

WYROK
z dnia 10 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Mirosława Stolarczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Stolarczyk Mirosław PUH z siedzibą w Kielcach, ul. Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komendę Miejską Państwowej Straży Pożarnej w Legnicy, ul. Witelona 2, 59-220 Legnica** protestu z dnia 9 lipca 2009 r.,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Mirosława Stolarczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Stolarczyk Mirosław PUH z siedzibą w Kielcach, ul. Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Mirosława Stolarczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Stolarczyk Mirosław PUH z siedzibą w Kielcach, ul. Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 294 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dwieście dziewięćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Mirosława Stolarczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Stolarczyk Mirosław PUH z siedzibą w Kielcach, ul. Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce** na rzecz **Komendy Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej w Legnicy, ul. Witelona 2, 59-220 Legnica**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Mirosława Stolarczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firma Stolarczyk Mirosław PHU z siedzibą w Kielcach, ul. Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce**.

U z a s a d n i e

Komendant Miejski Państwowej Straży Pożarnej w Legnicy, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup samochodu specjalnego drabiny mechanicznej z tylną osią skrętną MKL – 2370/1/09”

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 2 lipca 2009 r., nr 2009/S 124-180499.

Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, zwaną dalej „SIWZ” zamieszczono na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 29 czerwca 2009 r., której modyfikacji dokonano w dniu 3 lipca 2009 r.

Pismem z dnia 13 lipca 2009 r. (wpływ do Zamawiającego faksem w tej samej dacie) wykonawca Mirosław Stolarczyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Stolarczyk Stanisław PUH z siedzibą w Kielcach, zwany dalej „Odwołującym” wniósł protest wobec postanowień SIWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o zmianę SIWZ w zakresie podniesionym w proteście oraz usunięcie postanowień ograniczających konkurencję i uniemożliwiających mu złożenie oferty lub dyskryminujące go w inny sposób.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący zakwestionował:

1. pkt 1.3 załącznika nr 1 do SIWZ, tj. żądanie zaoferowania samochodu spełniającego normę EURO 5, podnosząc iż producenci podwozi mają prawo produkować podwozia z normą czystości spalin EURO 4 do października 2009 roku. Nie ma też przeszkód prawnych do rejestracji wyprodukowanych pojazdów.
2. pkt 1.19 załącznika nr 1 do SIWZ.
3. pkt 4.4 załącznika nr 1 do SIWZ, tj. punktowanie podpór wysuwanych skośnie, wskazując na brak uzasadnienia do punktowania jednego rozwiązania kosztem innego, co powoduje preferowanie określonego wykonawcy.
4. pkt 4.6 załącznika nr 1 do SIWZ, tj. zapewnienia korygowania nierówności w zakresie powyżej 10°.
5. pkt 4.23 załącznika nr 1 do SIWZ, tj. punktację za posiadanie automatycznego systemu tłumienia wahań, podkreślając iż konstrukcje pojazdów obydwu konkurujących na rynku wykonawców spełniają wymogi bezpieczeństwa.
6. pkt 5.4 załącznika nr 1 do SIWZ, tj. punktację za posiadanie możliwości wypoziomowania kosza z wnętrza kosza, który stanowi wadę, a nie zaletę kosza.
7. pkt 5.5 załącznika nr 1 do SIWZ w części dotyczącej opisu oceny technicznej.

Pismem z dnia 21 lipca 2009 r. (wpływ do Odwołującego faksem w dniu 23 lipca 2009 r.) Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego:

1. oddalenie w zakresie zarzutu dotyczącego pkt 1.3 załącznika nr 1 do SIWZ, tj. dopuszczenia samochodów spełniających normę spalania EURO 4, podnosząc iż przedmiotowy samochód będzie użytkowany przez ponad 20 lat, dlatego też powinien charakteryzować się jak najwyższymi parametrami w zakresie emisji spalin. Dopuszczenie samochodu o niższych parametrach uważa za niekorzystne.
2. uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego pkt 1.19 załącznika nr 1 do SIWZ.
3. oddalenie w zakresie zarzutu dotyczącego pkt 4.4 załącznika nr 1 do SIWZ, tj. rezygnacji z punktowania podpór wysuwanych skośnie, wskazując na zabudowę miasta Legnicy oraz opinie dotychczasowych użytkowników, którzy podkreślają, iż drabina ze skośnymi podporami jest praktyczniejsza w użytkowaniu. Na terenie Legnicy występują parkingi i elementy zagospodarowania wzdłuż budynków oraz zieleń, ograniczając przestrzeń wokół drabiny. Stąd wymóg niskich podpór.
4. oddalenie w zakresie zarzutu dotyczącego pkt 4.6 załącznika nr 1 do SIWZ, tj. dopuszczenia zapewnienia korygowania nierówności w zakresie powyżej 10°, gdy ż parametr ten należy rozumieć jako parametr minimum wymagany przez Zamawiającego.
5. oddalenie w zakresie zarzutu dotyczącego pkt 4.23 załącznika nr 1 do SIWZ, tj. zniesienia punktacji za posiadanie automatycznego systemu tłumienia wahań,

uzasadniając to bezpieczeństwem pracy ratowników oraz osób ewakuowanych w czasie akcji ratowniczej.

6. oddalenie w zakresie zarzutu dotyczącego pkt 5.4 załącznika nr 1 do SIWZ, tj. zniesienia punktacji za posiadanie możliwości wypoziomowania kosza z wnętrza kosza, podnosząc iż możliwość wypoziomowania kosza z wnętrza kosza w trybie awaryjnym poprawia z oczywistych względów bezpieczeństwo strażaków.
7. uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego pkt 5.5 załącznika nr 1 do SIWZ w części dotyczącej opisu oceny technicznej.

Pismem z dnia 31 lipca 2009 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu (wpływ do Prezesa UZP w dniu 4 sierpnia 2009 r.; wpływ do Zamawiającego w dniu 31 lipca 2009 r.; data nadania do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 31 lipca 2009 r.), ograniczając zarzuty zawarte w proteście i wnosząc o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ w punktach: 1.3, 4.4, 4.23 i 5.4 załącznika nr 1 do SIWZ,
3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, poprzez żądanie zaoferowania samochodu spełniającego normę EURO 5, nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ „Wymagania techniczne dla samochodu specjalnego drabiny mechanicznej z tylną osią skrętną” poz. 1.3 zamieścił wymóg, aby podwozie samochodu z silnikiem o zapłonie samoczynnym spełniało m.in. normę EURO 5.

Bezspornym jest, iż na dzień ogłoszenia przedmiotowego postępowania produkowane były podwozia z normą czystości spalin EURO 4 i EURO 5.

Bezspornym jest także, iż – zgodnie z obowiązującymi przepisami – podwozia z normą czystości spalin EURO 4 mogą być produkowane do 1 października 2009 r., a ich rejestracja będzie nadal możliwa.

Izba stwierdziła, iż Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes, jak również swobodę w określeniu stawianych wymogów, o ile nie utrudniają one uczciwej konkurencji na rynku tego rodzaju dostaw. Oznacza to więc, iż żądanie posiadania przez podwozie oferowanego samochodu normy czystości spalin EURO 5, w sytuacji gdy na tego rodzaju rynku produkowane są podwozia o normie czystości spalin zarówno EURO 4, jak i EURO 5 i wykonawcy mają w swej ofercie samochody spełniające wymóg oczekiwanej przez Zamawiającego normy czystości spalin EURO 5, nie jest wymogiem nadmiernie wygórowanym, ograniczającym rynek producentów i dystrybutorów samochodów dedykowanych strażom pożarnym.

Podnoszony przez Odwołującego argument uniemożliwienia mu złożenia oferty poprzez postawienie tego wymogu jest chybiony. Jak podniósł bowiem Zamawiający na rozprawie, okazując Izbie kserokopię oferty złożonej przez Odwołującego w innym postępowaniu, a czemu Odwołujący nie zaprzeczył, może on zaoferować samochód o podwoziu z normą czystości spalin EURO 5, co czynił w innych postępowaniach, w tym we wskazanym przez Zamawiającego postępowaniu prowadzonym przez Komendę Miejską PSP w Białymstoku. Nie bez znaczenia jest także okoliczność, iż wymóg normy czystości spalin EURO 5 podyktowany jest współfinansowaniem tego zamówienia przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska, który – jak oświadczył Zamawiający na rozprawie - wymaga podwyższonych norm w tym zakresie.

Dlatego też, w tym konkretnym przypadku, Zamawiający poprzez wprowadzenie wymogu normy czystości spalin EURO 5 nie spowodował ograniczenia konkurencji na rynku tego rodzaju dostaw, zwłaszcza, że na rynku europejskim działa kilku producentów samochodów spełniających ten wymóg, natomiast na rynku polskim mimo, iż dystrybutorów tego rodzaju samochodów jest wyłącznie dwóch, wprowadzony wymóg faktycznie nie eliminuje z postępowania żadnego z tych wykonawców.

Zarzuty naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, poprzez punktowanie:

- 1. podpór wysuwanych skośnie,**
- 2. drabiny wyposażonej w system tłumienia wahań,**
- 3. możliwość wypoziomowania kosza w trybie awaryjnym**

nie potwierdziły się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ „Wymagania techniczne dla samochodu specjalnego drabiny mechanicznej z tylną osią skrętną”:

1. poz. 4.4 zamieścił uwagę, iż „podpory wysuwane skośnie z możliwością rozstawienia pod samochodem stojącym drabiny otrzymają 30 pkt, a podpory nie dające takich

możliwości otrzymają 0 pkt, lecz nie eliminują oferty”, nadto wskazując, iż w pozycji tej należy opisać proponowane rozwiązanie.

2. poz. 4.23 wskazał, iż wymaga drabiny wyposażonej w system tłumienia wahań przeseł drabiny wraz z koszem ratowniczym, dookreślając, iż posiadanie aktywnego (automatycznego) systemu tłumienia wahań powoduje przyznanie 30 pkt, a jego brak to 0 pkt, przy czym nie eliminuje to oferty.
3. poz. 5.4 zamieścił postanowienie, iż w przypadku awarii układu elektrycznego oferowany samochód musi zapewnić możliwość wypoziomowania kosza w trybie awaryjnym, przy czym istnienie tej cechy powoduje przyznanie „10 pkt”, a jej brak to „0 pkt”, przy czym nie eliminuje on oferty.

Bezspornym jest, iż dodatkowe wymagane przez Zamawiającego cechy skutkują przyznaniem dodatkowych punktów w kryterium „ocena techniczna”, jednakże ich brak nie powoduje odrzucenia oferty, a jedynie niemożność uzyskania punktów we wskazanym kryterium. Istotnie, jak Odwołujący podniósł na rozprawie w pozycjach tych maksymalną ilość punktów uzyska drugi z działających na rynku dystrybutorów samochodów strażackich. Niemniej jednak są i takie pozycje, wskazane przez Zamawiającego na rozprawie, a czemu Odwołujący nie zaprzeczył, w których maksymalną ilość punktów uzyska jedynie samochód oferowany przez Odwołującego, czego przykładem jest pozycja „otwarcia od naroży”.

Z powyższego wynika także, iż Zamawiający dopuszcza obydwa rozwiązania istniejące na tego rodzaju rynku, istotnie premiuując dodatkowe cechy oferowanych samochodów, przy czym akurat w tej konkretnej pozycji samochodu oferowanego przez wykonawcę Fire-Max, w innej zaś samochodu oferowanego przez Odwołującego. W tej sytuacji należy postawić pytanie, czy Zamawiający może stawiać kupowanym dla swoich potrzeb samochodom wyższe wymagania niż standardowe, czy też nie. Bezspornie takie wymogi Zamawiający może postawić, jednak nie może sformułować ich w taki sposób, który wyeliminowałby innych potencjalnych wykonawców. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający, stawiając dodatkowe wymogi sformułował je w taki sposób, że ofertę w postępowaniu mogą złożyć także wykonawcy posiadający w swej ofercie samochody niewyposażone w dodatkowe cechy. W takim przypadku nie otrzymują oni punktów, dotyczących oczekiwanej dodatkowo cechy, jednak nie eliminuje to ich ofert z przedmiotowego postępowania.

Odnosząc się do poszczególnych z kwestionowanych pozycji stwierdzić należy, iż:

Bezspornym jest, iż funkcją podpór jest zapewnienie stabilności pojazdu. Niemniej jednak w zależności od uwarunkowań zewnętrznych (wąskiej zabudowy, urządzeń, budowli i innych elementów ograniczających potencjalnie przestrzeń wokół pracującej drabiny) rodzaj zaoferowanych podpór ma istotne znaczenie. Jak bowiem podniósł Zamawiający na rozprawie tego rodzaju uwarunkowania uzasadniają rozstawienie podpór pod przeszkodami,

na dowód czego okazał Izbie zdjęcia urządzeń (ławka) i samochodów, pod którymi osadzono podpory. Fakt, iż podpory te tylko w niewielkiej części znajdują się pod określonymi elementami (ławki, samochody, itp.) nie może, co do zasady ich eliminować. W wąskiej przestrzeni ulic i zaparkowanych samochodów ta cecha samochodu strażackiego niewątpliwie ułatwia szybki dostęp do miejsca zdarzenia, bez konieczności usuwania znajdujących się wokół elementów małej architektury terenu. Być może – jak twierdzi Odwołujący - możliwości techniczne podpór w oferowanych przez niego samochodach są większe. Mają możliwość pokonywania nierówności terenu i różnego rodzaju przeszkód. Tym niemniej oczekiwania Zamawiającego są podyktowane określonymi stałymi elementami otoczenia, które muszą być uwzględnione przy tego rodzaju zakupie, są więc determinowane uwarunkowaniami miasta, w którym ów samochód będzie pracował. Natomiast podpory samochodu oferowanego przez Odwołującego utrudniają przechodzenie nad nimi, a więc swobodne wykonywanie czynności ratowniczych, mimo iż jak podniósł Odwołujący podpory są one usytuowane na wysokości schodka prowadzącego do kabiny i przejście nad nimi nie powinno być trudnością dla strażaków. Mimo to nie są one eliminowane przez Zamawiającego i wykonawca oferujący tego rodzaju podpory mógł złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu. Niemniej jednak dokonywany przez Zamawiającego zakup nie może być w oderwaniu od tych elementów, o ile nie eliminuje konkurencji, a niewątpliwie tego nie czyni, dopuszczając oferowanie innego rozwiązania, jednak preferując dodatkowe rozwiązanie określone warunkami zabudowy i małej architektury.

W odniesieniu do wymogu wyposażenia drabiny w automatyczny system tłumienia wahań przeseł drabiny wraz z koszem ratowniczym podczas nadmiernego ruchu spowodowanego różnymi czynnikami stwierdzić należy, iż obydwaj potencjalni dostawcy oferują samochody wyposażone w system tłumienia wahań. Niemniej jednak samochody strażackie mogą być wyposażone w dodatkowy system tłumienia wahań, który zabezpiecza pole pracy drabiny także przy prędkości wiatru 12 m/s. Brak tego systemu oraz prędkość wiatru do 7 m/s - jak podniósł Zamawiający - powoduje, iż istniejące zabezpieczenia wyłączają całą drabinę. Oznacza to, iż wyposażenie samochodu w dodatkowy system wymagany przez Zamawiającego istotnie podnosi bezpieczeństwo osób użytkujących drabinę. Tak więc cecha ta jest niewątpliwie cechą, która ma znaczenie z punktu widzenia bezpieczeństwa osób korzystających z drabiny.

Możliwość wy poziomowania kosza z wnętrza kosza jest kolejną cechą samochodu premiowaną dodatkowo przez Zamawiającego, z uwagi - jak wielokrotnie podnosił - na bezpieczeństwo pracy strażaka. Funkcja ta, jak twierdził Odwołujący, może być także wykonywana z pozycji dolnego operatora. Jednak, jak podkreślał Zamawiający, opierając się na opinii innych użytkowników samochodów wyposażonych w wymagane przez niego elementy oraz na swym wieloletnim doświadczeniu zawodowym, iż w takim przypadku

operator nie widzi kosza, tak więc sterowanie nim nie może następować z dołu. Dlatego też, przede wszystkim, ze względów bezpieczeństwa premiowane jest spełnianie tego dodatkowego wymogu.

Nadto stwierdzić należy, iż zsumowanie punktów w ww. pozycjach załącznika nr 1, nie oznacza automatycznie, wbrew twierdzeniom Odwołującego, iż nie miał on możliwości nie tylko ubiegania się o przedmiotowe zamówienie, ale i jego uzyskania. W niniejszym postępowaniu Zamawiający określił dwa kryteria oceny ofert, tj. cenę o wadze 80% i ocenę techniczną o wadze 20%. Oznacza to, iż nawet, gdyby Odwołujący tylko w określonych pozycjach załącznika nr 1 uzyskał 0 pkt, to jednak pozostałe uzyskane punkty, w tym także w kryterium ceny (Odwołujący mógłby bowiem rozważyć zaproponowanie niższej ceny) nie wskazuje na konieczność skalkulowania ceny poniżej kosztów wytworzenia samochodu.

Izba nie stwierdziła naruszenie wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentów przedłożonych przez Strony na rozprawie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 294,00 zł, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).