

WYROK

z dnia 15 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 października 2021r. **przez odwołującego:** Supply24Sp. z o.o. Plac Solny 14 A/3, 50-062 Wrocław w postępowaniu powadzonym **przez zamawiającego:** AMW SINEVIA Sp. z o.o. ul. Paderewskiego 6, 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki

przy udziale przystępującego: Scanclimber Sp. z o.o. ul. Surowieckiego 9, 62-200 Gniezno **po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Supply24Sp. z o.o. Plac Solny 14 A/3, 50-062 Wrocław

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Supply24Sp. z o.o. Plac Solny 14 A/3, 50-062 Wrocław tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Supply24Sp. z o.o. Plac Solny 14 A/3, 50-062 Wrocław kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz zamawiającego AMW SINEVIA Sp. z o.o. ul. Paderewskiego 6, 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2021 r. poz.1129) 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

Określenie przedmiotu zamówienia: Zakup windy towarowej i rusztowań wraz z dostawą i rozładunkiem na potrzeby spółki AMW Sinevia Sp. z o.o., nr sprawy: SVA/BZ/4620-17/2021

Numer ogłoszenia: zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych: 2021 Nr pozycji: 00161211/01.

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

niezgodna z przepisami ustawy czynność zamawiającego tj. wybór oferty najkorzystniejszej złożonej pomimo, że oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia czyli na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.

zaniechanie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy z przyczyn wskazanych w ww. punkcie, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, negocjowanie treści złożonych ofert ww. wykonawcy w trybie art. 223 ust. 1 zd. 2 p.z.p., co jest niezgodne z tymże przepisem, co w konsekwencji doprowadziło do rozstrzygnięcia postępowania i wyboru oferty z istotnym naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych mającym wpływ na wynik postępowania.

Zwięźle przedstawienie zarzutów:

naruszenie art. 223 ust. 1 zd. 2 p.z.p., przez przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, które doprowadziło do zmiany treści oferty,

naruszenie art. 252 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 253 ust. 1 p.z.p. przez dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Scanclimber, podczas gdy powinna być ona odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia,

naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. przez błędne przyjęcie, że oferta ww. wykonawcy nie podlega odrzuceniu, podczas gdy w ofercie swojej zawarł produkty, które są niezgodne z warunkami zamówienia ujętymi w SWZ, w stosunku do wykonawcy Scanclimber,

naruszenie art. 16 p.z.p. — zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, oraz przeprowadzenia postępowania w sposób przejrzysty i proporcjonalny, przez naruszenie ww. przepisów p.z.p.,

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

uwzględnienie odwołania w całości,

unieważnienia czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej firmy Scanclimber, powtórzenie czynności badania ofert i odrzucenie oferty Scanclimber, jako że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, zwrotu poniesionych kosztów postępowania, w tym zastępstwa procesowego oraz kosztów uczestnictwa. ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, Jeżeli: (...) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przepis art. 226 ust. 1 p.z.p. wymienia przesłanki odrzucenia oferty. Ma on charakter katalogu zamkniętego, co oznacza, że zamawiający nie może z innych powodów odrzucić oferty złożonej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia klasycznego. Z uwagi na restrykcyjny charakter tego przepisu wskazane w nim przesłanki nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej.

Jednocześnie w przypadku ustalenia okoliczności skutkujących koniecznością odrzucenia oferty, zamawiający nie może odstąpić od dokonania tej czynności. Takie działanie byłoby sprzeczne z podstawowymi zasadami udzielania zamówień, w szczególności zasadą równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania. Stanowiłoby też podstawę do wniesienia odwołania od zaniechania dokonania tej czynności (art. 513 pkt 2 p.z.p.).

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania zamieścił, na jego stronach od 1 do 5:

Formularz ofertowy przystępującego / wykonawcy wybranego / Scanclimber (Forma - Tabela), w treść którego odwołujący na użytek procesu wpisał dodatkowo jego ustalenia, mające świadczyć o niezgodności oferty z warunkami zamówienia, których dokonał na podstawie informacji na stronach sieci internetowych o dźwigu oferowanego przez SCANCLIMBER

Ustalenia własne odwołującego dotyczą dwóch elementów oferowanego dźwigu to jest:

3. **Stopy z regulowanymi nóżkami i masztem podstawowym - co najmniej 2,3m. deklaracja Scanclimber -TAK a dopisek odwołującego – parametr rzeczywisty wynikający z instrukcji obsługi produktu:2205 mm;**
12. **System antyzmażdzeniowy – deklaracja Scanclimber -TAK a dopisek odwołującego – parametr rzeczywisty wynikający z instrukcji obsługi produktu, karty katalogowej oraz katalogu części zamiennych: brak systemu antyzmażdzeniowego.**

Firma Scanclimber nie udostępnia na swoich oficjalnych stronach internetowych pełnych informacji dotyczących swoich produktów, jednakże po przeanalizowaniu sieci internetowej Supply24/odwołujący uzyskało dostęp zarówno do instrukcji obsługi, jak i innych dokumentów dotyczących zaproponowanego przez oferenta urządzenia, dokumenty te dostępne są do pobrania (stanowią również załącznik do niniejszego pisma) od autoryzowanego dystrybutora marki w Rosji: <http://rental-engineering.ru/gruzovye-podemniki/scanclimber-sc-8-m/>

Z uwagi na lokalizację w/w dystrybutora dokumenty są sporządzone w języku rosyjskim i angielskim.

Z rysunku technicznego zamieszczonego w załączniku nr 1A (instrukcja obsługi str. 17) urządzenia wynika, iż w maksymalnym ustawieniu stóp regulowanych wraz masztem podstawowym produkt ma wymiar jedynie 2205 mm.

W innym dokumencie załącznik 1C - dot. niniejszego produktu znajdziemy rysunek (katalog części zamiennych str. 6) przedstawiający wszystkie części składające się na podstawę urządzenia. Na rysunku nie jest widoczny system antyzmiażdżeniowy! System antyzmiażdżeniowy składa się z kratki stalowej ok 10 cm wysokości wraz z czujnikiem nacisku, która umieszczona jest w podstawie urządzenia między stelażem nóg (1), a ruchomą platformą, jeżeli na kratkę wywrzemy jakikolwiek nacisk platforma transportowa automatycznie się zatrzyma.

Zdjęcie dźwigu znajduje się na str. 5 uzasadnienia odwołania, przy którym odwołujący zamieścił opis: Na wskazanym w czerwonej ramce obszarze powinien się znajdować wymagany system antyzmiażdżeniowy, czego jednak cała dokumentacja urządzenia nie okazuje (załączniki:1A,1B,1C).Pod zamieszczonym zdjęciem windy znajduje się adnotacja odwołującego: brak systemu antyzmiażdżeniowego.

Jak dalej kontynuuje odwołujący: Ponadto wskazać należy, że Zamawiający względem wykonawcy Scanclimber, przeprowadził postępowanie wyjaśniające w trybie art. 223 ust. 1 p.z.p. z 2019 r. W wyniku tego postępowania, Zamawiający uznał wszystkie wyjaśnienia, pomimo, iż w świetle powyższego przepisu doprowadziły one do zmian w ofercie, które nie były pierwotnie uwzględnione. Jest to naruszenie mające istotny wpływ na wynik postępowania. Wg informacji uzyskanych od Zamawiającego w toku wyjaśniania treści oferty wskazany wykonawca, stwierdził, że zaproponował ww. produkt, jednak ostateczna jego wersja będzie zawierała wszystkie elementy wymagane w SWZ i OPZ, Takie wyjaśnienia i ich uznanie przez Zamawiającego prowadzą wprost do negocjacji i zmiany treści ofert, co jest działaniem nielegalnym i niedopuszczalnym w świetle pzp. Gdyby przyjąć to wyjaśnienie za dopuszczalne, to każdy potencjalny wykonawca zaoferował by dowolny produkt, a potem

twierdząc, że jest producentem modyfikował go w dowolny sposób, co przeczyłoby całemu systemowi zamówienia publicznego - produkt w ofercie jest produktem końcowym i niezmiennym.

Uzasadnienie prawne odwołania

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Przepis art. 226 ust. 1 PZP wymienia przesłanki odrzucenia oferty. Ma on charakter katalogu zamkniętego, co oznacza, że zamawiający nie może z innych powodów odrzucić oferty złożonej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia klasycznego. Z uwagi na restrykcyjny charakter tego przepisu wskazane w nim przesłanki nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej. Jednocześnie w przypadku ustalenia okoliczności skutkujących koniecznością odrzucenia oferty, zamawiający nie może odstąpić od dokonania tej czynności. Takie działanie byłoby sprzeczne z podstawowymi zasadami udzielania zamówień, w szczególności zasadą równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania. Stanowiłoby też podstawę do wniesienia odwołania od zaniechania dokonania tej czynności (art. 513 pkt 2 p.z.p.),

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przepis ten jest skorelowany z art. 218 ust. 2 p.z.p., zgodnie z którym treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Dostrzeżenia wymaga, że przez warunki zamówienia, zgodnie z definicją określoną w art. 7 pkt 29 p.z.p., należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Warunki zamówienia opisywane lub określane są w dokumentach zamówienia, W szczególności SWZ, OPIW (art. 7 pkt 3 p.z.p.) (przyp. SWZ odpowiada wcześniejszym SIWZ, które było dokumentem w niniejszym postępowaniu). Z definicji warunków zamówienia, a także obligatoryjnych elementów SWZ lub OPIW wynika, że oprócz wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia i jego realizacji (merytorycznych), określane są również wymagania proceduralne (formalne), dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia. Odrzucenie oferty na podstawie tego przepisu może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, kiedy treść oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty), nie odpowiada warunkom zamówienia opisanym lub określonym w dokumentach zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji.

Innymi słowy: niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowania którego oczekuje zamawiający i które opisał w dokumentach zamówienia. Zamawiający, badając wystąpienie omawianej przesłanki, weryfikuje zawartość merytoryczną oferty, a więc zgodność oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia co do sposobu ich wykonania, oczekiwanego zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Odrzucenie oferty na podstawie tej przesłanki nie może mieć miejsca w przypadku, kiedy niezgodność treści oferty dotyczy warunków (wymagań) proceduralnych, w tym co do formy oferty, sposobu jej sporządzenia czy przekazania (vide: Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. , Legalis 2021).

O niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, której wystąpienie skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie komentowanego przepisu, można mówić w m.in. w następujących przypadkach: 1) wykonawca zaoferował inny przedmiot zamówienia, nieodpowiadający wymaganiom określonym w dokumentach zamówienia; 2) zakres lub sposób świadczenia wykonawcy wynikający z treści złożonej oferty nie odpowiada wymaganiom określonym w dokumentach zamówienia; 3) wykonawca nie potwierdził spełniania tzw. warunków przedmiotowych, badanych na podstawie wymaganych w postępowaniu przedmiotowych środków dowodowych, tj. spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań lub cech określonych przez zamawiającego (art. 106 p.z.p.); 4) wykonawca nie zaoferował równoważnego przedmiotu zamówienia lub nie wykazał równoważności (art. 99 ust. 5 i 6 p.z.p.); 5) wykonawca nie zaakceptował projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego; 6) wykonawca nie złożył kosztorysu ofertowego lub złożył z błędami, w sytuacji gdy kosztorys ten stanowi treść oferty.

Kwestie niezgodności z SIWZ/obecnie SWZ były przedmiotem licznych orzeczeń w poprzednim stanie prawnym, znajdującym zastosowanie również na gruncie obecnego p.z.p. Krajowa Izba Odwoławcza w wyr. z 15-4.2019 r. (KIO 592/19, Legalis) wskazała, że — zgodnie z utrwalonym poglądem w orzecznictwie — podstawą faktyczną odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ może być tylko rzeczywista treść oferty a nie domniemania Zamawiającego (nie można w tym przypadku domniemywać o zgodności produktu z SIWZ nie znając jego modelu), o ile nie odpowiada wymogom jasno w SIWZ określonym. Przy czym nie chodzi o jakiegokolwiek wymogi zamawiającego, ale wymogi odnoszące się do ukształtowania przyszłego świadczenia — przedmiotu umowy.

Podstawą odrzucenia oferty nie mogą być jakiegokolwiek wymogi zamawiającego, zawarte w SIWZ, które nie mają bezpośredniego związku z treścią oferty rozumianą wąsko, jako zakres przyszłego świadczenia. Ponadto, zgodnie z wyrokiem KIO z 5.4.2017 r. (KIO 501/17, Legalis), "niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. (obecnie art. 226 ust. 1 pkt. 5 p.z.p.) **polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w SIWZ i którego przyjęcia oczekuje**". Ustalając, jaka niezgodność stanowi podstawę do odrzucenia oferty, należy odnieść się jedynie do SIWZ. "Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy.

Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, ceny, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, w tym wyznaczonych parametrów technicznych wyrobu. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego" (wyr. KIO z 9.1.2017 r., KIO 2440/16, niepubl.).

Zgodnie z art. 223 ust. 1 p.z.p. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Jest to odpowiednik art. 87 ust. 1 p.z.p. z 2004 r. Procedura udzielenia zamówienia publicznego jest procedurą sformalizowaną, a treść złożonych w toku postępowania ofert, co do zasady, nie może ulec zmianie. Wprowadzono jednak rozwiązania, dzięki którym drobne błędy, pomyłki lub niejasności w treści oferty mogą być poprawiane lub wyjaśniane. Granicą dopuszczalnych poprawek oferty oraz wyjaśnień jej treści jest brak możliwości zmiany oferty.

Oznacza to, że poprawki oferty oraz wyjaśnienia służą wyłącznie ustalaniu treści zobowiązania w zgodności z jego pierwotną treścią objętą rzeczywistym zamiarem wykonawcy (według stanu na dzień składania ofert). Treścią oferty jest oczywiście zawartość formularza ofertowego. Zamawiający może jednak żądać składania innych dokumentów zawierających ceny poszczególnych elementów oferty, tj. formularza cenowego lub kosztorysu, a także opisu technicznego oferowanych rozwiązań oraz innych załączników, których treść opisuje oferowany przedmiot zamówienia.

Bardzo często pojawiają się więc wątpliwości, czy zawartość tych dokumentów stanowi treść oferty czy służy jedynie potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

Negocjowanie treści oferty i wprowadzanie niedozwolonych zmian w trakcie prowadzonych wyjaśnień może polegać np. na wprowadzaniu do oferty nowej treści, takiej, która pierwotnie się tam nie znajdowała. Przykładowo, jeśli brak jest oznaczenia modelu oferowanego urządzenia i model ten nie wynika z pozostałych informacji zawartych w ofercie, nie będzie dopuszczalne prowadzenie wyjaśnień mających na celu uzupełnienie tej informacji (tak wyr. KIO z 20.3.2017 r., KIO 399/17, KIO 438/17, KIO 439/17, Legalis). Również jakiegokolwiek uzupełnianie i zmiana informacji w ofercie dotyczących kryteriów oceny ofert będą w świetle komentowanego przepisu niedopuszczalne (tak wyr. KIO z 10.7.2020 r., KIO 865/20, Legalis).

Podobnie w przypadku niewskazania przez wykonawcę terminu płatności czy okresu gwarancji, jeśli zamawiający nie zastrzeże w dokumentach zamówienia, że brak tej informacji będzie skutkowało przyjęciem określonej wartości, nie będzie podstaw do wyjaśnienia tej informacji. Skutkowałoby to bowiem wprowadzeniem do oferty nowego elementu zobowiązania, nieznajdującego się w niej pierwotnie. **Niedozwolone będą wyjaśnienia prowadzące do zmiany parametrów czy innych wartości zawartych w ofercie**, chyba że możliwe byłoby przyjęcie innego parametru na podstawie informacji znajdujących się w samej ofercie. Ewentualne poprawienie takiej wartości może zostać dokonane na podstawie art. 223 ust. 2 p.z.p. jako inna omyłka, ale tylko przy spełnieniu warunków wskazanych w tym przepisie.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyr. 15.4.2016 r. (KIO 471/16) podkreśliła, **że w sytuacji gdy wykonawca oferuje przedmiot inny niż wyspecyfikowany przez producenta pod daną nazwą, to powinien w sposób wyczerpujący i wiarygodny opisać to w ofercie. W przeciwnym razie działania zamawiającego i wykonawcy podjęte po upływie terminu składania ofert mogą zostać uznane za negocjacje dotyczące złożonej oferty, a jest to niedopuszczalne na podstawie art. 87 ust. 1 zd. 2 p.z.p. z 2004 r.— obecnie art. 223 ust. 1 p.z.p.**(tak wyr. KIO z 15-4-2016 r., KIO 471/16).

III . Uzasadnienie podstaw do wniesienia odwołania oraz interesu w uzyskaniu zamówienia.

Zgodnie z art. 513 p.z.p.:

odwołanie przysługuje na: 1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej,

dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy; 2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy; 3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Odwołanie przysługuje tylko na niezgodne z przepisami p.z.p. czynności (w tym na projektowane postanowienia umowy) lub zaniechania zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie albo polegające na zaniechaniu jego przeprowadzenia lub zorganizowania konkursu. Zatem nie może stanowić samodzielnego zarzutu odwołania naruszenie przepisów odrębnych ustaw. Przepisy te mogą być powołane jedynie w związku z naruszeniem określonych przepisów p.z.p.. Zaskarżeniu do Prezesa KIO podlegają zatem niezgodne z przepisami PZP czynności lub zaniechanie określonych czynności przez zamawiającego. Oznacza to, że nie mogą być kwestionowane odwołaniem działania zamawiającego naruszające przepisy odrębnych ustaw, a także niezgodne z przepisami p.z.p. działania wykonawcy, ale dopiero ich niewłaściwa ocena dokonana przez zamawiającego (niezgodna z p.z.p.).

W świetle art. 513 pkt 1 i 2 p.z.p. zaskarżeniu odwołaniem podlegają czynności podjęte lub zaniechane w toku postępowania o udzielenie zamówienia (tj. od wszczęcia postępowania aż do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy, przy czym zawarcie umowy nie stanowi czynności w postępowaniu — art. 7 pkt 18 p.z.p.), o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie. Zatem na podstawie tych przepisów odwołanie nie przysługuje na działania lub zaniechania zamawiającego podejmowane poza postępowaniem o udzielenie zamówienia, np. na zawarcie umowy:

w szczególności podstawą odwołania może być niezgodna z przepisami p.z.p. czynność odrzucenia wniosku albo oferty, wyboru oferty najkorzystniejszej, poprawienia oferty, zmiany dokumentów zamówienia, wyboru pracy konkursowej.

Zarzucając zamawiającemu zaniechanie czynności może dotyczyć jedynie takiej, której wykonanie w świetle przepisów p.z.p. jest obowiązkiem zamawiającego, np. zaniechanie odrzucenia wniosku albo oferty w przypadku wystąpienia jednej z przesłanek określonych odpowiednio w art. 146 ust. 1 i art. 226 ust. 1 p.z.p., wezwania do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w odpowiednich przypadkach, o których mowa w art. 224 ust. 1 i

2 p.z.p., wezwania do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych w okolicznościach wskazanych w art. 128 ust. 1 p.z.p. (vide: Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Legalis 2021).

W niniejszym postępowaniu zarzut dotyczy niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty firmy Scanclimber, zaniechanie czynności odrzucenia oferty niezgodnej z warunkami zamówienia Scanclimber oraz przeprowadzenie niedozwolonych negocjacji treści oferty Scanclimber.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 p.z.p. środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów PZP.

Supply24 brała udział w niniejszym postępowaniu jako wykonawca, jest zatem uprawniona podmiotowo do złożenia-odwołania do KIO.

Krąg podmiotów uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej zawężony jest również przez określenie materialnoprawnych przesłanek wniesienia odwołania, tj. interesu w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie, kwalifikowanego poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów PZP. Przesłanki te co prawda nie są przeszkodą do skierowania odwołania do rozpoznania. Ich niespełnienie nie skutkuje odrzuceniem odwołania, lecz jego oddaleniem bez konieczności merytorycznego rozpoznania.

Przepis art. 505 ust. 1 p.z.p. wymaga wykazania się przez wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej interesem w uzyskaniu zamówienia. Legitymowanie się przez wykonawcę wnoszącego odwołanie interesem w uzyskaniu zamówienia oznacza stan, w którym ma on lub miał realną szansę na uzyskanie zamówienia, zaprzepaszczoną niezgodnymi z przepisami czynnościami zamawiającego lub zaniechaniem czynności, do których zamawiający jest zobowiązany.

Interes ten powinien istnieć na datę wnoszenia odwołania, zatem — co do zasady czynności zamawiającego dokonane po wniesieniu odwołania, nawet prowadzące do odpadnięcia tego

interesu, nie pozbawiają wykonawcy prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej (zob. wyr. KIO z 14.1.2017 r., KIO 2443/16, niepubl.).(Ibidem).

W przedmiotowej sprawie, gdyby Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę wykonawcy Scanclimber, nie dokonał jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej, a ponadto nie dokonałby nieprawidłowej procedury wyjaśniającej zmieniającej treść oferty, ofertą najkorzystniejszą była by oferta Supply24 sp. z o.o., a zatem ma ona bezpośredni interes w uzyskaniu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu.

Wykaz załączników do odwołania:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
- 2) dowód przekazania odpowiednio odwołania albo jego kopii zamawiającemu,
- 3) dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego,
- 4) upoważnienie od Prezesa Zarządu Grzegorza Wycecha dla J.W. wraz z opłatą skarbową od pełnomocnictwa,
- 5) **załącznik 1A - instrukcja obsługi urządzenia**
- 6) **załącznik 1B - karta katalogowa urządzenia**
- 7) **załącznik 1C - katalog części zamiennych**
- 8) **załącznik 1D - wydruk strony z tłumaczenia części informacji z instrukcji obsługi**
- 9) załącznik 1E - oferta wybranego wykonawcy

Odpowiedź zamawiającego na odwołanie - pismo z dnia 10 listopada 2021r.

składam odpowiedź na odwołanie oraz wnoszę o oddalenie odwołania w całości.

Jednocześnie wnoszę o oddalenie wniosków dowodowych złożonych przez Odwołującego oznaczonych w wykazie załączników jako załącznik 1A, 1B i 1C wobec tego, że dokumenty te nie zostały sporządzone w języku polskim (co narusza przepis z art. 506 ust. 1 i 2 ustawy Pzp).

Zamawiający wskazuje w tym miejscu, że wybór oferty Scanclimber Sp. z o.o. nastąpił z zachowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferta tego wykonawcy nie podlegała odrzuceniu i spełniała warunki zamówienia ujęte w SWZ. Wszystkie zarzuty

podniesione w odwołaniu, należy uznać za niezasadne i nieudowodnione z niżej wskazanych przyczyn.

Zgodnie z częścią III pkt 1 SWZ, przedmiotem zamówienia (w zakresie części 1) był **zakup windy towarowej na potrzeby spółki AMW SINEVIA Sp. z o.o.**

W części III pkt 1 SWZ wskazano, że **Zamawiający wymaga, aby przedmiot umowy był fabrycznie nowy, nieużywany, odpowiadający normom, a także aby posiadał stosowne certyfikaty oraz spełniał wymagania sprzętu stanowiącego przedmiot zamówienia.**

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (**OPZ**) stanowiący załącznik nr 1 do projektu umowy (załącznik do SWZ), wskazywał na wymagania dotyczące windy towarowej (w zakresie danych technicznych i wymaganych dokumentów).

Wskazać również należy, że w zaktualizowanym formularzu oferty (stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ) w pkt 3 wykonawca miał potwierdzić, że oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w SWZ za określoną cenę. Ponadto w pkt 6 i 7 zaktualizowanego formularza oferty, wykonawca miał oświadczyć, że zapoznał się z treścią SWZ i akceptuje ją bez zastrzeżeń, a nadto — że akceptuje warunki załączonego do SWZ projektu umowy, Z kolei w pkt 11 zaktualizowanego formularza oferty wykonawca miał oświadczyć, że zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia minimalne wymagania (które zostały wyspecyfikowane w tabeli — w tabeli tej wyszczególniono wymagania odnoszące się do danych technicznych urządzenia i do wymaganych dokumentów) poprzez zakreślenie odpowiedniej kolumny „TAK”, „NIE” lub „UWAGI”.

Dowód:

- oferta Scanclimber Sp. z o.o. (zaktualizowany formularz oferty + formularz cenowy)

Oferta Scanclimber Sp. z o.o. (złożona na zaktualizowanym formularzu oferty) zawiera wszystkie opisane powyżej elementy, a nadto — w pkt 11 formularza — potwierdza spełnienie wszystkich wymagań dotyczących zaoferowanej windy towarowej. Przy wszystkich wymogach odnoszących się do danych technicznych i do wymaganych dokumentów — Scanclimber Sp. z o.o. zakreślił rubryki „TAK” (wskazujące że oferta spełnia minimalne wymagania).

Podkreślenia wymaga, że złożona przez Scanclimber Sp. z o.o. oferta we wszystkich aspektach wskazywała i wskazuje na to, że odpowiada warunkom SWZ — w tym zakresie Zamawiający nie miał i nie ma jakichkolwiek wątpliwości. Scanclimber Sp. z o.o. w ofercie oświadczył wprost, że zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia minimalne wymagania,

które to minimalne wymagania zostały dodatkowo zakreślone w tabeli jako „TAK” — oferta spełnia minimalne wymagania,

Wskazać również należy, że Zamawiający nie wymagał przedstawiania kart katalogowych czy innych dokumentów, które potwierdzałyby spełnienie określonych wymogów dla windy towarowej, wymaganych w OPZ i dodatkowo wskazanych w zaktualizowanym formularzu oferty (w pkt 11), Zamawiający uznał w tym zakresie jako wystarczające oświadczenia zawarte w ofercie, zwłaszcza że poszczególne postanowienia umowne (wynikające z projektu umowy stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ) dawały i dają Zamawiającemu gwarancję dostarczenia produktu zgodnie z wymogami SWZ. W par. 1 ust. 1 umowy wskazano, że przedmiotem umowy jest zakup windy towarowej zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia; w par. 1 ust. 2 wskazano, że wykonawca zapewnia, iż dostarczony towar będzie spełniał wymagania dotyczące sprzętu stanowiącego przedmiot umowy. W umowie przewidziano również mechanizmy pozwalające na weryfikację spełnienia ww. obowiązków i mobilizację wykonawcy do działania zgodnego z umową — w par. 3 ust. 5 umowy wskazano, że w przypadku protokolarnego ustalenia w trakcie odbioru, że dostarczony towar nie spełnia wymogów określonych w załączniku nr 1 do umowy, wykonawca zobowiązany jest do uzupełnienia braków lub dostarczenia nowego towaru zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, zaś w par. 7 ust. 1 umowy przewidziano kary umowne za nienależyte wykonanie umowy.

Nadmienić przy tym należy, że opis przedmiotu zamówienia jak również warunki dotyczące spełnienia wymogów SWZ nie były kwestionowane przez któregokolwiek z wykonawców na etapie prowadzonego postępowania, nie były również przedmiotem odwołania do KIO.

Z powyższych względów, za całkowicie chybione należy uznać zarzuty Odwołującego wskazujące na to, że zaoferowane przez Scanclimber Sp. z o.o. urządzenie (winda towarowa) nie spełnia wymogów SWZ, Okoliczność, że na rynku dostępne są urządzenia wyprodukowane przez Scanclimber Sp. z o.o. o parametrach innych niż te wymagane przez Zamawiającego, nie oznacza, że Scanclimber Sp. z o.o. nie dostarczy (nie wyprodukuje) windy towarowej spełniającej wszystkie wymogi SWZ.

Istotne jest to, że Scanclimber Sp. z o.o. jest producentem tego typu urządzeń i dysponuje potencjałem pozwalającym na dostosowywanie poszczególnych produktów do potrzeb klienta. Na stronie <https://scanclimber.com/pl/o-nas> czytamy:

„Scanclimber Oy od ponad 40 lat jest zaufanym producentem wymagających i bezpiecznych rozwiązań dostępu pionowego. Udało nam się pogodzić różne wymagania bez szkody dla bezpieczeństwa, wysokiej jakości i trwałości naszych produktów. Scanclimber jest wiodącym producentem systemów i urządzeń dostępu pionowego z napędem zębatkowym takich Jak:

podesty ruchome masztowe samowznoszące, dźwigi towarowe i osobowe, dźwigi przemysłowe, dźwigi specjalne / na zamówienie.

Scanclimber@ firmy Tractel@ obsługuje ponad 250 klientów w Europie, Ameryce Północnej i Azji. Firma zatrudnia 225 pracowników, prowadzi dobrze zainwestowany zakład produkcyjny w Polsce i centrum doskonałości w Polsce oraz sprzedaje produkty za pośrednictwem sieci dystrybutorów i przedstawicieli handlowych na całym świecie".

Dowód:

- wydruk ze strony <https://scanclimber.com/pl/o-nas>

Wskazać przy tym należy, że Scanclimber Sp. z o.o. w oświadczeniu z dn. 30.09.2021 r. potwierdził, że w przypadku złożenia zamówienia na dźwig SC8 będą zachowane wszystkie potwierdzone wymagania zawarte w ofercie. Dodatkowo, w oświadczeniu tym Scanclimber Sp. z o.o. potwierdził m.in., że posiada system antyzmiażdżeniowy dla ofertowanego produktu (co jest zarzutem Odwołującego) oraz że sekcja bazowa (maszt podstawowy) ma opcjonalną wysokość 2,3 mg (co również jest przedmiotem zarzutu Odwołującego).

Dowód: oświadczenie Scanclimber Sp. z o.o. z 30.09.2021r.

Reasumując, w świetle treści warunków zamówienia sformułowanych w SWZ, nie ma podstaw do stwierdzenia niezgodności oferty Scanclimber sp. z o.o. z ww. warunkami — tj. na zawarcie w ofercie produktu, który jest niezgodny z warunkami zamówienia ujętymi w SWZ. Jak wskazano powyżej, zaoferowany przez Scanclimber Sp. z o.o. przedmiot zamówienia w całości odpowiada warunkom SWZ (co wynika wprost z oferty oraz złożonego przez wykonawcę oświadczenia z dnia 30.09.2021 Niewątpliwie również, sposób wypełnienia zaktualizowanego formularza oferty także świadczy o tym, że wykonawca ten świadomie i z pełną odpowiedzialnością zaoferował produkty zgodne z wymogami. Z tego też względu, oferta Scanclimber Sp. z o.o. nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W konsekwencji, Zamawiający nie mógł naruszyć przepisu a nadto art 252 ust. 1 w zw. z art. 253 ust. ustawy Pzp, skoro wybrał ofertę odpowiadającą warunkom zamówienia.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd (powstały na bazie poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych, ale aktualny również pod rządami nowej ustawy Pzp), że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ (obecnie SWZ) musi być niewątpliwa i jednoznaczna (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 stycznia 2021 r. Sygn.akt: KIO 3426/20) oraz że odrzucenie oferty może mieć miejsce tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający ma pewność, że oferta danego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ

(obecnie SWZ) (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2021 r. o sygn. akt: KIO 77/21), W okolicznościach sprawy taki przypadek nie zachodzi.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 zd 2 ustawy PZP poprzez przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, które doprowadziło do zmiany treści oferty, również nie zasługuje na uwzględnienie.

Przede wszystkim wskazać należy, że ani przed wezwaniem do złożenia wyjaśnień, ani po tym wezwaniu, treść oferty Scanclimber Sp. z nie uległa zmianie w jakimkolwiek zakresie. W oświadczeniu z dn. 30.09.2021 r. Scanclimber Sp. z o.o. potwierdził aktualność i prawdziwość informacji zawartych w ofercie (zaktualizowanym formularzy oferty), nie dokonując jakichkolwiek modyfikacji. W wyjaśnieniach z dn. 30.09.2021 r, Scanclimber Sp. z o.o. **potwierdził, że zachowane będą wszystkie potwierdzone przez niego wymagania zawarte w ofercie.** Nie sposób zatem dopatrzeć się jakiegokolwiek zmiany treści oferty Scanclimber Sp. z o.o. **Nie sposób również wskazać, na czym ta zmiana miałyby polegać, skoro w ofercie (zaktualizowanym formularzu oferty) została zaoferowana winda towarowa (model SC8) spełniająca wszystkie wymagania SWZ a w przedmiotowych wyjaśnieniach Scanclimber Sp. z o.o. podtrzymał oświadczenie o zaoferowaniu urządzenia zgodnie z wymogami zawartymi w SWZ**

W konsekwencji za chybiony należy uznać także zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak na wstępie.

Załącznik}:

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwa wraz z dowodem uiszczenie opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
- 2) wydruk pełny z KRS Zamawiającego;
- 3) wydruk ze strony <https://scanclimber.com/pl/o-nas>
- 4) **oferta Scanclimber Sp. z o.o. (zaktualizowany formularz oferty + formularz cenowy)**
- 5) **oświadczenie Scenclimber Sp. z o.o. z dnia 30.09.2021 r.**

Pismem z dnia 22 października 2021r. zgłosił skutecznie przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca wybrany/Scanclimber.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący zaprzecza twierdzeniem odwołującego i potwierdza oświadczenia złożone w ofercie przystępującego/wykonawcy wybranego/Scanclimber.

Przystępujący przywołał wyrok o Sygn. akt KIO 2428/19 i KIO 2429/19, w którym stwierdza się, że pierwszeństwo i zasadność przed efektami poszukiwań w Internecie mają dokumenty wymagane w siwz.

Przystępujący przedstawia wykonawcę wybranego, który jest producentem i karty katalogowe nie ograniczają wykonawcę w takim przypadku do produktu stricte katalogowego, ponieważ producent wyposażony w biuro projektowe dostosowuje produkt do wymagań zamawiającego.

Przystępujący podnosi, że czym innym jest etap udzielenia zamówienia, a czym innym jest etap zawarcia umowy i jej realizacja. Etap udzielania zamówienia dotyczy badania oferty pod kątem zgodności z warunkami SWZ. Przywołuje wyrok KIO z dn. 9 października 2013r. KIO 2251/13.

Przystępujący wyraża pogląd, że poza kognicją Izby jest badanie zgodności stanu rzeczywistego ze stanem prawnym (SWZ), ponieważ Izba bada zgodność dokumentów oferty ewentualnie wyjaśnień z dokumentacją SWZ.

Pismo procesowe odwołującego z dnia 25.10. 2021 r – odpowiedź na pismo przystępującego z dnia 22 października 2021r.

Na podstawie art. 535 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, dalej p.z.p., w imieniu własnym, podtrzymuję twierdzenia zawarte w odwołaniu oraz przedstawiam stanowisko wobec przystąpienia do odwołania wniesionego przez Scanclimber sp. z o.o.

Zarzuty przystępującego należy uznać za nietrafne, co więcej stanowią one potwierdzenie zarzutów podniesionych w naszym odwołaniu.

1. Przystępujący w swoim przystąpieniu wyraźnie potwierdził, że jego produkt nieznacznie odbiega od jego oferty katalogowej. Tym samym potwierdził, że skoro odbiega, czego w żadnym razie nie dopuszczał w SWZ Zamawiający, to zarazem jest on niezgodny z SWZ i oferta powinna podlegać odrzuceniu. **Zamawiający w SWZ zawarł konkretne parametry techniczne dotyczące dostawy, nie dopuszczał żadnych odstępstw w tym zakresie, żądał wskazania konkretnego modelu.** Przystępujący w swojej ofercie zawarł konkretny produkt, którego opis znajduje się w ogólnodostępnych

katalogach, wskazał na konkretny model, który posiada określone parametry techniczne. Po weryfikacji tych parametrów okazało się, że są one niezgodne z OPZ i to na niekorzyść — nie spełniają minimalnych standardów określonych przez Zamawiającego. W żadnej części oferty wykonawca ten nie wskazał, że jest to model, który będzie podlegał modyfikacjom (co i tak byłoby nieuprawnione), nie ma także żadnych podstaw do takich zmian w świetle obowiązującego p.z.p. i norm wynikających z art. 454 i 455 p.z.p. Jest to po prostu produkt niezgodny (co potwierdza sam przystępujący) i nie ma tutaj znaczenia czy zaoferował go duży i uznany producent, ani jakie ma możliwości technologiczne i konstrukcyjne — kryteria właściwości wykonawcy nie były i nie mogły być bowiem kryteriami oceny ofert.

II. Przywołany przez przystępującego wyrok KIO z 2019 r. odnosił się do zupełnie innej sytuacji, kiedy to wykonawca nie dostarczył kart katalogowych, a Zamawiający, zamiast go wezwać do uzupełnienia, pobrał je samodzielnie z Internetu i dokonał oceny. **Zamawiający ma prawo, a wręcz obowiązek badania oferty wszechstronnie, wielopoziomowo i jest uprawniony do pozyskiwania informacji ze wszystkich dostępnych mu źródeł.** Samo p.z.p. nie tylko nie zabrania takich działań, a wręcz wykladnia funkcjonalna i systemowa art. 16, 139, 223 i 252 p.z.p. obliuguje Zamawiającego do spełnienia wysokich standardów należytej staranności w tym zakresie. Zwłaszcza, kiedy istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że oferta i oferowany w niej produkt może być niezgodny z warunkami zamówienia. Ma to w niniejszej sprawie jeszcze szczególne znaczenie, gdyż dotyczy parametrów dotyczących bezpieczeństwa (system antyzmiażdzeniowy).

III. **Przystępujący w żadnym momencie nie zaprzeczył przy tym prawdziwości uzyskanych kart katalogowych w Internecie, nie podważył ich autentyczności, skonstruował jedynie tezę, że było to niedopuszczalne i że produkt zmodyfikuje (czyli, że jest on niezgodny).**

IV. **Nie jest zasadnym argumentem, że niezgodności można rozpatrywać w tej sprawie dopiero na etapie realizacji zamówienia. To bowiem przy wyborze oferty Zamawiający ma prawo i obowiązek zadbać o pełną zgodność produktu, a nie dokonywać tego dopiero na etapie realizacyjnym składając zastrzeżenia, reklamacje i nakładając kary umowne.**

V. **Wyjaśnienie przystępującego w trybie art. 223 ust. 1 p.z.p., wskazujące, że wskazany model będzie zmodyfikowany i dopiero później dostosowany do SWZ ewidentnie wskazują na negocjacje treści oferty w świetle przywołanego przepisu są niedozwolone.**

VI. Ponadto, produkt ten wymaga stosownych dokumentów do rejestracji w UDT, co przy zakładanej i nieokreślonej modyfikacji, rodzi realne obawy, co do faktycznej możliwości ich uzyskania i późniejszego użytkowania zgodnego z prawem.

Konkludując, mając na uwadze powyższe, ww. oferta Scanclimber sp. z o.o. jest niezgodna z warunkami zamówienia (SWZ) i powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.

Mając na uwadze powyższe, podtrzymuję przedstawione w odwołaniu zarzuty.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołanie zostało złożone w postępowaniu prowadzonym jako zamówienie podprogowe na : Zakup windy towarowej i rusztowań wraz z dostawą i rozładunkiem na potrzeby spółki AMW Sinevia Sp. z o.o., nr sprawy: SVA/BZ/4620-17/2021

Numer ogłoszenia: zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych: 2021 Nr pozycji: 00161211/01.

Krajowa Izba Odwoławcza (Izba) rozstrzygając odwołanie w ramach podniesionych zarzutów jak i żądań odwołania to jest:

Zwięzłe przedstawienie zarzutów:

naruszenie art. 223 ust. 1 zd. 2 p.z.p., przez przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, które doprowadziło do zmiany treści oferty,

naruszenie art. 252 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 253 ust. 1 p.z.p. przez dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Scanclimber, podczas gdy powinna być ona odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia,

naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. przez błędne przyjęcie, że oferta ww. wykonawcy nie podlega odrzuceniu, podczas gdy w ofercie swojej zawarł produkty, które są niezgodne z warunkami zamówienia ujętymi w SWZ, w stosunku do wykonawcy Scanclimber,

naruszenie art. 16 p.z.p. — zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, oraz przeprowadzenia postępowania w sposób przejrzysty i proporcjonalny, przez naruszenie nw. przepisów p.z.p.,

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

uwzględnienie odwołania w całości,

unieważnienia czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej firmy Scanclimber,

powtórzenie czynności badania ofert i odrzucenie oferty Scanclimber, jako że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

zwrotu poniesionych kosztów postępowania, w tym zastępstwa procesowego oraz kosztów uczestnictwa. ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty,

po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego i dowodowego na posiedzeniu/rozprawie, uwzględniając argumentację stron i uczestnika podnoszoną w postępowaniu przed Izbą, a w szczególności w pismach procesowych, których treść przedstawiono we wstępnej części uzasadnienia wyroku, **nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania.**

Odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu na rozprawie, z uwzględnieniem okoliczności brak podstaw do jego odrzucenia na posiedzeniu, przez wykazanie interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jego oferta zajęła drugą pozycję, po ofercie Scanclimber (vide odwołanie).

Odwołujący w złożonym odwołaniu podjął się próby udowodnienia, że treść oferty wykonawcy wybranego jest sprzeczna z treścią SWZ to jest z opisem przedmiotu zamówienia, a formularz ofertowy wypełniony przez Scanclimber nie odpowiada rzeczywistemu stanowi faktycznemu co do możliwości produkcji, dostawy i rozładunku windy towarowej, opisanej w dokumentach przetargowych. Ponadto odwołujący twierdzi w złożonym odwołaniu, że zamawiający dopuścił się negocjacji treści oferty po jej złożeniu przez wykonawcę wybranego, doprowadzając do zmiany jej treści w sposób niedopuszczalny.

Izba na posiedzeniu/rozprawie przeprowadziła postępowanie dowodowe i w jego wyniku ustaliła zasadnicze okoliczności wpływające na rozstrzygnięcie sporu, jak poniżej.

Bezspornym faktem w sprawie jest okoliczność, że wykonawca wybrany wypełnił formularz ofertowy, w którym potwierdził spełnienie wszystkich wymaganych jako minimalnych parametrów windy towarowej, a opisanych w formularzy ofertowym, dopisując do każdego parametru -TAK-.

Natomiast odwołujący w sieci internetowej znalazł z rynku rosyjskiego dokumentację windy towarowej produkcji Scanclimber/przystępujący oznaczonej jak w ofercie wybranej co do oznaczenia modelu S.C.8.

Izba pomimo pominięcia powyższego dowodu jako rozstrzygającego w sprawie to jest jako wiarygodnego i dopuszczalnego, ponieważ nie przetłumaczonego na język polski oraz z racji postanowień SWZ, w których brak wymogu złożenia z ofertą kart katalogowych oferowanego produktu, dokona jego oceny jako dokumentu w ogóle, to jest jako dokumentu, którym jest karta katalogowa.

Z przedstawionych pism procesowych odwołującego we wstępnej części uzasadnienia wyroku wynika, że odwołujący kwestionuje wyposażenie oferowanej windy towarowej w system antyzmiażdzeniowy oraz nie spełnienie wymogu minimalnej wysokości podpór windy i w tym celu posługuje się kartą katalogową znalezioną w sieci internetowej. Po pierwsze należy stwierdzić, że w obrocie prawnym nie ma legalnej definicji karty katalogowej. Niemniej w praktyce utarło się jaki zakres karty katalogowe posiadają to jest w szczególności wskazują, obrazują podstawowe parametry techniczne, technologiczne produktu. W niniejszej sprawie istotnym jest okoliczność, że produkt jakim jest winda towarowa nie jest produktem tzw „na magazyn u producenta”, czy też „na półkę obrotu handlowego”. Również w niniejszej sprawie nie określono wymagań zamawiającego jaką drogę produkt na zamówienie musi przejść co do np. zatwierdzeń np. przez Urząd Dozoru Technicznego, aby mógł znaleźć się jako produkt oferowany w niniejszym zamówieniu. Przechodząc już do samej karty katalogowej to uwzględniając potrzeby różnych rynków należy stwierdzić, że inne mogą być w Europie wschodniej, czy też Azji, a inne w Europie zachodniej, czy też nawet środkowej, czy południowej. Reasumując znaczenie karty katalogowej na którą powołuje się odwołujący należy skwitować, że dopóki zamawiający nie wymaga karty katalogowej do oferty to udowadnianie braku potencjału produkcyjnego Scanclimber wydaje się iluzoryczne, przez powoływanie się nawet na ten sam model SC8 windy na rynek wschodni (rosyjski) i utożsamianie parametrów z karty katalogowej z rynku rosyjskiego jako tożsamy do przedmiotowego zamówienia.

Izba rozstrzygając spór, przez oddalenie odwołania, uznała jako wiarygodny dowód na zgodność oferty Scanclimber z warunkami zamówienia przez:

Formularz załączony do oferty, gdzie wykonawca wybrany zakreślił pozytywnie wszystkie parametry wskazane w tym formularzu wymaganym przez zamawiającego (zał. do odpowiedzi na odwołanie - w aktach sprawy), jak również przez oświadczenie producenta Scanclimber /wykonawca wybrany z dnia 30.09.2021r. (zał. do odpowiedzi na odwołanie - w aktach sprawy).

Przechodząc do charakteru ww. oświadczenia producenta/wykonawcy wybranego, to nie stanowi ono zmiany oferty tylko potwierdzenie zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z parametrami określonymi przez zamawiającego. Bowiem, jak zresztą

wyjaśniał na rozprawie zamawiający wystąpienie do Scanclimber było wywołane interwencją odwołującego i odpowiedź stanowiła potwierdzenie treści oferty, a nie jej zmianę przez Scanclimber. Według treści oświadczenia producent zapewnia: zachowanie wszystkich potwierdzonych wymagań zawartych w ofercie, posiadanie systemu antyzmiażdżeniowego dla dźwigów SC8, wyposażenie masztu dźwigu SC8 w 4 podpory (nóżki) z regulowaną wysokością i sekcja bazowa (maszt podstawowy) ma opcjonalną wysokość 2,3 m.

Powyższe dokumenty to jest treść formularza ofertowego, w którym potwierdzono parametry wymagane jako minimalne przez zamawiającego oraz oświadczenia Scanclimber z 30.09.2021r. jako producenta, poświadczają zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z treścią SWZ to jest warunkami zamówienia.

Podsumowując w kontekście obowiązujących postanowień SWZ oraz oferty i wyjaśnienia z 30.09.2021r. odwołujący nie udowodnił, że Scanclimber/producent oferuje i nie jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ zamawiającego.

W tym stanie rzeczy odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 1 w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500,00 złotych, zasądzając na rzecz zamawiającego od odwołującego koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego. Izba nie zasądziła kosztów zastępstwa pełnomocnika przystępującego z uwagi na postanowienia § 7 rozporządzenia.

Przewodniczący:.....

