

WYROK
z dnia 28 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 czerwca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę **FAYAT BOMAG POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu**

przy udziale wykonawcy **Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. z siedzibą w Izabelinie – Dziekanówku** zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odnośnie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 (zarzut nr 5 odwołania), a także częściowo art. 7 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (częściowo zarzut nr 6 odwołania) tj. w zakresie nieudostępnienia przez zamawiającego na wniosek odwołującego korespondencji związanej z postępowaniem wyjaśniającym treść oferty wykonawcy Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. z siedzibą w Izabelinie –Dziekanówku
2. **oddala odwołanie**
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – wykonawcę **FAYAT BOMAG POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i**
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - wykonawcę **FAYAT BOMAG POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

- 3.2. zasądza od wykonawcy **FAYAT BOMAG POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu**, kwotę **3 600 złote 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2020), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Sygn. akt: KIO 1258/21

Uzasadnienie

Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa kompaktora do odpadów”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 listopada 2020 r. pod numerem 2020/S 229-563571.

W dniu 26 kwietnia 2021 roku wykonawca FAYAT BOMAG POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. z siedzibą w Izabelinie – Dziekanówku (dalej Bergerat).

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bergerat, której treść była niezgodna z treścią SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, albowiem nie przedstawiała kompaktora, spełniającego wymagania zamawiającego, a mianowicie kompaktora, niebędącego prototypem i pochodzącego z seryjnej produkcji o określonych w SIWZ parametrach technicznych,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bergerat, pomimo tego, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913) zwanej dalej „uznk”, albowiem oferowanie kompaktora, wyprodukowanego w 2020 roku, który nie był maszyną, pochodzącą z seryjnej produkcji, spełniającą wymagania techniczne określone w SIWZ, a także oferowanie maszyny, której parametry techniczne, wskazane w ofercie Bergerat, w istotnym stopniu ograniczyły funkcjonalność takiej maszyny, jest działaniem sprzecznym z prawem oraz dobrymi obyczajami, które nie tylko zagraża interesowi zamawiającego, ale także narusza interes odwołującego,
- 3) art 24 ust 1 pkt 17 ustawy Pzp, wyrażające się w zaniechaniu jego zastosowania w przypadku złożenia przez Bergerat w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa oferty:

- a) przedstawiającej kompaktor 816K, którego specyfikacja techniczna nie odpowiadała modelowi 816K, oferowanemu do sprzedaży i przedstawionemu na stronie internetowej producenta, a także b) przedstawiającej kompaktor 816K, pochodzący z seryjnej produkcji w 2020 r. modelu o parametrach technicznych określonych w SIWZ, a tym samym przedstawienia przez Bergerat informacji, wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na podejmowane przez niego decyzje,
- 4) art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, poprzez podjęcie przez zamawiającego czynności wyjaśnienia treści złożonej oferty Bergerat i bezkrytyczne uznanie jego wyjaśnień w zakresie spełnienia wymagań określonych w SIWZ dotyczących kompaktora, w tym spełnienia warunku zaoferowania produktu, pochodzącego z seryjnej produkcji w 2020 r. modelu o parametrach technicznych określonych w SIWZ,
- 5) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie, wyrażające się w zaniechaniu ujawnienia treści wyjaśnień Bergerat, dotyczących treści złożonej przez niego oferty w zakresie zgodności oferowanego kompaktora z wymaganiami zamawiającego, określonymi w SIWZ, podczas gdy informacje tego rodzaju nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu uznk,
- 6) art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie w szczególności w związku z nierównym traktowaniem wykonawców, biorących udział w Przetargu oraz naruszeniem zasady przejrzystości, wyrażającym się w bezkrytycznym przyjęciu oferty oraz przedstawionych przez Bergerat wyjaśnień, a także pominięciem stanowiska Wykonawcy, przedstawionym w piśmie sygnalizującym niezgodności wraz z przedstawionym przez niego dowodem na okoliczność braku zgodności oferty Bergerat z treścią SIWZ, a także w związku z nieudostępnieniem na wniosek Wykonawcy korespondencji związanej z postępowaniem wyjaśniającym treść oferty Bergerat.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Bergerat jako najkorzystniejszej oraz
- 2) nakazanie zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert złożonych w postępowaniu oraz rozstrzygnięcie postępowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp,
- 3) przyznanie odwołującemu kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania odwołujący odnośnie podniesionych zarzutów wskazał:

1) zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, przygotowaną na potrzeby prowadzonego postępowania („SIWZ”), zamawiający postanowił, że przedmiotem zamówienia jest dostawa fabrycznie nowego kompaktora przeznaczanego do rozgarniania, rozdrabniania oraz zagęszczania odpadów komunalnych i przemysłowych na składowisku odpadów zlokalizowanym w Zakładzie Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Toruniu ul. Kociewska 37/53. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określony został w Załączniku nr 2 do SIWZ (Rozdział III pkt 1 SIWZ).

Dodatkowo, odwołujący wskazał, że na skutek złożonego zapytania przez jednego z wykonawców, zainteresowanych udziałem w postępowaniu - zamawiający wprowadził zmianę w pkt 1 tabeli „Dane techniczne maszyny”, stanowiącej część Opisu przedmiotu zamówienia - kompaktora (Załącznik nr 2 do SIWZ), w ten sposób, że umożliwił wykonawcom składanie oferty na dostawę kompaktora, wyprodukowanego zarówno w 2021 roku, jak i w roku 2020. W pkt 2 ww. tabeli zamawiający sprecyzował swoje oczekiwanie w zakresie rodzaju kompaktora, określając, że oferowana maszyna nie może być prototypem i powinna pochodzić z seryjnej produkcji.

Dalej odwołujący wskazał, że zamawiający zaznaczył, że wraz z dostawą maszyny dostawca przekaze wymagane dokumenty, w tym świadectwo zgodności CE (pkt 2. ppkt 7) tiret pierwszy Opisu przedmiotu zamówienia - kompaktora).

Odwołujący podkreślił, iż z treści złożonej przez Bergerat oferty wynika, że zaoferowany przez niego kompaktor 816K (CATERPILLAR) to maszyna fabrycznie nowa, spełniająca parametry techniczne określone w SIWZ, niebędąca prototypem i pochodząca z seryjnej produkcji z roku 2020. Odwołujący podniósł, iż Bergerat zaoferował jednak kompaktor 816K, którego dane techniczne (określone w ofercie) nie odpowiadają danym technicznym, określonym dla tego modelu na stronie producenta. Przy uwzględnieniu istotnych różnic pomiędzy modelem ofertowym, a modelem katalogowym, w ocenie odwołującego, Bergerat zaoferował kompaktor, który nie pochodził z seryjnej produkcji z roku 2020, a także nie był (i nadal nie jest) standardowym produktem dostępnym w sprzedaży. Zdaniem odwołującego Bergerat zaoferował produkt przerobiony pod potrzeby postępowania, a tym samym prototyp nowej maszyny.

Jednocześnie odwołujący zaznaczył, iż wobec braku definicji prototypu w SIWZ, każdy z wykonawców, biorących udział w Przetargu, zobowiązany był przyjąć zwyczajowe rozumienie tego pojęcia to jest „wzór do produkcji posiadający wszystkie ku temu parametry” lub „pierwsza maszyna, stanowiąca podstawę do uruchomienia produkcji/ niewprowadzona

wcześniej na rynek". Odwołujący podkreślił przy tym, że zamawiający, określając swoje wymagania w tym zakresie, mógł w różny sposób wyznaczyć granice rodzaju produktu. Opis przedmiotu zamówienia na dostawę produktu może zakładać różny poziom szczegółowości w zależności od potrzeb oraz specyfiki i funkcji danego produktu. W omawianym przypadku zamawiający w sposób jednoznaczny przesądził, że przedmiotem dostawy może być wyłącznie konkretny model, spełniający parametry techniczne określone w SIWZ, pochodzący z seryjnej produkcji w roku 2020 lub 2021, a tym samym konkretny model katalogowy o określonym standardzie i parametrach technicznych. Tym samym, zdaniem odwołującego, zamawiający nie przewidział możliwości dostawy kompaktora, który miałby zostać wyprodukowany wyłącznie na potrzeby zamawiającego w ramach indywidualnego zamówienia - analogicznie jak to ma miejsce w przypadku konstruowania opisu przedmiotu zamówienia na dostawę urządzeń i systemów IT. Na marginesie odwołujący zaznaczył, że w przypadku, gdy zamawiający przewidują możliwość dokonania dostosowania urządzeń lub systemów IT do indywidualnego zapotrzebowania, określają jednocześnie warunek, że oferowany sprzęt musi pochodzić z seryjnej produkcji z uwzględnieniem opcji konfiguracyjnych przewidzianych przez producenta dla oferowanego modelu sprzętu. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 11.12.2017 r., sygn. akt KIO 2472/17 oraz wyrok KIO dnia 20.10.2017 r. sygn. akt KIO 2058/17, KIO 2066/17. Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający w SIWZ nie dopuścił uwzględniania opcji konfiguracyjnych w przypadku oferowanego kompaktora. W konsekwencji wykonawcy, biorący udział w postępowaniu nie zostali uprawnieni do dostosowania istniejących modeli kompaktorów do wymagań technicznych określonych w SIWZ. W ocenie odwołującego, oznaczało to, że jakakolwiek próba dowolnej zmiany parametrów technicznych (w tym ciężaru roboczego) kompaktora pochodzącego z seryjnej produkcji w roku 2020 w celu ich dostosowania do określonych w SIWZ, kwalifikuje się do uznania jej za niedopuszczalną, niezgodną z treścią SIWZ.

Przywołując orzecznictwo KIO (wyrok KIO z dnia 2 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2651/17, wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 2762/14), odwołujący zaznaczył, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia, jak każde oświadczenie woli, podlega wykładni w sposób wskazany w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, a więc w taki sposób jak wymagają tego zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje, rozpatrywane w odniesieniu do okoliczności, w których oświadczenie zostało złożone. Jedną ze wskazywanych w orzecznictwie dyrektyw interpretacyjnych przy wykładni postanowień SIWZ jest postulat takiego odczytywania postanowień niejasnych, aby nie wyciągać z nich konsekwencji negatywnych dla wykonawców i ważności ich ofert. Ponadto, odwołujący wskazał, że drugim postulatem interpretacyjnym jest odczytywanie dokumentów przetargowych w sposób umożliwiający jak najpełniejszą realizację zasad ogólnych ustawy

Pzp wyrażonych w jej art. 7 ust. 1 - zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie odwołującego, w omawianym przypadku zaistniała niezgodność oferty Bergerat z treścią SIWZ w ww. zakresie jest istotna, a tym samym złożenie takiej oferty nie podlegało konwalidacji zgodnie z przepisami ustawy Pzp i kwalifikowało się wyłącznie do odrzucenia takiej oferty.

2) zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp

W ocenie odwołującego, zaoferowany przez Bergerat kompaktor, nie spełniał wymagań określonych w SIWZ. Faktycznie zaoferowany został produkt, który nie odpowiada (katalogowemu) modelowi 816K, który miał stanowić dla Bergerat zaledwie bazę do zamiaru przerobienia (dopasowania) wybranych przez niego parametrów technicznych na wymagany poziomie określonym w SIWZ. W efekcie zaoferowany został produkt o niższej jakości (ograniczonej funkcjonalności). Odwołujący podkreślił, iż dowolne sprofilowanie przez Bergerat parametrów technicznych kompaktora, doprowadziło do zaoferowania produktu wcześniej niesprawdzonego, niepoddanego wymagany/ standardowym testom, a zatem produktu, który de facto nie był produktem pochodzącym z seryjnej produkcji, którego funkcjonalność jest dodatkowo ograniczona rażąco dysproporcją pomiędzy ciężarem roboczym, a mocą silnika. Odwołujący zwracał uwagę, że istotne zmiany kluczowych parametrów (modelowego) kompaktora mogą doprowadzić do nienależytego wykonania przedmiotu zamówienia przez Bergerat, w szczególności do niemożliwości przekazania wymaganych dokumentów, w tym świadectwa zgodności CE dla oferowanego modelu kompaktora. W ocenie odwołującego, takie działanie Bergerat niewątpliwie wypełniało znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk, albowiem jako sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami jest działaniem, które nie tylko zagraża interesowi zamawiającego, ale także narusza interes odwołującego.

3) Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp

Odwołujący podkreślił, iż Bergerat, składając ofertę i przedstawiając Specyfikację techniczną oferowanego kompaktora, wprowadził w błąd zamawiającego w zakresie:

- a) specyfikacji technicznej oferowanego kompaktora 816K, którego parametry (w tym ciężar roboczy) nie odpowiadały parametrom (katalogowego) modelu 816K, oferowanego do sprzedaży i przedstawionego na stronie internetowej producenta:
https://www.cat.com/pl_PL/products/new/equipment/compactors/landfill-compactors/IQQ002Q360.html
- b) rodzaju oferowanego kompaktora 816K, który nie mógł pochodzić z seryjnej produkcji w 2020 r. modelu o parametrach technicznych określonych (dopiero) w SIWZ - opracowanej w związku z postępowaniem wszczętym

24.11.2020 r., tym bardziej, że parametry oferowanego kompaktora, nie wskazują na zapewnienie utrzymania pełnej funkcjonalności maszyny z uwagi na rażącą dysproporcję pomiędzy ciężarem roboczym, a mocą silnika oferowanego kompaktora.

W ocenie odwołującego informacje przedstawione w ofercie przez Bergerat niewątpliwie wprowadzały w błąd zamawiającego, a w konsekwencji mogły mieć (i miały) istotny wpływ na podejmowane przez niego decyzje.

Odwołujący stwierdził, iż działanie Bergerat tworzy podstawę do wykluczenia go z udziału w postępowaniu, a jego ofertę kwalifikuje do uznania za odrzuconą.

4) Zarzut naruszenia art. 8 ust 3 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, iż w dniu 21.04.2021 r. zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o przesłanie korespondencji, jaka była wymieniana pomiędzy Bergerat, a zamawiającym w toku postępowania wyjaśniającego treść oferty Bergerat w zakresie zgodności zaoferowanego kompaktora z wymaganiami określonymi w SIWZ. Do dnia sporządzenia niniejszego odwołania zamawiający nie przesłał do wiadomości odwołującego przedmiotowej korespondencji. W ocenie odwołującego, uznanie przez zamawiającego informacji, udzielonych przez Bergerat w ww. zakresie jako informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest nieuprawnione, albowiem przedmiotowe informacje dotyczą opisu przedmiotu oferowanego przez Bergerat kompaktora, a tym samym powinny być jawne. Odwołujący stwierdził, iż brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia do uznania takich informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu uznk, tym bardziej, że informacje te dotyczą maszyny, która nie może być prototypem i powinna pochodzić z seryjnej produkcji. Odwołujący podkreślił, także zaniechanie ujawnienia treści ww. korespondencji jest wyrazem niekonsekwencji zamawiającego w sposobie oceny informacji tego samego rodzaju. Bergerat w treści oferty podjął próbę zastrzeżenia zawartych tam informacji - w części dotyczącej „Specyfikacji technicznej oferowanego kompaktora” - jako informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu uznk. Znamienne, było w ocenie odwołującego, że zamawiający - na etapie złożenia oferty przez Bergerat - odmówił uzasadnienia takiego zastrzeżenia.

5) Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp

W ocenie Odwołującego, w świetle przedstawionego wyżej stanu faktycznego, doszło do stworzenia przez zamawiającego warunków do uzyskania przez Bergerat nieuczciwej i niedopuszczalnej przewagi konkurencyjnej, albowiem zamawiający zaakceptował fakt zmiany przedmiotu zamówienia, określonego w SIWZ, poprzez przyjęcie interpretacji potrzeb i wymagań zamawiającego, przedstawionej przez Bergerat. W ocenie Odwołującego był to przypadek wyjścia poza dopuszczalne granice interpretacji opisu przedmiotu zamówienia

oraz udzielanych wyjaśnień. Odwołujący podkreślił, iż obowiązkiem każdego wykonawcy jest przedstawienie opisu oferowanego przedmiotu zamówienia, który jest na tyle precyzyjny, że nie pozostawia żadnych wątpliwości o jaki produkt chodzi. Każda próba dowolnej interpretacji opisu przedmiotu zamówienia, powodująca zmianę jego rodzaju lub właściwości jest niedopuszczalna tym bardziej, jeżeli dotyczy istotnych cech lub właściwości przedmiotu zamówienia wyraźnie określonych przez zamawiającego. Odwołujący stwierdził, iż akceptacja przez zamawiającego dokumentów, przedstawionych przez Bergerat, jest wyraźnym przejawem nierównego traktowania wykonawców, biorących udział w postępowaniu oraz wyrazem braku dołożenia należytej staranności w rzetelnym badaniu złożonych ofert.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej wyjaśnienia, złożonych ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie należy zaznaczyć, iż w przypadku odwołań wniesionych po 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosowanie do art. 92 ust. 2 ustawy z dn. 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) do postępowania odwoławczego zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dn. 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) zwana dalej „nową Pzp” lub „nPzp”.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 nPzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 nPzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba ustaliła, iż do postępowania odwoławczego w dniu 20 maja 2021 r. zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. z siedzibą w Izabelinie - Dziekanówku. Izba zważyła, iż w dniu 28 kwietnia 2021 r.

zamawiający przekazał wykonawcy Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. kopię odwołania, jednakże nie wypełnił normy art. 524 ustawy nPzp i nie wezwał wykonawcy do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Wezwanie takie zamawiający wystosował dopiero w dniu 18 maja 2021 r., a wykonawca Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. w dniu 20 maja 2021 r. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Zgodnie z art. 524 ustawy nPzp wniesienie odwołania rodzi po stronie zamawiającego obowiązek przekazania wykonawcy kopii odwołania oraz wezwania go do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Dopiero wypełnienie obu obowiązków, można w świetle ustawy nPzp uznać za umożliwienie wykonawcy skutecznego zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Izba podziela pogląd wyrażony w przywołanym przez wykonawcę Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. wyroku KIO z 10 maja 2012 r. o sygn. akt KIO 877/12, w którym Izba stwierdziła, iż ustawa Pzp wyraźnie nakłada na Zamawiającego obowiązek wezwania wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, jednak w świetle powyższego przepisu niewystarczające jest przekazanie jedynie kopii odwołania, należy również wezwać wykonawcę do postępowania odwoławczego i czynności tej w ocenie Izby, w żaden sposób nie można domniemywać z samej okoliczności przekazania kopii odwołania. Dlatego też w ocenie Izby, określony art. 525 ust. 1 ustawy nPzp termin na zgłoszenie przystąpienia rozpoczynający swój bieg od momentu otrzymania przez wykonawcę kopii odwołania, należy liczyć w ten sposób, iż może on rozpocząć swój bieg tylko w przypadku otrzymania przez wykonawcę kopii odwołania wraz z wezwaniem go do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Powyższe potwierdza również regulacja art. 527 ustawy nPzp, która skutek w postaci braku możliwości następczego skorzystania ze środków ochrony prawnej w przypadku wykonania wyroku Izby lub sądu, wywołuje tylko wobec wykonawców wezwanych zgodnie z art. 524 ustawy nPzp (tj. wykonawców którym zamawiający przekazał kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego), a którzy nie skorzystali z możliwości przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Wobec powyższego, Izba uznała za skuteczne przystąpienie wykonawcy Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. z siedzibą w Izabelinie – Dziekanówku do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy nPzp oraz art. 568 pkt 1 ustawy nPzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w sprawie w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 (zarzut nr 5 odwołania), a także częściowo art. 7 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (częściowo zarzut nr 6 odwołania) tj. w zakresie nieudostępnienia przez zamawiającego na wniosek

odwołującego korespondencji związanej z postępowaniem wyjaśniającym treść oferty wykonawcy Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. z siedzibą w Izabelinie –Dziekanówku.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy nPzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy nPzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania*.

Odwołujący na rozprawie oświadczył, że cofa odwołanie w tej części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy nPzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już tych zarzutów, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy nPzp ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy nPzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę kompaktora do odpadów”.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) - kompaktora stanowiącym załącznik nr 2 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) zawarł m.in. następujące wymagania (dane techniczne maszyny):

1. maszyna z rocznika 2021,
2. maszyna nie może być prototypem i powinna pochodzić z produkcji seryjnej,
3. Maszyna kompletna na kołach zagęszczających z zamontowanym lemieszem do przepychania odpadów;
4. Parametry techniczne kompaktora:

- ciężar maszyny przygotowanej do eksploatacji —min. 30 000 kg
- długość całkowita— min. 8 000 mm
- szerokość całkowita- min. 3 500 mm
- prześwit pod maszyną — min. 500 mm
- zdolność do pokonywania wzniesień — do 35 % nachylenia

W dn. 21.12.2020 r. zamawiający na pytanie nr 3 „Czy zamawiający dopuszcza złożenie oferty na maszynę fabrycznie nową, wyprodukowaną w 2020 roku?” udzielił następującej odpowiedzi „Zamawiający dopuszcza możliwość udziału maszyny fabrycznie nowej wyprodukowanej w 2020 r. Załącznik nr 2 do SIWZ, tabela „Dane techniczne maszyny”, pkt 1 przyjmuje brzmienie: „Maszyna z rocznika 2021, lub równoważnie fabrycznie nowa z rocznika 2020””. Jednocześnie zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia treści SIWZ wprowadzone niniejszym pismem stanowią jej integralną część i są wiążące dla wszystkich Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Wykonawca Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. złożył ofertę w niniejszym postępowaniu w pkt. 4 Formularza oferty pn. Specyfikacja techniczna oferowanego kompaktora, wskazując:

1. Nazwa producenta – CATERPILLAR
2. TYP KOMPAKTORA – 816K
3. Rok produkcji - 2020 r.
4. Parametry techniczne kompaktora:
 - ciężar roboczy – 30 709 kg
 - długość całkowita – 8058 mm
 - szerokość całkowita – 3580 mm
 - prześwit pod maszyną – 516 mm
 - zdolność do pokonywania wzniesień —35 %

W dni 4 lutego 2021 r. wykonawca Fayat BOMAG Polska Sp. z o.o. złożył pismo w którym wskazał, że „że zgodnie ze Szczegółowym Opisem Przedmiotu Zamówienia stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ maszyna, której dostawa jest przedmiotem Zamówienia nie może być prototypem i powinna pochodzić z seryjnej produkcji, jej „ciężar roboczy” powinien wynosić min. 30 000 kg, a jej „szerokość całkowita” powinna wynosić min. 3500 mm.

Porównaliśmy w tym względzie oferowany kompaktor przez nas tj. Fayat Bomag i Bergerat Monnoyeur. Parametry kompaktora produkowanego seryjnie i oferowanego przez Fayat Bomag w ramach postępowania o udzielenie Zamówienia spełniają powyższe wymogi.

Natomiast w odniesieniu do kompaktora CAT 816 K, oferowanego przez Bergerat Monnoyeur z seryjnej produkcji, zweryfikowaliśmy dostępne dane pod adresem

elektronicznym producenta: https://wyw.cat.com/pl_PL/products/new/equipment/compactors/landfillcompactors1000020360.html.

Z opublikowanych danych wynika, że oferowana maszyna w wersji seryjnej posiada „ciężar roboczy” 25809 kg oraz szerokość nad kołami 3338 mm, przy rozstawie osi 3350 mm. Zestawienie oferowanych maszyn w ramach Zamówienia okazało się niemożliwe, ponieważ nie zidentyfikowaliśmy seryjnie produkowanej maszyny Bergerat Monnoyeur posiadającej parametry wymagane na podstawie Szczegółowego Opisu Przedmiotu zamówienia stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ.”

Zamawiający w dniu 5 lutego 2021 r. w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty:

„Oferowany kompaktor CAT 816 K, zgodnie z danymi dostępnymi pod adresem internetowym producenta https://www.cat.com/pl_PL/products/new/equipment/compactors/landfill-compactors/1000020360.html posiada „masę eksploatacyjną” 25809 kg, „rozstaw osi” 3350 mm oraz „szerokość nad kołami” 3338 mm.

W załączniku nr 2 do SIWZ — Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia, Zamawiający sprecyzował, iż:

- 1) pkt 1 ppkt 2 „Maszyna nie może być prototypem i powinno pochodzić z seryjnej produkcji”
- 2) pkt 1. ppkt 4, myślnik 1. „ciężar maszyny przygotowanej do eksploatacji — min. 30 000 kg”;
- 3) pkt 1 ppkt 4, myślnik 3. „szerokość całkowita — min. 3 500 mm”.

Podane w Państwa ofercie wartości — „ciężar roboczy” wynoszący 30 709 kg oraz „szerokość całkowita” 3580 mm spełniają wymagania postawione w SI WZ. Zamawiający wzywa jednak do wyjaśnienia rozbieżności między ww. wartościami podanymi w ofercie a dostępnymi na stronie producenta oraz potwierdzenia, że oferowana maszyna nie jest prototypem i czy pochodzi z seryjnej produkcji.”

W dniu 10 lutego 2021 r. do zamawiającego wpłynęło wyjaśnienie wykonawcy Bergerat Monnoyeur „W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia w postępowaniu na dostawę kompaktora do odpadów (znak postępowania: DK/ZP-22/2020) oświadczamy jako firma Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o., że maszyna typu 816K Heavy Compaction nie jest prototypem i pochodzi z seryjnej produkcji.

Masa operacyjna (eksploatacyjna) maszyny 816K wynika ze specyfikacji „Heavy Compaction” posiadającej przeciwwagi zastosowane w tym modelu w określonych aplikacjach.

Szerokość całkowita maszyny 816K podana została jako szerokość eksploatacyjna wraz z lemieszem roboczym.

Dane zawarte w katalogach, w tym wyposażenie standardowe oraz wyposażenie opcjonalne mogą różnić się w zależności od konfiguracji. Pewne opcje wyposażenia mogą zawierać się w określonych pakietach aplikacyjnych.”

W dniu 18 lutego 2021 r. zamawiający wezwał wykonawcę Bergerat Monnoyeur sp. z o.o. do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

„W odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 09.02.2021 r. oraz maila przesłanego w dniu 15.02.2021 r. z informacjami uzupełniającymi oraz kartą katalogową oferowanego kompaktora CAT 816 K Zamawiający informuje, że zapoznał się z przesłanymi wyjaśnieniami.

Ze szczegółowej analizy danych technicznych zawartych w katalogu wynika, że maksymalna masa eksploatacyjna maszyny wynosi 25 809 kg (strona 19 sekcja „Operating Specifications”). W w/w dokumencie nie ma żadnej informacji dotyczącej dodatkowych elementów dociążających. Ponadto sekcja „Optional equipment” znajdująca się na stronie 23, na którą powołują się Państwo w w/w mailu, również nie obejmuje tego typu elementów mających istotny wpływ na zwiększenie (o blisko 20%) ciężaru maszyny.

W związku z powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących ciężaru oferowanego kompaktora CAT 816 K (przygotowanego do eksploatacji), a w tym informacji dotyczących specyfikacji „Heavy Compaction” z której będzie wynikała możliwość zastosowania przeciwwagi, rodzaju, miejsca montażu itp.”

W dniu 25 lutego 2021r. wykonawca Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. złożył następujące wyjaśnienia „W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w sprawie dostawy kompaktora do odpadów przedstawiamy stosowne wyjaśnienie.

Na wstępie chcielibyśmy zaznaczyć, iż maszyna dostała dobrana do wydajności i przerobu MPO Toruń i wersja jaka została zaproponowana z naszej strony ma na celu poprawę parametrów pracy maszyny tj. rozdrobnienia materiału oraz dodatkowego nacisku który przy założonym rodzaju odpadu pozwoli na najbardziej efektywną pracę maszyny na składowisku,

1. Co do samej maszyny i doposażenia jej w dodatkowy balast czyli opcje „Heavy Compaction” jest to opcja w którą mamy możliwość wyposażyć maszynę aby dostosować ją do lokalnych warunków pracy i odpadu. Firma Bergerat Monnoyeur jako autoryzowany przedstawiciel marki CATERPILLAR ma taką możliwość aby bazując na wiedzy technicznej oraz rodzaju wykonywanego zadania modyfikować maszyny aby optymalizować ich pracę i wydajność. Potwierdzenie tych słów znajduje się także w katalogach maszyn w postaci poniższego zapisu znajdującego się na ostatniej stronie,

Według którego zawartość może ulec zmianie, a o opcje proszę pytać lokalnego dealera.

Firma Bergerat Monnoyeur jako oficjalny przedstawiciel marki CATERPILLAR na terenie Europy od 95 lat jest także gwarantem wszystkich opcji jakie stosuje do maszyn Marki CAT.

Dla przykładu podam tylko jedno z lokalnych rozwiązań, które jest w ofercie firmy Bergerat Monnoyeur i jest to koparka z ramieniem teleskopowym. Jak widać na załączonym zdjęciu jest to bardzo zaawansowany projekt od strony technicznej aby wykorzystując naszą wiedzę i doświadczenie sprostać zadaniom jakie wyznaczają nam nasi klienci. [w tym miejscu umieszczono zdjęcie wraz z opisem technicznym].

2. Co do samego rozwiązania technicznego zostało ono przemyślane i opracowane tak aby jak najefektywniej wykorzystać dodatkowe kg pozostawiając idealny balans na kołach PRZÓD/TYŁ.,

[Dalej wykonawca przedstawił rysunki pn. Poglądowe rozłożenie elementów opcji „HEAVY COMPACTION”, wraz z punktami dociążenia maszyny w wersji „HEAVY COMPACTION”.]

Rysunki z założeniami projektowymi. Zmienione i wzmocnione belki zgarniaczy oraz przeciwwaga.

1. Belka wzmocniona z dodatkowym balastem -1150 kg szt. 2 2300 kg
2. Dodatkowa przeciwwaga tył 1930 Kg
3. Płyta balastowa grubości 50mm 670 kg

Dodatkowe elementy dają nam ciężar roboczy zawarty w naszej ofercie tj. 30 709 kg.

Maszyna 816K jest maszyną produkowaną seryjnie, a dzięki mechanicznemu przeniesieniu napędu może pracować w najcięższych warunkach i ze zwiększonym obciążeniem.”

W dniu 22 marca 2021 r. zamawiający wezwał wykonawcę Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. do złożenie kolejnych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty:

„1) wpływ (ocena ryzyka) opcjonalnego dociążenia oferowanego kompaktora poprzez zwiększenie masy całkowitej o blisko 20% w stosunku do masy katalogowej na bezpieczeństwo i parametry eksploatacyjne/użytkowe kompaktora;

2) w jakim zakresie dołożenie obciążenia stanowi modyfikację oferowanego kompaktora w stosunku do urządzenia katalogowego;

wraz z dokumentami lub opinią instytucji zewnętrznej na potwierdzenie udzielonych wyjaśnień.”

W odpowiedzi w dniu 25 marca 2021 r. wykonawca ten przekazał Zamawiającemu odpowiedź na wezwanie o następującej treści „W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dn.22.03.2021 w sprawie dostawy kompaktora CAT 816K do odpadów przedstawiamy stosowne wyjaśnienie

Na wstępie chcielibyśmy zaznaczyć iż zdanie nasze jako autoryzowanego dystrybutora maszyn Caterpillar zostało przedstawione w wyjaśnieniu przesłanym do Państwa na podstawie wezwania RZ/ 2475 z dn. 22.02.2021 r. Jako odpowiedź na obecne wezwanie przedstawiamy opinie wykonaną w Instytucie Maszyn Roboczych i Pojazdów Samochodowych Politechniki Poznańskiej, Opinia wykonana dla nas naszym zdaniem odpowiada na zadane pytania . reprezentując firmę Bergerat Monnoyeur Sp. z.o.o chcemy jeszcze raz zapewnić że wszelkie wykonane doposażenia maszyn które oferujemy są objęte gwarancją producenta którego reprezentujemy.

W załączeniu przesyłamy .

1. Poprzednią odpowiedź która przedstawia stanowisko BM
2. Opinię Pana dr hab. inż. J. S., prof. PP Adiunkt w Instytucie Maszyn Roboczych I Pojazdów Samochodowych Politechniki Poznańskiej
3. Szczegółowy projekt elementów doposażenia”

W dniu 15 kwietnia 2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Bergerat Monnoyeur Sp. z o.o. z siedzibą w Izabelinie – Dziekanówku.

Zamawiający w dniu 23 czerwca 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie w której wnosił o oddalenie odwołania i przedstawił swoje stanowisko co do podniesionych zarzutów.

Przystępujący w dniu 23 czerwca 2021 r. złożył pismo procesowe, przedstawiając własną argumentację co do zarzutów odwołania i wniósł o jego oddalenie.

Izba oceniła zgromadzony materiał dowodowy w następujący sposób:

Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wszechstronny i umożliwia wydanie rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp tj. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp tj. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
3. art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp tj. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.
4. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp tj. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:
wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ.
5. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp tj. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.
6. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.
7. art. 7 ust. 2 ustawy Pzp tj. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

Podkreślenia wymaga, że postępowanie przed Izłą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek przedstawiania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. W myśl zaś art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a

mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Reguła ta, znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 534 ust. 1 ustawy nPzp, który implementuje zasady kodeksowe na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą i stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (por. m.in. wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 141/17; wyrok KIO z dnia 9 lipca 2016 r., sygn. akt KIO1591/16 - wydany na gruncie dawnego przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp).

Wobec powyższych zasad Izba uznała, iż odwołujący w niniejszej sprawie nie sprostął ciężarowi dowodu i nie wykazał, iż zamawiający dopuścił się zaniechania odrzucenia oferty przystępującego i wykluczenia go z postępowania.

Izba w zakresie kluczowej kwestii jaką było stwierdzenie czy oferowany przez przystępującego kompaktor jest maszyną pochodzącą z seryjnej produkcji i niebędącą prototypem, podzieliła argumentację zamawiającego i przystępującego. Izba stwierdziła, iż kompaktor 816 K jest modelem produkowanym seryjnie co przyznał również odwołujący, jednocześnie w ocenie Izby doposażenie oferowanego kompaktora i dociążenie go jest działaniem nie wpływającym na zmianę tej okoliczności i uczynienie z oferowanego kompaktora „prototypu”. Z definicji „prototypu” przywołanych przez strony i uczestnika wynika, iż za prototyp może zostać uznana pierwsza maszyna/urządzenie stanowiąca podstawę do uruchomienia produkcji, nieistniejąca uprzednio na rynku. W ocenie Izby niewątpliwie kompaktor zaoferowany przez przystępującego nie posiada tych cech, gdyż jest urządzeniem, które jak wskazał przystępujący, jest produkowane od wielu lat i dostarczane do odbiorców na całym świecie. Ponadto jak, podkreślał przystępujący nie jest on podmiotem produkującym oferowane maszyny, a zatem nie byłby zdolny do zaoferowania prototypu, gdyż nie jest zdolny do jego wytworzenia oraz wdrożenia do produkcji w świetle przywołanych definicji prototypu. Przystępujący jest lokalnym dystrybutorem (przedstawicielem na Europę) producenta oferowanego kompaktora tj. firmy Caterpillar. Wobec treści karty katalogowej przedstawionej przez przystępującego, która zarówno do wyposażenia standardowego, osprzętu standardowego czy też wyposażenia opcjonalnego zawiera zastrzeżenie, iż mogą się one różnić od wskazanych w karcie, a w celu uzyskania szczegółowych informacji należy się skontaktować z dealerem Cat, to przystępujący jest podmiotem uprawnionym do stosowania opcji doposażenia oferowanych wyrobów, a więc także do doposażenia ich w dodatkowy balast. Karta katalogowa modelu 816K zawierała również zastrzeżenie, iż „materiały i dane techniczne mogą ulec zmianie bez powiadomienia. Maszyny przedstawione na zdjęciach mogą zawierać dodatkowe wyposażenie. Informacje o

dostępnych opcjach można uzyskać u dealera Cat.” Na marginesie należy zauważyć, że dokument nazywany „kartą katalogową” nie ma prawnie zdefiniowanego znaczenia, natomiast zwykle rozumie się przez to zbiór informacji pochodzących od producenta lub innego podmiotu wprowadzającego przedmiot do obrotu na temat parametrów technicznych lub innych właściwości produktu. Stąd w zakresie, w jakim karta dopuszcza zmianę parametrów, za dopuszczalne należy uznać oświadczenie uzupełniające złożone przez któryś z tych podmiotów. Na gruncie niniejszej sprawy podmiotem tym będzie przystępujący, który jest także gwarantem wszystkich opcji jakie stosuje do maszyn Marki CAT i złożył oświadczenie zawierające dane techniczne oferowanej maszyny w ofercie. Jednocześnie Izba zważyła, iż przystępujący już w ofercie podał model oferowanego kompaktora i jego parametry techniczne w szczególności wagę i szerokość (nota bene inne od tych określonych w karcie katalogowej). Parametrów tych przystępujący nie zmieniał w toku postępowania o udzielenie zamówienia, również w toku procedury wyjaśniającej prowadzonej przez zamawiającego, nie manipulował nimi, nie podawał parametrów odmiennych od wskazanych w ofercie. Dlatego też, powołanie się w składanych przez przystępującego wyjaśnieniach na opcję „Heavy Compaction” nie stanowi, w ocenie Izby, zmiany treści oferty. Takie sformułowanie oferty skutkowało również uznaniem przez Izbę, iż oferta przystępującego jest jednoznaczna i spójna. Dostrzeżenia również wymagało, iż balastowanie kompaktora dokonane przez przystępującego nie jest praktyką nową - jak poinformował zamawiający na rozprawie, taką możliwość przewidziano także dla aktualnie użytkowanego przez zamawiającego kompaktora wyprodukowanego w 1993 r. firmy Hanomag, typ CD66, gdzie dopuszczono zwiększenie jego masy z 21 500 kg nawet do 24 500 kg.

Jak wskazał sam odwołujący w odwołaniu, jedną z zasad wykładni postanowień SIWZ jest postulat takiego odczytywania postanowień niejasnych, aby nie wyciągać negatywnych konsekwencji dla wykonawców i ważności ich ofert. Wobec tego dostrzeżenia wymagało, iż zamawiający w SIWZ nie uregulował kwestii zastosowania opcji konfiguracyjnych, tak więc na tym etapie postępowania brak jest podstaw do stwierdzenia, iż takie opcje były niedopuszczalne.

Wobec powyższych ustaleń Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest niezasadny.

Niezasadnym w ocenie Izby był również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący, w odwołaniu, w sposób niezwykle ogólnikowy i lakoniczny przedstawił uzasadnienie podniesienia tego zarzutu. W szczególności Izba stwierdza, iż odwołujący nie wykazał aby oferowany przez przystępującego produkt miał ograniczone funkcjonalności czy też niższą jakość, nie wykazał również iż zmiana parametrów

oferowanego kompaktora w stosunku do opisanych w karcie katalogowej doprowadzi do nienależytego wykonania przedmiotu zamówienia, czy też, że niemożliwe będzie przekazanie przez przystępującego wymaganych dokumentów np. świadectwa zgodności CE dla oferowanego kompaktora. Zarzut ten został oparty wyłącznie na przypuszczeniach odwołującego, tak więc brak było podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp.

O ile oczywiste jest, że formalnie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp stanowi podstawę wykluczenia o charakterze samoistnym i odrębnym, o tyle w okolicznościach tej sprawy sformułowanie przez odwołującego zarzutu w oparciu o ten przepis wynikało ze stwierdzenia przez niego, że przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd co do specyfikacji technicznej oferowanego kompaktora 816K oraz rodzaju oferowanego kompaktora 816K. Skoro okazało się, że oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu na podstawie analogicznej argumentacji na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp to, tym bardziej nie może podlegać wykluczeniu za wprowadzenie co do tego w błąd Zamawiającego.

Odnosnie ostatniego z podnoszonych zarzutów tj. naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż jest on bezpodstawny. Wobec ustaleń Izby co do zakresu składanych wyjaśnień, które w ocenie Izby miały na celu wyłącznie potwierdzenie informacji zawartych w ofercie, nie doszło w niniejszym postępowaniu do nieuprawnionych negocjacji pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Nie potwierdziło się również twierdzenie odwołującego o przyjęciu przez zamawiającego, bliżej nie sprecyzowanej w odwołaniu, interpretacji potrzeb i wymagań zamawiającego, która miałaby powodować zmianę rodzaju lub właściwości opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu także brak należytej staranności w rzetelnym badaniu złożonych ofert. W ocenie Izby, fakt, iż zamawiający kilka razy żądał od przystępującego wyjaśnień kwestii budzących jego wątpliwości potwierdza, iż zamawiający w sposób należyty badał złożone oferty. W toku procedury wyjaśniającej Zamawiający nie przyjmował składanych wyjaśnień bezkrytycznie, w ocenie Izby, kolejne wezwania potwierdzają iż starannie analizował przekazywane informacje. Odwołujący nie przedstawił dowodów na potwierdzenie, iż czynności w postępowaniu wykonywane były przez osoby niezapewniające bezstronności i obiektywizmu tj. naruszenie art. 7 ust. 2 ustawy Pzp przez zamawiającego.

Odnosnie przedstawionego przez odwołującego dowodu w postaci opinii Izba uznała go za stanowisko własne odwołującego (analogicznie została oceniona opinia przedstawiona przez przystępującego w toku postępowania wyjaśniającego). Niemniej jednak podkreślenia wymaga, iż opinia przedstawiona przez odwołującego, jak wprost wynika z jej treści, sporządzona została w oparciu o niepełne dane i szereg wniosków w niej zawartych jest

warunkowych, tak więc nie można uznać iż bezsprzecznie potwierdza ona stanowisko odwołującego.

Wobec poczynionych przez Izbę ustaleń bez znaczenia dla jej rozstrzygnięcia był dowód przedstawiony przez odwołującego w postaci aktu notarialnego w ramach którego odwołujący przedstawił wydruki ze stron internetowych, przystępujący przedstawiał karty katalogowe, które w zakresie przedmiotu sporu treścią nie odbiegają od przedstawionych przez odwołującego, ponadto nie twierdził, iż model kompaktora 816 K jest nową oferta producenta. Wydruki te nie stoją w sprzeczności z dokonanymi ustalaniem. Jako niemający znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy Izba oceniła również dowód przedstawiony przez Zamawiającego w postaci wydruków ze stron internetowych dot. różnego rodzaju obciążników.

Z uwagi na wypowiedzi odwołującego na rozprawie konieczne stało się zaznaczenie, że sprawa została rozpoznana w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu. Zgodnie z art. 555 nPzp Izba nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Z powyższych względów okoliczności podniesione dopiero na rozprawie np. związane z kwestią gwarancji, klasy wagowej oferowanego kompaktora i jej wpływu na cenę, czy też braku przedstawienia dokumentacji projektowej i dowodu na wyprodukowanie maszyny w 2020 r. nie mogły i nie zostały wzięte pod uwagę jako stanowiące niedopuszczalne rozszerzenie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

.....