

Sygn. akt: KIO 1839/22

WYROK
z dnia 2 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2022 r. przez Odwołującego – **CAMPER DISTRIBUTION Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Chabrów 109/15, 45-221 Opole, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Tatrzańskie Ochotnicze Pogotowie Ratunkowe**, ul. Piłsudskiego 63a, 34-500 Zakopane

przy udziale

Wykonawcy - **WALKABOUT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, Al. Jerozolimskie 53, 00-697 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym przez Zamawiającego – TOPR w Zakopanem na „dostawę sprzętu i ekwipunku dla ratowników górskich TOPR - mechaniki” (nr ref. 9/2022), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20.5.2022 r. pod numerem 2022/S 098-268690, wobec czynności z 5.7.2022 r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej (Walkabout Sp. z o.o.), Wykonawca Camper Distribution Sp. z o.o. wniósł w dniu 13.7.2022 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1839/22).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie polegające na wyborze oferty najkorzystniejszej, której treść była niezgodna z treścią swz (pkt 4.2 ppkt 4.2.6), jako że nie zostały spełnione wymagania co do maksymalnej wagi kości oraz minimalnej ich wytrzymałości i podlegać powinna odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy. Dodatkowo oferta nie zawiera obligatoryjnych kart produktów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, poprzedzone czynnością odrzucenia oferty Walkabout Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy.

Zgodnie z swz – pkt 4.2.6 – wymagana maksymalna waga dla czterech kości (tieret od 2 do 5) powinna wynosić: 90 gr, 105 gr, 125 gr, 145 gr, a faktycznie wynosi odpowiednio: Friend 0,5-98 gr, Firend 0,75-115 gr, Friend 1-134 gr i Friend 2-159 gr (dane z instrukcji producenta). Jednocześnie wymagania co o tych samych kości w zakresie ich wytrzymałości wynoszą: 12 kN, podczas gdy wytrzymałość zaoferowanych przez Walkabout Sp. z o.o. kości wynoszą 12/10 kN. Według wskazań zawartych w instrukcji użytkownika Wild Country Friend wartość „12 kN” odnosi się do użytkowania kości przy wykorzystaniu podwójnie złożonej pętli z dyneemy, a wytrzymałość „10 kN” osiągnięta jest przy użyciu tych samych kości z wykorzystaniem pętli z dyneemy złożonej jednokrotnie. Oba sposoby użytkowania są równoważne i dopuszczalne przez producenta, czego potwierdzeniem są rysunki poglądowe z instrukcji użytkowania. Wytrzymałość określona w swz – 12 kN winna być dla każdej z pętli.

Ponadto, wbrew pkt 10.1 swz do oferty nie zostały dołączone karty produktów, jak i instrukcje użytkowania, co stanowi również naruszenie swz.

Do postępowania odwoławczego w dniu 15.7.2022 r. przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca WALKABOUT Sp. z o.o. Powołując się na przedstawiciela producenta kości

mechanicznych firmy Ober Alp wskazał na informacje o prawidłowej wadze kości zamieszczonej na stronie internetowej dla produktu marki WildContry, która potwierdza parametr wymagany przez Zamawiającego. Zgodnie z wyjaśnieniami przedstawiciela na jego stronie zamieszczona została błędna karta katalogowa od starszej wersji produktów, które nie są przedmiotem oferty. W odniesieniu do wymogu wytrzymałości kości w swz określony został minimalny próg wytrzymałości dla poszczególnych kości. Zaoferowane produkty spełniają te wymagania przy zastosowaniu podwójnej pętli dyneemy będącej integralną częścią kości mechanicznych. Osiągnięcie oczekiwanej wytrzymałości nie wiąże się z doposażeniem zaoferowanego produktu (w dodatkową taśmę dyneemy), a polega na odpowiednim użyciu produktu. Brakujące karty produktu Wykonawca uzupełnił na wezwanie Zamawiającego w dniu 27.6.2022 r.

