

WYROK

z dnia 2 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie **30 kwietnia 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 19 kwietnia **2018 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Otoria sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Spóroku**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup wraz z dostawą i instalacją obrabiarek konwencjonalnych wraz z oprzyrządowaniem i akcesoriami w ramach projektu pn. „Wzmocnienie potencjału edukacyjnego Powiatu Kłobuckiego poprzez modernizację kompleksu pracowni CNC w Zespole Szkół nr 1 w Kłobucku”* (nr postępowania IR.272.1.1.2018)

prowadzonym przez zamawiającego: **Powiat Kłobucki**

przy udziale wykonawcy: **Metal-Trade.pl W. A., Jankowo Gdańskie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Powiatowi Kłobuckiemu: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności odrzucenie oferty Metal-Trade.pl W. A. z Jankowa Gdańskiego za złożenie oferty nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na niesprecyzowanie treści oferty w odniesieniu do oznaczenia (typ, model) lub pochodzenia (producent) oferowanego sprzętu.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Powiat Kłobucki i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Otorię sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Spóroku,**

- 2.2. zasądza od **zamawiającego Powiatu Kłobuckiego** na rzecz **odwołującego Otorii sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Spóroku** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 Częstochowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Powiat Kłobucki prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Zakup wraz z dostawą i instalacją obrabiarek konwencjonalnych wraz z oprzyrządowaniem i akcesoriami w ramach projektu pn. „Wzmocnienie potencjału edukacyjnego Powiatu Kłobuckiego poprzez modernizację kompleksu pracowni CNC w Zespole Szkół nr 1 w Kłobucku” (nr postępowania IR.272.1.1.2018).*

Ogłoszenie o tym zamówieniu 5 stycznia 2018 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S_003 pod poz. 004138.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

9 kwietnia 2018 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Metal-Trade.pl W. A. z Jankowa Gdańskiego {dalej również: „Metal-Trade”}

19 kwietnia 20178 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania wykluczenia Metal-Trade i odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 7 ust. 1 – przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „SIWZ” „s.i.w.z.” lub „specyfikacja”}.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.
4. Art. 24 ust. 1 pkt 17 – przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez

zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

5. Art. 87 ust. 1 – przez prowadzenie negocjacji z wykonawcą dotyczących treści oferty oraz dokonanie zmiany treści oferty.
6. Art. 91 ust. 1 – przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie

Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert.
3. Wykluczenia Metal-Trade i odrzucenia jego oferty.
4. Wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący podał, że w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ) Zamawiający zawarł szereg wymagań technicznych dotyczących zamawianych urządzeń.

Odwołujący zarzucił, że Metal-Trade w treści swojej oferty wprowadził Zamawiającego w błąd co do producenta oraz modeli/typów oferowanych urządzeń, tj. w poz. 1, 2, 4, 6, 7 i 8 formularza oferty jako producenta urządzeń podał siebie, podczas gdy Metal-Trade nie jest ich producentem i złożył karty katalogowe, które w istocie stanowią kopie kart katalogowych innych producentów innych urządzeń. Według Odwołującego takie działanie jest niedopuszczalne, gdyż uniemożliwiło Zamawiającemu rzetelną weryfikację zgodności oferty z treścią SIWZ i tym samym wpłynęło na wynik postępowania.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zarzucił, że zaoferowanie Zamawiającemu nieistniejących urządzeń stanowi również naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Art. 3 ust 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług.

Odwołujący dodał, że w procesie przygotowywania oferty Metal-Trade dopuścił się nawet użycia zdjęć podpisanych przez innych producentów do wizualizacji „swoich” produktów (poz. nr 6 przecinarka taśmowa, gdzie dla zobrazowania wyglądu urządzenia zostało użyte zdjęcie podpisane przez prawdziwego producenta – firmę Cormak).

Odwołujący zarzucił ponadto, że w treści złożonej oferty Metal-Trade zaoferował urządzenia niezgodnie z SIWZ, gdyż bez wymaganego wyposażenia, co spowodowało,

że Zamawiający pismem z 3 kwietnia 2018 r. wezwał go do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący zarzucił, że wezwanie to w istocie stanowiło rozpoczęcie negocjacji w zakresie treści oferty i dopuszczenie do zmiany jej treści, gdyż Wykonawca w treści oferty winien zaoferować wszystkie wymagane urządzenia – kompletne i zgodne z SIWZ. Niedopuszczalne jest, aby Zamawiający na etapie oceny ofert dopytywał wykonawcę, czy treść złożonej oferty obejmuje wymagane wyposażenie. Działanie takie umożliwia wykonawcy zmianę treści oferty lub decydowanie po upływie terminu składania ofert czy jego oferta jest zgodna z SIWZ czy nie.

W odniesieniu do poszczególnych pozycji Odwołujący sprecyzował zarzut zmiany treści oferty po jej złożeniu przez: po pierwsze – późniejsze wyjaśnienia odnośnie wyposażenia dodatkowego, które nie zostało wpisane w ofercie, po drugie – zmianę oferowanych urządzeń w dokumentach złożonych na wezwanie zamawiającego (karty katalogowe, instrukcje) w stosunku do treści oferty.

Poz. nr 1 – szlifierka dwutarczowa z odciążeniem i podstawą:

- właściwy producent – Bernardo;
- w ofercie podano model DS 300S, co wskazuje tylko na samą szlifierkę, brak wymaganego wyposażenia: podstawy z odciążeniem, która posiada oznaczenie modelu (np. D56-1046), oraz podestu antypoślizgowego;
- w karcie katalogowej wskazano szlifierkę dwutarczowa z odciążeniem i podstawą DS. 300S, ale nie podano modelu i parametrów podstawy;
- w instrukcji obsługi również brak informacji o podstawie.

Odwołujący zarzucił, że nie zaoferowano podstawy oraz podestu antypoślizgowego.

Poz. nr 2 frezarka narzędziowa uniwersalna, odczyt 3-osiowy, automatyczny posuw:

- właściwy producent – Ecometal;
- w ofercie podano model XZ6350ZA, nie wskazano podestu antypoślizgowego ani zestawu wibroizalatorów;
- w karcie katalogowej podano inny model, XZ6350A, dopisano podest.

Odwołujący zarzucił, że nie zaoferowano podestu antypoślizgowego, a w karcie katalogowej zmieniono model w stosunku do oferty.

Poz. nr 4 Tokarka uniwersalna 410x1000 z odczytem NC

- w ofercie podano model UT410X1000, nie wskazano podestu antypoślizgowego ani zestawu wibroizalatorów;
- w karcie katalogowej podano inny model, 410x1000 z odczytem NC, dopisano podest i komplet wibroizalatorów;

Odwołujący zarzucił, że nie zaoferowano podestu antypoślizgowego i wibroizalatorów, a w karcie katalogowej zmieniono model w stosunku do oferty.

Poz. nr 6 – przecinarka taśmowa:

- właściwy producent – Cormak;
- w ofercie podano model G5025, nie wskazano podestu antypoślizgowego ani oraz zestawu 2 szt. taśm tnących, które kupuje się osobno;
- w karcie katalogowej dopisano podest i taśmy tnące;

Odwołujący zarzucił, że nie zaoferowano podestu antypoślizgowego i taśm tnących.

Poz. nr 7 – wiertarko-frezarka:

- właściwy producent – Cormak;
- w ofercie podano model ZX7045C, nie wskazano podestu antypoślizgowego;
- w karcie katalogowej i instrukcji podano inny model, ZX45, dopisano podest;

Odwołujący zarzucił, że nie zaoferowano podestu antypoślizgowego, a w karcie katalogowej i instrukcji zmieniono model w stosunku do oferty.

Poz. nr 8 – szlifierka do wałów i otworów:

- w ofercie podano model UCG20;
- w karcie katalogowej podano inny model, MW1420;

Odwołujący zarzucił, że w karcie katalogowej zmieniono model w stosunku do oferty, ponadto na taki, który ma średnicę szlifowania i wagę niespełniającą wymagań SIWZ, za zaferowanie tego modelu w poprzednich postępowaniach Zamawiający odrzucał ofertę.

Poz. 9 – twardościomierz:

- Powertech nie jest producentem (którym zgodnie ze złożonym dokumentem CE jest firma SUNPOC), a jedynie sprzedawcą.

Odwołujący zarzucił wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do producenta.

Zamawiający poinformował Izbę, że 20 kwietnia 2018 r. przesłał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

23 kwietnia 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez Metal-Trade.pl W. A., Jankowo Gdańskie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp), Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności powyższego przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący następująco odniósł się do zarzutów odwołania w piśmie z 27 kwietnia

2018 r., które złożył na posiedzeniu.

Przystępujący potwierdził, że jest producentem urządzeń wskazanych w pkt 1, 2, 3, 6, 7 i 8 oferty. Dodał, że wszystkie te urządzenia opatrzone jego nazwą oraz charakterystyczną dla niego kolorystyką producenta.

Przystępujący stwierdził, że w odniesieniu do każdego urządzenia stosuje ustalone i zaprojektowane przez siebie wyposażenie.

Przystępujący oświadczył, że jako producent odpowiada za jakość produktu oferowanego odbiorcy końcowemu, jego dostępność w obrocie na terenie Unii Europejskiej, bezpieczeństwo, a także udziela gwarancji i rękojmi – ponosi pełną odpowiedzialność producenta i ryzyko związane z oferowaniem produktów pod własną nazwą.

Przystępujący wyjaśnił, że w procesie produkcji istotnie korzysta z wytwórców i kooperantów nieposiadających ani oddziałów, ani przedstawicielstw na terenie Unii Europejskiej, EFTA, czy Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Oferowanie produktów pod własną nazwą jest typowym działaniem producentów na terenie Unii Europejskiej w sytuacji, gdy wytwórcami są podmioty z np. państw Dalekiego Wschodu. Co więcej takie działanie jest typowe na rynku obrabiarek i nie tylko. Wytwórcy nie są bowiem zainteresowani ponoszeniem ryzyka i odpowiedzialności producenta na podstawie powołanych niżej przepisów Unii Europejskiej, w tym odpowiedzialności z tytułu gwarancji i rękojmi.

Przystępujący podsumował, że bierze na siebie pełną odpowiedzialność producenta związaną z oferowanym produktem, wskazując wyraźnie jego typ/model. Co więcej,

Przystępujący oświadczył, że od kilku lat oferuje te produkty na rynku krajowym pod własną marką.

W konsekwencji argumentacja, że wprowadza Zamawiającego w błąd odnośnie nazwy producenta oraz modeli/typów oferowanych urządzeń jest bezpodstawna.

Przystępujący wywiódł, że pojęcie producenta nie jest zdefiniowane całościowo na gruncie prawa polskiego, stąd dla ustalenia jego treści pojęcia pomocna jest definicja „producenta” przyjęta w art. 3 pkt. 2 ustawy z 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów, która wskazuje, że za producenta uważa się:

a) przedsiębiorcę prowadzącego w Unii Europejskiej lub na terytorium państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym działalność polegającą na wytwarzaniu produktu albo każdą inną osobę, która występuje jako wytwórca, umieszczając na produkcie bądź do niego dołączając swoje nazwisko, nazwę, znak towarowy bądź inne odróżniające oznaczenie, a także osobę, która naprawia lub regeneruje produkt,

b) przedstawiciela wytwórcy, a jeżeli wytwórca nie wyznaczył przedstawiciela – importera

produktu, w przypadkach gdy wytwórca nie prowadzi działalności w Unii Europejskiej lub na terytorium państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym,

c) przedsiębiorcę uczestniczącego w dowolnym etapie procesu dostarczania lub udostępniania produktu, jeżeli jego działanie może wpływać na właściwości produktu związane z jego bezpieczeństwem.

Przystępujący dodał, że również dyrektywa UE tzw. „dyrektywa maszynowa” dopuszcza możliwość uznania za producenta osoby fizycznej, która wprowadza do obrotu lub oddaje do użytku maszyny lub maszyny nieukończone objęte niniejszą dyrektywą (art. 2 lit (i) Dyrektywy 2006/42/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17.05.2006 r. w sprawie maszyn, zmieniającej dyrektywę 95/16/WE (Dz. Urzędowy Unii Europejskiej L 157/24), przy czym ta sama dyrektywa pod pojęciem „wprowadzenia do obrotu” rozumie udostępnienie maszyny lub maszyny nieukończonej po raz pierwszy we Wspólnocie z zamiarem jej dystrybucji lub użytkowania, za wynagrodzeniem lub bezpłatnie.

Powyższe według Przystępującego pozwala na jednoznaczne przyjęcie, że Metal-Trade.pl, stosownie do swojego oświadczenia w treści oferty, jest producentem oferowanych urządzeń.

Przystępujący wywiódł, że jego oferta jest jednoznaczna w swojej treści – została złożona na formularzu ofertowym, zgodnie z treścią załącznika nr 2 do SIWZ, i zawiera w swojej treści wszystkie elementy określone rozdz. XII SIWZ. Natomiast przedłożone karty produktów nie są częścią formularza oferty w rozumieniu rozdz. XII ust. 2 SIWZ. Można traktować te karty produktów jedynie jako uszczegółowienie oferty w procesie oceny, czy wykonawca podlega wykluczeniu bądź czy spełnia warunki udziału w postępowaniu, czyli dokumenty, o których mowa w rozdz. VIII pkt 4 SIWZ. Zgodnie z rozdz. VIII SIWZ pkt 4 Zamawiający przewidywał wezwanie wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej, do złożenia w wyznaczonym terminie m.in. dokumentów dotyczących maszyn, urządzeń i narzędzi będących elementem dostawy. Przedstawione karty produktów były przekazane w wykonaniu tegoż wezwania, już po otwarciu ofert.

Przystępujący wskazał, że karty produktów zostały zaprojektowane i wykonane przez niego, oznaczone logo Metal-Trade, na papierze firmowym Metal-Trade i dostarczone Zamawiającemu po otwarciu ofert na jego życzenie. Karty produktowe określają nazwę produktu, zdjęcie poglądowe (czyli takie które określa jak poglądowo może wyglądać dostarczony produkt), a następnie specyfikację wyposażenia produktu. Załączony opis każdego produktu pozwala na rzetelne i dokładne sprawdzenie, jakie parametry będzie spełniało urządzenie dostarczone Zamawiającemu. Z faktu, iż na jednym zdjęciu znajduje się

nazwa Cormak nie wynika w żaden sposób wniosek co do osoby producenta.

Przystępujący stwierdził, że Odwołujący poza przywołaniem art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp nie przedstawił żadnych dowodów na swoje twierdzenie, że Metal-Trade winien podlegać wykluczeniu na podstawie tego przepisu. Odwołujący nie wskazał ani jakie informacje wprowadziły w błąd Zamawiającego, ani nie wykazał, jak te informacje wpłynęły na decyzję podejmowaną przez Zamawiającego.

Co więcej, jak wskazuje dokument szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia in fine, dostarczany sprzęt ma być fabrycznie nowy, nieekspozowany na konferencjach lub imprezach targowych. Oznacza to sprzęt nowy w chwili dostawy – może to być sprzęt już wyprodukowany albo jeszcze nie wyprodukowany, ale istniejący w chwili realizacji dostawy. W tym sensie dla Przystępującego niezrozumiałą jest zarzut Odwołującego, że Metal-Trade oferuje „nieistniejące urządzenia”.

Odnosząc się do powoływanego art. 3 ust 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Przystępujący wskazał, że o czynie nieuczciwej konkurencji można mówić tylko wtedy, gdy rzeczywiście on nastąpił. Żaden z przywołanych czynów nieuczciwej konkurencji w przedmiotowej sprawie nie nastąpił, gdyż:

- ani nie wprowadzono w błąd oznaczeniem przedsiębiorstwa, gdyż jest ono jednoznaczne – MetalTrade.pl;
- ani nie dokonano fałszywego lub oszukańczego oznaczenia pochodzenia geograficznego towarów albo usług, gdyż w ogóle w treści oferty nie wskazano pochodzenia geograficznego towarów;
- ani nie wprowadzono w błąd co do oznaczenia towarów i usług – te zostały szczegółowo opisane w kartach, zaś zdjęcia ujęto tylko poglądowo, co wyraźnie przecież na tych kartach zaznaczono.

Odnosząc się do zarzutu z art. 7 ust. 1 pzp Przystępujący stwierdził, że zarzut braku zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców nie został w żaden sposób wyjaśniony.

Odnosząc się do zarzutu, że Metal-Trade zaoferował urządzenia niezgodne z SIWZ, bez wyposażenia dodatkowego, zaś Zamawiający prowadził negocjacje w zakresie treści oferty z Metal-Trade, Przystępujący powtórzył, że treść oferty określa dokument sporządzony na formularzu oferty. Intencją Przystępującego od początku było dostarczenie urządzeń zgodnych z SIWZ. Formularz oferty nie przewidywał wskazania parametrów urządzeń. Parametry te mogły być weryfikowane po otwarciu ofert, co też nastąpiło. Żaden z parametrów oferty Metal-Trade nie został zmieniony ani uzupełniony. Według Przystępującego oczywiste jest, że składając ofertę wyraził wolę dostarczenia urządzeń

zgodnych z SIWZ. Okoliczność, że Zamawiający żąda wyjaśnień nie ma żadnego wpływu na treść oferty i nie zmierza do zmiany treści oferty, czy też jej uzupełnienia.

Odnosząc się do zarzutów zmiany treści oferty przez wskazanie w kartach katalogowych innych niż w ofercie oznaczeń urządzeń, Przystępujący oświadczył, że nie doszło do żadnej zmiany modelu urządzenia, gdyż są to te same urządzenia, dla których nie istnieją żadne odmiany ani w zakresie typu, ani modelu. W odniesieniu do wiertarko-frezarki oraz szlifierki do wałów i otworów dodał, że pierwsze oznaczenie pochodzi od wytwórcy, a drugie jest oznaczeniem Metal-Trade jako producenta.

Zamawiający nie uznał zarzutów odwołania.

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. 189 ust. 2 pzp. 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 podtrzymano dotychczasowe stanowiska, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia:

Zrelacjonowane powyżej za odwołaniem i pismem Przystępującego (co do postanowień s.i.w.z.) okoliczności faktyczne dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, informacji zawartych w ofercie Metal-Trade, przebiegu badania tej oferty (wyjaśnienia) oraz informacji zawartych w kartach katalogowych i instrukcjach złożonych na wezwanie Zamawiającego, odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy.

W szczególności w zawartej w pkt 3 formularza ofertowego tabeli Metal-Trade sprecyzował, że oferuje następujące typy/modely urządzeń, których jest producentem (w nawiasach rodzaje zamawianych urządzeń wg wzoru formularza oferty załączonego do s.i.w.z.):

- w poz. 2 (frezarka narzędziowa uniwersalna, odczyt 3-osiowy, automatyczny posuw) – XZ6350ZA;
- w poz. 4 (tokarka uniwersalna 410x1000 z odczytem NC) – UTX410X1000;
- w poz. 7 (wiertarko-wkrętarka) – ZX7045C;
- w poz. 8 (szlifierka do wałów i otworów) – UCG20;

Natomiast w złożonych następnie na wezwanie Zamawiającego kartach katalogowych, instrukcjach obsługi i deklaracjach zgodności WE dla powyższych pozycji tabeli formularza ofertowego sprecyzowano następujące oznaczenia typu/modelu:

- dla poz. 2 (frezarka narzędziowa uniwersalna, odczyt 3-osiowy, automatyczny posuw) – XZ6350A;
- dla poz. 4 (tokarka uniwersalna 410x1000 z odczytem NC) – 410x1000;
- w poz. 7 (wiertarko-wkrętarka) – ZX45;
- w poz. 8 (szlifierka do wałów i otworów) – MW1420;

Ponadto w poz. 1 (szlifierka dwutarczowa z odciążeniem i podstawą) oraz poz. 6 (przecinarka taśmowa) tabeli z pkt 3 formularza ofertowego Metal-Trade sprecyzował, że oferuje urządzenia typu/modelu odpowiednio DS 300S (poz. 1) i G5025 (poz. 6), których jest producentem, podczas gdy Odwołujący wykazał, że producentami urządzeń o takim oznaczeniu są odpowiednio PWA Bernardo (poz. 1) oraz Cormak (poz. 6) {wydruki ze stron internetowych oraz korespondencja elektroniczna z dystrybutorem producenta lub producentem}.

Wreszcie w poz. 9 (twardościomierz) tabeli z pkt 3 formularza ofertowego Metal-Trade sprecyzował, że oferuje urządzenie o oznaczeniu typu/modelu PHBRVS-187,5 produkcji PowerTech s.c., które według karty katalogowej oznaczane jest także jako SBRV-100E, przy czym ze zdjęcia zamieszczonego na pierwszej stronie instrukcji obsługi, a przede wszystkim

z treści deklaracji zgodności CE (dokumenty złożone przez Metal-Trade na wezwanie Zamawiającego) wynika, że producentem tego urządzenia jest Guizhou Sunpoc tech Industry Co., Ltd (Sunpoc).

W poz. 1 tabeli zawartej w pkt 3 formularza ofertowego należało sprecyzować producenta oraz typ/model szlifierki dwutarczowej z odciągiem i podstawą. W pozostałych poz. 2-9 wskazano jedynie na urządzenie zasadnicze, bez wyposażenia dodatkowego, które wyszczególniono w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do s.i.w.z.).

Przystępujący nie zaprzeczał twierdzeniu Odwołującego, że na stronie metal-trade.pl brak jest jakichkolwiek informacji i dokumentów dotyczących urządzeń, dla których w tabeli formularza ofertowego wskazano Metal-Trade jako ich producenta. Natomiast zawarte w piśmie Przystępującego twierdzenie, że „od kilku lat oferuje te produkty na rynku krajowym pod własną marką” pozostało nieudowodnione.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 1 i 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 16 i 10 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają dla oferty

składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności (art. 18 pkt 4 z przepisów przejściowych ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy pzp), a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, 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 s.i.w.z. 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 zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty (np. przez wymaganie podania producenta, typu lub modelu oferowanego urządzenia, jak w tym postępowaniu).

W ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieści się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w s.i.w.z.) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Niezamknięty katalog tych dokumentów został określony w § 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 126) {dalej: „rozporządzenie”}. Dokumenty te co do zasady należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć potwierdzenie w dokumentach pochodzących co do zasady od niezależnego od wykonawcy podmiotu zewnętrznego (co wprost wskazano przy określeniu rodzaju dokumentów wyliczonych w § 13 ust. 1 pkt 2-5 rozporządzenia), względnie w próbkach, opisach, fotografiach, planach, projektach, rysunkach, modelach, wzorach, programach komputerowych oraz innych podobnych materiałach, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego (rodzaje środków dowodowych wymienione w § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia).

W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich

dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Przy czym konieczne jest, aby składane dokumenty dotyczyły tych samych urządzeń, które zostały sprecyzowane w ofercie. Resumując, konsekwencją niezłożenia dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji, z zastrzeżeniem zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 pzp, jeżeli nie prowadzi to do zmiany treści oferty. Tryb ten nie może służyć bowiem obejściu braku należytego sprecyzowania treści oferty, gdyż dokumenty te służą potwierdzeniu treści oferty, a nie jej rekonstruowaniu na ich podstawie. W szczególności w systemie oceny ofert, w którym dokumenty te nie są składane wraz z ofertą, ale na późniejszym etapie, prowadziłoby to do obejścia zakazów wynikających z art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp, a w konsekwencji naruszeniu zasad wynikających z art. 7 ust. 1 pzp.

Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp konieczne jest również uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a specyfikacją zamawiającego polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi postanowieniami s.i.w.z.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się *de facto* do uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, do którego wprost odesłano również w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty. W rezultacie odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy lub nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru. Poprawienie jest zatem dopuszczalne w takim zakresie, w jakim nie stanowi naruszenia zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Izba stwierdziła, że Metal-Trade w powyżej ustalonym zakresie w dokumentach złożonych na potwierdzenie treści oferty, w której sprecyzował producenta oraz model/typ

urządzeń (co było wymagane według s.i.w.z.), dokonał zmiany oznaczeń oferowanych urządzeń, co należy uznać za niedopuszczalną zmianę treści oferty po upływie terminu składania ofert, wbrew zakazowi wynikającemu z art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp. Z drugiej strony, ponieważ w części przypadków nie sposób stwierdzić, które oznaczenia typu/modelu lub producenta są prawidłowe, należy uznać, że Metal-Trade nie sprecyzował treści oferty w sposób wymagany według treści wzoru formularza ofertowego stanowiącego integralną część s.i.w.z. (jako załącznik nr 2).

Izba nie dała wiary twierdzeniom Przystępującego, że nie doszło do zmiany modelu urządzenia, gdyż jest to tożsame urządzenie funkcjonujące pod dwoma oznaczeniami, przy czym w ofercie wskazano oznaczenie producenta (Metal-Trade), a w kartach katalogowych (lub instrukcjach) oznaczenie wytwórcy, który fizycznie wyprodukował urządzenie wprowadzane do obrotu przez Metal-Trade. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, a taki stan rzeczy nie wynika z treści kart katalogowych, instrukcji czy deklaracji zgodności. Tymczasem skoro dokumenty te pochodzą od Metal-Trade, nie było żadnych przeszkód, aby podać w nich oznaczenia zgodne z uprzednio złożoną ofertą. W sytuacji, gdy niesporne było, że wiele urządzeń o bardzo zbliżonych parametrach, różniących się szczegółami, produkowana jest na Dalekim Wschodzie, a następnie opatrywana marką przez podmiot wprowadzający je na rynek UE, istnieje ryzyko dowolnego manipulowania oznaczeniami, które *de facto* mogą dotyczyć innych urządzeń lub producentów. W przypadku poz. 1 i 6 okazało się, że wskazane w ofercie przez Metal-Trade oznaczenie produktu wskazuje *de facto* na urządzenia produkowane przez innych producentów.

Ponadto powyższe wyjaśnienie Przystępującego nie jest spójne. Z pisma procesowego wynika, że dla poz. 7 w ofercie podał oznaczenie wytwórcy, a w dokumentach złożonych na wezwanie Zamawiającego oznaczenie stosowane przez Metal-Trade, natomiast w przypadku poz. 8 jest odwrotnie. Tymczasem dla obu tych urządzeń według treści oferty producentem miałby być Metal-Tech. Skoro, jak wynika również z treści tego pisma, Przystępujący uważa siebie za osobę, która występuje jako wytwórca w rozumieniu przywołanego powyżej art. 3 pkt 2 lit. a *in fine* ustawy z dnia 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 2047), umieszczając na urządzeniach swoją nazwę oraz stosuje charakterystyczną dla Metal-Trade kolorystykę, niezrozumiałe jest dlaczego w ofercie raz podaje oznaczenie faktycznego wytwórcy urządzenia, a innym razem oznaczenie własne.

Zaznaczyć trzeba, że przepisy powyższej ustawy (stanowiącej implementację do krajowego porządku prawnego Dyrektywy 2001/95/WE Parlamentu Europejskiego i Rady

z dnia 3 grudnia 2001 r. w sprawie ogólnego bezpieczeństwa produktów) znajdują zastosowanie do produktów, dla których przepisy odrębne nie określają szczegółowych wymagań dotyczących bezpieczeństwa (art. 2 ust. 1 pkt 1), a do maszyn objętych tym zamówieniem wymagania takie określa Dyrektywa 2006/42/We Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 maja 2006 r. w sprawie maszyn, zmieniająca dyrektywę 95/16/WE {tzw. „dyrektywa maszynowa”}, do której jednak również nawiązał Przystępujący określając swój status jako producenta.

Tym bardziej nieprzekonujące jest wytlumaczenie Przystępującego w odniesieniu do poz. 9, że PowerTech s.c. jako bezpośredni przedstawiciel producenta Sunpoc na terenie UE ma prawo nazywać siebie producentem. Umknęło uwadze Przystępującego, że według definicji z art. 5 pkt 5 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1226 ze zm.) PowerTech s.c. jest w tym przypadku co najwyżej upoważnionym przedstawicielem, czyli podmiotem mającym siedzibę na terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej upoważnionym przez producenta na piśmie do działania w jego imieniu. Natomiast producentem jest Sunpoc jako podmiot, który projektuje i wytwarza wyrób (zgodnie z definicją zawartą w art. 5 pkt 20 *in principio* tej ustawy), a także wystawił deklarację zgodności, czyli złożył jako producent oświadczenie stwierdzające na jego wyłączną odpowiedzialność, że wyrób jest zgodny z zasadniczymi wymaganiami (patrz definicja zawarta w art. 5 pkt 10 tej ustawy). Z Art. 8 ust. 1 tej ustawy wynika bowiem, że producent lub jego upoważniony przedstawiciel, który poddał wyrób lub proces jego wytwarzania ocenie zgodności z zasadniczymi wymaganiami i potwierdził ich zgodność, wystawia deklarację zgodności, jeżeli zastosowana procedura oceny zgodności to przewiduje, i umieszcza oznakowanie zgodności zgodnie z wymaganiami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 9 ust. 1 lub w odrębnych ustawach.

Izba zważyła, że w powyżej ustalonych okolicznościach sprawy nie znajdzie zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp ani art. 26 ust. 3 pzp. W pierwszym przypadku prowadziłyby to do zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert według oznaczeń, które nie wynikały z oferty, a których Zamawiający nie mógł samodzielnie ustalić bez udziału Przystępującego. W sytuacji gdy złożone dokumenty potwierdzają co prawda parametry opisu przedmiotu zamówienia, ale dotyczą urządzeń o innych oznaczeniach, zdaniem Izby dopuszczenie do ich wymiany na zgodne z treścią oferty stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 pzp. Oznaczałoby dopuszczenie dowolnego manipulowania treścią składanych dokumentów przez Przystępującego, który nie twierdził, że omyłkowo złożył inne dokumenty niż mógł i chciał. Przede wszystkim Zamawiający nie mógł stwierdzić, jaka powinna być właściwa treść oferty odnośnie

typów/modeli i producentów urządzeń bez prowadzenia z Metal-Trade negocjacji, co wprost naruszałoby zakaz wynikający z art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp.

Natomiast Izba uznała za niezasadny (z zastrzeżeniem poczynionym poniżej) zarzut zmiany treści oferty przez dopuszczenie do jej uzupełnienia w drodze negocjacji po upływie terminu składania ofert o wyposażenie dodatkowe dla urządzeń wyszczególnionych w formularzu ofertowym. Skoro przygotowany przez Zamawiającego jako załącznik nr 2 do s.i.w.z. formularz ofertowy w zawartej w pkt 3 tabeli nie wyszczególnia całego zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia (według tabeli szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia z załącznika nr 1 do s.i.w.z. obejmuje on 19 pozycji), nie ma podstaw, aby uznać, że Zamawiający oczekiwał wpisania czegoś więcej niż producenta oraz typu/modelu zasadniczych urządzeń, a nie wymagał tego w odniesieniu do wyposażenia dodatkowego. Okoliczność, że na skutek takiego sformułowania wzoru oferty Zamawiający powziął następnie wątpliwość, gdyż wykonawcy różnie postąpili (Przystępujący dopisał również wyposażenie dodatkowe), nie może działać na niekorzyść Odwołującego, który w ocenie Izby wypełnił tabelę formularza adekwatnie do otrzymanego wzoru.

Wyjątkiem jest poz. 1 tabeli z pkt 3 formularza ofertowego, gdzie rodzajowa nazwa urządzenia określona przez Zamawiającego jako „szlifierka dwutarczowa z odciążeniem i podstawą” wprost wskazywała, że również sprecyzowanie w ofercie tego elementu (podstawy z odciążeniem) co do modelu/typu i producenta stanowi istotną treść oferty, która jednak nie została przez Metal-Trade skonkretyzowana (przy czym Odwołujący wykazał, że jest to możliwe, a taka podstawa z odciążeniem nie stanowi integralnego elementu urządzenia o oznaczeniu DS 300S).

Ponieważ zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 czy art. 89 ust. 1 pkt 3 sprowadzają się w zasadzie do przywołania treści tych przepisów ustawy pzp (w drugim przypadku dodatkowo fragmentu art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), nie zasługują na uwzględnienie jako niewystarczająco uzasadnione. W szczególności Odwołujący nie sprecyzował, a tym bardziej nie udowodnił, że złożone przez Metal-Trade karty katalogowe stanowią nieuprawnione wykorzystanie całości lub części dokumentów, do których wyłączne prawa mają inne podmioty.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec

czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: