

Sygn. akt KIO/UZP 839/09

WYROK
z dnia 16 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Członkowie: Ewa Jankowska
Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się Iveco Magirus Brandschutztechnik GmbH oraz FIRE - MAX Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 224, 02 - 495 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze”, ul. Żwirki i Wigury 1, 00-906 Warszawa** protestu z dnia 8 czerwca 2009 roku.

orzeka:

1 . Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się Iveco Magirus Brandschutztechnik GmbH oraz FIRE - MAX Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 224, 02 - 495 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się Iveco Magirus Brandschutztechnik GmbH oraz FIRE - MAX Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 224, 02 - 495 Warszawa**

- 2) dokonać wpłaty kwoty zł gr (słownie:.....) przez na rzecz, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu

- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,

- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się Iveco Magirus Brandschutztechnik GmbH oraz FIRE - MAX Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 224, 02 - 495 Warszawa**

U z a s a d n i e

Zamawiający - Przedsiębiorstwo Państwowe Porty Lotnicze, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn. dostawa dwóch lotniskowych pojazdów ratowniczo – gaśniczych dla Portu Lotniczego im. F. Chopina w Warszawie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 lutego 2009 roku pod poz. 2009/ S 27 - 039637.

Pismem z dnia 15 maja 2009 roku, Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Iveco Magirus Branschutztechnik GmbH oraz FIRE-MAX Sp. z o.o. jako lider konsorcjum, zostali powiadomieni o wyborze oferty ich oferty jako oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 27 maja 2009 roku, doręczonym Odwołującemu w dniu 29 maja 2009 roku, Zamawiający poinformował o unieważnieniu przedmiotowego postępowania, powołując się na przesłankę art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, z uwagi na fakt, że postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu decyzji, Zamawiający wskazał, że w pkt 20.2 Wymagań operacyjno technicznych dla lotniskowego pojazdu ratowniczo - gaśniczego, stanowiących opis przedmiotu zamówienia błędnie sformułował postanowienie dotyczące wartości minimalnej prędkości pojazdu na łuku drogi. Wartość podana w siwz 35,5 km/h winna być uzyskana przez pojazd na łuku drogi o promieniu 30 metrów, a nie jak podano, na łuku drogi o średnicy 30 metrów. W ocenie Zamawiającego osiągnięcie tego parametru przez oferowany pojazd jest niemożliwe.

W dniu 8 czerwca Odwołujący złożył protest na czynność unieważnienia postępowania, zarzucając naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy pzp. Odwołujący, stwierdził, że zaoferował pojazd spełniający wszystkie wymagane parametry, co udokumentował, składając do oferty szczegółową specyfikację techniczną pojazdów, dokumenty opisujące parametry techniczne oraz oświadczenie o wykonaniu zamówienia zgodnie z siwz. W jego ocenie, nie zaistniała przesłanka do unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, a Zamawiający nie wykazał wady postępowania, która mogłaby prowadzić do nieważności umowy. Okoliczność, że jeden producent nie może spełnić wymogów siwz nie oznacza dyskwalifikacji innych podmiotów i nie może stanowić przesłanki do unieważnienia postępowania.

Pismem z dnia 19 czerwca b.r. , doręczonym Odwołującemu w dniu 22 czerwca 2009 roku, Zamawiający protest oddalił, podtrzymując decyzję o unieważnieniu postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp.

W dniu 23 czerwca 2009 roku Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, którego kopię przekazał tego samego dnia Zamawiającemu.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie decyzji o unieważnieniu postępowania o zamówienie publiczne,
2. dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty tj. podtrzymania decyzji – uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia oraz ofert złożonych w postępowaniu a także po wysłuchaniu stanowisk stron i ich pełnomocników, zgłoszonych do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

W postępowaniu złożono 3 oferty:

1. oferta Josef Lentner GmbH z ceną 9 658 964,48 zł,
2. oferta Konsorcjum Odwołującego z ceną 11 921 010, 40 zł,
3. oferta Albert Ziegler GmbH & Co. KG z ceną 14 530 300, 04 zł.

Zamawiający odrzucił ofertę Albert Ziegler GmbH & Co. KG na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, z uwagi na niespełnienie wymagań określonych dla przedmiotu zamówienia. Wykonawcę Josef Lentner GmbH, Zamawiający wykluczył z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp, z uwagi na niewniesienie wadium.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki z art. 187 ust. 4 ustawy pzp, których uwzględnienie skutkowałoby koniecznością odrzucenia odwołania a Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, bowiem ewentualne uwzględnienie zarzutów w nim zawartych stwarza możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego.

Istota sporu sprowadza się do rozstrzygnięcia czy błędnie podany przez Zamawiającego parametr w pkt 20.2 siwz jest obiektywnie niemożliwy do spełnienia i czy okoliczność ta skutkuje tym, że postępowanie o zamówienie publiczne jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Przesłanki unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne, wymienione enumeratywnie w art. 93 ustawy pzp należy interpretować ściśle. Przepis art. 97 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, który stanowi podstawę unieważnienia przedmiotowego postępowania, może mieć zastosowanie jeśli postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie

ważnej umowy o zamówienie publiczne. Przy czym pomiędzy wadliwością postępowania a nieważnością umowy musi istnieć adekwatny związek przyczynowo - skutkowy.

Wadą musi zostać dotknięte samo postępowanie o zamówienie publiczne i wada ta dodatkowo musi mieć charakter nieusuwalny, wywierający wpływ na umowę.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp należy interpretować w związku z art. 146 ust. 1, który określa wady postępowania powodujące nieważność umowy oraz postanowieniami kodeksu cywilnego.

Bezspornym między stronami jest okoliczność, że w pkt 20.2 załącznika A do siwz „Wymagania operacyjno - techniczne lotniskowego pojazdu ratowniczo - gaśniczego” podano wymóg „prędkość na łuku drogi o (średnicy) \varnothing 30 m min. 35,5 km/h”.

Odwołujący w treści oferty, potwierdził, że spełnia wymagania siwz w całym zakresie. W ocenie Zamawiającego spełnienie błędnie wskazanego parametru jest niemożliwe przez żaden aktualnie produkowany na rynku pojazd.

Oceniając materiał dowodowy złożony na rozprawie przez strony postępowania, Izba uznała, że Zamawiający, na którym spoczywał ciężar udowodnienia, wykazał w sposób nie budzący wątpliwości, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Przy formułowaniu wymagań technicznych oferowanych pojazdów Zamawiający kierował się m.in. normą NFPA 414 (wyciąg w aktach sprawy), która podaje prędkość minimalną po okręgu o promieniu 30 m dla pojazdów o pojemności zbiornika na wodę ≥ 1999 do ≤ 6000 L i > 6000 L – 35, 5 km/h. Zamawiający przyznał, że popełnił błąd w określeniu wymaganych parametrów, podając łuk o średnicy 30 m zamiast łuk o promieniu 30 m.

Przedstawiona opinia z dnia 6 lipca 2009 roku prof. dr hab. inż. Zbigniewa D. stanowi, w ocenie Izby, wiarygodne potwierdzenie, że błędnie podany parametr w postanowieniach siwz co do minimalnej prędkości na łuku drogi (wskazano średnicę 30 m a winno być promień 30 m) jest niemożliwy do osiągnięcia i technicznie nierealny przy jednoczesnym spełnieniu wszystkich innych wymagań podanych w siwz. W opinii stwierdza się, że „konsekwencją próby zmiany promienia na średnicę byłaby konieczność dwukrotnego obniżenia wysokości środka masy pojazdu i dwukrotnego zwiększenia siły tarcia pomiędzy kołem a nawierzchnią drogi”, a zatem osiągnięcie tego parametru nie jest możliwe przy jednoczesnym spełnieniu pozostałych parametrów podanych w siwz.

Oceny stanu faktycznego nie zmienia oświadczenie grupy Fiat Iveco Magirus z dnia 22 maja 2009 roku, złożone do akt sprawy przez Odwołującego. Stanowi ono jedynie potwierdzenie stanowiska Odwołującego, podtrzymuje swoją ofertę i nie może stanowić wiarygodnego

dowodu, bowiem pochodzi od producenta zainteresowanego określonym rozstrzygnięciem sporu. Ponadto z treści złożonego oświadczenia wynika przede wszystkim, że zaproponowany pojazd spełnia wymagania normy NFRA 414, gdzie podano prędkość 35,5 km/h na łuku o promieniu $R = 30$ m a nie łuku o średnicy $\varnothing = 30$ m.

Wobec powyższego, skoro na skutek błędu Zamawiającego, niemożliwym jest jednoczesne spełnienie przez wykonawców wszystkich wymagań technicznych zaoferowanych pojazdów, to należy uznać, że zachodzi okoliczność obiektywnej niemożliwości świadczenia, która winna skutkować unieważnieniem postępowania o zamówienie publiczne w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 387 §1 k.c.

Podpisanie umowy na warunkach określonych w ofercie Odwołującego, w sytuacji gdy obiektywnie nie jest możliwe osiągnięcie wszystkich parametrów technicznych podanych w ofercie byłoby zawarciem umowy o świadczenie niemożliwe i skutkowałoby nieważnością tej umowy na podstawie art. 387 § 1 k.c. Niemożliwość świadczenia, w ocenie Izby, ma w rozpatrywanym przypadku charakter obiektywny, pierwotny oraz nieprzemijający.

Na marginesie należy wskazać, że błąd popełniony przez Zamawiającego w treści postanowień siwz, mógł przyczynić się do zachwiania konkurencji i uniemożliwić udział w postępowaniu wykonawcom, którzy są w stanie zaoferować przedmiot zamówienia spełniający wszystkie poprawnie podane parametry.

W tym miejscu Izba wskazuje, że podstawowym celem prowadzenia postępowania jest doprowadzenie do zawarcia umowy, a Zamawiający winien dochować należytej staranności przy konstruowaniu postanowień siwz i prowadzeniu procedury o zamówienie publiczne, tak aby jego działania nie stanowiły przyczyny do unieważnienia postępowania. Okoliczności faktyczne zaistniałe w danym postępowaniu świadczą o tym, że decyzja o unieważnieniu wynika z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Izba nie uwzględniła zarzutów naruszenia art. 93 ust.1 pkt 7 w zw. z art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*