

WYROK

Warszawa, dnia 17 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2024 r. przez wykonawcę **M.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Trans-Mak M.K.” z siedzibą w Pabianicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania – Łódź Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **Intercars Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Odwołującego** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy)** uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.**

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt KIO 2204/24

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania – Łódź Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Sukcesywne dostawy części eksploatacyjnych do pojazdów* w podziale na części. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 kwietnia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00290023/01.

W dniu 24 czerwca 2024 r. wykonawca M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Trans-Mak M.K.” z siedzibą w Pabianicach, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie w zakresie części numer 3, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 255 pkt 6 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części numer 3, podczas gdy postępowanie nie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Inter Cars Spółka Akcyjna w zakresie części numer 3, podczas gdy treść oferty wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części numer 3; powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie części numer 3, w tym odrzucenia oferty wykonawcy Inter Cars Spółka Akcyjna.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Intercars Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Przystępujący”.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołania, wnosząc o oddalenie odwołania. Pisma procesowe złożył też Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania dokumentację postępowania, w szczególności: protokół postępowania, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia, oferty wykonawców, informację o unieważnieniu postępowania. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, pismach procesowych Odwołującego oraz Przystępującego wraz ze złożonymi dowodami, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 12 lipca 2024 r.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanych przez Przystępującego dowodów dotyczących wykazywania niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia. Izba uznała, że ww. dowody są nieprzydatne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Dotyczą bowiem danych, które nie są przedmiotem oceny w toku niniejszego postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie podlegało oddaleniu.

Izba uznała, że niezasadny jest zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części numer 3, podczas gdy postępowanie nie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia są sukcesywne dostawy części eksploatacyjnych do pojazdów.

Zgodnie z pkt 18.1.1 specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, *W niniejszym postępowaniu do upływu terminu składania ofert Wykonawcy obowiązani są złożyć Ofertę na którą składają się: a) Formularz Oferty, którego wzór stanowi Załącznik nr 1 do SWZ. b) Formularz Cenowy, którego wzór stanowi Załącznik nr 2 do SWZ.*

W Formularzu cenowym (Załącznik nr 2 do SWZ) w części nr 3 (RENAULT PREMIUM 24 CPD) w poz. 2 Zamawiający wskazał, iż wymaga OBEJMA STABILIZATORA / PRZÓD.

W postępowaniu w zakresie części nr 3 wpłynęły dwie oferty:

1. Odwołującego, który w ww. pozycji zaoferował część FEBI o nr FE27452,
2. Przystępującego, który w ww. pozycji zaoferował część OE RVI o nr 5010557714.

Zamawiający pismem z dnia 3 czerwca 2024 r. dokonał wyboru oferty wykonawcy Inter Cars Spółka Akcyjna jako najkorzystniejszej.

Na powyższą czynność w dniu 10 czerwca 2024 r. Odwołujący wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w zakresie części numer 3, podczas gdy treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W dniu 17 czerwca 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części numer 3 (postanowieniem z dnia 20 czerwca 2024 r., sygn. akt KIO 2031/24, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, którego dalsze prowadzenie stało się zbędne), wskazując, że:

Podstawa prawna: art. 255 pkt. 6) ustawy Prawo zamówień publicznych - Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uzasadnienie faktyczne: Zamawiający w Formularzu cenowym (Załącznik nr 2 do SWZ) w części nr 3 (RENAULT PREMIUM 24 CPD) w poz. 26. wskazał, iż wymaga OBEJMA STABILIZATORA / PRZÓD. W postępowaniu w zakresie części nr 3 wpłynęły 2 oferty. Firma TRANS-MAK MACIEJ KRET w ww. pozycji zaoferował część FEBI o nr FE27452 Gumowa tuleja/obejma drążka stabilizatora przód, natomiast INTER CARS S.A zaoferował OE RVI o nr 5010557714 Metalowy uchwyt drążka stabilizatora przód. Skutkiem tego, iż zamawiający opisał przedmiot zamówienia we wskazanej pozycji asortymentowej w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny oraz z pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, każdy Wykonawca w niniejszej pozycji zaoferował inną część. Oznacza to, że złożone oferty są nieporównywalne, a postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie

niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący podnosił, że postępowanie nie jest obarczone wadą. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający jasno precyzyjnie i wprost wskazał, że wymaga produktu - OBEJMA STABILIZATORA / PRZÓD. Jest to określenie precyzyjne nie budzące żadnych wątpliwości. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, nie można uznać, że wada, której nie ma, jest niemożliwa do usunięcia. Ponadto, nawet gdyby z ostrożności procesowej uznać, że wada zaistniała, to i tak nie uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z powyższym nie sposób się zgodzić.

W związku z ustaleniem, że Zamawiający dokonał otwarcia ofert, Izba uznała, że prawidłowo unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Spełnione zostały bowiem wszystkie przesłanki uprawniające do zastosowania tego przepisu. Stwierdzić należy, że w postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania). Wada ta polega na tym, że Zamawiający w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny opisał pozycję formularza cenowego, co nie pozwala na weryfikację i porównanie złożonych ofert, bowiem nie wskazuje o jaki konkretnie produkt chodzi.

Zamawiający wykazał, że zaoferowana przez Odwołującego część producenta FEBI o numerze FE 27452 jest nazywana różnie, tj. obejma gumowa drążka lub tulejka lub tuleja łożyska stabilizator lub łożysko stabilizatora. Natomiast zaoferowana przez Przystępującego część OE RVI o numerze 5010557714 jest nazywana wspornik stabilizatora lub obejma stabilizatora. Na dowód powyższych twierdzeń Zamawiający przedłożył wydruki ze stron internetowych potwierdzające, że części o konkretnym numerze są nazywane w różny sposób. Reasumując, Odwołujący oraz Przystępujący zaoferowali w złożonych ofertach dwie różne części, które nazywane są w powszechnym obrocie tak samo, tj. obejma stabilizatora.

Zgodzić się więc należy z Zamawiającym, że sformułowanie *Obejma Stabilizatora/Przód* użyte w formularzu cenowym nie identyfikowało w sposób precyzyjny asortymentu wymaganego przez Zamawiającego, co spowodowało, iż wykonawcy zaoferowali dwa różne produkty. Dodatkowym potwierdzeniem słuszności stanowiska Zamawiającego jest fragment z elektronicznego katalogu części RENAULT, w którym zaoferowane przez wykonawców pozycje są opisane jeszcze inaczej, tzn. pozycja zaoferowana przez Odwołującego to nr 6 – Tuleja Gumowa, a pozycja zaoferowana przez Przystępującego to nr 5 – Łożysko.

Nie ulega również wątpliwości, że naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia, gdyż na tym etapie postępowania, kiedy zostały złożone oferty i dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty, który następnie unieważniono, nie można dokonać zmiany postanowień SWZ, w których doprecyzowany zostanie opis formularza cenowego w zakresie pozycji nr 26 w części nr 3 (RENAULT PREMIUM 24 CPD).

Izba dostrzega, że przepisy obecnie obowiązującej ustawy Pzp nie zawierają odpowiednika art. 146 ust. 6 poprzednio obowiązującej ustawy Pzp, który stanowił, że Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Niemniej w sytuacji, kiedy oferty w postępowaniu zostały już otwarte, a dochodzi do błędu mającego wpływ na wynik postępowania, w sposób opisany przez Zamawiającego w informacji z 17 czerwca 2024 r., stanowi on wadę postępowania, a skoro nie jest możliwa zmiana w treści dokumentów zamówienia jedynym rozwiązaniem jest unieważnienie postępowania. Kontynuowanie postępowania prowadziłoby natomiast do tego, że naruszenie ustawy na jego wcześniejszym etapie miałoby wpływ na wynik tego postępowania.

Należy też stwierdzić, że owa wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Nieważność taka może zostać stwierdzona zarówno w oparciu o art. 58 kodeksu cywilnego, w trybie art. 189 kodeksu postępowania cywilnego, jak i w oparciu o możliwość przewidzianą w art. 70⁵ kodeksu cywilnego. Jednocześnie nie stoi na przeszkodzie stwierdzenia nieważności umowy w oparciu o ww. przepisy, brak wystąpienia przesłanek zawartych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp w przedmiotowym przypadku. Jak zauważono w Komentarzu do PZP wydanym w 2021 r., pod. red. Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych H. Nowaka (strony 1230-1231) *enumeratywne wyliczenie wad powodujących nieważność względną umowy (wzruszalność) w art. 457 ust. 1 oraz art. 458 Pzp nie wyklucza natomiast możliwości zaistnienia wad czynności prawnej, powodujących nieważność bezwzględną, w szczególności w świetle art. 58 Kc. Powództwo przewidziane w art. 189 Kpc można wnosić w każdym przypadku, w którym zachodzi nieważność bezwzględna umowy w sprawie zamówienia publicznego. (...) Pojęcie aukcji albo przetargu, o którym mowa w art. 70⁵ kodeksu cywilnego, należy przy tym definiować niezależnie, na podstawie ogólnych uregulowań Kodeksu cywilnego. Te ostatnie nie wskazują szczególnych rozwiązań proceduralnych, a wynika z nich jedynie, że*

aukcja lub przetarg to postępowania otwarte, konkurencyjne, poprzedzone ogłoszeniem. Mając to na uwadze, należy wskazać, że dyspozycja art. 70⁵ kodeksu cywilnego znajdzie zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych zawartych w wyniku jakiegokolwiek postępowania otwartego (poprzedzonego ogłoszeniem) prowadzonego w oparciu o przepisy ustawy Pzp.

Jednocześnie, jak już wyżej wskazano, dokonanie otwarcia ofert przez Zamawiającego, powoduje, że niemożliwe jest zmodyfikowanie specyfikacji warunków zamówienia w zakresie ww. parametru formularza cenowego, zatem zachodzi konieczność unieważnienia niniejszego postępowania.

W konsekwencji powyższej argumentacji zarzut z odwołania nie zasługiwał na uwzględnienie. Kwestionowana czynność Zamawiającego była zatem zgodna z przepisami ustawy Pzp i ich nie naruszyła.

Skoro Zamawiający był uprawniony do unieważnienia niniejszego postępowania, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to nie dopuścił się naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż nie był zobowiązany do badania i oceny ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia 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:.....