

Sygn. akt KIO/UZP 415/10

WYROK
z dnia 8 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

**Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Emil Kawa**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez **SCANIA POLSKA S.A., al. Katowicka 316, Stara Wieś, 05-830 Nadarzyn** w dniu 16 marca 2010 r. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym są **Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o., ul. Włóściańska 52, 01-710 Warszawa**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Miejskim Zakładom Autobusowym Sp. z o.o., ul. Włóściańska 52, 01-710 Warszawa dokonanie zmiany § 10 ust. 3 pkt 3.2 umowy serwisowej – załącznika Nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez nadanie zdaniu trzeciemu brzmienia: „zamawiający zastrzega sobie prawo do użytkowania ww. wyposażenia, po zakończeniu się okresu obowiązywania niniejszej umowy serwisowej wg ustalonego osobno tytułu użytkowania, cen oraz warunków płatności”;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o., ul. Włóściańska 52, 01-710 Warszawa i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **SCANIA POLSKA S.A., al. Katowicka 316, Stara Wieś, 05-830 Nadarzyn**;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o.o., ul. Włociańska 52, 01-710 Warszawa** na rzecz **SCANIA POLSKA S.A., al. Katowicka 316, Stara Wieś, 05-830 Nadarzyn** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczonego przez **SCANIA POLSKA S.A., al. Katowicka 316, Stara Wieś, 05-830 Nadarzyn** oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SCANIA POLSKA S.A., al. Katowicka 316, Stara Wieś, 05-830 Nadarzyn**.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze 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:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Zakłady Autobusowe Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie - prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą”, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego, którego przedmiotem jest dostawa 70 sztuk fabrycznie nowych autobusów miejskich, przegubowych w formie leasingu operacyjnego.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, pod numerem 2010/S 46 - 068276 6 marca 2010 r. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, zwana dalej: „siwz” dostępna jest na stronie internetowej zamawiającego 8 marca 2010 r.

Wobec treści siwz SCANIA POLSKA S. A. z siedzibą w Starej Wsi, gm. Nadarzyn, 16 marca 2010 r. wniosła w formie pisemnej odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający otrzymał kopię odwołania 16 marca 2010 r. za pośrednictwem faksu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy, przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z:

- 1) dokonaniem opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający realizację umowy, a tym samym utrudniający dostęp do zamówienia i naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ze wskazaniem pochodzenia przedmiotu zamówienia, oraz sformułowaniem kryteriów oceny ofert oraz sposobu oceny ofert w sposób, który preferuje jednego z producentów autobusów i utrudnia uczciwą konkurencję oraz dostęp do przedmiotowego zamówienia;
- 2) wyznaczeniem zbyt krótkiego terminu dostawy w sposób uniemożliwiający realizację umowy, a tym samym utrudniający dostęp do zamówienia i naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem preferuje dostawę „autobusów z placu”, oraz sformułowaniem kryteriów oceny ofert oraz sposobu oceny ofert w sposób, który preferuje dostawę autobusów już wyprodukowanych i utrudnia uczciwą

konkurencję oraz dostęp do przedmiotowego zamówienia;

- 3) żądaniem świadectwa homologacji już na etapie składania ofert, a nie przed podpisaniem umowy, co utrudnia uczciwą konkurencję oraz dostęp do zamówienia, bowiem preferuje dostawę autobusów już funkcjonujących na rynku polskim;

2. art. 7 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3) ustawy przez określenie warunków serwisowych w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, bowiem m. in. preferuje wykonawców, którzy posiadają, nie zaś dysponują odpowiednim potencjałem technicznym;

Wskazując na spełnienie przesłanki zawartej w art. 179 ust. 1 ustawy, odwołujący wniosk o uwzględnienie odwołania oraz o:

1) modyfikację opisu parametrów silnika, w sposób który uwzględniałby również silnik 5-cylindrowy, na podstawie art. 29 ust.1 z poszanowaniem art. 7 ust.1 oraz 29 ust 2 ustawy;

2) wykreślenie kryterium dotyczącego parametrów silnika odnoszących się do mocy i pojemności, względnie pozostawienie kryterium dotyczącego parametrów silnika, jednakże z uwzględnieniem parametrów i współczynników istotnych, takich jak: maksymalny moment obrotowy 1300 Nm, moc minimum 200 kW uzyskiwana w zakresie poniżej 2000 obr./min., na podstawie art. 29 ust 1, z poszanowaniem art. 7 ust.1 oraz 29 ust 2;

3) wydłużenie terminu dostawy przedmiotu zamówienia z 16 do 26 tygodni od podpisania umowy, przy czym zakończenie dostawy nastąpiłoby najpóźniej do ostatniego dnia 33 tygodnia, liczonego od dnia podpisania umowy, na podstawie art. 29 ust.1 z poszanowaniem art. 7 ust.1 oraz 29 ust 2 ustawy;

4) wykreślenie kryterium dotyczącego terminu dostawy, względnie punktowania kryterium z uwzględnieniem terminu pierwszej dostawy, zaproponowanym j. w., na podstawie art. 29 ust.1 z poszanowaniem art. 7 ust.1 oraz 29 ust 2 ustawy,

5) zmianę zapisu dotyczącego żądania świadectwa homologacji w zakresie etapu postępowania, w którą dokument ten miałby być zamawiającemu przedkładany, tj żądania go od wykonawców na etapie przed 1-wszą turą dostaw, nie zaś na etapie składania ofert na podstawie art. 29 ust. 1 z poszanowaniem art. 7 ust. 1 oraz 29 ust 2 ustawy,

6) zmianę warunków umowy serwisowej w § 10 ust. 3 pkt 3.2. w zakresie doprowadzenia przedmiotowego zapisu do zgodności z przepisem art. 22 ust. 1 pkt 3) ustawy, a w konsekwencji do wykreślenia zapisu dotyczącego zastrzeżenia odkupienia urządzeń, o których mowa w paragrafie j. w. po zakończeniu trwania umowy serwisowej, ewentualnie z zastrzeżeniem umożliwienia odpłatnego używania tych urządzeń na warunkach ustalonych odrębnie.

Zamawiający wniosk do Prezesa Izby odpowiedź na odwołanie, w której wskazał na fakt częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania oraz dokonania zmian siwz zgodnie z odpowiednimi żądaniem odwołania.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W Załączniku nr 1.1 do siwz zamawiający zawarł szczegółowe wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia. W pkt IV.- Wymagania dotyczące kompletacji autobusów - zamieścił m. in. następujące wymagania dotyczące parametrów silnika:

- 6-cylindrowy, 4-suwowy, o zapłonie samoczynnym, z turbodoładowaniem i chłodzeniem powietrza doładowanego, z bezpośrednim wtryskiem paliwa,
- o pojemności 7,0 + 12,0 dm³,
- moc silnika: 200,0 + 260,0 kW, maksymalny moment: min. 1200 Nm.

W rozdziale 13 siwz - Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert - zamawiający ustalił jako kryterium nr 5 parametry silnika - przyznając mu znaczenie 2 %, ustalając szczegółowy sposób punktacji, w ten sposób, że za spełnienie parametru minimalnego wykonawca nie otrzyma punktów.

W Rozdziale 4 siwz - Termin wykonania zamówienia - zamawiający wskazał, że:

1. Przekazanie Przedmiotu Leasingu nastąpi w 7 (siedmiu) partiach następujących w kolejno występujących po sobie tygodniach, każda partia zawierająca po 10 autobusów, stosownie do harmonogramu dostaw, zawartego w Formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 5 do siwz.

Przekazanie całości Przedmiotu Leasingu nastąpi nie później niż do ostatniego dnia 23 tygodnia liczonego od dnia zawarcia umowy, tj. dostawa pierwszej partii nastąpi najpóźniej w 16 tygodniu liczonym od dnia zawarcia umowy z wykonawcą.

2. Termin dostarczenia pierwszej partii autobusów, o którym mowa w niniejszym rozdziale będzie dodatkowo punktowany przy ocenie ofert, zgodnie z rozdziałem 13, pkt. 2.5. siwz.

Zgodnie z Rozdziałem 13 siwz, termin dostawy został ustalony jako kryterium oceny ofert nr 4 z wagą 8 %, w brzmieniu:

d) kryterium - termin dostawy:

Ocenie podlega termin dostawy, rozumiany jako termin dostarczenia pierwszej partii autobusów stanowiących przedmiot zamówienia. Poszczególne oferty odpowiednio do przedstawionego w ofercie terminu dostawy, otrzymają liczbę punktów przyznaną wg tabeli.

W tabeli zamawiający przewidział termin realizacji od 10 do 16 tygodni od daty podpisania umowy, przy czym za zaoferowanie terminu 16 tygodni nie przewidział punktów, a za zaoferowanie terminu 10 tygodni przewidział 8 punktów.

Zamawiający ustalił łącznie 8 kryteriów oceny ofert.

W Rozdziale 6 pkt 2.18 siwz oraz w Załączniku nr 1.1 do siwz zamawiający wymaga, aby świadectwo homologacji zostało złożone wraz z ofertą.

W Załączniku nr 6 do siwz umowie serwisowej w § 10 pkt 3.2. zamawiający postanowił:

„3.2. WYKONAWCA wyposaży, na swój koszt, na okres obowiązywania niniejszej umowy serwisowej, jedno stanowisko w ASO ZAMAWIAJĄCEGO w niezbędne do wykonania obsługi technicznych i napraw specjalistyczne testery diagnostyczne lub specjalistyczne oprogramowanie i interfejsy instalowane do warsztatowych komputerów przenośnych PC oraz komputery przenośne. Wyposażenie to, stanowiące własność WYKONAWCY, będzie aktualizowane przez WYKONAWCĘ również w ramach kwoty wynagrodzenia wynikającej z umowy leasingu, o czym mowa w ust. 3, odpowiednio do wprowadzanych przez WYKONAWCĘ nowych rozwiązań technicznych. ZAMAWIAJĄCY zastrzega sobie prawo do odkupienia ww. wyposażenia, po zakończeniu się okresu obowiązywania niniejszej umowy serwisowej, wg ustalonych osobno cen oraz warunków płatności.”

Po wniesieniu odwołania zamawiający dokonał modyfikacji siwz, zgodnie z żądaniem odwołania zawartym w pkt 1 i 5, w pkt 6 dopuścił wprawdzie możliwość dysponowania na etapie składania ofert sprzętem diagnostycznym, pozostawiając jednak bez zmian zwarte w § 10 pkt 3.2 umowy serwisowej wymaganie dotyczące odkupu sprzętu.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie okazanych na rozprawie oryginałów siwz oraz pisma zamawiającego z 2 kwietnia 2010 r.

Izba zważyła, co następuje:

Z uwagi na datę wszczęcia postępowania, Izba rozpoznała odwołanie na podstawie przepisów ustawy w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy, gdyż ma interes w uzyskaniu danego zamówienia, a zarzucane zamawiającemu naruszenia uniemożliwiają mu udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Uniemożliwienie udziału w postępowaniu powoduje powstanie po stronie odwołującego szkody – utraty spodziewanej korzyści w postaci uzyskania zamówienia. Oceny powyższej Izba dokonała przed zbadaniem zarzutów odwołania, uznając, że *de lege lata*, tak jak w poprzednim stanie prawnym, zadośćuczynienie wymaganiom art. 179 ust. 1 ustawy warunkuje zaistnienie materialno prawnej przesłanki umożliwiającej merytoryczne rozpoznanie zarzutów odwołania.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, mimo że część podnoszonych zarzutów znalazła potwierdzenie.

W pierwszym rzędzie należało się odnieść do dopuszczalności dokonania żądanych przez odwołującego zmian w siwz przed rozstrzygnięciem odwołania przez Izbę oraz znaczenia dokonanej zmiany dla postępowania odwoławczego.

Stwierdzić należy, że ustawodawca znosząc instytucję protestu, uchylił również art. 183 ust. 3 ustawy wskazujący moment, w którym zamawiający powtarza oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej. Przywołany przepis stanowił, że czynności tych zamawiający dokonuje niezwłocznie w przypadku uwzględnienia protestu lub po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu – jeżeli, co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań, nie zostało uwzględnione.

W obecnym stanie prawnym art. 186 ustawy nakazuje zamawiającemu wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, jedynie w przypadku uwzględnienia w całości zarzutów, w odpowiedzi na odwołanie, z zastrzeżeniem, wynikającym z art. 186 ust. 3 ustawy, braku sprzeciwu uczestnika postępowania odwoławczego, który zgłosił przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego, wobec dokonania przez zamawiającego uwzględnienia zarzutów. Dokonanie czynności przez zamawiającego poprzedza umorzenie postępowania odwoławczego przez Izbę.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie nakazuje *de lege lata zamawiającemu* powstrzymania się z dokonaniem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia w razie uwzględnienia części zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zamawiający zatem, po ocenie związanego z tym ryzyka, może kontynuować postępowanie, z ograniczeniem wynikającym jedynie z art. 183 ust. 1 ustawy – brakiem możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu ogłoszenia orzeczenia przez Izbę.

Kwestię odrębną stanowi natomiast znaczenie dla postępowania odwoławczego dokonania przez zamawiającego czynności zgodnych z żądaniem odwołania w przypadku uwzględnienia jedynie części zarzutów odwołania.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zna instytucji częściowego umorzenia postępowania odwoławczego. Żaden przepis ustawy Prawo zamówień publicznych nie zwalnia Izby z obowiązku rozpoznania wszystkich zarzutów odwołania, w odniesieniu do których nie ziszczyły się przesłanki zawarte w art. 189 ust. 2 ustawy.

W konsekwencji dokonanie przez zamawiającego czynności zgodnie z żądaniem odwołania kwalifikować należy, jako przyznanie faktów leżących u podstaw uwzględnionych zarzutów w rozumieniu art. 190 ust. 5 zd. 2 ustawy, jeżeli przyznanie nie budzi wątpliwości, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.

W takim przypadku Izba upoważniona jest od odstąpienia od przeprowadzenia postępowania dowodowego ze skutkiem uznania podniesionych zarzutów za potwierdzone.

W oparciu o wywiedziony wyżej pogląd, Izba uznała za potwierdzone zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy przez brak uwzględnienia w opisie parametrów silnika, również silnika 5-cylindrowego oraz żądania złożenia świadectwa homologacji wraz z ofertą.

Za niepotwierdzony uznała Izba zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy przez ujęcie w kryteriach oceny ofert wyłącznie parametrów mocy i pojemności silnika oferowanego autobusu.

Oceniając powołany zarzut Izba zważyła przede wszystkim, że na rynku istnieje wielu producentów autobusów z silnikami o mocy i pojemności zgodnymi z wymaganiami zamawiającego. Wymagania w zakresie tych parametrów, określonych jako minimalne spełnia także odwołujący. Zatem wymagania zamawiającego nie eliminują odwołującego z kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia – złożyć ofertę nie podlegającą odrzuceniu.

Odrębną kwestię stanowi natomiast ilość możliwych do uzyskania przez odwołującego punktów. Izba stwierdza, że uprawnieniem zamawiającego jest nieprzyznawanie punktów za spełnianie parametrów minimalnych i punktowanie parametrów lepszych, niż graniczne, a z samego faktu, że odwołujący nie otrzyma punktów w danym kryterium, nie należy zakładać *a priori*, że przyjęty przez zamawiającego sposób oceny ofert ogranicza uczciwą konkurencję.

Finalna punktacja oferty stanowi bilans siedmiu kryteriów.

Wywody odwołania w tym zakresie sprowadzają się w zasadzie do konstatacji, że w celu konkurowania z producentami oferującymi silniki o większej mocy i pojemności odwołujący będzie zmuszony do obniżenia ceny. Odwołujący nie podniósł oraz nie wykazał, że obniżenie ceny o kwoty wskazane w odwołaniu spowoduje zaoferowanie autobusów poniżej poniesionych kosztów ich wytworzenia lub, że jest dla niego niemożliwe z punktu widzenia zasad racjonalnego prowadzenia działalności gospodarczej.

Wobec powyższego powołać się należy na ustalony w orzecznictwie Izby pogląd wyrażony m. in. w wyrokach z 3 września 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1081/09 oraz z 8 kwietnia 2010 r., sygn. akt 373/10, zgodnie z którym, wykonawca nie jest uprawniony, aby ustalać za zamawiającego jakie parametry mają mieć charakter istotny, podlegający ocenie, celem otrzymania produktu zaspakajającego oczekiwania w jak najszerszym zakresie.

To zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia, którego przeprowadzenie ma doprowadzić do zaspokojenia jego potrzeb. Wynikający z art. 29 ust. 2 ustawy zakaz ograniczania konkurencji nie oznacza takiego porządku preferencji, który eliminowałby w procesie oceny ofert różnice między produktami oferowanymi poszczególnych wykonawców oraz odbierał zamawiającemu prawo do takiego sformułowania treści siwz, aby umożliwić dokonanie wyboru produktu najbardziej odpowiadającego jego indywidualnym potrzebom.

Argumentację podnoszoną przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie zgodnie z którą ustalając kryteria oceny parametrów silnika miał na względzie warunki eksploatacji, zwiększenie trwałości silników, koszty ich eksploatacji Izba uznaje za przekonującą i spójną.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu dostawy w sposób uniemożliwiający realizację umowy.

Izba zważyła przede wszystkim, że twierdzenie odwołującego o niemożliwości realizacji pierwszej dostawy w terminie 16 tygodni od daty zawarcia umowy, z uwagi na długość cyklu produkcji przegubu, pozostały całkowicie gołosłowne, mimo że dowód w tym zakresie spoczywał na odwołującym, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy. Twierdzenie odwołującego zostało nadto zaprzeczone przez zamawiającego.

Podnieść też należy, że wskazywane w treści odwołania przyczyny uniemożliwiające odwołującemu sprostanie terminowi 16-tygodniowemu, stanowią w ocenie Izby, indywidualne, subiektywne uwarunkowania organizacyjne wykonawcy. Każdy podmiot gospodarczy realizuje własną politykę współpracy z podwykonawcami, a przyjęta przez niego organizacja pracy warunkuje tempo wykonywania zadań.

Brak jest zatem zobiektywizowanych przyczyn dla uznania, że termin 16 tygodni na dostawę pierwszych 10 autobusów jest niemożliwy do spełnienia. Z samego faktu, że odwołujący twierdzi, że nie może mu sprostać, nie wynika ograniczenie konkurencji.

Nie zostało również dowiedzione, ani nawet uprawdopodobnione podczas rozprawy, że postulowany przez odwołującego termin 26 tygodni jest najkrótszym realnym terminem. W takim razie twierdzenie odwołującego, pozbawione znaczenia dla oceny zarzutu.

Nie uszło też uwadze Izby, że żaden z podmiotów potencjalnie zainteresowanych zamówieniem nie poparł zarzutu, co dodatkowo wskazuje na bezzasadność kwestionowania ustalonego przez zamawiającego terminu.

Zamawiający kryterium terminu powołał zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w treści siwz. Różnice w sformułowaniach nie przesądzają o naruszeniu art. 41 ustawy, nie wywierają na tym etapie wpływu na wynik postępowania.

Potwierdzenie znalazł natomiast zarzut dotyczący § 10 pkt 3.2 umowy serwisowej przez zastrzeżenie prawa zamawiającego do odkupienia urządzeń po zakończeniu trwania umowy serwisowej..

Przywołane wymaganie Izba uznała za nadmierne oraz ustanawiające nieuzasadnioną preferencję dla wykonawców będących właścicielami sprzętu diagnostycznego.

Zamawiający nie może oczekiwać, że wykonawcy zainteresowani zamówieniem, którzy stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy na etapie oceny spełniania warunków udziału w p[ostępowaniu mogą powołać się na potencjał innych podmiotów, zobowiążą się do

przeniesienie na zamawiającego prawa własności urządzeń, które do nich nie należą, uzależniając tym samym możliwość wykonania przyjętych zobowiązań od przyszłych i niepewnych decyzji podmiotu trzeciego – właściciela urządzeń.

Dla zachowania zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji wydaje się być istotne umożliwienie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego za pomocą potencjału wykazanego na etapie przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty. Postanowienia § 10 ust. 3 pkt 3.2. umowy serwisowej dają taką możliwość wyłącznie wykonawcom, którzy są właścicielami sprzętu diagnostycznego, co jest nieuzasadnione. Z punktu widzenia potrzeb zamawiającego wystarczające jest zapewnienie możliwości użytkowania sprzętu, pozostawiając wybór tytułu użytkowania przyszłej decyzji stron. Zamawiający może zatem na podstawie odrębnie zawartej umowy bądź stać się właścicielem niezbędnego mu sprzętu lub wejść w jego posiadanie np. na podstawie umowy cywilnoprawnej, zwłaszcza, że w siwz zamawiający nie określił żadnych warunków przyszłej umowy dotyczącej sprzętu.

Naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego mogą mieć wpływ na krąg wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia, zatem mają istotny wpływ na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy uwzględniła odwołanie.

Na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Izba nakazała zamawiającemu dokonanie zmiany treści siwz - zmiany § 10 ust. 3 pkt 3.2 umowy serwisowej – załącznika Nr 6 do siwz - przez nadanie zdaniu trzeciemu brzmienia: „zamawiający zastrzega sobie prawo do użytkowania ww. wyposażenia, po zakończeniu się okresu obowiązywania niniejszej umowy serwisowej wg ustalonego osobno tytułu użytkowania, cen oraz warunków płatności.

Izba będąc z mocy art. 192 ust. 7 ustawy związana zarzutami, nie żądaniami odwołania (*arg. a contrario*) nie nakazała zamawiającemu dokonania zmiany siwz w zakresie uwzględnionych uprzednio zarzutów odwołania, mając na względzie fakt wcześniejszego dokonania żądanych zmian treści siwz.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku postępowania odwoławczego. Izba uwzględniła koszty odwołującego poniesione z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, w wysokości 3 600 zł zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....