Odwołujący w piśmie z 19.7.2022 r. odniósł się do stanowiska Walkabout Sp. z o.o. zawartego w piśmie z 15.7.2022 r., w tym wyjaśnień producenta (Ober Alp) z 14.7.2022 r. dotyczące rzekomo wadliwych danych zawartych w instrukcji producenta (załączonej do odwołania). Ponadto Odwołujący podtrzymał stanowisko co do konieczności spełnienia parametru wytrzymałości niezależnie od sposobu użycia pętli z Dyneemy.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniach zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu i takich wniosków również nie formułowano w pismach procesowych, jak i w toku posiedzenia niejawnego przed otwarciem rozprawy.

Rozpoznając odwołania Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym złożone przedmiotowe środki dowodowe.

Izba ustaliła i zważyła.

Przedmiot zamówienia dotyczy dostawy systemu do asekuracji w górach (zestaw kości mechanicznych) – 150 kompletów. Szczegółowy opis zawarty został w pkt 4.2 swz, w tym w pkt 4.2.6 Zamawiający wymagał aby na komplet składało się 10 kości w różnych rozmiarach o następujących parametrach:

- waga max 75 gr wytrzymałość min 9 kN – 3 szt
- waga max 90 gr wytrzymałość min 12 kN – 3 szt
- waga max 105 gr wytrzymałość min 12 kN – 2 szt
- waga max 125 gr wytrzymałość min 12 kN – 1 szt
- waga max 145 gr wytrzymałość min 12 kN – 1 szt.

W pkt 4.2.4 Zamawiający wskazał: *posiada wszytą taśmę z dynemy*. Elementem kompletu są również karabinki, dla których w kolejnych punktach opisane zostały parametry techniczne. Zamawiający wymagał atestu dla kości mechanicznej oraz dla karabinków.

Zgodnie z pkt 10.1 swz Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych: **Karta produktu wraz z prezentacją zdjęciową**. *Do oferty Wykonawca ma dołączyć kartę produktu (produktów) producenta (tj. karty katalogowe lub materiały informacyjne producenta lub instrukcje użytkowania lub opisy techniczne) wraz ze zdjęciami produktów – potwierdzające wszystkie wymagane parametry zgodnie z p. 4.2 SWZ – oraz ma podać dostępne rozmiary dla każdego z produktów. W przypadku nie załączenia kart do oferty zamawiający wezwie Wykonawcę do ich uzupełnienia zgodnie z PZP.*

Zamawiający pismem z 24.6.2022 r. wezwał wykonawcę Walkabout Sp. z o.o. na podstawie art. 223 ust. 1 Ustawy Pzp do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych – wskazanych w pkt 10 SWZ kart produktów.

Wykonawca w dniu 27.6.2022 r. przedłożył kartę produktową Wild Country FRIEND dla pięciu rodzajów kości wraz z podanymi parametrami m.in. wagi i wytrzymałości dla FRIEND 0,5, FRIEND 0,75, FRIEND 1, FRIEND 2, spełniającymi wymagania Zamawiającego. Wytrzymałość dla podanych czterech typów kości została określona jako: 12/10kN, a wagi odpowiednio jako: 88g, 102 g, 123g, 142 g.

Odwołujący na rozprawie okazał oferowane przez Walkabout Sp. z o.o. produkty wraz z wszytą metką na taśmie z informacją o wytrzymałości 10kN oraz podwójnymi pętlami, tak jak zostało to przedstawione na zdjęciach produktu w złożonej karcie produktowej.

Zamawiający i Przystępujący po jego stronie złożyli dodatkowe dowody w postaci oświadczeń przedstawicieli producenta kości potwierdzające zarówno brak aktualności danych w instrukcji użytkowania co do wagi kości, jak i spełnienie parametru wytrzymałości przy podwójnej pętli z dynemy. Waga kości w dostępnej na stronie instrukcji obsługi nawiązuje do wcześniejszej generacji kości „Technical Firends”. Z informacji zamieszczonych w instrukcji użytkowania oraz na stronie internetowej produktu podane zostały wartości nośności (wytrzymałości) dla dwóch różnych konfiguracji kości, tj. dla podwójnej i pojedynczej pętli, co zostało również wskazane w oświadczeniu producenta.

Producent potwierdził również dane dotyczące wagi produktu, odpowiedni 88g, 102g, 123g, 142 g. (oświadczenie z 26.7.2022 r. oraz 22.7.2022 r.).

Izba uznała.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku oceny jego oferty i wyboru oferty konkurencyjnej, co pozbawia go szansy na uzyskanie zamówienia i realizację.

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Należy podkreślić, iż w sprawie nie budziło sporu to, że wykorzystanie pojedynczej pętli taśmy powoduje niższą wytrzymałość kości, tj. 10kN jak dla certyfikowanej taśmy, natomiast przy podwójnym złożeniu taśmy parametr 12 kN zostaje spełniony. Odwołujący całość zarzutu dotyczącego wytrzymałości kości wywodził z okoliczności braku spełnienia parametru 12 kN przy pojedynczej pętli, co dodatkowo wywodził z wykładni zapisów swz opisujących parametry zestawu kości. W jego ocenie zapisy swz nie pozwalały przyjąć produktu, który tylko przy jednym z dwóch sposobów wykorzystania (złożenia) spełnia parametr wytrzymałości. W odniesieniu natomiast do wagi kości, całość argumentacji Odwołującego opierała się na ustaleniu innych danych o produkcie w oparciu o instrukcję użytkowania, która nie została załączona do oferty i na wezwanie Zamawiającego.

W oparciu o przeprowadzone dowody Izba uznała, iż parametr wagi produktu nie mógł być potwierdzony dostępną na moment złożenia oferty instrukcją użytkowania, gdyż w tej, zgodnie z oświadczeniem producenta, znajdowały się dane o wcześniejszej generacji kości „Technical Friends”. Powołanie się zatem przez Odwołującego na dokument, który nie dotyczy zaoferowanego produktu i którego Zamawiający nie oceniał, nie mogło uzasadniać twierdzenia o braku spełnienia warunków zamówienia. Z drugiej strony na rozprawie złożone zostały dodatkowe oświadczenia producenta potwierdzające wagę spełniającą parametry zamówienia dla czterech kwestionowanych rozmiarów kości Wild Country Friends (kości mechanicznych Friends). Próba podważenia tych oświadczeń, w ocenie składu orzekającego nie miała podstaw w świetle wykazania przez Zamawiającego umocowania osób, które oświadczenia złożyły w imieniu producenta, jak również jednoznacznego potwierdzenia wagi mieszczącej się w maksymalnej wadze określonej przez Zamawiającego dla poszczególnych rozmiarów kości.

Odnosząc się dalej do spełnienia parametru wytrzymałości min 12 kN, parametr ten został określony dla czterech rozmiarów kości składających się na komplet 10 szt. Zamawiający w swz nie określił, aby parametr ten należało spełnić przy konkretnym sposobie złożenia, a jednocześnie strony zgodnie twierdziły, iż obie metody (pojedyncza oraz podwójna pętla) są

przez producenta dopuszczone. Co ważne złożenie pojedynczej lub podwójnej pętli nie wymaga demontażu taśmy, gdyż konstrukcja montażu pozwala dowolnie regulować ilość pętli, co zostało zaprezentowane przez Odwołującego na rozprawie (jednym pociągnięciem można z dwóch pętli uzyskać jedną dłuższą pętlę i na odwrót). W sprawie nie budziło również sporu ustalenie, że sama taśma posiada wytrzymałość 10 kN, ale przy podwójnej pętli wytrzymałość kości wzrasta do 12kN. Co istotne Zamawiający opisując parametry taśmy również nie wymagała spełnienia parametru 12 kN, który odnosił do kości – jako całego elementu asekuracyjnego.

Wyjaśnienia Zamawiającego dotyczące praktyki korzystania z kości w terenie górskim, tak w momencie przygotowania samego sprzętu do wyjścia na akcję, jak i w trakcie wspinaczki, pozwalały przyjąć wykładnię swz korzystną z punktu widzenia wykonawcy. Korzystanie z podwójnej pętli stanowi niewątpliwie standardowy sposób przygotowania sprzętu, a w warunkach górskich (przy dużym ryzyku otarcia liny) nie ma istotnego wpływu na sposób wykonania właściwego zabezpieczenia pracy ratownika górskiego, w tym znaczeniu, że również przy pojedynczej pętli konieczne może być dodatkowe przedłużenie pętli przy wykorzystaniu dodatkowych taśm/lin. Skoro Zamawiający opisując parametr wytrzymałości odniósł się do kości, jako zestawu, a nie samej liny, co do której oddzielnie opisał wymóg posiadania certyfikatu, to parametr 12 kN mógł być spełniony przez kość rozumianą jako gotowy zestaw przygotowany w sposób pozwalający uzyskać większą wytrzymałość, niż określona dla samej taśmy. Producent kości w sposób jednoznaczny potwierdził w dokumentach dostępnych powszechnie wytrzymałość kości tak dla pojedynczej jak i podwójnej pętli. Zarzut Odwołującego znajdował uzasadnienie w odmiennej wykładni zapisów swz, które Izba oceniła jako wybiórczą, nie uwzględniając okoliczności przyznanych przez strony, iż obie metody korzystania ze sprzętu są znane Zamawiającemu. Skoro Zamawiający nie sprecyzował potrzeby zapewnienia wytrzymałości przy pojedynczej pętli (co zmniejsza parametr) to należy przyjąć, iż badany parametr mógł być potwierdzony przy podwójnej pętli.

Formułując zarzut braku przedstawienia przedmiotowych środków dowodowych Odwołujący ograniczył uzasadnienie do stwierdzenia: *Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że porównanie w/w parametrów nie było możliwe na bazie dokumentów złożonych w postępowaniu, jako że wbrew pkt 10.1 SWZ WALKABOUT Spółka z o.o. w Warszawie nie dołączyła kart produktów ani instrukcji użytkowania, a co stanowi następne naruszenie SWZ.* Następnie, w piśmie z 19.7.2022 r. Odwołujący odniósł się do okoliczności podniesionej przez Przystępującego (uzupełnienia dokumentów) i wskazał, iż nie ma możliwości wglądu w karty produktów WALKABOUT Sp. z o.o. z uwagi na brak dostępu poprzez portal, co nie pozwala mu odnieść się merytorycznie do tej kwestii i poddał ją ocenie KIO.

Izba oddaliła zarzut jako nieuzasadniony. Odwołujący nie odniósł się do dokumentu, który Zamawiający ocenił w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z którym miał możliwość zapoznania się składając wniosek o udostępnienie dokumentacji. Brak właściwej inicjatywy po stronie Odwołującego prowadził faktycznie do postawienia „pustego” zarzutu wraz z wnioskiem o samodzielne zbadanie przez Izbę dokumentu mającego potwierdzić parametry produktu. To po stronie Odwołującego spoczywał obowiązek właściwego postawienia zarzutu ze wskazaniem uzasadnienia faktycznego. Postawiony zarzut braku złożenia przedmiotowego środka dowodowego nie uwzględniał faktu, iż taki dokument został Zamawiającemu złożony. Tym samym brak podważenia przez Odwołującego poprawności dokumentu czyniło niedopuszczalnym prowadzenie przez Izbę ustaleń w tym zakresie.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 i 4 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 2 w zw. z § 6 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.). Na poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczony został wpis w wysokości 15.000,00 zł.

Przewodniczący: