

Sygn. akt: KIO 1260/21

**WYROK**  
**z dnia 12 lipca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę „**BIOARCUS**” Sp. z o.o., ul. Białostocka 22 lok. 9, 03-741 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zakład Oczyszczania w Wołominie Sp. z o.o., ul. Łukasiewicza 4, 05-200 Wołomin**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie,
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę „**BIOARCUS**” Sp. z o.o., ul. Białostocka 22 lok. 9, 03-741 Warszawa i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę „**BIOARCUS**” Sp. z o.o., ul. Białostocka 22 lok. 9, 03-741 Warszawa tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez wykonawcę „**BIOARCUS**” Sp. z o.o., ul. Białostocka 22 lok. 9, 03-741 Warszawa tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez **Miejski Zakład Oczyszczania w Wołominie Sp. z o.o., ul. Łukasiewicza 4, 05-200 Wołomin** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy „**BIOARCUS**” Sp. z o.o., ul. Białostocka 22 lok. 9, 03-741 Warszawa na rzecz **Miejskiego Zakładu Oczyszczania w Wołominie Sp. z o.o., ul. Łukasiewicza 4, 05-200 Wołomin** kwotę 3 600 zł gr (słownie: trzy tysiące sześćset

złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Miejski Zakład Oczyszczania w Wołominie Sp. z o.o. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Sukcesywna dostawa koncentratu antyodorowego do MZO w Wołominie Sp. z o.o.”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 kwietnia 2021 r. pod pozycją 00035871/01.

W dniu 26 kwietnia 2021 r. wykonawca „BIOARCUS” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) - opisu przedmiotu zamówienia - załącznik nr 1 do SWZ w zakresie części 1 - Preparat antyodorowy do zastosowania w stacjonarnych urządzeniach rozpylających.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty, a także poprzez odniesienie się do cech dostaw w sposób nieproporcjonalny do celu zamówienia oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez dobór parametrów technicznych i preferencje określonych rozwiązań technicznych, które charakteryzują produkty dostarczane przez jednego wykonawcę, doprowadzając przy tym do wyeliminowania Odwołującego i jego produktów oraz wielu innych potencjalnych wykonawców.

Odwołujący stwierdził, że analiza dokumentów postępowania pozwala na stwierdzenie, że Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia rażąco naruszył podstawowe zasady przyświecające prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający sporządzając opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnił wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty. Ponadto, jak wskazał odwołujący, Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób ograniczający konkurencję i uniemożliwiający złożenie oferty przez Odwołującego oraz wielu innych potencjalnych wykonawców.

Odwołujący podniósł, że postanowienia opisu przedmiotu zamówienia łącznie w obecnym kształcie dyskwalifikują jakąkolwiek konkurencję poza preparatem producenta Emi Controls, produkt firmy Emi Controls jako jedyny spełnia wszystkie wymagania SWZ opisane w załączniku nr 1 do SWZ w części 1.

Odwołujący wniósł o modyfikację opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który umożliwi złożenie ofert przez pozostałych wykonawców obiektywnie zdolnych do należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący argumentował jak niżej.

1. W części 1 załącznika nr 1 do SWZ - opis przedmiotu zamówienia w pkt 1 Zamawiający wymaga: „Preparat antyodorowy w postaci koncentratu do przygotowania wodnego roztworu roboczego (stosowany w dużym rozcieńczeniu z wodą; roztwór nie może ulegać rozwarstwieniu, oraz krystalizacji do temperatury  $-10\text{ C}$ )”.

Według wiedzy Odwołującego, nie jest możliwe skomponowanie hydrofilowego koncentratu antyodorowego zgodnego z ww. wymaganiami. Wszelkie produkty antyodorowe (w czasie ich aplikacji w procesie zamglawiania) bazujące na wodnych roztworach roboczych przygotowywanych z koncentratu - w ujemnych temperaturach zewnętrznych będą podlegały procesowi zamarzania. Temperatura podczas zmiany fazy skupienia wynosi stale  $0^{\circ}\text{C}$ . Nie jest możliwe przygotowanie koncentratu produktu hydrofilowego, który rozcieńczony w dużej ilości wody pozostanie w formie płynnej w temperaturze minus  $10^{\circ}\text{C}$ . Jest to możliwe jedynie w przypadku koncentratów hydrofobowych, gdzie jako nośnik został zastosowany produkt nie ulegający mrożeniu do określonego w wymaganiach przetargowych poziomu temperatury poniżej  $0^{\circ}\text{C}$ . Wszelkie produkty antyodorowe bazujące w czasie ich aplikacji na wodnych roztworach roboczych - w ujemnych temperaturach zewnętrznych będą podlegały procesowi zamarzania. Temperatura podczas zmiany fazy skupienia wynosi stale  $0^{\circ}\text{C}$ . Czynniki uniemożliwiającymi/opóźniającymi ten proces mogą być chemiczne związki hamujące zamarzanie wody (w zależności od końcowego stężenia), których najprostszym przykładem są alkohole. Jednakże nawet koncentraty alkoholowe po przygotowaniu z nich roztworów roboczych o niskich stężeniach będą podlegały procesowi zamarzania w czasie zależnym od finalnego stężenia alkoholu w roztworze roboczym do zamglawiania.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany ww. parametru SWZ polegającej na wykreśleniu wymogu krystalizacji do temperatury  $-10\text{ C}$ .

2. W części 1 załącznika nr 1 do SWZ - opis przedmiotu zamówienia w pkt 5 Zamawiający wymaga: „Preparat antyodorowy musi spełniać wymogi gwarancji urządzenia Emi Controls V12 SO”.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie sprecyzował, jakie konkretnie wymogi wynikają z ww. gwarancji. Odwołujący wniósł o wykreślenie ww. parametru SWZ. Odwołujący wskazał, że opis przedmiotu zamówienia musi być nie tylko jednoznaczny, wyczerpujący i uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, ale także odpowiadać rzeczywistym potrzebom zamawiającego. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1389/14. Odwołujący podkreślił, że na Zamawiającym spoczywa obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia – wykonawcy nie mają obowiązku poszukiwania potrzebnych informacji dla przygotowania oferty u innych źródeł. Jak stwierdził Odwołujący, oczekiwanie od wykonawców posiadania pełnej wiedzy o przedmiocie zamówienia, w przypadku, gdy Zamawiający zaniechał wskazania informacji niezbędnych do przygotowania oferty na równych warunkach przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji (wyrok z dnia 19 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 798/08).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia ww. parametru/wymogu SWZ.

3. W części 1 załącznika nr 1 do SWZ - opis przedmiotu zamówienia w pkt 6 Zamawiający wymaga: „Preparat antyodorowy musi być preparatem rekomendowanym przez producenta firmy Emi Controls”.

Przedmiotowy wymóg SWZ Odwołujący uznał za naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców określone w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że ww. wymóg SWZ prowadzi do sytuacji, w której producent wskazanego przez Zamawiającego urządzenia udzielając „niesprecyzowanej przez Zamawiającego rekomendacji” faktycznie decyduje, którzy wykonawcy będą mogli złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący wniósł o usunięcie ww. parametru SWZ. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1447/10.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający załączył szereg dowodów na potwierdzenie swojego stanowiska – dowody wymienione w treści pisma.

Na posiedzeniu Odwołujący złożył oświadczenie, że cofa odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego postanowienia zawartego w pkt 1 czę4.ści 1 załącznika nr 1 do SWZ.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SWZ, wyjaśnień z dnia 14 maja 2021 r., dokumentów dołączonych do odpowiedzi na odwołanie, jak też po zapoznaniu się ze stanowiskami stron złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności, Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione przez Odwołującego zostały precyzyjnie sformułowane. Odwołanie, czytane jako całość, zawiera zarówno wskazanie podstawy prawnej, jak też okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Na wstępie należy wskazać, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynność ta stanowi obowiązek zamawiającego, ale jednocześnie jego uprawnienie, bowiem odzwierciedla rzeczywiste potrzeby Zamawiającego w danym postępowaniu. Zamawiający ma prawo, wyznaczając cel, jaki zamierza zrealizować, tak określić przedmiot zamówienia, aby opisać go adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu swoich potrzeb. Zamawiający zobowiązany jest ponadto respektować art. 99 ustawy Pzp. Zauważyć jednak należy, że powyższa norma nie może być rozumiana jako obowiązek wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia uzasadnionych wymagań, które dla wykonawcy mogą stanowić źródło ewentualnych niedogodności czy potrzeby stworzenia nowych rozwiązań dostosowanych do realizacji konkretnego zamówienia. Izba podziela pogląd wielokrotnie prezentowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż nie narusza przepisów ustawy Pzp sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, który uwzględnia potrzeby zamawiającego, nawet jeżeli utrudnia lub uniemożliwia niektórym podmiotom dostęp do zamówienia. Obowiązek zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza, iż zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w sposób odzwierciedlający jego potrzeby. Zamawiający nie

ma także obowiązek zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży.

Izba stwierdziła, że Zamawiający wykazał, że kwestionowane przez Odwołującego wymagania specyfikacji są uzasadnione jego obiektywnymi potrzebami. Zamawiający wskazał, że preparat antyodorowy stanowiący przedmiot zamówienia w części 1 przeznaczony jest do użycia w urządzeniu, które posiada Zamawiający, tj. urządzeniu Emi Controls V 12 SO. Urządzenie to jest w okresie gwarancji, dla utrzymania której niezbędne jest spełnienie wymogów gwarancji, w tym m.in. użycia produktu neutralizującego zapachy wskazanego w instrukcji obsługi – NEUTRO Hygan (pkt 4.1.1. Instrukcji obsługi i konserwacji urządzenia do neutralizacji odorów V 12 SO). Kwestionowane postanowienia SWZ nie mają zatem na celu ograniczenia konkurencji, ale zapewnienie prawidłowego funkcjonowania posiadanych urządzeń do neutralizacji zapachów oraz utrzymania posiadanej gwarancji tych urządzeń.

Wymóg spełniania przez preparat antyodorowy wymogów gwarancji urządzenia Emi Controls V 12 SO (część 1 załącznika nr 1 do SWZ pkt 5), a także wymóg zaoferowania preparatu rekomendowanego przez producenta firmy Emi Controls (część 1 załącznika nr 1 do SWZ pkt 6) stanowią wymogi ściśle powiązane z przedmiotem zamówienia oraz niezbędne do osiągnięcia celu zamówienia.

Izba zważyła, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało podzielone na dwie części. Część 2 nie zawiera wymagań analogicznych do skarżonych przez Odwołującego z uwagi na to, że urządzenie, do którego zastosowanie znajdzie oferowany preparat nie znajduje się już w okresie gwarancji. Okoliczność ta dowodzi, że wymagania Zamawiającego nie zmierzają do ograniczenia konkurencji, a są wynikiem jego rzeczywistych potrzeb. Zastosowanie preparatów innych niż wymagane w warunkach gwarancji powodowałoby szkodę po stronie Zamawiającego w postaci jej utraty, a być może również narażałoby Zamawiającego na dodatkowe koszty z tytułu naprawy urządzeń.

Izba miała również na uwadze, że Odwołujący nie podjął próby wykazania, że dostarczenie produktu wskazanego w gwarancji urządzenia przez Odwołującego jest niemożliwe lub choćby utrudnione. Odwołujący nie podjął próby dowiedzenia, że producent w jakikolwiek sposób ogranicza możliwość dystrybucji produktu do określonego kręgu podmiotów.

W tym stanie rzeczy, zarzuty podniesione przez Odwołującego nie znalazły potwierdzenia.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy nPzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy nPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący, zaś Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia od odwołującego na rzecz zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 7 500 zł (zgodnie z § 5 pkt 1 rozporządzenia), koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł. Z uwagi na powyższe, Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....