

**Sygn. akt: KIO 2464/22**

**WYROK**  
**z dnia 5 października 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2022 r. przez wykonawcę R. P. – Megamaszyny, ul. Guznera 55, 47-175 Spórok w postępowaniu prowadzonym przez Zespół Szkół Nr 3 im. Hugona Kołłątaja w Szamotułach

przy udziale wykonawcy Metal Technics Polska sp. z o.o. sp.k. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2464/22 po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę R. P. – Megamaszyny, ul. Guznera 55, 47-175 Spórok i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę R. P. – Megamaszyny, ul. Guznera 55, 47-175 Spórok tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący.....**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Zespół Szkół Nr 3 im. Hugona Kołłątaja w Szamotułach wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wyposażenie pracowni kształcenia zawodowego w Zespole Szkół nr 3 im. H. Kołłątaja w Szamotułach” - Dostawa i instalacja wyposażenia do pracowni obrabiarek numerycznych CNC, dla zadania pn.: „Przebudowa pracowni kształcenia zawodowego w Zespole Szkół nr 3 im. Hugona Kołłątaja w Szamotułach”, w ramach Wielkopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2014- 2020, Oś Priorytetowa 9 Infrastruktura dla kapitału ludzkiego, Działanie 9.3 Inwestowanie w rozwój infrastruktury edukacyjnej i szkoleniowej, Poddziałanie 9.3.2 Inwestowanie w rozwój infrastruktury kształcenia zawodowego, Umowa o dofinansowanie nr: RPWP.09.03.02-30-0012/20.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2022/BZP 00312892/01 z dnia 19 sierpnia 2022 r.

W dniu 12 września 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej firmy Metal Technics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej Metal Technics Polska lub Przystępującym.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący: R. P. – Megamaszyny, ul. Guznera 55, 47-175 Spórok w dniu 19 września 2022 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności oraz zaniechań Zamawiającego podjętych w toku postępowania, polegających na:

1. Wyborze oferty wykonawcy Metal Technics Polska jako najkorzystniejszej.
2. Zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Metal Technics
3. Zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

– art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców, w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów ustawy:

- art 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Metal Technics, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia
- art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- Powtórzenie badania i oceny ofert,
- Odrzucenia ofert wykonawcy Metal Technics Polska,
- Dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił, że Wykonawca Metal Technics zaoferował urządzenie niezgodne z wymaganymi parametrami.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający wymagane parametry techniczne urządzeń opisał w Załączniku nr 1 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia” gdzie dla każdego z urządzeń wyszczególnione zostały minimalne parametry techniczne.

Zauważył przy tym, że dla urządzenia „Projektor do kontroli narzędzi z możliwością wydruku wartości korekcyjnych narzędzia – 1szt.” Zamawiający wymagał m.in.:

3. Uchwyt wrzeciona obrotowego – wymagany parametr : ISO/BT 40
5. Interfejs operatorski za pomocą kolorowego ekranu dotykowego (TFT) – wymagany parametr: min. 5”
11. Możliwość instalacji na komputerze z systemem Windows za pośrednictwem połączenia USB

Wyjaśnił, że wykonawca Metal Technics Polska zaoferował w tej pozycji urządzenie Ezgo IC Basic producenta Ez Set, które nie spełnia postawionych wymagań technicznych. Pomimo tego wykonawca potwierdził spełnienie wszystkich wymagań SWZ.

Stwierdził przy tym, że sposób przygotowania oferty przez firmę Metal Technics Polska wzbudza daleko idące wątpliwości co do jej rzetelności, bowiem Wykonawca ten w pozycjach, w których powinien wpisać parametry oferowanych urządzeń zaniechał wpisania rzeczywistych wartości, lecz skopiował wymagania Zamawiającego zawarte w OPZ.

Ponadto, zaznaczył, że w treści oferty wykonawca nie zastrzegł, aby zaoferowany przedmiot podlegał jakimkolwiek modyfikacjom czy dostosowaniu.

Zdaniem Odwołującego - nie jest również możliwe, aby spełnienie postawionych wymagań technicznych nastąpiło przez zakup dodatkowego wyposażenia do oferowanego modelu.

Według Odwołującego - Wykonawca nieprawidłowo dobrał oferowane urządzenie, na rynku istnieją projektory do kontroli narzędzi spełniające wszystkie wymagane przez Zamawiającego parametry.

W ocenie Odwołującego - zaoferowany przez konkurenta model Ezgo IC Basic posiada uchwyt wrzeciona SK50 i w ogóle nie posiada ekranu dotykowego, jest dostępne jedynie pokrętko oraz nie ma możliwości instalacji na komputerze z systemem Windows za pośrednictwem połączenia USB – kompatybilne z systemem Windows są dopiero wyższe modele, ten model jest kompatybilny z systemem Linux.

W opinii Odwołującego - wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę o możliwości dostosowania projektora pod wymagania Zamawiającego uznać należy za spóźnione.

Podniósł, że Wykonawca złożył ofertę na konkretny seryjny produkt, a zmiana na etapie badania ofert jest niedopuszczalna i jest wątpliwa pod względem faktycznych możliwości ze względu na bardzo daleko idące modyfikacje.

Dalej, wywodził, że nawet gdyby modyfikacje w stosunku do produktu produkowanego seryjnie zostały dokonane przez osobę trzecią, np. wykonawcę lub polskiego dystrybutora, to produkt ten nie spełniałby już wymagań w zakresie dokumentacji certyfikatu bezpieczeństwa CE – która wydawana jest w oparciu o szereg badań na produkt seryjnie produkowany i który to dokument jest możliwy do wydania jedynie przez producenta – niemieckie przedsiębiorstwo EZset GmbH & Co. KG, podczas gdy brak certyfikatu bezpieczeństwa CE musiałby również skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Odwołujący oświadczył, że zwrócił się do producenta oraz dystrybutora oferowanych urządzeń w celu wyjaśnienia zaistniałych rozbieżności i uzyskał potwierdzenie zawartych w niniejszym odwołaniu twierdzeń.

Według Odwołującego - przedstawienie przez wykonawcę w toku postępowania w celu uzyskania niniejszego zamówienia dokumentów nierzetelnych lub poświadczających nieprawdę wypełniać będzie znamiona przestępstwa stypizowanego w art. 297 § 1 kodeksu karnego, którego popełnienie zagrożone jest karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

Wskazał również, że parametry oferowanego urządzenia dostępne są na stronie dystrybutora pod adresem <https://www.ezset.pl/images/design/pdf/ezset-flyer-ezgoicbasic-pl.pdf> oraz u producenta pod adresem: [https://www.ezset.info/uploads/media/EZset\\_Brochure\\_BREZSET\\_02\\_EN\\_05.pdf](https://www.ezset.info/uploads/media/EZset_Brochure_BREZSET_02_EN_05.pdf)

Zdaniem Odwołującego - zwracanie się przez Zamawiającego do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, których skutkiem jest zmiana treści oferty, np. poprzez zaoferowanie zmodyfikowanego produktu jest niedopuszczalne w świetle art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

W postępowaniu odwoławczym Metal Technics Polska sp. z o.o. sp.k., zwany dalej Przystępującym zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 28 września 2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie uwzględniając zarzuty odwołania.

Na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 29 września 2022 r. Przystępujący oświadczył, że wnosi sprzeciw o powyższego uwzględnienia zarzutów odwołania.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, oferty Przystępującego i oferty Zoller Polska sp. z o.o. z siedzibą w Śremie, jak również na podstawie złożonych przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 16, art.226 ust.1 pkt 5 oraz art. 239 ust. 1 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego z powodu zaoferowania przez tego wykonawcę oferty niezgodnej z warunkami zamówienia.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy doprowadził Izbę do przekonania, że nie potwierdził się zarzut złożenia przez Przystępującego oferty sprzecznej z warunkami zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały złożone dwie oferty:

1. Megamaszyny R. P., ul. Guznera 55, 47-175 Spórok z ceną 521089,00 zł brutto,
2. Metal Technics Polska sp. z o.o. sp.k., ul. Ryżowa 43D lok.1, 02-495 Warszawa; adres do korespondencji: 08-300 Sokołów Podlaski ul. Fabryczna 1 z ceną 516215,01 zł brutto.

Nadto, Izba ustaliła w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, że Załącznik nr 1 do SWZ zawierał Opis przedmiotu zamówienia, zwany dalej OPZ dotyczący Wyposażenia do pracowni obrabiarek numerycznych CNC.

Wymaga również wskazania, że w swoim odwołaniu Odwołujący zgłosił zarzut odnoszący się do parametrów nr 3, 5 i 11 Projektora do kontroli narzędzi z możliwością wydruku wartości korekcyjnych narzędzia 1 szt.

W związku z tym Izba stwierdziła, że w spornym zakresie w powołanym wyżej załączniku nr 1 do SWZ Zamawiający postanowił, co następuje:

- 1) l.p. 3 wymaganie: Uchwyt wrzeciona obrotowego, parametr: ISO/BT 40,
- 2) l.p. 5 wymaganie: Interfejs operatorski za pomocą kolorowego ekranu dotykowego (TFT), parametr: min. 5,
- 3) l.p. 11 wymaganie: Możliwość instalacji na komputerze z systemem Windows za pośrednictwem połączenia USB.

Ostatecznie Izba ustaliła, że Zamawiający zaoferował projektor do kontroli narzędzi typu EzgoIC Basic producenta Ez Set.

Przechodząc do rozpoznania podniesionego zarzutu odwołania wymaga zauważenia, że w postępowaniu odwoławczym dotyczącym sprawy zamówienia publicznego

zastosowanie ma art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Stosując powyższe odesłanie na grunt przepisów kodeksu cywilnego - w przekonaniu Izby - rzeczą Odwołującego jest przeprowadzenie onus probandii wynikającego z art.6 kodeksu cywilnego, który to przepis przewiduje, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Odnosząc się do dowodów złożonych przez Odwołującego, Izba uznała, ich moc dowodową za wątpliwą, a zatem dowody te nie mogły stanowić podstawy do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że pełnomocnik Odwołującego na posiedzeniu przed Składem Orzekającym złożył, jak stwierdził wydruk z karty katalogowej o nazwie: „To łatwe to EZset!”, która nie zawierała jednak żadnego numeru umożliwiającego jej identyfikację, ani daty. Powyższa kopia dokumentu nie została podpisana przez jego wystawcę. Nie wynika z niej, że oświadczenia wiedzy w niej zawarte pochodzą od producenta spornego urządzenia czy jego dystrybutora firmy Zoller Polska sp. z o.o. z siedzibą w Śremie.

Na rozprawie Izba zarządziła oględziny tego dokumentu uznając, że nie jest on wiarygodny z powodu między innymi sprzecznych oznaczeń numeracji stron: dwukrotna numeracja stron, puste strony oznaczone numerem strony, brak numeracji niektórych stron.

Przy czym, wymaga również zauważenia, że pełnomocnik Odwołującego złożył na tym wydruku oświadczenie jedynie „za zgodność”, bez podania do jakiego dokumentu ta zgodność ma odniesienie, a na pytanie Izby dlaczego występują takie nieścisłości w tym wydruku, co do oznaczeń numeracji stron wyjaśnił, że ten dokument otrzymał od klienta, i sprecyzował, że otrzymał go na mailu.

Według zapatrywania Izby – ten dokument stanowi kompilację poszczególnych treści nie stanowiąc jednolitej całości i nie jest jasny oraz nie jest pewny sposób jego pozyskania przez Odwołującego i jego źródło, co nie może stanowić dowodu w sprawie.

W dalszej kolejności, Izba zdyskwalifikowała również dowód Odwołującego z wydruku korespondencji mailowej z dnia 2 września 2022 r. pomiędzy N. G. (pracownik Odwołującego) i M. P. (Dyrektorem w Zoller Polska sp. z o.o.) z tego powodu, że nie ma w nim ciągu korespondencji pomiędzy tymi osobami, a umieszczenie w tej korespondencji tzw. „bużki” zostało potraktowane przez Izbę jako oświadczenie nie na serio.

Jednocześnie pełnomocnik Odwołującego nie był w stanie okazać oryginału tej korespondencji w samym komputerze.

Izba również nie uznała za dowód w sprawie dwóch wyciągów z przedmiotowego urządzenia ustawczo pomiarowego EZset z tego powodu, że stanowią one wydruk ze strony internetowej bez jakiegokolwiek daty.

Ponadto, z treści tych wydruków wynika w sposób jednoznaczny, że ich wystawca zastrzegł możliwość wszelkich zmian, czego na rozprawie Odwołujący nie podważał.

Natomiast, według zapatrywania Izby - kluczowy dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy dowód stanowi oferta z dnia 20 września 2022 r., nr 220632.0 skierowana do Przystępującego podpisana przez Dyrektora dystrybutora Zoller Polska sp. z o.o. potwierdzającą wszystkie zaoferowane parametry.

Izba stwierdziła, że powyższy dokument został wystawiony w formie pisemnej, zawiera datę pewną i potwierdza na stronie 2 żądane przez Zamawiającego parametry:

- 1.1 Wrzeczono SK 50 z adapterem BT 40,
- 1.2 Możliwość instalacji na komputerze z systemem Windows za pośrednictwem połączenia USB,
- 1.4 Sterowanie ImageController1 System obróbki obrazu z oprogramowaniem i monitorem dotykowym 13.3 Format pionowy.

W ocenie Izby – powyższy pkt 1.1 oferty odpowiada wymaganiu Zamawiającego z l.p.3 załącznika nr 1 do SWZ, pkt 1.2 jest zgodny z wymaganiem Zamawiającego z l.p.11 załącznika nr 1 do SWZ, zaś pkt.1.4 potwierdza spełnianie wymagania Zamawiającego z l.p. 5 załącznika nr 1 do SWZ.

Powyższej oceny Izby nie zmienia okoliczność podnoszona przez Odwołującego, że taka oferta dystrybutora Zoller Polska sp. z o.o. powinna być złożona Przystępującemu przed datą złożenia Zamawiającemu oferty przez Przystępującego.



Izba wzięła w tym zakresie pod uwagę wyjaśnienia Odwołującego, że uzyskał on przed datą złożenia oferty telefoniczne zapewnienie Dyrektora Zoller Polska sp. z o.o. gwarantujące możliwość złożenia oferty w wariantcie EZgo IC basic. Powołana wyżej oferta dystrybutora przedmiotowego urządzenia potwierdza prawdziwość powyższych wyjaśnień Przystępującego.

W ocenie Izby – zatem Zamawiający nie miał podstawy prawnej do zastosowania przepisu art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W konsekwencji powyższego zapatrywania, Izba nie mogła stwierdzić naruszenia zasad ogólnych wynikających z przepisu art.16 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp, uznając, że Zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Ostatecznie, za nietrafny należało uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, jako, że Odwołujący w ogóle w swoim odwołaniu nie odniósł się do kryterium oceny ofert.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art. 576 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:.....**