

Sygn. akt: KIO 1781/13

WYROK
z dnia 5 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2013 r. przez **W..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą AGRO-SUR W..... S....., ul. Kościuszki 231, 42-582 Rogoźnik** w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, reprezentujące Skarb Państwa Nadleśnictwo Legnica, ul. Pawicka 4, 59-220 Legnica,**

przy udziale wykonawcy **L..... H....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ForTech System Technologie dla Leśnictwa L..... H....., ul. Wlejska 14, 95-020 Nowy Bedoń** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego kaset (wielodoniczek), opisanych w pkt 1, 2, 3 i 4 w zakresie parametrów: pojemności pojedynczej celi, wymiarów zewnętrznych oraz ilości celi w kasecie w sposób nie naruszający zasady uczciwej konkurencji.
2. Kosztami postępowania obciąża **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, reprezentujące Skarb Państwa Nadleśnictwo Legnica, ul. Pawicka 4, 59-220 Legnica, i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **W..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą AGRO-SUR W..... S....., ul. Kościuszki 231, 42-582 Rogoźnik** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe, reprezentującego Skarb Państwa Nadleśnictwo Legnica, ul. Pawicka 4, 59-220 Legnica**, na rzecz **W..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą AGRO-SUR W..... S....., ul. Kościuszki 231, 42-582 Rogoźnik** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Legnicy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, reprezentujące Skarb Państwa Nadleśnictwo Legnica prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa w pełni zautomatyzowanej linii technologicznej do produkcji sadzonek z zakrytym systemem korzeniowym do Szkołki Leśnej w Miłogostowicach. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2013/ S 136-235686.

W dniu 22 lipca 2013 roku, odwołujący – W..... S....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą AGRO-SUR W..... S..... wniósł odwołanie na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz):

1. Rozdziału 2 „Przedmiot zamówienia” pkt III część „Pozostałe wyposażenia linii technologicznej”

Pkt 1, 2, 3, 4 w zakresie tiretów 1, 5, 6 w każdym z tych punktów, przez wskazanie w każdym z tych tiretów pojemności pojedynczej celi, wymiarów zewnętrznych oraz ilości cel w kasecie odnośnie wymagań jakie winny spełniać kasety (wielodoniczki), których dostawa stanowi jeden z elementów przedmiotu zamówienia,

2. Rozdziału 4 „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”

Pkt 3 przez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia jako wykonania co najmniej jednej dostawy odpowiadającej swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia o wartości min. 1 500 000 zł.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie przez zamawiającego opisu przedmiotów stanowiących jeden z elementów przedmiotu zamówienia (kasety - wielodoniczki) w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i w sposób nieuzasadniony zawężający krąg wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu.
2. art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp przez opisanie jednego z elementów przedmiotu zamówienia (kasety - wielodoniczki) w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i pośrednio wskazując na konkretnego producenta a także opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który uniemożliwia złożenie oferty równoważnej z wymaganiami określonymi w SIWZ,

3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez wskazanie przez zamawiającego opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i w sposób nieuzasadniony zawężający krąg wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu.
4. art. 22 ust. 1 i 4 ustawy Pzp przez opracowanie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniosk o:

1. dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (kaset - wielodoniczek) oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób zapewniający i nie utrudniający uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
2. modyfikację ogłoszenia o zamówienia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (kaset - wielodoniczek) oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nie naruszający przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc po uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem Izby, wypełnione zostały przesłanki materialnoprawne, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające do wniesienia odwołania tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Przedmiotem zamówienia publicznego jest dostawa fabrycznie nowej, w pełni zautomatyzowanej linii technologicznej do produkcji sadzonek z zakrytym systemem korzeniowym do Szkółki Leśnej w Miłogostowicach.

Zamawiający wskazał w pkt III Pozostałe wyposażenie linii technologicznej: kasety (wielodoniczki) – dostosowane kształtem i zewnętrznymi wymiarami do linii technologicznej o ilości cel od 16 do 69 w kasecie. Parametry kaset:

Kaseta numer 1:

- pojemność pojedynczej celi od 118 do 122 cm³,
- wykonane z polistyrenu, polipropylenu lub zagęszczonego polietylenu,

- trwałość kaset co najmniej 8 lat,
- ilość kaset 80 000 (osiemdziesiąt tysięcy),
- wymiary zewnętrzne (dł. x szer. x wys.) 352x216x110 mm,
- ilość cel w kasecie od 38 do 42.

Dla kaset numer 2, 3 i 4 zamawiający podał w siwz podobne parametry techniczne.

Opis przedmiotu zamówienia winien być dokonany w sposób obiektywny, nieutrudniający uczciwej konkurencji, nie może zawierać sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty. Z dyskryminacją wykonawców mamy do czynienia także wówczas, gdy wymagania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia są na tyle rygorystyczne, nieuzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, że ograniczają krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. (podobnie: wyrok KIO z 23.03.2012r., KIO 464/12, opublik. Legalis). Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń lub parametrów wskazujących na konkretny produkt, wyrób.

Zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie wyrażany jest pogląd, że każde wymaganie zamawiającego musi znajdować uzasadnienie w jego obiektywnych potrzebach, wymagania muszą mieć walor istotnych dla przedmiotu zamówienia, nie mogą mieć charakteru subiektywnego albo zmierzającego bez uzasadnienia obiektywnego do wyeliminowania niektórych podmiotów bądź preferowania innych. Prawo zamówień publicznych chroni z jednej strony interes zamawiającego, wyrażający się w dążeniu do uzyskania przedmiotu zamówienia, który w sposób optymalny spełnia jego oczekiwania, z drugiej zaś strony nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Formułując wymagania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy dążeniem do uzyskania optymalnego przedmiotu zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców (wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 11.08.2008r. sygn. akt IX Ga 197/06).

W rozpatrywanym stanie faktycznym zamawiający co prawda nie podaje konkretniej nazwy producenta kaset (wielodoniczek), ale przez zestawienie wymaganych parametrów (wymiarów) w rzeczywistości wskazuje na jednego producenta Bjorkemar Construction&Consulting BCC AB. Z załączonych przez odwołującego kart katalogowych kaset (wielodoniczek) produkowanych przez BCC AB wynika, że produkuje on kasety spełniające wszystkie wymagania (wymiarów) podane przez zamawiającego w siwz. Niespornym jest także, że jedynym przedstawicielem producenta BCC AB na terenie Polski jest L..... H....., prowadzący działalność pod nazwą ForTech Systemy Technologie dla leśnictwa L..... H..... (dalej ForTech). W toku rozprawy odwołujący uprawdopodobnił

także okoliczność, że żaden inny producent na terenie Unii Europejskiej nie posiada w swojej ofercie kaset (wielodoniczek) spełniający dokładnie wszystkie parametry opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W szczególności okazane w toku rozprawy przez odwołującego kasety (wielodoniczki) producentów: Transplant Systems czy innego czeskiego producenta nie odpowiadają wymiarom określonym przez zamawiającego w siwz, przy czym różnice w wymiarach zewnętrznych, ilości celi czy pojemności celi, między wielodoniczkami okazanymi w toku rozprawy a wymaganymi przez zamawiającego są niewielkie. Odwołujący podniósł także, że znane są mu kasety (wielodoniczki) produkcji portugalskiej, które w znikomym zakresie, ale jednak odbiegają od wymagań określonych przez zamawiającego (różnice w wymiarach wynoszą ok. 3 cm³ dla pojemności oraz ok. 13 mm dla wysokości). Zarówno zamawiający jak i przystępujący po jego stronie wykonawca – ForTech nie zaprzeczyli okoliczności, że jedynym produktem spełniającym wszystkie parametry techniczne (wymiarzy) podane przez zamawiającego jest produkt firmy BCC AB. Wykonawca ForTech, działający w branży leśnej nie wskazał na żadnego innego producenta, którego produkt odpowiadałby wymaganiom zamawiającego, zaś zamawiający stwierdził jedynie, że opisując wymagania techniczne w odniesieniu do wielodoniczek nie badał rynku pod kątem spełniania tych wymagań przez innych producentów niż BCC AB. Zdaniem Izby, wskazane przez zamawiającego precyzyjne wymagania co do wymiarów kaset nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego. Zamawiający podnosił, że opisane przez niego wymagania są podyktowane dążeniem do zachowania identycznych parametrów (wymiarów) kaset (wielodoniczek) z kasetami, które zostaną mu przekazane od Nadleśnictwa Śnieżka. Fakt planowego przejęcia kaset (wielodoniczek) BCC AB od innego nadleśnictwa nie stanowi, zdaniem Izby, obiektywnego powodu, który uzasadnia opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i preferujący w efekcie jednego producenta. Przedmiotem zamówienia jest dostawa w pełni zautomatyzowanej, całej linii technologicznej do produkcji sadzonek na którą składają się zarówno linia technologiczna jak i kasety (wielodoniczki). W rozpatrywanym stanie faktycznym zamawiający przez określenie parametrów kaset (wielodoniczek), które spełnia wyłącznie jeden producent wyeliminował z udziału w postępowaniu producentów/wykonawców, którzy mogą dostarczyć linię siewu innych producentów. Odwołujący oświadczył także, że większość, znanych mu linii siewu pozwala na obsługę kaset (wielodoniczek) różnych producentów, zatem nie znajduje obiektywnego uzasadnienia wymaganie zamawiającego co do wskazanych parametrów kaset, które spełnia wyłącznie produkt BCC AB.

Zdaniem Izby wskazywane przez zamawiającego czynniki dotyczące zapewnienia optymalnych warunków biologicznych dla rozwoju sadzonek, dbałość o rozwój korzeni, ochrona przed grzybami, są niewątpliwie istotnymi czynnikami obiektywnymi. Niemniej jednak mając na uwadze znikome różnice w wymiarach kaset innych producentów niż BCC AB, wskazywane przez odwołującego (np. produkt portugalski), nie ma podstaw aby przypuszczać, że tak niewielkie różnice mogłyby negatywnie wpłynąć na rozwój i hodowlę sadzonek. Podkreślić należy, że złożone do akt sprawy zdjęcie korzenia drzewa zdeformowanego jest bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż ze zdjęcia wynika, że korzeń ten pochodzi z donicy w formie lejka, która nie jest przedmiotem niniejszego postępowania. Ani zamawiający ani przystępujący w toku rozprawy nie wykazali, że tak minimalne różnice w wymiarach kaset (wielodoniczek) mogą mieć istotny wpływ na rozwój korzenia i hodowli sadzonki.

W analizowanym stanie faktycznym, zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami faworyzuje produkt oferowany przez jednego producenta – firmę BCC AB. Spełnienie bowiem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego wymusza zaoferowanie jedynie produktu BCC AB, którego wyłącznym przedstawicielem na terenie Polski jest ForTech. Zdaniem Izby, brak jest obiektywnych podstaw dla ograniczenia w tak rażąco sposób konkurencyjności, w szczególności nie uzasadniają tego specyfika przedmiotu zamówienia oraz wskazane potrzeby zamawiającego. Przeprowadzona rozprawa dowiodła, że na rynku istnieją produkty innych producentów, które mogą z satysfakcją spełniać przewidziane przez zamawiającego funkcje bez uszczerbku dla hodowli sadzonek.

Złożone przez strony postępowania opinie w sprawie – prof. dr hab. W..... W..... oraz T..... M....., z uwagi na brak zachowania formy pisemnej nie mogą stanowić dowodu w sprawie. Opinie te należy traktować jako potwierdzenie stanowisk stron wyrażonych w toku postępowania.

Uwzględniając odwołanie Izba nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego kaset (wielodoniczek) w pkt 1, 2, 3 i 4 w zakresie parametrów: pojemności pojedynczej celi, wymiarów zewnętrznych oraz ilości celi w kasecie w sposób nie naruszający zasady uczciwej konkurencji.

Zarzut dotyczący opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, Izba uznała za nieuzasadniony.

W pkt 4 ppkt 3 siwz zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia,

wykonali co najmniej jedną dostawę odpowiadającą swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia o wartości min. 1 500 000 zł brutto.

Odwołujący podnosił, że mając na uwadze fakt, iż na rynku w przeważającej większości znajdują się firmy trudniące się wyłącznie dostawą linii siewu lub kaset, precyzowanie wymogu dotyczącego wykazania się dostawami obu tych produktów: linii siewu i kaset na łączną kwotę 1 500 000 zł brutto, jest nadmiernym ograniczeniem i świadczy o próbie ograniczenia kręgu wykonawców.

Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzut odwołującego, niemniej jednak należy ocenić, że uznanie to nie stanowi wypełnienia żądań odwołującego. Nadal bowiem zamawiający wymaga wykazania się co najmniej jedną dostawą o podobnych parametrach wraz z kasetami o wartości 1 500 000 zł. Jednocześnie zamawiający doprecyzowuje pojęcie dostaw o podobnych parametrach oraz pojęcie podobnej dostawy kaset.

Zadaniem Izby, opis sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, podany przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, jest adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Wskazać należy, że przedmiotem zamówienia jest dostawa w pełni zautomatyzowanej linii technologicznej, obejmującej zarówno linię siewu jak i kasety (wielodoniczki) a jego wartość szacunkowa przekracza równowartość 125 000 euro. Zatem żądanie wykazania się przez wykonawców dostawą kompletnej linii technologicznej o wskazanej wartości jest niewątpliwie adekwatne do zakresu przedmiotu zamówienia. Podnieść także należy, że odwołujący, na którym spoczywa ciężar udowodnienia faktów, z których wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne, nie przedstawił w toku rozprawy żadnej argumentacji potwierdzającej stanowisko co do opisanego wymagań w zakresie doświadczenia w sposób wygórowany i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: