

**WYROK**

**z dnia 7 maja 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2015 r. przez **FAMUR Spółkę Akcyjną w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Tauron Wydobywanie Spółkę Akcyjną w Jaworznie**

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Tauron Wydobywanie Spółce Akcyjnej w Jaworznie** – modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez usunięcie z treści załącznika nr 8 „Opis przedmiotu zamówienia” ustępu 24 o treści: „Dwie jednostki napędowe umieszczone nad częścią maszynową”
2. kosztami postępowania obciąża **Tauron Wydobywanie Spółkę Akcyjną w Jaworznie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną **FAMUR Spółkę Akcyjną w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania
  - 2.2 zasądza od **Tauron Wydobywanie Spółki Akcyjnej w Jaworznie** na rzecz **FAMUR Spółki Akcyjnej w Katowicach** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Tauron Wydobycie Spółka Akcyjna w Jaworznie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę czterech podwieszonych ciągników spalinowych dla potrzeb TAURON Wydobycie S.A. - Zakładu Górniczego Janina.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 24 kwietnia 2015 roku wykonawca Famur SA w Katowicach (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, podnosząc, że:

1. W załączniku nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej - SIWZ), stanowiącym integralną część SIWZ, w ust. 24 zamawiający opisał przedmiot zamówienia w ten sposób, że wymaga od wykonawców, aby przedmiot zamówienia posiadał dwie jednostki napędowe umieszczone nad częścią maszynową, podczas gdy warunek polegający na umieszczeniu jednostek napędowych nad częścią maszynową nie znajduje żadnego uzasadnienia w zobiektywizowanych i racjonalnych potrzebach zamawiającego ani w powodach o charakterze technicznym lub funkcjonalnym, a jednocześnie prowadzi do zawężenia kręgu podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

2. w ust 22 załącznika nr 8 do SIWZ, zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, że przedmiot zamówienia „Musi posiadać możliwość odłączenia jednostek napędowych z kabin kierowcy, przy konfiguracji z 6 lub 5 jednostkami napędowymi co najmniej dwóch, przy konfiguracji z 4 jednostkami napędowymi co najmniej jednej”. Tym samym zamawiający wymaga, aby przedmiot zamówienia posiadał możliwość zabudowy wariantowej przy czym użycie określenia co najmniej dwóch lub co najmniej jednej (w zależności od konfiguracji) wskazuje, że posiadanie przez przedmiot zamówienia cech umożliwiających odłączenie większej liczby jednostek napędowych jest nie tylko dopuszczalne, ale wręcz pożądane. Wobec tego dokonany przez zamawiającego opis warunku z ust. 24 załącznika nr 8 do SIWZ stoi w sprzeczności z warunkiem z ust. 22 SIWZ, ponieważ ogranicza możliwość wariantowej konstrukcji przedmiotu zamówienia poprzez wprowadzenie wymogu umieszczenia dwóch jednostek napędowych nad częścią maszynową.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

a) art. 29 ust. 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zawężający konkurencję opis przedmiotu zamówienia w ust. 24 załącznika nr 8 do SIWZ, który nie znajduje uzasadnienia w zobiektywizowanych potrzebach zamawiającego, ani nie jest uzasadniony względami funkcjonalnymi, jak również technicznymi. Tak dokonany opis przedmiotu zamówienia w sposób tendencyjny ogranicza krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia i uniemożliwia odwołującemu oraz innym zdolnym do wykonania zamówienia podmiotom wzięcie udziału w przetargu.

b) art. 29 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wewnętrznie sprzeczny tj. wskazanie, że przedmiot zamówienia powinien uwzględniać możliwość zabudowy wariantowej w najszerszym możliwym zakresie przy jednoczesnym wprowadzeniu ograniczenia co do umiejscowienia poszczególnych jednostek napędowych w konkretnych częściach urządzenia, co uniemożliwia odwołującemu sporządzenie prawidłowej oferty i stanowi naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; powyższe świadczy o nienależytym wykonaniu przez zamawiającego ciężącego na nim obowiązku przygotowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ poprzez usunięcie z treści załącznika nr 8 ust 24.

Odwołujący stwierdził, że umieszczenie jednostek napędowych nad częścią silnikową urządzenia z reguły podyktowane jest koniecznością pozyskania maszyny o określonej maksymalnej długości. Natomiast zamawiający w treści SIWZ nie określa żadnej maksymalnej długości urządzenia będącego przedmiotem zamówienia. Ponieważ zgodnie z art. 29 ust 1 ustawy Pzp zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, należy uznać, że brak określenia wskazanej wyżej cechy w opisie przedmiotu zamówienia oznacza, że nie jest ona dla zamawiającego istotna. Ponadto analiza długości powszechnie oferowanych na rynku maszyn wyposażonych w pięć jednostek napędowych z dwoma umieszczonymi nad częścią maszynową pokazuje, że nie gwarantuje to zakupu maszyny o najmniejszej długości. Ponieważ odwołujący nie znajduje innego uzasadnienia dla zawarcia postawionego w ust. 24 załącznika nr 8 do SIWZ warunku, należy przyjąć, że umieszczenie go w SIWZ przez zamawiającego stanowi próbę nieuzasadnionego jego realnymi potrzebami ograniczenia możliwości złożenia oferty do grona określonych wykonawców. W ocenie odwołującego prowadzi to w sposób oczywisty

do utrudnienia uczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, a także zasady uczciwej konkurencji z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie takie dokonanie opisu zamówienia powoduje także naruszenie zasady równego traktowania wykonawców poprzez nieuzasadnione ograniczenie dostępu do zamówienia.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok z dnia 11 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2503/14, wyrok z dnia 19 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1591/14, wyrok z dnia 15 listopada 2013 r. sygn. akt KIO 2455/13 oraz KIO 2460/13 i in.

Odwołujący podniósł, że w ust. 22 załącznika nr 8 do SIWZ zamawiający opisał wymóg, zgodnie z którym przedmiot zamówienia musi posiadać możliwość odłączenia jednostek napędowych z kabin kierowcy; przy konfiguracji z 6 lub 5 jednostkami napędowymi co najmniej dwóch, przy konfiguracji z 4 jednostkami napędowymi co najmniej jednej. Tym samym zamawiający wymaga, aby przedmiot zamówienia posiadał możliwość zabudowy wariantowej przy czym użycie określenia co najmniej dwóch lub co najmniej jednej, w zależności od konfiguracji wskazuje, że posiadanie przez przedmiot zamówienia cech umożliwiających odłączenie większej liczby jednostek napędowych jest nie tylko dopuszczalne, ale wręcz pożądane. Wobec tego dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia w ust. 24 załącznika nr 8 do SIWZ stoi w sprzeczności z wymogiem z ust 22 SIWZ, ponieważ ogranicza możliwość wariantowej konstrukcji przedmiotu zamówienia poprzez wprowadzenie wymogu umieszczenia dwóch jednostek napędowych nad częścią maszynową.

Na rozprawie w dniu 7 maja 2015 roku odwołujący cofnął zarzut dotyczący wymogu, iż przedmiot zamówienia musi posiadać możliwość odłączenia jednostek napędowych z kabin kierowcy; przy konfiguracji z 6 lub 5 jednostkami napędowymi co najmniej dwóch, przy konfiguracji z 4 jednostkami napędowymi co najmniej jednej.

Zamawiający w oświadczeniu złożonym na rozprawie w dniu 7 maja 2015 roku wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że ma prawo do zakupu rzeczy zgodnie z jego potrzebami. Nie stanowi naruszenia zasad uczciwej konkurencji takie opisanie przedmiotu zamówienia, skutkiem którego nie wszyscy wykonawcy na rynku mogą wziąć udział w postępowaniu. Stwierdził, że urządzenie, które jest produkowane przez odwołującego, nie posiada 2 kół napędowych oraz siłownika docisku na te koła. Wskazuje, że, w jego ocenie, w zakładzie górniczym taki wózek, jakiego żądał, jest najbezpieczniejszą formą transportu.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu publicznym zostało opublikowane dnia 15 kwietnia 2015 r. Tego samego dnia zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej SIWZ wraz z załącznikiem nr 8.

W załączniku nr 8 do SIWZ, stanowiącym integralną część SIWZ, w ust. 24 zamawiający opisał przedmiot zamówienia w ten sposób, że wymaga od wykonawców, aby przedmiot zamówienia posiadał dwie jednostki napędowe umieszczone nad częścią maszynową.

W dniu 4 maja 2015 roku na wniosek jednego z wykonawców o usunięcie z załącznika nr 8 ustępu 24 zamawiający udzielił odpowiedzi, że pozostawia zapisy SIWZ bez zmian.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Opis przedmiotu zamówienia umożliwia bowiem odwołującemu złożenie ważnej, nieskutkującej odrzuceniem oferty.

Co do zasady Izba zgadza się z zamawiającym, iż zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który w ten czy w inny sposób nie uniemożliwia części wykonawców w ogóle złożenia oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Niemniej jednak należy również odmówić zamawiającym prawa do takiego kształtowania wymagań specyfikacji (w tym opisu przedmiotu zamówienia), które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji z powodów, których zamawiający w sposób należyty nie wykazał.

Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasady

sporządzania opisu przedmiotu zamówienia określone zostały w art. 29 i nast. ustawy Pzp. I tak, zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp). Postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia bez uzasadnionej przyczyny chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom. Zamawiający, dokonując opisu sposobu zamówienia w sposób eliminujący niektórych wykonawców, winien udowodnić, że taki opis jest uzasadniony jego rzeczywistymi potrzebami.

W rozpoznawanej sprawie zamawiający nie potwierdził zasadności dokonanego opisu, nie wykazał żadnej inicjatywy dowodowej na potwierdzenie prezentowanego stanowiska. Argumentacja zamawiającego sprowadzała się do ustnych wypowiedzi jego pełnomocników, którzy twierdzili, że posiadają już wózek o takim napędzie, jaki oferuje odwołujący i nie są z niego zadowoleni.

Podkreślenia wymaga okoliczność, iż w świetle sformułowania przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, postawienie zarzutu naruszenia wskazanego przepisu nie wymaga od odwołującego pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, ale wystarczające jest udowodnienie możliwości takiego naruszenia, a więc jakiegoś realnego stopnia prawdopodobieństwa jego wystąpienia. W ocenie Izby odwołujący taką okoliczność uprawdopodobnił. Odwołujący złożył do akt sprawy rysunki urządzeń oferowanych przez siebie i innych producentów i stwierdził, iż z dokonanej przez siebie analizy wywiódł, że iż wymagany przez zamawiającego parametr nie wpływa na długość maszyny, na jej parametry użytkowe, na bezpieczeństwo eksploatacji maszyny, na koszty eksploatacji ani na kompatybilność maszyny z innymi urządzeniami współpracującymi. Wobec braku jakichkolwiek przeciwdowodów ze strony zamawiającego, Izba uznała, że podniesiony przez odwołującego zarzut naruszenia uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia jest uzasadniony.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

.....