

Sygn. akt: KIO 2464/12

## WYROK

z dnia 23 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2012 r. przez wykonawcę **HEWEA Centrum Techniki Cargo Sp. z o.o., 55-077 Wrocław, ul. Kazimierza Wielkiego 41/8** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o.o., 50-316 Wrocław, ul. Bolesława Prusa 75-79** przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **EFFER Polska Sp. z o.o., EFFER S.p.A., 50-305 Wrocław, ul. S. Jaracza 59a/11** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2464/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **HEWEA Centrum Techniki Cargo Sp. z o.o., 55-077 Wrocław, ul. Kazimierza Wielkiego 41/8** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **HEWEA Centrum Techniki Cargo Sp. z o.o., 55-077 Wrocław, ul. Kazimierza Wielkiego 41/8** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) 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

I. Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne sp. z o. o. we Wrocławiu (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na **wyprodukowanie i dostarczenie wielozadaniowego specjalnego pojazdu pogotowia technicznego w ramach projektu pn.** Poprawa jakości i bezpieczeństwa systemu komunikacji publicznej Wrocławia poprzez działania podejmowane przez MPK Sp. z o.o.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 25 maja 2012 r., poz. 2012/S 99-165334 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 9 listopada 2012 r. HEWEA Centrum Techniki Cargo Sp. z o.o. we Wrocławiu (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu:

- naruszenie przepisu art. 186 ust. 2 i 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym we wcześniejszym odwołaniu obecnego Odwołującego, pomimo uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w tamtym odwołaniu,
- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ w zakresie zapewnienia przez zaoferowany pojazd rezerwy ładowności min. 2000 kg na zabudowę oraz osprzęt, w sytuacji, gdy pojazd zaoferowany przez Odwołującego spełnia te wymagania, ewentualnie, art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych. poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, względnie uzupełnienia oferty,
- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ w zakresie zapewnienia możliwości holowania przez zaoferowany pojazd autobusów i pojazdów szynowych, w sytuacji, gdy Zamawiający, nie postawił w SIWZ wymagań odnośnie mas tych autobusów i pojazdów szynowych,
- naruszenie art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty Zamawiającego jako najkorzystniejszej i jedynej niepodlegającej odrzuceniu,

co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W oparciu o przedstawione powyżej zarzuty Odwołujący wnosił o:

- a) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- b) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- c) nakazanie Zamawiającemu wybrania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili skutecznie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia EFFER Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu, EFFER S.p.A. Rovereto (TN) Włochy (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego unieważniono by unieważnienie postępowania, i zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Odwołującego nie zostałaby odrzucona – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Rację miał Odwołujący, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 186 ust. 2 i 3 Prawa zamówień publicznych – Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty podniesione przez Odwołującego w postępowaniu sygn. akt KIO 1999/12, ponieważ Zamawiający mimo uwzględniania odwołania nie dokonał czynności całkowicie zgodnie z żądaniami. Mianowicie Odwołujący w poprzednim odwołaniu zarzucał Zamawiającemu m.in. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ w zakresie zapewnienia rezerwy ładowności pojazdu na zabudowę oraz osprzęt w sytuacji, gdy pojazd zaoferowany przez Odwołującego spełnia te wymagania, ewentualnie, art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych poprzez

zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, względnie uzupełnienia oferty; oraz naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 Prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ w zakresie zapewnienia możliwości holowania przez zaoferowany pojazd autobusu i tramwaju o określonych w informacji o rozstrzygnięciu postępowania masach w sytuacji, gdy Zamawiający w SIWZ nie postawił wymagań, co do mas maksymalnych autobusów i tramwajów, jakie mają być holowane przez zamawiany pojazd, co stanowi jednocześnie modyfikację opisu przedmiotu zamówienia po otwarciu ofert i prowadzi do naruszenia przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców. Odwołujący wówczas w konsekwencji wnosił m.in. o „nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny i badania ofert, a w toku tej procedury (...) wybór jako najkorzystniejszej, po ewentualnym uprzednim wezwaniu do złożenia stosownych wyjaśnień, względnie uzupełnień, oferty Odwołującego”. Zamawiający natomiast, po deklarowanym uwzględnieniu zarzutów odwołania sygn. akt KIO 1999/12 w całości, powtarzając czynność badania i oceny ofert, ponownie odrzucił ofertę Odwołującego, w oparciu o te same podstawy faktyczne i prawne, bez wzywania do uzupełnień czy wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych. Wobec powyższego, Izba stwierdziła, że odwołanie nie może zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 5 Prawa zamówień publicznych, ponieważ Zamawiający nie wykonał czynności powtórnego badania i oceny ofert zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu sygn. akt KIO 1999/12. Z tego powodu zarzuty odwołania sygn. akt KIO 2464/12 należało rozstrzygnąć merytorycznie. Izba jednak, po analizie dokumentacji postępowania, w szczególności oferty Odwołującego, stwierdziła, że odwołania nie można uwzględnić: czynności podjęte przez Zamawiającego były prawidłowe i słusznie odrzucono ofertę Odwołującego jako niezgodną z SIWZ.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest **wyprodukowanie i dostarczenie wielozadaniowego specjalnego pojazdu pogotowia technicznego w ramach projektu pn. „Poprawa jakości i bezpieczeństwa systemu komunikacji publicznej Wrocławia poprzez działania podejmowane przez MPK Sp. z o.o.”**. Zamówienie nie dotyczy więc nabycia pojazdu gotowego, ale dostosowanego do konkretnych potrzeb Zamawiającego. Zamawiający swoje wymagania w tym zakresie określił w pkt 3 SIWZ „Wymagania szczegółowe”. Faktycznie, trafnie dostrzegł Odwołujący, iż Zamawiający nie podał w SIWZ masy, jaką posiadają jego pojazdy, które będą ewentualnie holowane za pomocą sprzętu będącego przedmiotem niniejszego postępowania - niemniej jednak nie miało to znaczenia dla rozstrzygnięcia, skoro Izba uznała, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu w związku

z niezgodnością z treścią SIWZ w zakresie zapewnienia przez zaoferowany pojazd rezerwy ładowności min. 2000 kg na zabudowę oraz osprzęt (wymóg w tym zakresie był bezsporny, nie budził żadnych wątpliwości Odwołującego).

Odwołujący twierdził, że pojazd zaoferowany przez niego spełnia wymagania SIWZ – jednak nie wynikało to w ocenie składu orzekającego z oferty Odwołującego.

Zgodnie z SIWZ należało złożyć m. in. formularz cenowy (zgodny z wzorem załączonym do SIWZ – obejmujący wyłącznie cenę) oraz dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego, tj. wykaz sprzętu z załączeniem odpowiednich kart katalogowych. Odwołujący na stronie 7 i nn. oferty złożył wymagany wykaz – określił w nim następujące parametry: MAN Truck & Bus Ag (nazwa producenta), MAN (marka), TGS41.440 8x8 BB lub ekwiwalent (model) oraz World Power Erkin (nazwa producenta), ER 245.000 L-5 (model). Ponadto załączono szereg dokumentów, m.in. certyfikaty i zestawienie konfiguracji dla TGS 41.440 8x8 BB/L96SLG02 (dokumentacji w odniesieniu do żurawia do oferty nie załączono, więc Zamawiający wezwał do jej uzupełnienia). Zamawiający nie kwestionował dokumentów co do ich rodzaju (nie było to w ogóle przedmiotem sporu), ale po ich analizie uznał, że oferowany pojazd nie spełnia jego wymagań. Na stronie 23 oferty Odwołującego, w ramach zestawienia konfiguracji, producent podaje, iż „wymienione dane techniczne odnoszą się do seryjnego wyposażenia pojazdu (bez uwzględnienia wybranego wyposażenia standardowego)”. Nie było sporne, że pojazd TGS 41.440 8x8 BB może być modyfikowany zgodnie z potrzebami użytkownika: Przystępujący do swojej oferty załączył analogiczne zestawienie konfiguracji, również opisane identyczną wzmianką „wymienione dane techniczne odnoszą się do seryjnego wyposażenia pojazdu (...)”, lecz opatrzył dokumentację zarówno odręczną notatką, że pojazd będzie zmodyfikowany (strona 352 oferty Przystępującego według numeracji dokumentacji postępowania), jak i dalej – zmodyfikowane zestawienie konfiguracyjne pochodzące od producenta.

Wobec powyższego, Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - Zamawiający nie dopuścił się naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ponieważ dokumentacja złożona przez obu wykonawców różniła się w sposób istotny. Nie było potrzeby wzywania Przystępującego do wyjaśnienia rozbieżności co do niektórych parametrów (wbrew twierdzeniom Odwołującego na rozprawie) – inne były podane w standardowym zestawieniu, a inne – w zestawieniu dedykowanym dla postępowania. Różnica wynikała z oczywistego charakteru tych dokumentów i nie było żadnych wątpliwości pojazd o jakich parametrach Przystępujący ofertuje. Tymczasem z oferty Odwołującego z żadnego miejsca nie wynikało, że zamierza on zaoferować Zamawiającemu pojazd inny, niż standardowy. Faktycznie, co do zasady, dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy spełniają wymogi Zamawiającego

podlegają uzupełnieniom i wyjaśnieniom – ale procedura ta nie może prowadzić do zmiany treści oferty. Treść oferty w sensie ścisłym to rodzaj i zakres oferowanego świadczenia – parametry oferowanego pojazdu były przez Odwołującego opisane wyłącznie w zestawieniu konfiguracyjnym, które dotyczyło pojazdu standardowego (co nie było nawet sporne). Okoliczność, że Odwołujący prowadził z producentem rozmowy, być może zakończone sukcesem, o ewentualnej modyfikacji pojazdu – nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia, ponieważ nie znalazły żadnego odzwierciedlenia w ofercie. Gdyby Odwołujący opatrzył załączną przez siebie dokumentację przynajmniej wzmianką, że pojazd standardowy będzie dostosowany do potrzeb Zamawiającego, to nie można wykluczyć, że w takiej sytuacji byłaby podstawa do powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości. Tymczasem z oferty Odwołującego nie wynikało, że zamierza on zaoferować pojazd inny, niż standardowy. Należy zwrócić uwagę, że gdyby Zamawiający nie dostrzegł braków w ofercie Odwołującego i uznał ją za najkorzystniejszą, Odwołujący byłby nią związany – a oferta wskazywała na parametry pojazdu standardowego. W takiej sytuacji Zamawiający otrzymałby świadczenie niezgodne z jego potrzebami wyrażonymi w SIWZ. Powyższe argumenty wskazują na konieczność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych bez zastosowania procedury opisanej w art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych – na podstawie dokumentacji zawartej w ofercie Odwołującego nie było wątpliwości, że zaoferował on pojazd o parametrach niezgodnych z SIWZ.

Okoliczność, że Odwołujący słusznie dostrzegł, iż Zamawiający nie dokonał czynności zgodnie z żądaniem zawartym we wcześniejszy, uwzględnionym w całości odwołaniu i nieścisłość SIWZ co do masy holowanych pojazdów, nie mogą mieć wpływu na rozstrzygnięcie – Izba zgodnie z art. 192 ust. 2 uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi, że stwierdzone naruszenie miało istotny wpływ na wynik postępowania; takiego wpływu nie stwierdzono, skoro oferta Odwołującego została zasadnie odrzucona.

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

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....