Sygn. akt: KIO 162/19

WYROK
z dnia 13 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Andrzej Niwicki
Protokolant:Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 11 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2019 r. przez wykonawcę **Rekord Hale Namiotowe Sp. z o.o., ul. Mazowiecka 17, 50-412 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **21 Baza Lotnictwa Taktycznego w Świdwinie, ul. Połczyńska 32, 78-301 Świdwin**

przy udziale wykonawcy **SUMMIT POLSKA S.A., ul. Heweliusza 11/1204, 80-890 Gdańsk** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 162/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Rekord Hale Namiotowe Sp. z o.o. we Wrocławiu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania i:
   2.1 zasądza od **Rekord Hale Namiotowe Sp. z o.o. we Wrocławiu** na rzecz zamawiającego **21 Baza Lotnictwa Taktycznego w Świdwinie** kwotę **4 714 zł 66 gr** (słownie: cztery tysiące siedemset czternaście złotych 66/100) stanowiącą zwrotu poniesionych uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, w tym 3 600 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i 1 112 zł 66 gr z tytułu kosztów stawiennictwa na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Koszalinie.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 162/19
Uzasadnienie

Zamawiający:21 Baza Lotnictwa Taktycznego 78-301 Świdwin, ul. Połczyńska 32 prowadzi od dnia 15.12.2018 r. w trybie przetargu ograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Wynajem namiotów pneumatycznych" - Numer postępowania: ZP/80/2018 V. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE 15.12.2018 pod nr 2018/S 242-553717.

Odwołujący: REKORD HALE NAMIOTOWE Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołanie wobec niezgodnych przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego polegających na:

1. niezgodnym z przepisami dokonaniu w dniu 24.01.2019 r. zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia prowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, dokonanej po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym;

2.naruszeniu w dniu 24.01.2019 r. zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez nieuzasadnione ograniczenie kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, wbrew warunkom określonym w ogłoszeniu o zamówieniu; z naruszeniem obowiązujących przepisów Prawa zamówień publicznych (dalej PZP).

Powyższym czynnościom zarzuca naruszenie:

1.art. 38 ust. 4b ustawy PZP przez jego niezastosowanie przez Zamawiającego i dokonanie po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, niedopuszczalnych - bo prowadzących do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zmian w treści siwz — powyższe naruszenie będzie miało istotny wpływ na wynik postępowania;

2. art. 7 ust. 1 ustawy PZP, przez jego niezastosowanie i świadome ograniczenie (po przekazaniu wykonawcom zaproszenia do składania ofert), kręgu podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie, tj. naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców — co będzie miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia;

3.art. 29 ust, 1 ustawy PZP, przez jego niezastosowanie i nieopisanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich wymagań stawianych przez Zamawiającego i nie wskazanie istotnych okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty — naruszenie będzie miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W oparciu o przedstawione zarzuty odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

Usunięcia zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokonanej w treści wyjaśnień postanowień SIWZ z dnia 24.01.2019 roku doręczonych wykonawcy w tym dniu, a naruszającej wskazane wyżej przepisy PZP.

Wykazując dochowanie terminu do wniesienia odwołania, Odwołujący przywołuje unormowanie art. 182 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 pzp. Informacja o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia niniejszego odwołania (wyjaśnienia treści SIWZ) została Odwołującemu przesłana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w dniu 24.01.2019 r.

Interes Odwołującego wyraża się w- tym, że w przypadku prawidłowego zastosowania przez Zamawiającego przepisów ustawy, nie doszłoby do naruszenia istotnych zasad udzielania zamówień publicznych, mających oczywisty wpływ na wynik postępowania, a Odwołujący mógłby pozyskać zamówienie.

Podnoszone w odwołaniu zarzuty dotyczą prowadzenia postępowania, w sposób oczywiście naruszający przepisy

ustawy PZP, w szczególności poprzez niezgodne z wolą ustawodawcy ograniczenie uczciwiej konkurencji, co w sposób oczywisty będzie miało wpływ na wynik postępowania.

Konsekwencją powyższego będzie ukształtowany wolą Zamawiającego sprzeczny przepisami stan faktyczny, kiedy wykonawca spełniający warunki udziału w postępowaniu i zaproszony do złożenia oferty, zgodnej z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ, w następstwie działań Zamawiającego, nie będzie mógł jej w ogóle złożyć, lub złoży ofertę podlegającą odrzuceniu, jako niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący jest podmiotem dającym gwarancję wykonania wymaganych przez Zamawiającego dostaw w sposób zgodny z jego oczekiwaniami. Podnoszone przez Odwołującego fakty potwierdzające wskazane naruszenia, wskazują wprost na uszczerbek w jego interesie, przez pozbawienie go szans na uzyskanie zamówienia.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazuje, co następuje.

W treści ogłoszenia Zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest najem 2 namiotów wielkogabarytowych, z przeznaczeniem do przechowywania i bieżącej obsługi wojskowych statków powietrznych i ich wyposażenia, w każdych warunkach technicznych. Przedmiot zamówienia wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu obejmuje poniższy zakres świadczeń wykonawców:

-wynajem 2 sztuk namiotów pneumatycznych pochodzących z produkcji po roku 2014 (z zastrzeżeniem, że namioty mogą być używane, ale w pełni sprawne, bez wad i gotowe do użytku),

-montaż namiotów w miejscu wskazanym przez zamawiającego,

-obsługę bieżącą i serwis namiotów,

-monitorowanie parametrów określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w szczególności temperatury i obciążenia wiatrem i śniegiem,

-przeprowadzenie szkolenia dla co najmniej 8 pracowników zamawiającego, w zakresie użytkowania i konserwacji namiotów,

Zamawiający określił również wymagania techniczne zamówienia, jako:

-brama, której wymiary w świetle otwartej bramy muszą wynosić nie mniej niż: szerokość - 20 m, wysokość - 6 m,

-wymiary namiotu - wartości minimalne w świetle najbardziej wystających elementów konstrukcyjnych: szerokość - 20 m, wysokość - 8 m, długość - 28 m,

Zamawiający dookreślił również, iż namiot musi być ogrzewany, podłączony do instalacji elektrycznej, odporny na warunki zewnętrzne (wiatr, śnieg, opady deszczu), musi posiadać system odprowadzania wód opadowych i śniegu.

Nadto, jak opisał to Zamawiający, w skład jednego namiotu winien wchodzić również zestaw niezbędny do użytkowania i eksploatacji namiotu wraz z częściami zamiennymi, a Wykonawca winien dostarczyć wraz z namiotem instrukcje eksploatacji zawierające w szczególności: rysunki namiotu, opis konstrukcji i dane techniczne namiotu oraz szczegółowy opis zasad użytkowania namiotu.

Tożsamy zakres informacji i oczekiwań Zamawiającego, zawiera również informacja dotycząca postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego http://2lblotAvp.mil.pl/pl/17 916.html

Dowód:Informacja dotycząca postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa Ogłoszenie o zamówieniu - akta postępowania ZP/80/2018 - w posiadaniu Zamawiającego

W odpowiedzi na wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, którego termin składania upłynął skutecznie w dniu 15.01.2019 r., Odwołujący został w dniu 17.01.2019 r. zaproszony przez Zamawiającego do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Dowód:Zaproszenie do złożenia oferty z dnia 17.01.2019 r. — przesłany pocztą elektroniczną — kopia w załączeniu, oryginał w aktach postępowania ZP/80/2018 — w posiadaniu Zamawiającego

Powyższe potwierdza, iż w ocenie Zamawiającego, Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zatem jest w stanie zrealizować zamówienie, zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego.

Wraz z zaproszeniem, Zamawiający przesłał również na ręce Odwołującego Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, od której publikacji na stronie internetowej, Zamawiający odstąpił.

W tym miejscu szczególnego podkreślenia wymaga, iż treść Rozdziału 3 SIWZ w całości powiela opis przedmiotu zamówienia, przedstawiony zarówno w treści ogłoszenia o zamówieniu, jak również w informacji o zamówieniu opublikowanej na stronie Zamawiającego.

Dowód:Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 17.01.2019 r. wraz z załącznikami nr 1 i 2 - przesłana pocztą elektroniczną - kopia w załączeniu, oryginał w aktach postępowania ZP/80/2018 — w posiadaniu Zamawiającego

Żaden z przywołanych powyżej dokumentów postępowania, jak również postanowienia § 2 projektu umowy stanowiącego integralny załącznik do SIWZ, a który w sposób jeszcze bardziej szczegółowy precyzował oczekiwania Zamawiającego, w tym również w zakresie konstrukcji namiotu (vide ust. 2 i 3 przywołanego § 2 projektu umowy), nie wykazywał jakichkolwiek ograniczeń dotyczących stosowanych przez wykonawców technologii wspierania konstrukcji zamawianych namiotów pneumatycznych.

Z uwagi na powyższe, wyjaśnienia treści SIWZ doręczone Odwołującemu w dniu 24.01.2019 r., a wskazujące w odpowiedzi na pyt. Nr 1, iż „Zamawiający7 wyklucza, aby konstrukcja namiotu opierała się na elementach

konstrukcyjnych czy usztywniających, innych niż sprężony gaz", stanowi oczywiste ograniczenie w zakresie konstrukcji namiotów, dostarczanych przez potencjalnych wykonawców, co stanowi zmianę opisu przedmiotu zamówienia i jednocześnie przesądza o dokonaniu przez Zamawiającego zmiany treści SIWZ, o charakterze nader istotnym dla prowadzonego postępowania, bo po pierwsze kształtującej na nowo opis przedmiotu zamówienia, w sposób zasadniczo ograniczający dostępność przedmiotu zamówienia, a po drugie ograniczający krąg wykonawców mogących brać udział w prowadzonym postępowaniu, o czym wcześniej Zamawiający nie wspominał.

Wyjaśnienia treści SIWZ (odpowiedzi na pytania), z dnia 24.01.2019 r. — przesłane pocztą elektroniczną — kopia w załączeniu, oryginał w aktach postępowania ZP/80/2018 —w posiadaniu Zamawiającego

W ocenie Odwołującego skuteczne wprowadzenie ww. zmiany do obiegu prawnego wymagałoby również dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, co w świetle art. 38 ust. 4b ustawy PZP, jest na obecnym etapie postępowania czynnością niedopuszczalną. Przywołany przepis stanowi bowiem zastrzeżone przez ustawodawcę dla przetargu ograniczonego i negocjacji z ogłoszeniem, odstępstwo od ogólnej zasady, zezwalającej zamawiającym na dokonanie zmian treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w dowolnym momencie przed upływem terminu składania ofert Powyższa regulacja ma na celu zachowanie wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W powyższych trybach wykonawcy podejmują decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu na podstawie ogłoszenia o zamówieniu. Zmiana ogłoszenia po dokonaniu kwalifikacji wykonawców w oparciu o jego zapisy mogłaby prowadzić do sytuacji zmiany kręgu potencjalnych wykonawców zainteresowanych wykonaniem zamówienia w momencie, w którym nie mogliby oni przystąpić do udziału w postępowaniu (tak uchwała KIO/KD 28/15 z dnia 25.05.2015 t). Jak zauważa Izba w tezie wyroku z dnia 30.04.2013 roku, Zamawiający po dokonaniu oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a więc po „skonsumowaniu" pewnego jego etapu, przeprowadzonego w oparciu o podane w ogłoszeniu o zamówieniu warunki, nie może dokonywać ich zmiany na etapie składania ofert, poprzez inne ustalenie istotnych dla wykonawców kwestii w SIWZ (sygn. akt KIO 871/13).

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. W tym kontekście definiowanie przez Zamawiającego pojęcia „namiotu pneumatycznego" dopiero po przesłaniu wykonawcom siwz i to wyłącznie w odpowiedzi na postawione przez wykonawcę pytanie (które nota bene mogłoby w ogóle nie zostać zadane w postępowaniu), a następnie wprowadzenie tej definicji do siwz, z oczywistych względów ogranicza krąg wykonawców zaproszonych do udziału w postępowaniu, stanowi zatem oczywiste naruszenie zasad wynikających z art. 7 ust. 1 PZP. Dokonany w ten sposób opis przedmiotu zamówienia powoduje, że w przedmiotowym przypadku wyłącznie jeden wykonawca może złożyć zgodną, nim ofertę. Należy bowiem pamiętać, że zarówno treść siwz, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści siwz, tj. jest z nią zgodna. Tym samym, utrzymanie w obrocie prawnym wprowadzonego przez Zamawiającego w drodze wyjaśnień do SIWZ swoistego zawężenia przedmiotu zamówienia, spowoduje zaburzenie poprawności prowadzonego postępowania.

Powyższe stanowisko Odwołującego, koreluje również z ogólną zasadą wynikającą z przepisów PZP, iż ewentualne niejasności treści specyfikacji nie mogą powodować eliminacji z postępowania wykonawcy, który w dobrej wierze zastosował się do postanowień SIWZ, które mogły zostać również zinterpretowane w inny sposób (teza m.in. w KIO 923/18).

Podkreślenia wymaga również fakt, iż Zamawiający wprowadza przedmiotowe ograniczenie w przedmiocie zamówienia bez jakiegokolwiek uzasadnienia, wyjaśniającego wykonawcom przyczynę nagłego obostrzenia w zakresie przedmiotu zamawianych dostaw. Zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, informacji o zamówieniu, postanowieniach SIWZ, ale również w treści wyjaśnień udzielanych na pojawiające się pytania wykonawców, nie wskazano jakiejkolwiek przesłanki, która uzasadniałaby postawienie na obecnym etapie dodatkowego wymagania względem przedmiotu zamówienia.

Abstrahując bowiem od różnic technicznych, tkwiących w możliwych do zastosowania rozwiązaniach należy zauważyć, iż wprawdzie obowiązek zachowania uczciwej konkurencji nie wyłącza uprawnienia zamawiającego do uzyskania świadczenia zgodnego z jego uzasadnionymi oczekiwaniami, jednakże podkreślić należy, że potrzeby te muszą być realne, niezbędne, nie dające się uzyskać w żaden inny sposób. Tym samym nie jest dopuszczalna sytuacja, w której zamawiający ponownie opisuje przedmiot zamówienia, ograniczając w istotny sposób konkurencję, podczas gdy inny niż opisany w SIWZ sposób wykonania tegoż zamówienia pozwoliłby mu uzyskać ten sam efekt, a jednocześnie większa ilość wykonawców uzyskałaby dostęp do zamówienia. W takiej sytuacji bowiem, nie mamy do czynienia z rzeczywiście uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a wyłącznie nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencji polegające na uniemożliwieniu złożenia oferty wykonawcom obiektywnie zdolnym do wykonania zamówienia (tak wyrok KIO 2478/17). Na marginesie Odwołujący wskazuje, iż bacząc na dotychczasowy opis przedmiotu zamówienia, a także ustanowienie ceny, jako jedynego kryterium oceny składanych w postępowaniu ofert, nie wydaje się, aby jakikolwiek z elementów przedmiotu zamówienia był szczególnie istotny dla Zamawiającego.

Jeżeli jednak przyjąć, iż wprowadzana przez Zamawiającego zmiana do SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia posiada racjonalne uzasadnienie, to działania Zamawiającego, wskazują na wadliwe opracowanie opisu przedmiotu zamówienia, tj. nie uwzględniające wszystkich istotnych warunków zamówienia. Zapisy SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia sformułowane w sposób niedookreślony, czy też zapisy niespójne naruszają art 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp, zniechęcają także wykonawców do uczestnictwa w takim przetargu i ubiegania się o zamówienie. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że sporządzanie opisu przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień oraz obowiązków zamawiającego i jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wskazuje na rzeczywiste potrzeby zamawiającego. Zamawiający jest bowiem gospodarzem postępowania i ma prawo, wyznaczając cel, jaki zamierza zrealizować, tak określić przedmiot zamówienia, aby móc go opisać adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując, jednocześnie obiektywizm w formułowaniu opisu swoich potrzeb (tak w wyroku KIO 675/18). Nadto, jak również zauważa Izba, oczywistym jest, że w

opisie przygotowanym przez zamawiającego mogą być zawarte określenia czy zwroty mniej lub bardziej precyzyjne. Definicja takich pojęć winna być jednak dokonywana z uwzględnieniem wiedzy i doświadczenia jakie posiadają wykonawcy uczestniczący w przetargu (KIO 499/18). Powyższa teza KIO w sposób jednoznaczny potwierdza stanowisko Odwołującego, iż przedstawiona przez Zamawiającego w wyjaśnieniach do SIWZ z 24.01.2019 r. definicja „namiotu pneumatycznego", winna była się znajdować w treści opisu przedmiotu zamówienia, zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak również w SIWZ opisującej przedmiot i zakres zamówienia, a także kryteria oceny ofert.

Reasumując, Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem dwóch koronnych zasad, wynikających z przepisów PZP tj.

1.obowiązku opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ofert;

2.zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję;

Mając zatem na względzie przywołaną w niniejszym odwołaniu argumentację, zarówno faktyczną jak i prawną, Odwołujący wnosi jak na petitum odwołania.

Załączniki: dowody wymienione w treści odwołania

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Wskazał, że w ogłoszeniu o zamówieniu w rubryce „krótki opis zamówienia" zawarł informację: „przedmiotem zamówienia jest najem 2 namiotów wielkogabarytowych do przechowywania, bieżącej obsługi wojskowych statków powietrznych i ich wyposażenia, w każdych warunkach technicznych przedmiot zamówienia obejmuje wynajem 2 sztuk namiotów pneumatycznych."

Identyczny opis zamawiający zawarł w informacji dotyczącej postępowania zamieszczonej na stronie internetowej. Jednocześnie, dnia 9 stycznia 2019 r. tj. przed składaniem wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w odpowiedzi na pytania wykonawców zamawiający na swojej stronie internetowej zamieścił przykładowe zdjęcie namiotu pneumatycznego, które miało rozwiać wątpliwości wykonawców co do przedmiotu zamówienia, którego zamawiający oczekuje w postępowaniu.

Odpowiedź na pytanie udzielona 24 stycznia 2019 r. dotyczące konstrukcji pneumatycznej namiotów nie stanowiła zatem zmiany ogłoszenia, o której mowa w art. 38 ust. 4b ustawy pzp.

W odpowiedzi zamawiający wskazał jedynie znaną definicją pneumatyki. Zamawiający nie podziela opinii, że przez przytoczenie definicji zmienił opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający jednocześnie wskazał, że oczekuje namiotów pneumatycznych. Określenie „pneumatyczny" bezsprzecznie wskazuje na rodzaj konstrukcji, powtarzając za encyklopedią PWN: „Pneumatyka – dziedzina nauki i techniki zajmująca się prawami rządzącymi ruchem i stanem ustalonym ściśliwego płynu (gazu, pary, a najczęściej powietrza oraz elementami i układami działającymi dzięki jego ciśnieniu, rozprężliwości".

Definicję pneumatyki powiela słownika języka polskiego PWN: „pneumatyka to dziedzina automatyki mechanicznej obejmująca elementy i układy, które są zasilane energią sprężonego powietrza".

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia nie podawał definicji każdego określenia użytego w wymaganiach, jeżeli jest to słowo jednoznacznie zdefiniowane i w wystarczający sposób rozumienia, tak potocznie, jak w ogólnodostępnych słownikach języka polskiego.

W zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp polegającego na ograniczeniu podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie – zamawiający uznaje zarzut za bezzasadny.

Zamawiający udziela zamówienia w trybie otwartym w formie przetargu ograniczonego zgodnie z art. 131h ust. 1 pzp.

Zamawiający we wszystkich dokumentach użył sformułowania „namiot pneumatyczny", a odwołujący w treści odwołania nie dowiódł, że takie namioty produkowane są tylko przez jednego wykonawcę, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Także zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy pzp. uznał za chybiony.

Zauważył, że wymagając namiotów pneumatycznych nie wpisał w opisie przedmiotu zamówienia, że dopuszcza inne rozwiązania niż pneumatyczne. Wskazał także, że odwołujący nie zadawał pytań ani wniosków w trakcie postępowania, po ogłoszeniu o zamówieniu, jak i po odpowiedzi na pytanie z 9 stycznia 2019 r., kiedy zamawiający zamieścił zdjęcie namiotu pneumatycznego, jak również po odpowiedzi na pytanie z 24 stycznia 2019 r.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania uznając zarzuty odwołania za niezasadne.

Wskazał, że art. 28 ust. 4a pzp ma zastosowanie tylko wówczas, gdy doszło do zmiany treści siwz prowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Na gruncie przedmiotowego postępowania nie zaistniała żadna okoliczność, która by skutkowała obowiązkiem zastosowania przez zamawiającego dyspozycji art. 38 ust. 4a pzp. Zamawiający udzielił jedynie odpowiedzi na pytania zadane w toku postępowania przez jednego z uczestników dokonując uściślenia sposobu rozumienia przedmiotu umowy, a nie jakiejkolwiek jego zmiany.

Jakakolwiek zmiana siwz nie mogła wpłynąć na ograniczenie uprawnień uczestników, gdyż każdy z nich otrzymał treść siwz dopiero na etapie po kwalifikacji oferentów.

Przystępujący ocenia, iż zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie zasadami proporcjonalności i przejrzystości, zaś przedmiot zamówienia opisał w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Przystępujący przypomniał treść opisu przedmiotu zamówienia i stwierdził, że stanowisko zmawiającego, iż wyjaśnienie

treści siwz z dnia 24 stycznia 2019 r. stanowi oczywiste ograniczenie w zakresie konstrukcji namiotów, na zasługuje na uwzględnienie. Zauważa, że zamawiający precyzując oczekiwania techniczne dla przedmiotu zamówienia wyraźnie podkreślił, że konstrukcja namiotów powinna być pneumatyczna. Z definicja określających cechy konstrukcji pneumatycznych wynika, iż namioty pneumatyczne użytkowane są w oparciu o system podtrzymujący ciśnienie w komorach i umożliwiający pompowanie ich sprężonym powietrzem, a zatem nie przewiduje żadnych dodatkowych elementów konstrukcyjnych. Kwestia dokonania oceny merytorycznej cech namiotu pneumatycznego w opisie przedmiotu zamówienia była przedmiotem oceny KIO w wyroku z dnia 6 sierpnia 2015 r. KIO 1558/15. W wyroku wskazano, że pojęcie konstrukcji namiotu pneumatycznego oznacza, że jego cechą jest utrzymywanie namiotu za pomocą powietrza znajdującego się pod ciśnieniem."

Jakkolwiek faktycznie siwz nie zawierała definicji pojęcia namiotu pneumatycznego, to stosownie do definicji w Słowniku Języka Polskiego PWN słowo „pneumatyczny" oznacza „poruszany za pomocą sprężonego powietrza lub wypełniony nim". Namiot pneumatyczny zatem to namiot wypełniony powietrzem, dmuchany. Istotą pneumatyczności jest więc mechanizm ciśnienia powietrza, utrzymującego namiot, a nie metalowa konstrukcja. Elementy metalowe nie wchodzą w zakres definicji pneumatyczności. Skoro więc zamawiający określił namiot jako pneumatyczny, to nie był zobowiązany do wyszczególniania w treści siwz, jakie elementy nie powinny znaleźć się w konstrukcji namiotu. Zamawiający nie musiał więc określać, że w namiocie nie powinny zostać użyte metalowe wsporniki, jak nie musiał określać, że w konstrukcji namiotu nie powinny zostać użyte drewniane belki.

Zdaniem przystępującego, wbrew twierdzeniom odwołującego, odpowiedzi na pytanie datowane 24 stycznia 2019 r. nie stanowią w żadnej mierze wprowadzenia w jakimkolwiek zakresie nowego opisu przedmiotu zamówienia, a jedynie wyjaśnienie opisu zawartego w siwz, i jak wynik z przywołanego wyroku KIO,może być rozumiany tylko w jeden sposób. Zamawiający odpowiadając na pytanie nie zmienił opisu, potwierdził, że przedmiotem umowy ma być najem 2 sztuk namiotów pneumatycznych.

Odwołujący w piśmie procesowym złożonym dnia 9 lutego 2019 r. rozszerzył zakres żądania dodatkowo o nakazanie zamawiającemu unieważnienia wszystkich czynności dokonanych po dacie wniesienia odwołania w przedmiotowej sprawi, jako dokonanych z oczywistym naruszeniem prawa i powtórzenia czynności unieważnionych po usunięciu stwierdzonego naruszenia prawa.

Uzasadniając stanowisko podkreślił, że kluczowe znaczenie w sprawie mają wymagania zamawiającego dotyczące elementów konstrukcyjnych (usztywniających) zamawianych namiotów pneumatycznych, co do których opis przedmiotu zamówienia był ogólny i pobieżny. Wskazał na swoje uczestnictwo w rynku namiotów pneumatycznych oferując namioty o innej niż wymaga tego zamawiający technologii usztywnienia konstrukcji, co wskazuje na wielość rozwiązań technologicznych, które wymagały sprecyzowania zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak również w siwz. Parametry te mają istotny wpływ na krąg wykonawców potencjalnie zainteresowanych udziałem w postępowaniu.

Wskazał na znaczenie prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia i obowiązkach zamawiającego w tym zakresie.

Odwołujący podkreśla, że żaden z dokumentów opisujących przedmiot zamówienia nie zawierał informacji podanej w piśmie z 24.01.2019 r. Jako nie mające znaczenia ocenił także zdjęcie poglądowe „przykładowego namiotu pneumatycznego" przedstawione przez zamawiającego w wyjaśnieniach z 9.01.2019 r. jako dalece nieprecyzyjne i budzące wątpliwości. Wskazuje, że przypomnienie definicji pneumatyki nie ma znaczenia dla sprawy, bowiem definicje te są znane zwłaszcza profesjonalistom, jednakże definicje ta, jak i wyjaśnienia/ odpowiedzi zamawiającego nie konwalidują oczywistej wady sporządzonego opisu przedmiotu zamówienia, tj. braku istotnych dla postępowania informacji, co zapewne usiłował zamawiający naprawić udzielając wyjaśnień w piśmie z dnia 24 stycznia 2019 r.

W tym kontekście odwołujący przypomina zasady udzielania zamówień publicznych i nie kwestionując prawa zamawiającego do nabycia produktu najbardziej spełniającego jego oczekiwania wskazuje na obowiązek zamawiającego przekazywania wykonawcom pełnej wiedzy o zamawianym przedmiocie, w sposób wykluczający jakiekolwiek wątpliwości. Zauważa, że ewentualne niejasności treści specyfikacji nie mogą powodować eliminacji z postępowania wykonawcy, który w dobrej wierze zastosował się do postanowień siwz. Nie może on ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z braku szczegółowego opisania przedmiotu zamówienia. Wskazał na poparcie wyroki KIO.

Podkreślił znaczenie treści ogłoszenia i specyfikacji oraz skutki dokonanej zmiany – modyfikacji siwz z naruszeniem art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy pzp.

W kolejnym piśmie, które wpłynęło do Prezesa KIO dnia 11 lutego 2019 r. przystępujący podtrzymał stanowisko. Stwierdził, że odwołujący nie wskazał, na podstawie jakich przepisów ustawy pzp żąda on unieważnienia czynności dokonanych po dacie wniesienia odwołania oraz ich powtórzenia.

Ponownie stwierdził, że przedmiot zamówienia został oznaczony w sposób jednoznaczny i wystarczający do prawidłowego sporządzenia oferty, zaś zamawiający od samego początku wiedział, jakiego produktu oczekuje w ramach realizacji zamówienia. Podkreślił, że zamówieniem objęta jest dostawa namiotu pneumatycznego, a dla każdego podmiotu działającego profesjonalnie w branży związanej z halami namiotowymi jest jasne, jakie cechy posiada tego typu produkt. Przypomniał jednoznaczną interpretację cech namiotu pneumatycznego w wyroku KIO przytoczonym w przystąpieniu. Określenie „pneumatyczny" uznał za wystarczające dla zrozumienia wymaganej konstrukcji namiotu.

Ponadto stwierdził, że w zakresie namiotów pneumatycznych nie ma wielu rozwiązań technologicznych, gdyż każde rozwiązanie, które wprowadza w namiocie dodatkowe, poza powietrzem, elementy konstrukcyjne, powoduje, iż takie namioty nie są pneumatyczne, a stanowią zupełnie inny rodzaj hali.

W trakcie rozprawy strony przedstawiły stanowiska w sprawie.

Odwołujący podtrzymał stanowisko z dodatkowymi żądaniami co do rozstrzygnięcia. W związku z pismem procesowym Przystępującego zauważył, że potwierdza ono, iż rozumienie pojęcia „namiotu pneumatycznego" może być różnorakie. Podkreślił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, a zatem interes we wniesieniu odwołania. Zauważył, że Zamawiający kontynuował czynności postepowania po wniesieniu odwołania. Stwierdził, że funkcjonujące i przedstawione w toku postępowania definicje dotyczą pojęcia pneumatyki, a nie opisu namiotu pneumatycznego. Zauważył, że powołany w piśmie Przystępującego wyrok KIO 1558/15 dotyczy odmiennego stanu faktycznego.

Zamawiający poparł stanowisko Przystępującego przedstawione w 2 kolejnych pismach. Podniósł brak interesu prawnego po stronie Odwołującego, w tym ewentualnej szkody. Zauważył, że do terminu składania ofert Odwołujący oferty nie złożył. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 stwierdził, że również w orzecznictwie określono, iż Zamawiający nie ma obowiązku formułowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający złożenie oferty przez wszystkich potencjalnych wykonawców działających na rynku, a istotne znaczenie mają potrzeby Zamawiającego. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 29 stwierdził, że w OPZ użył powszechnie zrozumiałych określeń, w szczególności takim jest stwierdzenie „pneumatyczny" i nie było potrzeby przy opisie używania zaprzeczeń np. brak konstrukcji metalowych, drewnianych, plastikowych itp. Opis przez wyłączenia mógłby przy tym prowadzić do szeregu niejasności. Przywołał treść zapytania z 22.01.2019 r. autorstwa Przystępującego i odpowiedzi z 24.01.2019 r., której treść jest przedmiotem zarzutu. Stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia w kolejnych dokumentach nie uległ zmianie. Tym samym nie nastąpiła zmiana treści specyfikacji.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie
i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść postanowień ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz pozostałych dokumentów, w tym w szczególności wyjaśnień udzielonych wykonawcom oraz czynności zamawiającego w okresie po wniesieniu odwołania, biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania i dążeniu do uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, a tym samym legitymację do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania od czynności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegającej na udzieleniu odpowiedzi na pytanie wykonawcy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, która mogła utrudnić lub uniemożliwić wykonawcy złożenie oferty. Oceny tej nie zmienia fakt niezłożenia oferty przez wykonawcę w postępowaniu. Przeciwnie, gdyby odwołujący ofertę złożył, zasadne byłoby twierdzenie, że w istocie nie ma on potrzeby kwestionowania treści opisu przedmiotu zamówienia. Jednocześnie należy przypomnieć, że zamawiający nie uchybił przepisom ustawy kontynuując czynności prowadzonego postępowania, w tym przyjmując oferty w ustalonym uprzednio terminie. Zgodnie z art.183 ust.1 ustawy pzp w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Czynności postępowania poprzedzające zawarcie umowy mogą zatem mogą być prowadzone.

Odnosząc się do zarzutu merytorycznego, skład orzekający ocenia go jako niezasadny.

W ogłoszeniu o zamówieniu w rubryce „krótki opis zamówienia" zamawiający zawarł informację: „przedmiotem zamówienia jest najem 2 namiotów wielkogabarytowych do przechowywania, bieżącej obsługi wojskowych statków powietrznych i ich wyposażenia, w każdych warunkach technicznych przedmiot zamówienia obejmuje wynajem 2 sztuk namiotów pneumatycznych."

Izba stwierdza, że odpowiedź zamawiającego na pytanie udzielona 24 stycznia 2019 r. dotyczące konstrukcji pneumatycznej namiotów, niezależnie od faktu, że stanowiła odpowiedź na pytanie wykonawcy zainteresowanego określonym ustaleniem, nie stanowiła zmiany ogłoszenia, o której mowa w art. 38 ust. 4b ustawy pzp. W odpowiedzi zamawiający wskazał w istocie niesporną definicję pneumatyki. Przytoczenie tej definicji nie stanowiło zmiany opisu przedmiotu zamówienia. Fakt, iż zamawiający oczekuje namiotów pneumatycznych powinien być dla zainteresowanych podmiotów niesporny, jako że wprost określenie to stanowi tytuł przedmiotu zamówienia. Określenie „pneumatyczny" bezsprzecznie wskazuje na rodzaj konstrukcji jako opartej na energii sprężonego powietrza. Wobec braku dodatkowych określeń co do rodzaju /charakteru/ namiotu brak jest podstaw do uznawania za spełniające warunek zamawiającego namiotu o konstrukcjach innych tj. oprócz pneumatycznych uzupełnianych o inne elementy np. metalowe, drewniane lub z tworzyw sztucznych.

Realnie tak określony przedmiot zamówienia może ograniczać dostęp do zamówienia podmiotom nie mogącym go zaoferować, nie oznacza to jednak naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy pzp przez nieuzasadnione ograniczenie podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie, wobec niekwestionowanych uzasadnionych potrzeb zamawiającego.

Zamawiający we wszystkich dokumentach konsekwentnie używał sformułowania „namiot pneumatyczny" i brak jest dowodu, by takie namioty produkowane lub dostarczane tylko przez jednego wykonawcę, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Tym samym zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy pzp należy uznać za niezasadny.

Mając powyższe na względzie, skład orzekający stoi na stanowisku i uznaje, że zamawiający nie dokonał zmiany opisu przedmiotu zamówienia treścią odpowiedzi na pytanie, udzielonej dnia 24 stycznia 2019 r.
W konsekwencji jego czynności wykonane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są zgodne z prawem, nie naruszają zasad konkurencji tj. nie naruszają przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanych w odwołaniu jako uzasadnienie prawne podniesionych zarzutów.

W takim stanie rzeczy, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:……