

Sygn. akt: KIO 2730/13

WYROK
z dnia 12 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w 27 listopada 2013 r. przez wykonawcę **Wojskowe Zakłady Inżynieryjne S.A. w Dęblinie, ul. 15 Pułku Piechoty Wilków 3, 08-530 Dęblin** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 4229, ul. Poznańska 58, 50-984 Wrocław.**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża Jednostkę Wojskową 4229, ul. Poznańska 58, 50-984 Wrocław i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wojskowe Zakłady Inżynieryjne S.A. w Dęblinie, ul. 15 Pułku Piechoty Wilków 3, 08-530 Dęblin tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Jednostki Wojskowej 4229, ul. Poznańska 58, 50-984 Wrocław na rzecz Wojskowych Zakładów Inżynieryjnych S.A. w Dęblinie, ul. 15 Pułku Piechoty Wilków 3, 08-530 Dęblin 3, 19-300 Elk kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Jednostka Wojskowa 4229 we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa taśm gąsienic z nakładkami gumowymi do PTS-M. Postępowanie poprzedzone było dialogiem technicznym zmierzającym do doradztwa i udzielenia informacji w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 lipca 2013 roku.

W dniu 27 listopada 2013 roku odwołujący – Wojskowe Zakłady Inżynieryjne S.A. w Dęblinie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp polegające na niewłaściwym jego zastosowaniu i unieważnieniu postępowania, mimo iż nie było ku temu podstaw;
2. art. 93 ust. 3 ustawy Pzp poprzez niewskazanie podstawy faktycznej, tj, nie wskazania jaką wadą obarczone jest postępowanie, która to wada uniemożliwiła by zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją zamawiającego z dnia 20 listopada 2013 roku polegającą na unieważnieniu postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, wskazując że działanie zamawiającego jest błędne i świadczy o całkowitym braku zrozumienia przepisów ustawy, a zwłaszcza instytucji unieważnienia postępowania w oparciu o przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Złożona przez odwołującego oferta została uznana za najkorzystniejszą, zaś unieważnienie postępowania niweczy szanse na uzyskanie zamówienia. Co więcej z uwagi na fakt, że jest ono praktycznie w całości wykonane nie tyle może, co poniesie on ewidentna szkodę w wyniku unieważnienia postępowania. Spełnione zatem zostały wszelkie przesłanki z art. 179 ustawy Pzp przesadzające o dopuszczalności wniesienia odwołania. Podniósł, że nie można rozpatrywać przesłanki obarczenia postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w oderwaniu od treści art. 146, który określa sytuacje w których umowa podlega unieważnieniu. Odwołujący stwierdził, powołując się na orzecznictwo KIO, że w sprawie nie zachodzi żadna z przesłanek uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zatem nie można było unieważnić

postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7. Wręcz przeciwnie - w sprawie niniejszej nie zaistniały żadne okoliczności natury faktycznej lub prawnej, które uniemożliwiłyby zawarcie ważnej umowy. Zdaniem odwołującego, błąd/wada tkwi w samym pojeździe, a nie w taśmach gaśnicowych będących przedmiotem zamówienia. Wyrób oferowany przez odwołującego spełnia wszelkie wymagania stawiane przez zamawiającego w siwz i w żaden sposób nie wpływa na właściwości transportowe w pokonywaniu wzniesień i spadków. Co więcej zaoferowane przez Wykonawcę - Odwołującego się taśmy gaśnicowe są przystosowane do pokonania przeszkody o nachyleniu min. 30°. To, że pojazdy będące własnością Zamawiającego z przyczyn konstrukcyjnych nie są w stanie takiej przeszkody pokonać jest, jest rzeczą zupełnie inną, nie mającą wpływu na prowadzone postępowanie, i nie mogącą wywierać negatywnych skutków dla Wykonawcy.

Fakt, iż Zamawiający w SIWZ powielił błędne dane zawarte w podręczniku, w żaden sposób nie mogą obciążać Wykonawcy, który działając w dobrej wierze przyjął za prawdziwe informacje i dane techniczne przekazane przez Zamawiającego, tym bardziej, że jak wskazano powyżej pojazdem PTS-M nie dysponował i dysponować nie mógł, i dopiero w trakcie prowadzonych badań powziął wiedzę, że dane zawarte w podręczniku są nieprawdziwe. Z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością przyjąć można, że wiedzy takiej nie miał także Zamawiający.

Odwołujący wniósł o: 1. unieważnienie dokonanej przez zamawiającego czynności polegającej na unieważnieniu postanowienia; 2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego się kosztów postępowania w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika/pełnomocników.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc po uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia publicznego jest dostawa taśm gaśnic z nakładkami gumowymi do PTS-M wg zestawienia asortymentowo- ilościowego zawartego w formularzu ofertowym zgodnego z załącznikiem nr 1 do siwz oraz opisem przedmiotu zamówienia.

Na stronie 3 siwz „Specyfikacja techniczna” I. Wymagania ogólne, zamawiający podał, że dostarczone wyroby muszą być nowe, nieużywane, nienaprawiane, bez braków i uszkodzeń, w pierwszym gatunku, wyprodukowane w roku 2012 i 2013.(pkt 1). Wyroby winny spełniać wymagania techniczne, jakościowe i użytkowe zgodnie z zawartymi ustaleniami w zakresie badań nakładek do taśm gaśnicowych pojazdu PTS-M, potwierdzonych przez jednostkę badawczą na terenie kraju, posiadającą akredytację OiB, udzieloną przez Ministra Obrony

Narodowej.(pkt 3). Zamawiający w wyniku modyfikacji siwz z dnia 14.08.2013 roku, podał, że wraz z ofertą wykonawca składa oświadczenie, w którym potwierdza wskazane przez zamawiającego, w formularzu ofertowym wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia. Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, będzie zobowiązany do przeprowadzenia czynności w celu potwierdzenia zgodności wyrobu ze specyfikacją techniczną (złożonym oświadczeniem) w jednostce badawczej na terenie kraju. Zakres badań został zawarty w tabeli 4 Specyfikacji Technicznej. Następnie, po przeprowadzeniu badań Wykonawca potwierdzi, że wyrób spełnia wymagania specyfikacji technicznej, dostarczając deklarację zgodności OiB. Zamawiający przewidział, że podpisanie umowy nastąpi po dostarczeniu przez wykonawcę: „sprawozdania z badań potwierdzających zgodność wykonania wyrobu (taśm gaśienicowych z nakładkami gumowymi) ze specyfikacją techniczną (złożonym oświadczeniem) – sporządzonego przez jednostkę badawczą na terenie kraju, posiadającą akredytację OiB, udzieloną przez Ministra Obrony Narodowej oraz deklaracji zgodności OiB.

W wymaganiach szczegółowych podał m.in., że gaśienica z nakładkami gumowymi nie powinna ograniczać właściwości funkcjonalnych oraz taktyczno – technicznych, ujętych w podręczniku Pływający transporter gaśienicowy PTS. Opis i użytkowanie. Inż. 261/69 MON, Warszawa 1971, takich jak m.in. „pokonanie przeszkody o maksymalnym kącie wzniesienia i spadku bez ładunku – kąt wzniesienia i spadku co najmniej 30°

W wymienionej przez zamawiającego publikacji MON na stronie 22 podano m.in.„Pokonywanie przeszkód – maksymalny kąt wzniesienia i spadku – bez ładunku - 30°” Izba ustaliła także, że w postępowaniu wpłynęła jedna oferta – złożona przez odwołującego a w dniu 16 września 2013 roku zamawiający dokonał wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Na wezwanie zamawiającego, odwołujący w dniu 8 listopada 2013 roku przedstawił sprawozdanie z badań potwierdzające zgodność wykonania wyrobu ze specyfikacją techniczną, sporządzone przez Wojskowy Instytut Techniki Inżynieryjnej we Wrocławiu.

W dniu 20 listopada 2013 roku zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, że prowadzone postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. W uzasadnieniu swojej decyzji stwierdził, że wykonawca nie spełnił warunku w zakresie wymogu technicznego dotyczącego pokonywania wzniesień o nachyleniu min. 30. Zdaniem zamawiającego zgoda na zniżenie tego parametru, a co za tym idzie zmiana warunków określonych w siwz byłaby naruszeniem art. 87 ust. 1 a ustawy Pzp, który zakazuje dokonywania zmian w treści siwz.

Mając powyższe na uwadze, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Wypełnione zostały przesłanki materialnoprawne, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające do wniesienia odwołania tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Na wstępie wskazać należy, że Izba, wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania i jest związana zarzutami zawartymi w treści odwołania.

W rozpatrywanym stanie faktycznym, zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek, które uprawniały go do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem zawarcie umowy a unieważnienie postępowania należy ocenić jako sytuację wyjątkową, która może zaistnieć wyłącznie po ziszczeniu się jednej z enumeratywnie wymienionych w art. 93 ust. 1 oraz 1a ustawy Pzp przesłanek. Z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, który był podstawą unieważnienia przedmiotowego postępowania wynika, że zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli postępowanie obarczone jest wadą, która, po pierwsze - jest niemożliwa do usunięcia, po drugie - uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. Podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający winien brać pod uwagę w szczególności okoliczności wymienione w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, skutkujące unieważnieniem zawartej umowy, a także ogólną regułę wyrażoną w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, która uprawnia Prezesa Urzędu do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Podkreślić należy, że wada postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest wadą o charakterze nieusuwalnym i jednocześnie powodującym, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu.

Zarówno w uzasadnieniu swojej decyzji z dnia 20 listopada 2013 roku jak również w toku rozprawy, zamawiający nie wykazał takiego naruszenia przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a także nie wskazał na żadną nieusuwalną wadę tkwiącą w samym postępowaniu, która uniemożliwiałaby zawarcie ważnej umowy. Podnoszone przez zamawiającego w uzasadnieniu jego decyzji okoliczności, dotyczące nie spełnienia warunku w zakresie wymogu technicznego dotyczącego pokonywania wzniesień o nachyleniu min.

30⁰ nie dotyczą samej procedury o zamówienie publiczne ale odnoszą się wyłącznie do treści oferty odwołującego i niespełnienia przez nią wymagań technicznych określonych w siwz. Unieważnienia postępowania z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie uzasadnia także okoliczność podnoszona w odpowiedzi na odwołanie złożonej przez zamawiającego, że zawarcie umowy prowadziłoby do zakupu przez zamawiającego wyrobów niezgodnych z siwz i całkowicie zbędnych. Okoliczność ta odnosi się do oceny zgodności treści oferty z wymaganiami siwz i nie dotyczy wady tkwiącej w samym postępowaniu, która skutkowałaby nieważnością umowy zawartej w sprawie tego zamówienia publicznego. Podobnie, wskazywane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie przeprowadzenie dialogu technicznego, w toku którego odwołujący nie zgłaszał żadnych uwag co do wymogów technicznych, w tym dotyczących pokonywania wzniesień, pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu i nie uzasadnia zaistnienia przesłanki unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Nie ulega wątpliwości, że przedstawione przez odwołującego sprawozdanie z badań, wykonanych przez Wojskowy Instytut Techniki Inżynieryjnej we Wrocławiu potwierdza na stronie 44, że „transporter PTS -M z zamontowanymi taśmami gaśnicowymi wyposażonymi w nakładki gumowe nie jest w stanie pokonać przeszkody o maksymalnym kącie wzniesienia i spadku 30⁰ bez ładunku. Próba podejścia do przeszkody zakończyła się negatywnie. W wyniku sprawdzeń stwierdzono również, że transporter PTS-M z zamontowanymi taśmami gaśnicowymi wyposażonymi w nakładki gumowe jest w stanie przodem pokonać przeszkody o maksymalnym kącie wzniesienia i spadku 22⁰”. W pkt 7 sprawozdania z badań stwierdzono jednocześnie, że „ograniczenie możliwości pokonywania przeszkody o kącie pochylenia 30⁰ nie wynika z zastosowania nakładek gumowych tylko rzeczywistego kąta wejścia transportera PTS-M”. Dodatkowo w oświadczeniu z dnia 10 grudnia 2013 roku, złożonym przez odwołującego w toku rozprawy, Wojskowy Instytut Techniki Inżynieryjnej stwierdził, że „maksymalny kąt natarcia PTS –M wynosi 25⁰ i wartość tę należy przyjąć za maksymalny kąt wzniesienia przeszkody umożliwiający bezkolizyjny podjazd transportera. W tym samym piśmie WITI stwierdził, że „będące przedmiotem zamówienia nakładki gumowe nie pogarszają właściwości trakcyjnych pojazdu (w odniesieniu do taśm gaśnicowych bez nakładek) związanych m. in. z pokonywaniem przeszkód”.

Reasumując, podane przez zamawiającego w treści uzasadnienia z dnia 20 listopada 2013 roku okoliczności faktyczne, będące podstawą unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, nie odnoszą się do nieusuwalnej wady postępowania, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy ale raczej do treści oferty odwołującego.

Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, stwierdzając że wykazane naruszenia przepisów art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, mają wpływ na wynik postępowania.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust.1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: