

Sygn. akt: KIO 2176/19

WYROK
z dnia 12 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2019 r. przez wykonawcę Olympia Med Professional spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Metro Warszawskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Olympia Med Professional spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Olympia Med Professional spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie 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 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Metro Warszawskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa części zamiennych do układu pneumatycznego oraz elektronicznego pojazdów metra typu INSPIRO w podziale na 4 zadania (Numer referencyjny: WP.25.00047.2019.S.P.PAWA).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej poz. 2019/S 084-202361. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 28 października 2019 r. wykonawca Olympia Med Professional spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie w części I postępowania, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania w zakresie zadania numer 1, podczas gdy nie zostały spełnione przesłanki umożliwiające Zamawiającemu unieważnienie postępowania;
- 2) zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania numer 1;
- 3) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Pismem z dnia 18 października 2019 r. Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że jego zdaniem powinien unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 Prawa zamówień publicznych. Zdaniem Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia w zakresie zadania numer 1 pozycja numer 11 może zostać uznany za niejednoznaczny.

W ocenie Odwołującego nie ziszcila się przesłanka unieważnienia postępowania. Odwołujący w odwołaniu omawiał poprzednie postępowania o udzielenie zamówienia prowadzone przez Zamawiającego na podobny przedmiot zamówienia. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający posiada znajomość przedmiotu zamówienia. Dodatkowo podnosił, że wykonawca Siemens Mobility spółka z o.o. (podmiot będący producentem wagonów) złożył wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ pismem z dnia 24 maja 2019 r., które miało następującą treść:

„Prosimy o wyjaśnienie zakresu dostawy w Zadaniu i poz 11.

11	Tablica hamulcowa	Brake Equipment	A2V00002078127	60200 931
	Unit MVAW	90801-102		

Czy Zamawiający jest zainteresowany zakupem kompletnej tablicy hamulcowej (nr prod 90801-102) czy też oddzielnego panelu tablicy bez wyposażenia (nr prod 60200-931)?

Obie w/w części mają w dokumentacji ten sam numer A2V00002078127.

W przypadku braku odpowiedzi na pytanie zostanie zaoferowany oddzielny panelu tablicy hamowania bez wyposażenia (nr prod 60200-931)"

Zamawiający nie udzielił na ten wniosek odpowiedzi (wniosek o wyjaśnienie wpłynął do Zamawiającego później niż koniec dnia, w którym upływała połowa wyznaczonego terminu składania ofert). W protokole z posiedzenia Komisji Przetargowej numer 1 (z dnia 21 czerwca 2019 r.) wskazano, że po 16.05.2019 r. (tj. w dniach 17, 22, 24, 29 i 30 maja 2019 r.) wpłynęło łącznie 5 pism zawierających fakultatywne pytania/wnioski dotyczące treści SIWZ i załączników do SIWZ. W uzgodnieniu z komórką merytoryczną, tj. PT została podjęta decyzja o udzieleniu odpowiedzi na pierwsze pismo, tj. pismo Wykonawcy z dnia 17.05.2019 r. (odpowiedzi udzielono w Piśmie nr 1). W zakresie pozostałych (późniejszych) pytań / wniosków fakultatywnych, PT zarekomendowało nie udzielenie odpowiedzi (w związku z czym odpowiedzi nie udzielono).

Zdaniem Odwołującego, jednoznacznie wskazuje to, że zarówno Komisja Przetargowa, jak i osoby odpowiedzialne za merytoryczną stronę zamówienia, rozważyły treść pytania i podjęły świadomą decyzję o nieudzieleniu odpowiedzi. Z powyższego wyciągał następujące wnioski:

- 1) wykonawca Siemens miał świadomość, że numer katalogowy producenta 60200-931 odpowiada tablicy hamulcowej bez wyposażenia;
- 2) Zamawiający miał świadomość, że numer katalogowy producenta 60200-931 odpowiada tablicy hamulcowej bez wyposażenia;
- 3) Zamawiający w sposób dorozumiany potwierdził, że wymaga zaoferowania tablicy hamulcowej bez wyposażenia. We wniosku o wyjaśnienia treści SIWZ pojawiło się bowiem stwierdzenie, że w przypadku gdy Zamawiający nie udzieli odpowiedzi, to pytający zaoferuje tablicę bez wyposażenia, zgodnie z dotychczasowym brzmieniem SIWZ.

Odwołujący podkreślał, że w przypadku gdy wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ wpłynie do Zamawiającego z przekroczeniem ustawowego terminu, to Zamawiający ma prawo nie udzielić na niego odpowiedzi. Nie oznacza to jednak, że Zamawiający takiej odpowiedzi udzielić nie może. Żaden przepis Zamawiającemu tego nie zakazuje. Podkreślić również należy, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu udzielił odpowiedzi na jedno z pytań, które zostało zadane po terminie.

Odwołujący podnosił, że jeżeli oczekiwaniem Zamawiającego byłoby otrzymanie kompletnej tablicy, to powinien udzielić odpowiedzi na to pytanie. Brak odpowiedzi natomiast należy odczytywać jako kolejne, jednoznaczne potwierdzenie, że przedmiotem zamówienia w zakresie zadania numer 1 pozycja numer 11 jest tablica hamulcowa bez wyposażenia. Potwierdza to również protokół Komisji Przetargowej, gdzie wyraźnie opisane zostało, że Zamawiający rozważył udzielenie odpowiedzi na to pytanie, jednak ostatecznie z tego zrezygnował.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania numer 1;
- 2) dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania numer 1.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego nikt nie zgłosił przystąpienia.

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 – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołania nie można uwzględnić.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu bezpodstawne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 18 grudnia 2019 r. Zamawiający unieważnił postępowanie w części I na podstawie 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych oraz art. 146 ust. 6 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający szeroko opisał podstawy faktyczne unieważnienia postępowania – wskazał, że jeden z wykonawców zaoferował tablicę hamulcową z wyposażeniem, a drugi – bez wyposażenia. Zróżnicowanie to wynikało zdaniem Zamawiającego z niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, co zostało już stwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu orzeczenia sygn. akt KIO 1747/19, które to uzasadnienie Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania obszernie cytował.

Izba z urzędu, jako dowód w sprawie, dopuściła dokumentację postępowania sygn. akt KIO 1747/19. Izba ustaliła, że w tymże postępowaniu Izba rozpatrywała odwołanie, wniesione w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przez tego samego Odwołującego - Olympia Med Professional spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie. Odwołujący w odwołaniu sygn. akt KIO 1747/19 zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Simens. Zdaniem Odwołującego wykonawca ten w pozycji 11 zaoferował produkt niezgodny z treścią SIWZ – tj. zaoferował produkt o numerze katalogowym producenta 90801-102, to znaczy kompletną tablicę hamulcową (wraz z wyposażeniem), podczas gdy według Odwołującego Zamawiający wymagał zaoferowania tablicy hamulcowej bez wyposażenia.

Odnosząc się do tak sformułowanego zarzutu, skład orzekający w postępowaniu sygn. akt KIO 1747/19 ustalił i zważył, co następuje:

„Z treści pytania zadanego 25.04.2019 r. przed upływem terminu składania ofert, na które zamawiający nie udzielił żadnej odpowiedzi, ewidentnie wynika, że wykonawca S (Simens) w takiej sytuacji w ramach poz. 11 zadania nr I zaoferuje sam panel tablicy hamowania bez wyposażenia. Następnie zamawiający w treści pisma z 8.08.2019 r. trafnie zidentyfikował powyższą zależność, domagając się od wykonawcy S wyjaśnień, dlaczego w treści oferty w poz. 11 wskazano numer katalogowy właściwy dla kompletnej tablicy, a nie samego panelu. Z treści odpowiedzi z 12.08.2019 r. wynika, że wykonawca S, odmiennie niż uważał przed złożeniem oferty, ostatecznie uznał, że sama poz. 11 dotyczy kompletnej tablicy hamowania z wyposażeniem. Jak wynika z treści odpowiedzi na odwołanie i rozprawy, zamawiający uznał, że taka treść oferty odpowiada treści opisu przedmiotu zamówienia.

Izba stwierdziła, że opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie należy uznać za mogący być uznany za niejednoznaczny. Z jednej strony, skoro zakresem zadania nr I objęta jest kompletna tablica hamowania z pełnym wyposażeniem, której elementy wyliczono w poz. od 1 do 29, wydawałoby się, że poz. 11 tego zadania dotyczy samego panelu tej

tablicy jako jednego z tych elementów, tak, jak na to wskazuje. Jednak uwzględniając, że w poszczególnych poz. zamawiane są różne ilości elementów, takie mogą być właśnie potrzeby zamawiającego związane ze zużywaniem się tych elementów, a oprócz tego chce mieć dwie zapasowe kompletne tablice hamowania. Jak to trafnie zauważył w swoich wyjaśnieniach wykonawca S, opis funkcjonalny poz. 11 zadania nr I z załącznika nr 1 do Specyfikacji technicznej (*Steruje pracą układu hamulcowego za pomocą sprężonego powietrza*) wskazuje na kompletną tablicę z wyposażeniem, a nie jedynie na jej element w postaci panelu bez wyposażenia. Odmienne niż podany tam dla tej pozycji numer katalogowy producenta. Ze złożonego na rozprawie przez wykonawcę S wyciągu z podręcznika obsługi i napraw „Modułu pneumatycznego z tablicą hamulcową” pociągów Inspiro jego produkcji dostarczonych zamawiającemu, który był podstawą do dokonania opisu przedmiotu zamówienia, wynika bowiem, że moduł pneumatyczny (identyfikowana jako +A01) składa się z ramy, do której zamontowana jest m.in. tablica hamulcowa (identyfikowana jako +A01.A), produkcji DAKO-CZ, a.s., nr katalogowy producenta 90801-102, nr katalogowy Siemens A2V00002078127 [patrz Tabela 2: Lista urządzeń zamontowanych na module pneumatycznym z pkt 1.2.4. Główne podzespoły modułu pneumatycznego (+A01.A) ze str. 21]. Z kolei owa tablica hamulcowa składa się z płyty, do której zamontowane są poszczególne urządzenia, w tym, po pierwsze z tablicy hamulcowej produkcji DAKO-CZ, a.s., nr katalogowy producenta 60200-931, nr katalogowy Siemens A2V00002078127 [patrz Tabela 4: Lista urządzeń zamontowanych na tablicy hamulcowej z pkt 1.2.6. Główne podzespoły tablicy hamulcowej (+A01.A) ze str. 22-23]. Dokładnie taki stan faktyczny został odzwierciedlony w pytaniu zadanym przez wykonawcę S przed złożeniem oferty, na które jednak zamawiający nie udzielił odpowiedzi w ramach wyjaśniania treści SIWZ, a jednocześnie dokument ten był znany jedynie zamawiającemu i wykonawcy S, gdyż nie był elementem dokumentacji udostępnionej wszystkim wykonawcom zainteresowanym ubieganiem się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Skoro opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do poz. 11 zadania nr I może zostać uznany za niejednoznaczny, nie sposób stwierdzić, czy oferta wykonawcy S nie odpowiada temu opisowi w tym zakresie, zwłaszcza że wykonawca S złożył na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp w ramach oceny bezpieczeństwa w zakresie wyceny i oceny ryzyka dokument sprawozdania z oceny zmiany zatytułowany „Zastosowanie tablicy hamulcowej 90801-102 w miejsce tablicy hamulcowej 60200-931”, z którego treści nie wynika, czy w ramach owej zmiany chodziło o ujednoczenie numerów dla tablicy z wyposażeniem czy bez wyposażenia. Zatem nie sposób również na podstawie treści oferty oraz złożonych następnie dokumentów i wyjaśnień stwierdzić, czy treścią oferty dla poz. 11 zadania nr I objęta jest kompletna czy niekompletna tablica.

Z tych powodów w ocenie Izby, zarzut szósty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie może zostać uwzględniony.”

Reasumując, w postępowaniu sygn. akt KIO 1747/19 stwierdzono, że opis przedmiotu zamówienia w odniesieniu do tablicy hamulcowej może być uznany za niejednoznaczny. Konstatacja ta była podstawą z rozstrzygnięcia jednego z zarzutów odwołania.

Izba, rozpatrując odwołanie sygn. akt KIO 2176/19 biorąc pod uwagę dokumentację postępowania i stanowiska Stron, a także przywołany wyżej wyrok sygn. akt KIO 1747/19, zważyła, co następuje.

Co prawda w przepisach dotyczących orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej nie przewidziano rozwiązania analogicznego do opisanego w art. 366 Kodeksu postępowania cywilnego (powagi rzeczy osądzonej), jednak w okolicznościach niniejszej sprawy nie można pominąć, że Izba odniosła się już do zagadnienia jednoznaczności (czy niejednoznaczności) opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Zamawiającego, rozpatrując zarzuty rozstrzygnięte wyrokiem sygn. akt KIO 1747/19. Zamawiający, po wydaniu orzeczenia sygn. akt KIO 1747/19 unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, wskazując na niejednoznaczność przedmiotu zamówienia. Zamawiający kierował się ustaleniami, poczynionymi przez Izbę w uzasadnieniu orzeczenia sygn. akt KIO 1747/19.

Izba, orzekając w niniejszej sprawie, w pełni podzieliła ustalenia i wnioski składu orzekającego w sprawie KIO 1747/19. Pewne niejasności w opisie przedmiotu zamówienia wskazywał również sam Odwołujący w toku rozprawy w sprawie sygn. akt KIO 2176/19, podnosząc, że opis funkcjonalny jest niejednoznaczny – może wskazywać na tablicę zarówno z wyposażeniem, jak i bez. Zdaniem Odwołującego, o rodzaju tablicy przesądza jej numer katalogowy. Jednak potwierdza to co najmniej niejasność pomiędzy mogącym być dwójako rozumianym opisem funkcjonalnym, a numerem katalogowym, podanym w innym miejscu SIWZ. W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, numer katalogowy nie mógł być przesądzający – ponieważ wynikał z omyłki pisarskiej czy innego błędu (Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, nie oparł się bezpośrednio na katalogach producenta, ale na danych podanych przez dotychczasowego dostawcę wagonów). Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że w innych postępowaniach Zamawiający podawał nr katalogowy tablicy hamulcowej prawidłowo, jest irrelevantna dla rozstrzygnięcia – prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia w innych postępowaniach nie wyklucza, że w tym postępowaniu mógł się pojawić błąd.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że Zamawiający, biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, i rozstrzygnięcie w sprawie KIO 1747/19 prawidłowo uznał, że ziszcza się przesłanka do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 Prawa zamówień publicznych.

W ocenie składu orzekającego, niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, który nie pozwala na złożenie porównywalnych ofert, stanowi wystarczającą podstawę do unieważnienia postępowania. Na tym etapie postępowania (po złożeniu ofert) wadliwości tej nie można usunąć.

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych i innych przepisów przywołanych w uzasadnieniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego 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 \(t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.972\)](#).

Przewodniczący:

.....