstawiono informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odwołujący biorąc pod uwagę, że zamawiający już wzywał do wyjaśnień wykonawcę wybranego podniósł konieczność dalszego wyjaśnienia okoliczności, czy wykonawca wybrany spełnia warunki udziału w postępowaniu (czy przedstawił referencje odnoszące się do tożsamyh dostaw) oraz czy oferowany przez tego wykonawcę pojazd spełnia wymagania Zamawiającego wynikające z OPZ, w sytuacji, gdy z dokumentów przez niego przedłożonych, wynikają poważne wątpliwości co do możliwości potwierdzenia spełniania tych warunków.

Podsumowując należy stwierdzić, że odwołujący kwestionuje wymagane doświadczenie zawodowe wykonawcy wybranego oraz oferowany przedmiot dostawy to jest jego parametry techniczne i funkcjonalne samochodu specjalistycznego do czyszczenia i konserwacji infrastruktury kanalizacyjnej.

Zdaniem odwołującego nie posiada wykonawca wybrany wymaganego doświadczenia zawodowego, w zakresie tożsamyh trzech dostaw, ponieważ dostawy, które przedstawił w wykazie wykonanych dostaw odnoszą się do dostaw samochodów specjalistycznych o dwóch osiach, a nie jak w niniejszym postępowaniu przedmiotem dostawy ma być pojazd trzyosiowy. Po drugie wykonawca wybrany nie oferuje przedmiotu zamówienia opisanego w zał. nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na podstawie tych twierdzeń odwołujący sformułował następujące zarzuty odwołania:

- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (niewykazanie wykonania trzech tożsamyh dostaw) oraz nie wykazał, że oferowany przez tego wykonawcę pojazd spełnia wymagania zamawiającego wynikające z OPZ (opis przedmiotu zamówienia) opisane w zał. nr 6 do specyfikacji,

- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego, który w wyniku zamierzonego działania ewentualnie rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (wykonanie trzech tożsamyh dostaw) oraz oferowany przez tego wykonawcę pojazd spełnia wymagania zamawiającego wynikające z OPZ, jak również wobec faktu, że wykonawca wybrany zataił istotne informacje w powyższym zakresie oraz nie był w stanie przedstawić wymaganych przez zamawiającego dokumentów,

- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego, który w wyniku lekkomyślności ewentualnie niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego o spełnieniu przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnieniu przez oferowany pojazd parametrów wymaganych przez zamawiającego w treści OPZ, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

- naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu dalszego wyjaśnienia okoliczności, czy wykonawca wybrany faktycznie spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz czy oferowany przez tego wykonawcę pojazd spełnia parametry wymagane przez zamawiającego w treści OPZ w sytuacji, gdy zarówno z dokumentów przedstawionych przez tego wykonawcę, wynikają poważne wątpliwości w zakresie potwierdzenia spełniania tych warunków.

Izba podsumowując, tak przedstawione zarzuty odwołania sprowadzają się do faktu, że w przypadku stwierdzenia braku wykazania doświadczenia zawodowego przez wybranego wykonawcę oraz oferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisowi zawartemu w zał. nr 6 do siwz, spełnione zostają kolejne zarzuty wobec zamawiającego to jest art.24 ust.1 pkt 16 i 17 ustawy wprowadzenia w błąd zamawiającego bądź art.24 ust.6 ustawy, jeżeli powyższe zarzuty się nie potwierdzą, ale wątpliwości co do doświadczenia, czy też zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z siwz okażą się zasadne.

W ocenie odwołującego nastąpiło niezastosowanie przez zamawiającego przepisu art. 89 ust.1 pkt 5) ustawy Pzp (odrzućenia oferty), czego bezpośrednią konsekwencją był bezpodstawny wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Stosownie do treści art. 192 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę wybranego,
2. nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. nakazanie zamawiającemu wykluczenie wykonawcy wybranego i odrzucenie jego oferty, a w razie nieuwzględnienia tego wniosku, nakazanie zamawiającemu ponowne wezwanie wykonawcy wybranego do wyjaśnień w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu (wykazania wykonania trzech tożsamyh dostaw ze wskazaniem, czy były to dostawy pojazdów trzyosioowych) oraz w zakresie tego, czy oferowany pojazd spełnia wymagania zamawiającego wynikające z OPZ z uwzględnieniem niejasności wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Posiedzenie z udziałem stron i uczestnika to jest przystępującego po stronie zamawiającego /wykonawcy wybranego odbyło się w dwóch terminach to jest 28 października 2020 roku oraz w dniu 29 grudnia 2020 roku, po sporządzeniu opinii przez Biegłego sądowego.

Zamawiający nie stawiał się na obydwie terminy wyznaczone na rozpoznanie odwołania, z powodu panującej sytuacji epidemicznej, o których to terminach został prawidłowo zawiadomiony. Natomiast w pisemnej korespondencji zamawiający, w związku z wyborem oferty przystępującego po jego stronie i wniesionym odwołaniem, uwzględnił zarzuty odwołania w całości. Przystępujący po stronie zamawiającego to jest wykonawca wybrany skorzystał z prawa wniesienia sprzeciwu na uwzględnienie odwołania i wniósł w ustawowym terminie sprzeciw wobec tej czynności zamawiającego. Zarówno zamawiający jak i przystępujący po jego stronie, który wniósł sprzeciw na uwzględnienie odwołania, nie wnieśli odpowiedzi na odwołanie, a przystępujący na pierwszym posiedzeniu nie odniósł się merytorycznie do zarzutów odwołania, w zakresie nie spełnienia parametrów technicznych i technologicznych zaoferowanego pojazdu specjalistycznego do czyszczenia i konserwacji infrastruktury kanalizacji. Natomiast przystępujący zażądał udzielenia terminu na merytoryczne ustosunkowanie się do podniesionych zarzutów i odroczenia w tym celu terminu rozprawy (wyciąg z protokołu z dnia 28 października 2020r."W związku z tym, że Przystępujący wnosi o udzielenie terminu na odniesienie się do rysunku przedstawionego w poczet materiału dowodowego oraz na pytanie Izby o przedstawienie pisemnej odpowiedzi na odwołanie, wnosi również w tym zakresie, o udzielenie dodatkowego terminu. Izba wyjaśnia, że brak podstaw do takiego wnioskowania i nie ma możliwości odroczenia terminu z racji nieprzygotowania odpowiedzi, bądź też z racji braku możliwości odniesienia się na bieżąco do przedstawionego dowodu, tj. zabezpieczenie DN100/125. W tym stanie rzeczy,

wobec podtrzymania stanowiska, rozprawa będzie kontynuowana bez możliwości odroczenia, celem przygotowania się do merytorycznej części”).

Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego o udzielenie dodatkowego terminu na ustosunkowanie się do przedstawionego dowodu jak i pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Odwołujący podtrzymał zarzuty zawarte w odwołaniu. Przystępujący na posiedzeniu potwierdził wiarygodność i możliwość wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego opisanymi w specyfikacji oświadczając do protokołu „W tym miejscu prokurent (przystępujący) oświadcza, że jest zakładem produkcyjnym i posiada potencjał intelektualny, tj. konstruktorów oraz techniczny technologiczny, który może sprostać przedmiotowemu zamówieniu. Przystępujący zapoznał się z dokumentacją techniczną tego zamówienia i złożył ofertę ponieważ jest przekonany o możliwości jej sprostania. Myśmy udzielali wyjaśnień, domyślam się z powodu ingerencji Odwołującego, oczywiście na żądanie Zamawiającego, moim zdaniem te wyjaśnienia były wyczerpujące i Zamawiający dokonał naszego wyboru. Niemniej ze zdziwieniem dzisiaj stwierdzam, że Zamawiający wycofuje się ze swojego stanowiska, co do prawidłowości naszej oferty w zakresie OPZ. Generalnie musimy stwierdzić, że z reguły jak składamy oferty, to wypełniamy formularze, gdzie Zamawiający oczekuje potwierdzenia minimalnych tzw. Parametrów technicznych. Jest to forma oświadczenia, ewentualnie załączamy jakieś fotografie. Startujemy w miarę często w przetargach na tego rodzaju sprzęt samochodowy specjalny, w tym przypadku do czyszczenia kanalizacji, ale przyznam się, że z taką sytuacją jak w Słupsku spotykamy się bardzo rzadko. Praktycznie 1-2 razy do roku, żeby Zamawiający nas tak kontrolował pod względem czy jesteśmy w stanie wykonać zamówienie i stwierdzam to na podstawie wezwania do wyjaśnień, gdzie było ponad 30 punktów, które musieliśmy szczegółowo wyjaśnić, ale podjęliśmy się tego i wskutek tego byliśmy wybrani. Jednocześnie oświadczam, że jesteśmy producentem(...) i generalnie odnosząc się do tego zamówienia, to musimy powiedzieć, że po zapoznaniu się z SIWZ postanowiliśmy złożyć ofertę i zamierzamy wyprodukować samochód pod to konkretne zamówienie. Nie jest to w naszej praktyce nic nowego, w wielu przypadkach produkujemy samochód pod konkretne zamówienie” (wyciąg z protokołu z dnia 28 października 2020r.).

W zaistniałej sytuacji Izba na posiedzeniu postanowiła o powołaniu biegłego sądowego dla ustalenia czy oferowany przez wykonawcę wybranego samochód specjalistyczny spełnia wymagania techniczne opisane w zarzutach odwołania. Po sporządzeniu opinii i wysłuchaniu biegłego na rozprawie w dniu 29 grudnia 2020r. z udziałem odwołującego i przystępującego, Izba przyjęła w poczet materiału dowodowego opinię Biegłego, którego sentencję do zadanych pytań przedstawiono powyżej w uzasadnieniu (pełna opinia Biegłego w aktach sprawy).

Biegły w wydanej opinii nie wykluczył zgodności oferty wykonawcy wybranego / przystępującego z postanowieniami zał. nr 6 do specyfikacji. Niemniej w większości przypadków Biegły stwierdził, że zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala jednoznacznie potwierdzić zgodności oferty z treścią specyfikacji. Bowiem zamawiający oprócz schematów, rysunków dopuścił również jako dowód zdjęcia, które nie wskazują na zastosowane rozwiązania techniczne (wyciąg z opinii Biegłego – akta sprawy – „Analizy dokonano na podstawie materiału zgromadzonego w aktach sprawy. Z racji braku możliwości fizycznych oględzin opracowania dokonano w możliwym zakresie na podstawie zgromadzonych w czasie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zdjęć oraz dokumentów.1 . Na podstawie deklaracji zawartej w złożonym zał. nr 6 do SIWZ nie można wykluczyć spełnienia wymagań pkt. 10.7. Deklaracja nie może jednak zostać jednoznacznie potwierdzona na podstawie przesłanego w wyjaśnieniu zdjęcia. Niemożliwym jest na jego podstawie precyzyjne określenie czy: otwór umiejscowiony jest w dennicy zbiornika wody czystej, zapewni możliwość wykonania czynności obsługowych oraz określić jego wymiarów. W ocenie biegłego nie można jednoznacznie potwierdzić wymagania opisanego w pkt. 10.7 zał. nr 6 do SIWZ na podstawie zgromadzonej dokumentacji.).

Zamawiający w żadnym miejscu wydanej opinii, nie stwierdził o braku zgodności złożonej oferty w zakresie specjalistycznego samochodu do oczyszczania i konserwacji infrastruktury kanalizacyjnej z postanowieniami zał. nr 6 do specyfikacji. Z kolei przedstawiciele przystępującego/wykonawcy wybranego na rozprawie w dniu 29 grudnia 2020r. udzielając wyjaśnień w obecności Biegłego uwiarygadniali potencjał techniczny spółki do wykonania zamówienia pojazdu specjalistycznego zgodnie z zał. nr 6 do siwz (Wyciąg z protokołu z dnia 29 grudnia 2020r. Biegły: Na pytanie co do ogólnych konkluzji biegłego w zakresie przedstawionemu jemu materiałowi dowodowemu, stwierdza, że przedstawiony materiał dowodowy w postaci tylko i wyłącznie oświadczeń D. oraz zdjęć nie ma podstaw do stwierdzenia o zgodności oferty z treścią SIWZ. Jednocześnie oznacza to, że jako biegły w tym zakresie nie może wydać opinii technicznej o zgodności oferty D. z wymaganiami SIWZ, ponieważ brak materiału dowodowego w sensie dowodów technicznych. Są tylko oświadczenia, które można oceniać pod względem formalno-prawnym, nie technicznym. Potwierdzam moją sentencję, co do otworu do czyszczenia zbiornika, bo dysponując oświadczeniem i zdjęciem, nie jestem w stanie jednoznacznie ocenić lokalizacji tego otworu zgodnie z wymogami SIWZ. *W tym miejscu p. C. wyjaśnia, że dla producenta D. nie jest problemem wykonanie otworu rewizyjnego na tłoku, tak jak wymaga to SIWZ, a nie na zbiorniku. Ma ewentualne pytanie do biegłego, czy w ocenie biegłego wykonanie otworu rewizyjnego na zbiorniku i na tłoku jest tego samego czy podobnego rodzaju trudnością/wyzwaniem technologicznym, czy jest to porównywalne.* Odpowiadając na

pytanie pod względem technologicznym, miejsce wykonania otworu rewizyjnego w sensie technologicznym czy to na tłoku, czy na zbiorniku jest wyzwaniem porównywalnym technologicznie. Jeżeli chodzi o pkt 15.1, to oceniając materiał zgromadzony nie mogę wykluczyć spełnienia tego wymagania. Również w zgromadzonym materiale dowodowym nie znajduję odpowiedzi na pytania wszystkie, które postawił Odwołujący, tj. ssak zbierający wodę z nad szlamu. *W tym miejscu Odwołujący stwierdza, że na podstawie przedstawionego rysunku 15/15.1 wykazuje niezgodność z SIWZ, nie wynika, że woda z nad szlamu jest usuwana poprzez wąż ssący umiejscowiony na wysięgniku, tak jak wymaga to SIWZ.* Na podstawie przedstawionej wizualizacji nie jestem w stanie ocenić czy usuwanie wody z nad szlamu odbywać będzie się zgodnie z wymogiem SIWZ. Mogę jedynie stwierdzić, że w zbiorniku będzie znajdować się układ zbierający wodę z nad szlamu, ale nie jestem w stanie ocenić połączenia, w jaki sposób ze strony technicznej zostanie dokonane połączenie układu elementów zbierającego z węzłem ssącym, w celu spełnienia wymogu SIWZ. W tym miejscu na pytanie Odwołującego przywołuje stwierdzenie na str. 12 opinii o treści, że na podstawie przedstawionej wizualizacji konstrukcji nie znajduje w dokumencie przedstawionym Zamawiającemu wyjaśnienia opisywanego rozwiązania wyposażenia oraz udokumentowania na istniejącej zabudowie. Potwierdza w tym miejscu na pytanie Izby, że przedstawiona wizualizacja nie udziela odpowiedzi na pytanie Zamawiającego. *Przystępujący: Ja uważam, że problem podnoszony przez Odwołującego w kwestii, że brakuje podłączenia instalacji zewnętrznej do węża ssawnego. Uważam, że nie jest to problem techniczny, takich instalacji przewiduje się w tym pojeździe jeszcze ok. kilkunastu. Ja przygotowywałem dokumenty dla Zamawiającego na wezwanie do wyjaśnień i uważam, że w materiale, który przekazaliśmy Zamawiającemu pokazaliśmy główny tutaj problem występujący, tj. chodzi o układ pływający poboru wody ponad osadowej, natomiast kwestia poruszana przez Odwołującego to jest rzecz wtórna. Jest to tylko jakiś odcinek instalacji pojazdów, takich odcinków w tym pojeździe będzie się znajdować ponad kilkanaście. Odpowiadając na pytanie Izby, czy wykonanie usuwania wody ponad osadowej przez wąż ssący umiejscowiony na wysięgniku kos turkot p. C. odpowiada, że układ pływający robiliśmy w praktyce, natomiast nie przez wąż ssący. Jeszcze raz powtarza, że robił układ pływający tego typu opisany w SIWZ, ale nie przez zrzut poprzez wąż ssący na wysięgniku.* Biegły w tym miejscu potwierdza, iż zgromadzonej dokumentacji nie ma potwierdzenia na wykonanie zadania w taki sposób, jak opisano powyżej i nie jest w stanie odpowiedzieć na pytanie co do zgodności, a jedynie może oceniać to na podstawie oświadczenia D.. *Pan C. wyjaśnia, że usunięcie wody nad osadowej może nastąpić przez zrzut przez dennicę, poprzez otwór, którym wyprowadza się wodę na zewnątrz, albo można wyprowadzić przez wąż na wysięgniku. Ja uważam, że połączenie tych dwóch elementów nie stanowi żadnego problemu technicznego.* Biegły odpowiada, że

nie znając potencjału technicznego firmy D. i nie mając żadnej dokumentacji technicznej n. t. ich produkcji, nie jestem w stanie odpowiedzieć na pytanie czy D. jest w stanie to wykonać.)

Izba w tym miejscu przywołuje postanowienia SIWZ, które określają wymagania co do potwierdzenia zgodności opisu przedmiotu zamówienia w złożonej ofercie z wymaganiami specyfikacji w tym przypadku z zał. nr 6 do siwz to jest Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia.

I tak w pkt 9.7.3 siwz zamawiający na potwierdzenie zgodności oferty z treścią siwz wymagał wypełnionego i podpisanego zał. nr 6 do specyfikacji oraz rysunków technicznych zawierających opisy i schematy wysięgnika oraz zabudowy. Powyższy wymóg został spełniony przez dostarczenie wypełnionego i podpisanego OPZ oraz rysunków wysięgnika opuszczonego i podniesionego i rysunek zabudowy SSC12PK (dokumentacja zamawiającego).

Natomiast odwołujący kwestionował spełnienie powyższego wymogu, podważając możliwość wykonania pojazdu specjalistycznego przez wykonawcę wybranego, zgodnie z wymaganiami zał. nr 6 do specyfikacji. W celu potwierdzenia zarzutów odwołania, w sytuacji gdy ani zamawiający, ani wykonawca wybrany nie wyjaśnił braku zasadności zarzutów odwołania, Izba powołała biegłego sądowego, który w wydanej opinii potwierdził, że materiał dowodowy w sprawie nie pozwala technicznie rozstrzygnąć sporu, a tym samym potwierdził zarzutów odwołania i czynności zamawiającego uwzględnienia odwołania.

Wobec sprzeciwu przystępującego po stronie zamawiającego Izba rozstrzygnęła zarzuty na podstawie zgromadzonego materiały dowodowego w sprawie to jest wypełnionego i podpisanego zał. nr 6 do specyfikacji, gdzie wykonawca wybrany potwierdził zgodność treści oferty z treścią specyfikacji co do oferowanego przedmiotu zamówienia.

Również nie potwierdził się zarzut co do braku doświadczenia zawodowego w związku z dostawą dwuosioowych pojazdów a nie trzyosioowych pojazdów. Nawet użyte sformułowanie tożsamyh dostaw w specyfikacji, bez jego zdefiniowania w specyfikacji nie uprawnia zamawiającego do wymagania spełnienia opisanych 292 pozycji parametrów technicznych w zał. nr 6 do specyfikacji. Zamawiający w wymogu doświadczenia sprecyzował jedynie ilość dostaw, okres ich realizacji i wartość każdej dostawy. W związku z powyższym tożsamość dostaw należy oceniać w kontekście Opisu Przedmiotu Zamówienia pkt 3.3.1. siwz.

W tym stanie rzeczy nie potwierdził się żaden zarzut odwołania.

Reasumując odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, nie udowodniono naruszenia przepisów ustawy przywołanych w odwołaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, a także w oparciu o przepisy § 3 b oraz § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000,00 złotych.

Przewodniczący: