

Sygn. akt: KIO 3359/22

WYROK

z dnia 29 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **Overaasen AS w Gjovik (Norwegia)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Aebi Schmidt Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kielcach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Overaasen AS w Gjovik (Norwegia)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Overaasen AS w Gjovik (Norwegia)** tytułem wpisu od odwołania.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa zestawu odśnieżającego do zimowego utrzymania dróg startowych i kołowania w Porcie Lotniczym Warszawa – Radom.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 16 grudnia 2022 r. przez wykonawcę Overaasen AS w Gjovik w Norwegii (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec dokonanej przez zamawiającego czynności wyboru oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy AEBI Schmidt Polska Sp. z o.o., ul. Skrajna 80A, 25-650 Kielce, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez co podlega ona obligatoryjnemu odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.

Odwołujący podniósł, że ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Stwierdził, że ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu. Jeśli oferta firmy AEBI Schmidt Polska Sp. z o.o. zostanie odrzucona ze względu na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia, to oferta Odwołującego powinna zostać sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert, a następnie wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Wtedy też odwołujący uzyska przedmiotowe zamówienie i zrealizuje zakładany zysk.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenie czynności oceny ofert,
- odrzucenie oferty wykonawcy AEBI Schmidt Polska Sp. z o.o.
- dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty złożonej przez firmę Overaasen AS.

Zamawiający w oświadczeniu złożonym na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2022 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Aebi Schmidt Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kielcach (dalej: przystępujący). Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę zestawu odśnieżającego do zimowego utrzymania dróg startowych i kołowania w Porcie Lotniczym Warszawa-Radom, w którym swoje oferty złożyli odwołujący i przystępujący.

Opisując przedmiot zamówienia w pkt. 3.6.2 załącznika Nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) zamawiający wskazał, że ciągnik siodłowy będący głównym elementem zamawianego zestawu odśnieżającego, ma być wyposażony w automatyczną skrzynię biegów.

W ramach wyjaśnienia treści specyfikacji, w dniu 6 września 2022 r. do zamawiającego skierowane zostało następujące pytanie: „Dot. punktu 3.6.2 opisu przedmiotu zamówienia - Czy Zamawiający dopuści zautomatyzowaną skrzynię biegów?”

W odpowiedzi zamawiający stwierdził, że pkt. 3.6.2 Załącznika Nr 1 do Umowy nie ulega zmianie.

W dniu 18 listopada 2022 r. zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego.

W dniu 18 listopada 2022 r. odwołujący, na podstawie art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p., zwrócił się z wnioskiem o udostępnienie treści ofert złożonych wraz z pełnym protokołem postępowania, z załącznikami i ewentualną korespondencją zamawiającego z wykonawcami.

W odpowiedzi dnia 21 listopada br. odwołujący otrzymał część dokumentacji, która nie została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. W dniu 24 listopada br. zamawiający, po ujawnieniu informacji zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, przekazał odwołującemu pozostałą dokumentację, w tym wyjaśnienia przystępującego dotyczące zaoferowanej ceny.

Na podstawie otrzymanej informacji odwołujący powziął wiadomość, że przystępujący zaoferował dostawę ciągnika siodłowego marki Mercedes Benz Arocs 5 2043 AS 4x4. Z załączonego do wyjaśnień dokumentu, będącego ofertą na podwozie Mercedes Benz Arocs wynika, że oferowany ciągnik siodłowy jest wyposażony w skrzynię biegów oznaczoną kodem G5G PowerShift 3.

W dniu 28 listopada 2022 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego (sygn. akt KIO 3164/22).

W dniu 2 grudnia 2022 r. zamawiający unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 5 grudnia 2022 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień m.in. w następującym zakresie:

„Zamawiający wzywa do złożenia jednoznacznych wyjaśnień w jaką skrzynię biegów wyposażony będzie ciągnik siodłowy dostarczony Zamawiającemu w ramach przedmiotowego zamówienia? Czy będzie to skrzynia automatyczna (co było wymogiem określonym w pkt 3.6.2 specyfikacji technicznej) – czyli nie wymagająca ingerencji w zmianę biegów w trakcie jazdy.”

W wyjaśnieniach z dnia 6 grudnia 2022 roku przystępujący potwierdził dostarczenie pojazdu ze skrzynią odpowiadającą wymogom zamawiającego.

W dniu 7 grudnia 2022 r. zamawiający przekazał informację o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej, za jaką powtórnie uznana została oferta złożona przez przystępującego.

W dniu 8 grudnia 2022 roku odwołujący cofnął odwołanie wniesione w dniu 28 listopada 2022 roku. Postępowanie w sprawie o sygn. akt KIO 3164/22 zostało umorzone postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 grudnia 2022 roku.

Stan faktyczny Izba ustaliła na podstawie dostarczonej przez zamawiającego dokumentacji o udzielenie zamówienia publicznego. Stan faktyczny nie stanowił sporu pomiędzy stronami postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Istotą sporu jest zajęcie stanowiska w sprawie, czy zaoferowany przez przystępującego ciągnik siodłowy jest wyposażony w skrzynię biegów, spełniającą wymagania postawione przez zamawiającego w pkt. 3.6.2 załącznika nr 1 do SWZ.

Zgodnie ze wskazanym punktem zamawiający wymagał, by ciągnik siodłowy, będący głównym elementem zamawianego zestawu odśnieżającego, był wyposażony w automatyczną skrzynię biegów.

Odwołujący w odwołaniu podniósł, że skrzynia biegów G5G PowerShift 3, w jaką wyposażony jest pojazd zaoferowany przez przystępującego, nie jest automatyczną, lecz zautomatyzowaną skrzynią biegów. Wskazywał, że zasada działania skrzyń zautomatyzowanych jest zupełnie inna niż w przypadku skrzyń automatycznych. W tego typu skrzyniach nie znajduje zastosowania układ hydrauliczny i napęd nie jest płynnie przenoszony przez ciecz, jak ma to miejsce w przypadku skrzyń automatycznych. Zamiast tego, zastosowano tutaj zautomatyzowaną skrzynię biegów, która oparta jest na manualnej skrzyni biegów wyposażonej w sprzęgło i za operowanie skrzynią zautomatyzowaną nie odpowiada kierowca, lecz elektroniczny układ sterujący, dołożony do całej konstrukcji. Elektronika robi tu więc dokładnie to samo, czego w „manualnych skrzyniach” człowiek dokonuje przy pomocy pedału oraz drążka.

W ocenie odwołującego, wymóg zastosowania automatycznej skrzyni biegów, jak to zostało opisane w opisie przedmiotu zamówienia, a następnie także potwierdzone w odpowiedzi udzielonej na pytanie zadane przez wykonawcę, jest jednoznaczny i zrozumiały w kręgu podmiotów profesjonalnych. Wymogu tego nie można sprowadzać do uproszczeń, jakie zastosował zamawiający w piśmie dotyczącym udzielenia wyjaśnień skierowanym do przystępującego. Zamawiający zaniechał uwzględnienia wszystkich istotnych różnic pomiędzy tymi rodzajami skrzyń biegów, a to prowadzi do zmiany opisu przedmiotu zamówienia.

Izba stwierdziła, że nie było sporu pomiędzy stronami i przystępującym co do tego, iż nie istnieją legalne definicje „automatycznej” oraz „zautomatyzowanej” skrzyni biegów. Podobnie okolicznością bezsporną był fakt, że zamawiający nie stworzył takich definicji dla potrzeb przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie zamieścił ich w dokumentacji tego postępowania.

Argumentem podnoszonym przez odwołującego był brak konieczności zdefiniowania pojęć „automatycznej” i „zautomatyzowanej” skrzyni biegów, ponieważ są to sformułowania jasne i oczywiste dla profesjonalistów, a właśnie tacy biorą udział w przedmiotowym postępowaniu.

Co do zasady Izba podziela stanowisko odwołującego. W ocenie Izby nie ma potrzeby, by zamawiający, na potrzeby danego postępowania, formułował definicje, których znaczenie jest oczywiste. Tego rodzaju praktyka doprowadziłaby do niepożądanego sytuacji, w której zamawiający, aby uniknąć zarzutów ze strony wykonawców, musiałby definiować wszystkie określenia, którymi posługuje się w danym postępowaniu. Również te, które funkcjonują w życiu codziennym i mają przypisane znaczenie wynikające z tzw. *usus*, tj. praktyki, zwyczaju czy doświadczenia.

Izba stoi jednak na stanowisku, że z taką sytuacją nie mieliśmy do czynienia w rozpoznawanym przypadku. Argumentem, który przekonał Izbę, było stwierdzenie zamawiającego, że producenci samochodów ciężarowych MAN i DAF, którzy stosują w swoich pojazdach jednakowe skrzynie biegów, określają je zarówno jako „automatyczne”, jak i „zautomatyzowane”. Stanowisko to zostało następnie potwierdzone przez pełnomocnika odwołującego, który jednocześnie stwierdził, że jest to robione w celach marketingowych.

Wobec jednakowego stanowiska stron co do powyższego faktu, Izba uznała go za przyznany, czyli niewymagający dowodu, zgodnie z treścią art. 533 ust. 1 ustawy P.z.p.

Skoro zatem istnieją rozbieżności w określaniu jednakowych skrzyń biegów jako „automatyczne” i „zautomatyzowane” i rozbieżności te mają miejsce w środowisku producentów pojazdów ciężarowych, czyli – bez wątplenia – profesjonalistów, stanowisko odwołującego, iż dla podmiotów tych jest jasne, że są to odmienne skrzynie biegów, należy uznać za nieuzasadnione. Taka konstatacja z kolei potwierdza wątpliwości co do tego, czy zastosowane przez zamawiającego określenie „automatyczna” skrzynia biegów było jednakowo rozumiane przez wszystkie podmioty biorące udział w postępowaniu.

W sytuacji, w której możliwe są różne interpretacje zapisów SWZ, mamy do czynienia z niejednoznacznością SWZ. Taka niejednoznaczność nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawców, a wszelkie wątpliwości zamawiający powinien rozstrzygać na korzyść wykonawcy - tak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO 643/12 z dnia 16 kwietnia 2012 roku: "Badanie i ocenę ofert powinien zamawiający prowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia SIWZ były

jednoznacznie i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury" Z kolei Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 10 lipca 2015 r., sygn. akt. I C 2/15 stwierdził, że "Doprecyzowanie zamówienia następuje poprzez przygotowanie przez zamawiającego Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - jednego z podstawowych dokumentów, niezbędnych dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego obligatoryjna treść została wskazana przez ustawodawcę w art. 36 ustawy P.z.p. (m. in. co do opisu przedmiotu świadczenia oraz sposobu obliczenia ceny). To na podstawie informacji w niej zawartych wykonawcy przygotowują swe oferty. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego i jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych, natomiast dla oferenta jest ona wiążąca od momentu złożenia oferty (art. 70¹ § 4 k.c). Należy jednak podkreślić, że dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z postanowień specyfikacji, winny być one jasne i precyzyjne i nie powinny nasuwać wątpliwości interpretacyjnych. Jeżeli zaś takowe się pojawią, w ocenie Sądu winny być one rozstrzygane na korzyść wykonawców, którzy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji niezastosowania się do niewłaściwie sformułowanych, niejasnych postanowień specyfikacji."

Z powyższego wynika, że określenie „automatyczna” skrzynia biegów, w okolicznościach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może być rozumiane wyłącznie w sposób, jaki prezentuje odwołujący. Tym samym zarzut, iż oferta przystępującego, który zaoferował pojazd ze skrzynią określaną przez odwołującego jako „zautomatyzowana”, jest niezgodna z warunkami zamówienia, należy uznać za bezpodstawny.

Jednocześnie Izba negatywnie ocenia postępowanie zamawiającego, który miał możliwość usunięcia zaistniałej niejednoznaczności przed upływem składania ofert, po zadaniu mu pytania, „czy dopuści zautomatyzowaną skrzynię biegów”. Zamawiający w istocie na tak zadane pytanie nie odpowiedział, mimo że z jego treści powinien był wywnioskować, że mogą w tym zakresie zaistnieć wątpliwości po stronie wykonawców. Dopiero po wniesieniu odwołania z dnia 28 listopada 2022 roku zamawiający podjął czynności zmierzające w istocie do ustalenia, czy skrzynia, jaką ma zamiar dostarczyć przystępujący, nie wymaga ingerencji w zmianę biegów w trakcie jazdy. W ocenie Izby, tego rodzaju doprecyzowanie wymogów dotyczących skrzyni biegów winno mieć miejsce przed upływem terminu składania ofert. Usunęłoby to niejednoznaczność SWZ i istniejące w tym zakresie wątpliwości.

Powyższa konstatacja nie ma wpływu na ocenę zarzutu podniesionego w odwołaniu i nie zmienia stanowiska Izby w zakresie tego, że wykonawca nie może ponosić konsekwencji nieprecyzyjnych i umożliwiających odmienne interpretacje postanowień SWZ.

Odnosząc się do podnoszonego na rozprawie argumentu zamawiającego, który to argument zamawiający uznał za kluczowy, iż wyjaśnienia zaoferowanej ceny nie są ofertą i nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie, czy oferta wykonawcy jest zgodna z określonymi w SWZ warunkami zamówienia, Izba wskazuje, że kategorię i bezkrytyczne przyjęcie argumentacji zamawiającego za słuszną, nie jest możliwe i zależy od okoliczności sprawy, w tym od treści oferty rozumianej jako dokument zawierający podmiotowo i przedmiotowo istotne elementy oświadczenia woli, jak i od rodzaju i zakresu żądanych wyjaśnień, treści tych wyjaśnień itp. W rozpoznawanym przypadku nie sposób uznać, że złożone przez przystępującego wyjaśnienia zaoferowanej ceny nie powinny zostać wzięte pod uwagę przy ocenie zarzutu, w sytuacji, gdyby Izba uznała za zasadną argumentację odwołującego w zakresie rozumienia pojęć „automatyczna” i „zautomatyzowana” skrzynia biegów. Podkreślenia wymaga, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy nie byli obowiązani w treści złożonych ofert zawierać żadnych informacji dotyczących oferowanej skrzyni biegów, niemniej jednak składali oświadczenia, że ich oferty są zgodne z określonymi w SWZ warunkami zamówienia, a wymogi dotyczące skrzyni biegów były jednym z warunków zamówienia. Gdyby z treści wyjaśnień w sposób nie budzący wątpliwości wynikało, że oferta wykonawcy nie jest zgodna z warunkami zamówienia, ich pominięcie przy ocenie zarzutu należałoby uznać za istotne zaniechanie w zakresie wszechstronnego wyjaśnienia sprawy.

Wskazane wyżej stanowisko nie ma jednak zastosowania w niniejszej sprawie, jako że Izba uznała, że – przyjmując nomenklaturę odwołującego – zarówno „automatyczna”, jak i „zautomatyzowana” skrzynia biegów, odpowiada warunkowi zamówienia wskazanemu w pkt. 3.6.2 załącznika nr 1 do SWZ.

Jednocześnie Izba oddaliła wniosek dowodowy odwołującego w postaci oświadczenia Mercedes Benz-Trucks Polska z dnia 6 grudnia 2022 roku jako złożony w celu wykazania faktów niemających dla rozstrzygnięcia sprawy istotnego znaczenia (argumentacja *a contrario* z art. 531 ustawy P.z.p.). Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z tych dokumentów w celu wykazania, że skrzynia biegów zaoferowana przez przystępującego nie odpowiada przyjętej przez odwołującego definicji „automatycznej” skrzyni biegów, którą to argumentację Izba uznała za chybioną.

Izba oddaliła wnioski przystępującego o przeprowadzenie dowodu z pisma EWT Automotive Polska Sp. z o.o. w Ołtarzewie z dnia 8 grudnia 2022 roku na okoliczność

wykazania zgodności zaoferowanej przez niego skrzyni biegów z warunkami zamówienia określonymi w pkt. 3.6.2. i 3.6.3. specyfikacji technicznej oraz ze strony producenta pojazdu Mercedes Benz Trucks na okoliczność wykazania, że zmiana biegów jest automatyczna. Izba wskazuje, że wykazane w piśmie funkcjonalności skrzyni biegów nie były kwestionowane w odwołaniu. Kwestią sporną było natomiast ich zakwalifikowanie jako właściwe dla wymaganej w postępowaniu automatycznej skrzyni biegów.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 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: