Sygn. akt KIO 1995/21

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Magdalena Grabarczyk
Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2021 r. przez wykonawcę MOTO-TRUCK Sp. z o.o. w Kielcach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Jemielno w Jemielnie

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „bocar" Sp. z o.o. w Korwinowie zgłaszającego swoje przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Jemielno w Jemielnie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę MOTO-TRUCK Sp. z o.o. w Kielcach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1127) z powodu niezgodności treści oferty tego wykonawcy z warunkami zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Jemielno w Jemielnie i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez MOTO-TRUCK Sp. z o.o. w Kielcach tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od Gminy Jemielno w Jemielnie na rzecz MOTO-TRUCK Sp. z o.o. w Kielcach kwotę 11.100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1127) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:……

Sygn. akt KIO 1995/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Jemielno w Jemielnie – prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako: „ustawa" albo „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na zakup i dostawę średniego samochodu ratowniczo - gaśniczego dla Ochotniczej Straży Pożarnej w Luboszycach. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 00064708. Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp.

29 czerwca 2021 r. wykonawca MOTO-TRUCK Sp. z o. o. w Kielcach wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt. 1 ustawy na skutek bezprawnego odrzucenia oferty odwołującego, pomimo że jej treść odpowiada warunkom zamówienia, gdyż silnik i podwozie pojazdu pochodzi od tego samego producenta.
Odwołujący wniósł o uwzględnienia odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, a następnie powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu złożonych przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „bocar" Sp. z o.o. w Korwinowie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący zachował przesłanki ustawowe i wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

W czasie posiedzenia z udziałem stron przystępujący złożył pismo procesowe, w którym argumentował zasadność czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Wobec stwierdzenia, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba skierowała je na rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt 3.2 Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej jako: „SWZ", zamawiający ustalił, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 3 do SWZ - Minimalne wymagania techniczno-użytkowe dla średniego samochodu ratowniczo-gaśniczego z układem napędowym 4x4 (kategoria 2: uterenowiony) dla jednostki OSP Luboszyce. Pkt 2.1.2 załącznika Nr 3 stanowi: Pojazd fabrycznie nowy, z silnikiem o mocy nie mniejszej niż 210 kW, silnik i podwozie z kabiną pochodzące od tego samego producenta. Zamawiający wymagał podania typu i modelu podwozia oraz producenta podwozia. W odpowiedzi odwołujący złożył ofertę, w której w pkt 2.1.2 wskazał typ i model podwozia: RENAULT MDB3 D. Jako producenta podwozia wskazał RENAULT TRUCKS SAS.

Przystępujący Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „bocar" sp. z o.o. pismem z 11 czerwca 2021 r. złożył do zamawiającego wniosek o odrzucenie oferty odwołującego, uzasadniając to faktem, że w dokumentacji homologacyjnej tj. w Świadectwie Zgodności WE pojazdu niekompletnego marki Renault typ MDB3 D, jako producent podwozia jest wskazana spółka Renault Trucks SAS, natomiast producentem silnika jest Spółka Volvo Powertrain Corporation. Do wniosku o odrzucenie oferty dołączono Świadectwo Zgodności WE.

15 czerwca 2021 r. zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp zwrócił się do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu, z prośbą o wyjaśnienie treści oferty. Zamawiający prosił o przedstawienie świadectwa zgodności UE, w którym „ujęty będzie producent podwozia, jak również producent silnika". Zamawiający wskazał, że powyższe dane potrzebne są dla ustalenia, czy wskazane podwozie spełnia warunki SWZ

określone w pkt 2.1.2 specyfikacji przetargowej. Pismo zamieszczono w portalu przetargowym 16 czerwca 2021 r.

Odwołujący nie odpowiedział na wezwanie. Na rozprawie oświadczył, że informacja o wezwaniu do wyjaśnień trafiła do jego poczty elektronicznej 28 czerwca 2021 r.

28 czerwca 2021 r. zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania. Jako najkorzystniejszą zamawiający wybrał ofertę Przedsiębiorstwa Specjalistycznego „bocar" Sp. z o. o. W tym samym piśmie zamawiający poinformował, że oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że oferta nie spełnia wymogu pochodzenia silnika i podwozia pojazdu od tego samego producenta co producent pojazdu, przez co podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp (jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia).

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Powołanych ustaleń Izba dokonała na podstawie wymienionych pism oraz oferty odwołującego znajdujących się w aktach sprawy.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła dowodu z zeznań świadka. Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie oraz stanowiska stron i uczestnika zaprezentowane na rozprawie są wystarczające do wydania orzeczenia. Przeprowadzenie kolejnego dowodu, zwłaszcza wobec braku sporu co do okoliczności faktycznych, prowadziłoby wyłącznie do zbędnego przedłużenia postępowania (art. 541 Pzp).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą .

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Okoliczności faktyczne w postaci treści SWZ, treści oferty odwołującego oraz toku czynności dokonywanych przez zamawiającego w postępowaniu nie są sporne między stronami. Nie jest również sporny fakt, że marki RENAULT TRUCKS oraz VOLVO TRUCKS należą do koncernu VOLVO.

Odwołanie podlega uwzględnieniu z dwóch przyczyn.

Pierwsza ma charakter formalny i dotyczy podstaw odrzucenia oferty odwołującego wskazanych przez zamawiającego w informacji z 28 czerwca 2021 r. Zamawiający uzasadnił tę czynność wymaganiem, aby silnik i podwozie pojazdu pochodziły od tego samego producenta co producent pojazdu. Wymaganie takie nie zostało zapisane w SWZ, gdyż w pkt 2.1.2. załącznika Nr 3 do SWZ zamawiający wymagał, aby silnik i podwozie z kabiną pochodziły od tego samego producenta. Na potrzeby odrzucenia oferty zostało zatem wykreowane nowe wymaganie, którego nie zawierały dokumenty postępowania. Już z tej przyczyny doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy, co jest wystarczające dla uwzględnienia odwołania. Przypomnieć należy w tym miejscu, że okoliczności faktyczne i prawne wskazane przez zamawiającego w informacji o czynnościach dokonanych w postępowaniu mają znaczenie dla granic, w jakich mogą być rozpoznane środki ochrony prawnej wnoszone wobec tej czynności. Odwołanie jest środkiem ochrony prawnej dotyczącym konkretnej czynności zamawiającego, która została dokonana w danych okolicznościach faktycznych oraz prawnych. Jakkolwiek zasadniczy zarzut odwołania dotyczy wykazania spełniania przez odwołującego wymagania opisanego w pkt 2.1.2 załącznika Nr 3 do SWZ, to w uzasadnieniu odwołania odwołujący kwestionuje czynność odrzucenia jego oferty również z powodu uzasadnienia tej czynności.

Izba zważyła, że powołanie przez zamawiającego fikcyjnych, nieistniejących w SWZ podstaw odrzucenia oferty skutkuje wadliwością czynności odrzucenia. Czynność zamawiającego niezgodna z przepisami ustawy nie powinna być utrzymywana w obrocie prawnym. Nie podzielono w tej mierze poglądu przystępującego, który wskazywał, że to uchybienie zamawiającego nie ma znaczenia w świetle art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, który stanowi, że *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Przywołany przepis zawiera przesłanki konieczne uwzględnienia odwołania. Przesłanki te są spełnione, gdyż wadliwość uzasadnienia czynności zamawiającego oznacza, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy odrzucił ofertę odwołującego, która może zostać uznana za najkorzystniejszą.*

Art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp to następca prawny art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) Oba przepisy regulują ten sam zakres przedmiotowy różniąc się wyłącznie nomenklaturą. Poprzedni przepis stanowił *in initio*, że zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tożsamość obu norm powoduje aktualność myśli orzeczniczej wypracowanej pod rządami poprzedniej ustawy. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli aktualnie warunków zamówienia, to opisane w dokumentach zamówienia wymagania zamawiającego o charakterze merytorycznym dotyczące ilości, jakości, terminu lub innych warunków mających znaczenie dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Jeśli zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, to na nim spoczywa - zgodnie z podstawową zasadą wynikającą z art. 534 ust. 1 Pzp - ciężar dowodu co do zaistnienia przesłanek przywołanego przepisu. To zamawiający bowiem ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny. Zamawiający wywodził w odpowiedzi na odwołanie, że argumentacja odwołującego stanowi nieuprawnioną polemikę z jasnym i konkretnym wymogiem określonym przez zamawiającego w treści SWZ.Idąc za tym twierdzeniem należy przypomnieć, że art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp wymaga jednoznacznego stwierdzenia niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Żeby zaś takie ustalenie było możliwe, treść SWZ w odpowiednim zakresie musi być jednoznaczna. Nie wolno dokonywać negatywnej weryfikacji oferty w zakresie nieostrych, niedookreślonych postanowień specyfikacji, brak jest bowiem wówczas wzorca dla przeprowadzenia oceny i jednoznacznego ustalenia braku zgodności oferty z siwz (por. przykładowo wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z 27 września 2016 r., sygn. akt KIO 1717/16, z 7 października 2016 r. KIO 1771/16, z 2 stycznia 2018 r. KIO 2651/17, z 14 lipca 2015 r. KIO 1399/15, z 31 października 2018 r. sygn. akt KIO 2111/18).

W okolicznościach sporu Izba stwierdziła, że postanowienie pkt 2.1.2 SWZ, będące podstawą odrzucenia oferty

odwołującego, nie jest jednoznaczne. Każdy uczestnik sporu przedstawiał bowiem własną interpretację. Zamawiający powołał definicje Słownika Języka Polskiego PWN i wywodził, że „producent" to „ten, kto wytwarza jakiś towar". Producentem nie może być zatem „koncern", gdyż pod tym pojęciem należy rozumieć „zjednoczenie przedsiębiorstw o odrębnej osobowości prawnej". Stanowisko zamawiającego zmierzało do zdefiniowania podmiotu będącego producentem z jednej strony za pomocą kryterium osobowości prawnej, z drugiej jako marki. Z kolei przystępujący również wskazywał na kryterium osobowości prawnej, jednak zdawał się zmierzać do utożsamienia pojęciem producenta z pojęciem „producenta zamawianego pojazdu". Odwołał się bowiem do *definicji producenta zawartej w Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/858 z dnia 30 maja 2018 r.*w sprawie homologacji i nadzoru rynku pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz układów, komponentów i oddzielnych zespołów technicznych przeznaczonych do tych pojazdów, zmieniającym rozporządzenie (WE) nr 715/2007 i (WE) nr 595/2009 oraz uchylającym dyrektywę 2007/46/WE. A*rt. 3 pkt 40 tego rozporządzenia stanowi, że* „producent" oznacza osobę fizyczną lub prawną, która jest odpowiedzialna za wszystkie aspekty homologacji typu pojazdu, układu, komponentu lub oddzielnego zespołu technicznego, lub indywidualnego dopuszczenia pojazdu lub procedurę uzyskiwania zezwoleń dla części i wyposażenia, za zapewnienie zgodności produkcji oraz za kwestie dotyczące nadzoru rynku w odniesieniu do tych wyprodukowanych pojazdów, układów, komponentów, oddzielnych zespołów technicznych, części i wyposażenia, ***bez względu na to. czy osoba ta bezpośrednio uczestniczy we wszystkich etapach projektowania i budowy tych pojazdów, układów, komponentów lub oddzielnych zespołów technicznych***". Natomiast odwołujący kładł nacisk, z jednej strony, na objęcie pojęciem producenta podmiotów wchodzących w skład danej grupy kapitałowej (producent jako nazwa grupy), z drugiej strony, akcentował rzeczywiste miejsce produkcji, pochodzenie wymaganych przez zamawiającego części pojazdu. Ze stanowiska odwołującego należy wywieść, że koncern Volvo Group powinin być uznany za producenta pojazdów ciężarowych, niezależnie od tego, czy są to pojazdy marki RENAULT TRUCKS, czy VOLVO TRUCKS. Wywodził, że części do pojazdów sprzedawanych pod marką Volvo lub Renault produkowane są w tych samych fabrykach (dowody: pisemne oświadczenia załączone do odwołania oraz złożone na rozprawie).

W tym stanie rzeczy Izba zważyła, że skoro strony i uczestnik postępowania będący profesjonalnymi uczestnikami rynku zamawianych pojazdów różnią się co do rozumienia pojęcia „producent", pojęcie to należy wykładać szeroko. Niejasność postanowień SWZ, za którą odpowiada zamawiający, nie może bowiem przemawiać na niekorzyść wykonawców. W konsekwencji, z braku jasnego wskazania przez zamawiającego, co należy rozumieć pod pojęciem „producent", pojęcie to nie powinno być zawężane wyłącznie do oznaczenia marki lub definiowane za pomocą podmiotowości prawnej. Przeciwna interpretacja nie znajduje dostatecznego oparcia w dokumentacji postępowania. Czynność odrzucenia oferty odwołującego okazała się w konsekwencji wadliwa materialnie, dokonana z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zamawiający twierdził, że pkt 2.1.2 załącznika nr 3 do SWZ ma na celu uzyskanie „pojazdu jednorodnego", nie będącego „składakiem". Nie wskazał jednak w żaden sposób, że pojazd taki jest bardziej użyteczny, ma lepsze parametry, niż pojazd, którego silnik i podwozie wraz z kabiną miałyby pochodzić od różnych „producentów". Izba uznała zatem, że warunek sformułowany przez zamawiającego w pkt 2.1.2 załącznika nr 3 do SWZ jest nie tylko niejednoznaczny, ale ma cechy wymagania formalnego, które może przyczyniać się do ograniczenia konkurencji w postępowaniu.

Nie można też pominąć, że art. 106 ust. 1 zdanie drugie Pzp stanowi, że zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Oczekiwanie zamawiającego złożenia przez wykonawców świadectwa zgodności UE, którego nie wymagał ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w SWZ, a następnieopieranie ocen ofert o ten dokument nie odpowiada prawu. Należy zgodzić się z tezą, że zamawiający przy badaniu i ocenie ofert powinien korzystać z posiadanej przez siebie wiedzy, jednak w okolicznościach sporu teza, że zamawiający wiedzę taką rzeczywiście posiadał, nie jest godna wiary.

Odrzucenie oferty na podstawie wymagania SWZ podlegającego rozbieżnej interpretacji, w oparciu o dokumenty, których złożenia zamawiający nie wymagał w SWZ, prowadzi do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności zasady przejrzystości. Zasada ta nakłada bowiem na zamawiającego obowiązek dokonywania czynności w postępowaniu na podstawie ustalonych przez siebie wymagań. Wymagania opisane przez zamawiającego w SWZ decydują o tym, czy dany wykonawca zdecyduje się na udział w danym postępowaniu. Nie mogą być zatem zmieniane po złożeniu ofert.

Izba zgodziła się z odwołującym, że sam fakt braku odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień z 15 czerwca 2021 r. nie uzasadnia odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Milczenie wykonawcy skutkuje odrzucenie oferty wyłącznie wtedy, gdy zamawiający wzywa do wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Natomiast ustawa nie przewiduje takich konsekwencji, w sytuacji gdy zamawiający bada treść oferty.

Skoro oferty zamawiający dokonał odrzucenia oferty odwołującego z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, również czynność wyboru najkorzystniejszej oferty została dokonana przez zamawiającego niezgodnie z ustawą.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 574 Pzp uwzględniając wynikającą z art. 575 Pzp zasadę ponoszenia kosztów stosownie do odpowiedzialności za wynik postępowania. W rozpoznawanej sprawie stroną odpowiedzialną w całości za wynik postępowania był zamawiający. Uwzględniono koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł stosownie do § 7 ust. 1 pkt 1 oraz § 5 pkt 2 lit. b) rozporządzenie 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).

Przewodnicząca:.....