

Sygn. akt: KIO 2223/20

WYROK

z dnia 1 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 września 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **7 września 2020 r.** przez wykonawcę **Rosenbauer Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Łomiankach,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Białymstoku,**

przy udziale wykonawcy **Fire-Max Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie w zakresie następujących zarzutów: (i) naruszenia art. 30 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego zespołu drabiny oraz art. 91 ust. 1, 2, 2d w zw. z art. 36 ust. 1 w zw. z art. 30 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie opisanego kryterium oceny ofert dotyczącego zespołu drabiny (zarzut nr 4 i 5 odwołania); (ii) naruszenia art. 30 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego fotela bądź jego oparcia pkt 5.12 Załącznika 1b do SIWZ (zarzut nr 9 odwołania); (iii) naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ KC w zakresie zarzutów dotyczących §6 ust. 8 projektu umowy (zarzut nr 11 odwołania);**

2. **Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36aa ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i nakazuje zamawiającemu Komendzie Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Białymstoku dokonanie podziału części B zamówienia w sposób umożliwiający złożenie oddzielnych ofert zarówno na dostawę 1 szt. samochodu z drabiną mechaniczną o wysokości ratowniczej min. 40 m, jak i na dostawę 1 szt. samochodu z drabiną mechaniczną o wysokości ratowniczej min. 30m oraz dokonanie innych zmian będących skutkiem podziału zamówienia na części.**

3. **W pozostałym zakresie oddała odwołanie.**

4. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Białymstoku** i:
 - 4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Rosenbauer Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Łomiankach** tytułem wpisu od odwołania;

 - 4.2 zasądza od **zamawiającego Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Białymstoku** na rzecz wykonawcy **Rosenbauer Polska Sp. z o.o., siedzibą w Łomiankach** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 **Białymstoku**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 7 września 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Rosenbauer Polska sp. z o.o. (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Komendzie Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Białymstoku (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie w postępowaniu pn.: „Dostawa 5 sztuk samochodów z drabiną mechaniczną w ramach projektu pn. „Usprawnienie systemu ratownictwa na drogach - etap IV” współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Infrastruktura i Środowisko 2014-2020”:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36aa ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez dokonanie przez Zamawiającego podziału Zamówienia w sposób nieuzasadniony specyfikacją zamówienia, w związku z objęciem w ramach części B postępowania dostawy dwóch różnych typoszeregów samochodów (o wysokości drabiny ratowniczej min. 30 metrów oraz min. 40 metrów), podczas gdy całkowita odmienność techniczna obu typów pojazdów uzasadnia ich ujęcie w ramach oddzielnych części Zamówienia - co w konsekwencji doprowadziło do ograniczenia możliwości udziału w postępowaniu przez wykonawców posiadających w swojej ofercie tylko jeden z wymaganych typoszeregów samochodów (o wysokości drabiny ratowniczej min. 30 metrów albo min. 40 metrów);
- 2) art. 30 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu Zamówienia bez wskazania określeń dot. wydajności lub funkcjonalności podpór skośnych, których Zamawiający wymaga (pkt 5.4. Załącznika nr 1b do SIWZ - samochód o wysokości drabiny ratowniczej min. 30 metrów oraz min. 40 metrów) oraz za które jednocześnie przyznaje dodatkową punktacją, podczas gdy tego rodzaju wymóg powinien być zgodny z posiadanymi, uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego - co w konsekwencji posiadających w swojej ofercie inny typ podpór;
- 3) art. 91 ust. 1, 2, 2d w zw. z art. 36 ust. 1 (w szczególności pkt 13)) w zw. z art. 30 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, poprzez opisanie kryterium oceny ofert w sposób uniemożliwiający złożenie Odwołującemu oferty, utrudniający uczciwą konkurencję i w sposób naruszający obowiązek zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. kryterium z pkt 5.4. Załącznika nr 1b do SIWZ w zakresie wymagania przez Zamawiającego podpór skośnych oraz jednoczesnego przyznania dodatkowej punktacji wykonawcom stosującym podpory skośne, podczas gdy tego rodzaju wymóg powinien być zgodny z posiadanymi, uzasadnionymi

potrzebami Zamawiającego – co w konsekwencji doprowadziło do ograniczenia możliwości udziału w postępowaniu przez wykonawców posiadających w swojej ofercie inny typ podpór;

- 4) art. 30 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu Zamówienia bez wskazania określeń dot. wydajności lub funkcjonalności zespołu drabiny wymaganej przez Zamawiającego (pkt 5.3. Załącznika nr 1b do SIWZ), podczas gdy tego rodzaju wymóg powinien być zgodny z posiadanymi, uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego - co w konsekwencji doprowadziło do możliwości wzięcia udziału w postępowaniu wyłącznie przez jednego wykonawcę, legitymującego się ochroną patentową na rozwiązanie wymagane przez Zamawiającego;
- 5) art. 91 ust. 1, 2, 2d w zw. z art. 36 ust. 1 (w szczególności pkt 13)) w zw. z art. 30 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, poprzez opisanie kryterium oceny ofert w sposób uniemożliwiający złożenie odwołującemu oferty, utrudniający uczciwą konkurencję i w sposób naruszający obowiązek zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. kryterium z punktu 5.3. Załącznika nr 1b do SIWZ w zakresie wymaganego przez Zamawiającego zespołu drabiny, podczas gdy tego rodzaju wymóg powinien być zgodny z posiadanymi, uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego - co w konsekwencji doprowadziło do ograniczenia możliwości udziału w postępowaniu przez wykonawców posiadających w swojej ofercie inne rozwiązania techniczne;
- 6) art. 30 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu Zamówienia bez wskazania określeń dot. wydajności lub funkcjonalności sposobu montowania działka wodno-pianowego (montaż w czołowej ścianie kosza) (pkt 5.4. ppkt 1.2. Załącznika nr 1a do SIWZ), podczas gdy tego rodzaju wymóg powinien być zgodny z posiadanymi, uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego - co w konsekwencji doprowadziło do ograniczenia możliwości udziału w postępowaniu przez wykonawców posiadających w swojej ofercie inne rozwiązania techniczne;
- 7) art. 30 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu Zamówienia bez wskazania określeń dot. wydajności lub funkcjonalności sposobu montowania działka wodno-pianowego (montaż w czołowej ścianie kosza) (pkt 6.4. Załącznika nr 1b do SIWZ - samochód z drabiną ratowniczą min. 40 metrów), podczas gdy tego rodzaju wymóg powinien być zgodny z posiadanymi, uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego - co w konsekwencji doprowadziło do ograniczenia możliwości udziału w postępowaniu przez wykonawców posiadających w swojej ofercie inne rozwiązania techniczne;

- 8) art. 30 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu Zamówienia bez wskazania określeń dot. wydajności lub funkcjonalności sposobu montowania działka wodno-pianowego - montaż w czołowej ścianie kosza (pkt 6.4. Załącznika nr 1b do SIWZ - samochód z drabiną ratowniczą min. 30 metrów), podczas gdy tego rodzaju wymóg powinien być zgodny z posiadanymi, uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego - co w konsekwencji doprowadziło do ograniczenia możliwości udziału w postępowaniu przez wykonawców posiadających w swojej ofercie inne rozwiązania techniczne;
- 9) art. 30 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia bez wskazania określeń dot. dopuszczalności rozwiązania, w którym fotel bądź jego oparcie będzie przechylane wraz z manipulatorami zgodnie z pochyleniem przęseł drabiny, spełniając jednocześnie pozostałe wymagania Zamawiającego (pkt 5.14. Załącznika nr 1b do SIWZ - samochód z drabiną mechaniczną min. 30 metrów), podczas gdy brak dopuszczalności tego rodzaju rozwiązania powinien być zgodny z posiadanymi, uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego — co w konsekwencji doprowadziło do ograniczenia możliwości udziału w postępowaniu przez wykonawców posiadających w swojej ofercie inne rozwiązania techniczne;
- 10) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 i art. 353¹ KC poprzez wprowadzenie do projektu umowy postanowień mających charakter niesymetryczny, polegające na określeniu terminu realizacji umowy w sposób uprzywilejowujący wyłącznie Zamawiającego oraz nakładającego na wykonawcę zbyt szeroką odpowiedzialność (§ 4 ust. 2 projektu umowy), podczas gdy dla prawidłowego oszacowania ceny oferty i wzięcia udziału w postępowaniu konieczna jest możliwość oszacowania ryzyk - co w konsekwencji doprowadziło do ograniczenia możliwości udziału w postępowaniu;
- 11) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 i art. 353¹ KC poprzez wprowadzenie do projektu umowy postanowień nakładających na wykonawcę i obowiązek usunięcia wad lub wymiany samochodu na nowy w przypadku stwierdzenia wad lub niezgodności przedmiotu umowy z opisem określonym w Załączniku nr 1 do SIWZ (§ 6 ust. 8 projektu umowy) bez jednoczesnego wskazania okoliczności uzasadniających wymianę przedmiotu na wolny od wad, sposobu jej dokonania oraz trybu, podczas gdy dla prawidłowego oszacowania ceny oferty i wzięcia udziału w postępowaniu konieczna jest możliwość oszacowania ryzyk - co w konsekwencji doprowadziło do ograniczenia możliwości udziału w postępowaniu;

12) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 i art. 353¹ KC poprzez zawarcie w projekcie umowy postanowień dot. gwarancji i serwisu (§ 9 wzoru umowy), w sposób niesymetryczny, w szczególności z uwagi na wprowadzenie 7-dniowego terminu na dokonanie czynności serwisowych lub usunięcie wady, brak precyzyjnego określenia sposobu zgłaszania wad/usterek oraz wewnętrznej sprzeczności postanowień projektu umowy w tym zakresie, podczas gdy dla prawidłowego oszacowania ceny oferty i wzięcia udziału w postępowaniu konieczna jest możliwość oszacowania ryzyk - co w konsekwencji doprowadziło do ograniczenia możliwości udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiedniej zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ (wraz z ewentualnym dostosowaniem pozostałych treści dokumentacji postępowania), tj. w zakresie zarzutu:

- 1) numer 1: modyfikacji dokumentacji postępowania (w szczególności pkt 3.1. SIWZ oraz Załącznika nr 1b do SIWZ) poprzez dokonanie podziału części B zamówienia na dwie części - w sposób umożliwiający złożenie oddzielnych ofert zarówno na dostawę 1 szt. samochodu z drabiną mechaniczną o wysokości ratowniczej min. 40m, jak i na dostawę 1 szt. samochodu z drabiną mechaniczną o wysokości ratowniczej min. 30m;
- 2) numer 2 oraz 3: modyfikacji dokumentacji postępowania (w szczególności pkt 15.2 SIWZ oraz pkt 5.4. Załącznika nr 1b do SIWZ odnośnie zarówno samochodu o wysokości drabiny ratowniczej min. 30 metrów, jak i 40 metrów) poprzez: (i) rezygnację z przyznania dodatkowej punktacji bocznym podporom stabilizacyjnym skośnym; (ii) wykreślenie wymogu co do możliwości rozstawiania podpór pod przeszkodami oraz swobodnego przechodzenia nad podporami;
- 3) numer 4 oraz 5: modyfikacji dokumentacji postępowania (w szczególności pkt 5.3. Załącznika nr 1b do SIWZ odnośnie zarówno samochodu o wysokości drabiny ratowniczej min. 30 metrów, jak i 40 metrów) poprzez wykreślenie wymogu, aby zespół drabiny musiał być wyposażony w przegubowe (łamane) ostatnie najwyższe przesło z możliwością oddzielnego wysuwania;
- 4) numer 6: modyfikacji dokumentacji postępowania (w szczególności pkt 5.4. ppkt 1.2. Załącznika nr 1a do SIWZ) poprzez doprecyzowanie, iż dopuszczalne jest rozwiązanie polegające na zamontowaniu działka wodno-pianowego również w jednym z naroży kosza ratowniczego (przylegających do czołowej ściany kosza ratowniczego);
- 5) numer 7: modyfikacji dokumentacji postępowania (w szczególności pkt 6.4. Załącznika nr 1b do SIWZ odnośnie samochodu o wysokości drabiny ratowniczej min. 40

metrów) poprzez doprecyzowanie, iż dopuszczalne jest rozwiązanie polegające na zamontowaniu działka wodno-pianowego również w jednym z naroży kosza ratowniczego (przylegających do czołowej ściany kosza ratowniczego);

6) numer 8: modyfikacji dokumentacji postępowania (w szczególności pkt 6.4. Załącznika nr 1b do SIWZ odnośnie samochodu o wysokości drabiny ratowniczej min. 30 metrów) poprzez doprecyzowanie, iż dopuszczalne jest rozwiązanie polegające na zamontowaniu działka wodno-pianowego również w jednym z naroży kosza ratowniczego (przylegających do czołowej ściany kosza ratowniczego);

7) numer 9: modyfikacji dokumentacji postępowania (w szczególności pkt 5.14. Załącznika nr 1b do SIWZ odnośnie samochodu o wysokości drabiny ratowniczej min. 30 metrów) poprzez doprecyzowanie oraz dopuszczenie rozwiązania, w ramach którego fotel (bądź oparcie fotela) przechyłane będzie wraz z manipulatorami zgodnie z pochylaniem przęseł drabiny (na wzór rozwiązania technicznego wskazanego w pkt 5.14. Załącznika nr 1b do SIWZ odnośnie samochodu o wysokości drabiny ratowniczej min. 40 metrów);

8) numer 10: modyfikacji dokumentacji postępowania (§4 ust. 2 projektu umowy) poprzez ustanowienie braku odpowiedzialności wykonawcy za nieterminowe wykonanie umowy w razie zaistnienia okoliczności niezależnych od wykonawcy, w szczególności wystąpienia siły wyższej;

9) numer 11: modyfikacji dokumentacji postępowania (§6 ust. 8 projekt umowy) poprzez doprecyzowanie, iż wymiana przedmiotu umowy na wolny od wad będzie obowiązkowa wyłącznie wówczas, gdy stwierdzona wada lub niezgodność przedmiotu umowy z opisem określonym w załączniku nr 1 do SIWZ (stanowiącym załącznik nr 1 do umowy) jest istotna, brak jest możliwości usunięcia stwierdzonej wady lub niezgodności w inny sposób;

10) numer 12: modyfikacji dokumentacji postępowania, tj.:

a) §9 ust. 3 poprzez zmianę dotychczasowego terminu z 7 dni na 14 dni,

b) §9 ust. 4 poprzez doprecyzowanie, w jaki sposób dokonywane będzie zgłaszanie wad oraz konieczności wykonania czynności serwisowej,

c) §9 ust. 6 poprzez zmianę dotychczasowego terminu z 3 dni na 14 dni;

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał co następuje:

Zarzut nr 1, wniosek nr 2.1):

Odwołujący wskazał, że instytucją zamawiającą w nin. postępowaniu jest Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Białymstoku działająca również jako pełnomocnik:

1) Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Warszawie;

- 2) Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Gdańsku
- 3) Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Katowicach;
- 4) Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Poznaniu.

Zamówienie obejmuje dostawę 5 sztuk samochodów z drabiną mechaniczną, tak więc dla każdego użytkownika została przeznaczona 1 sztuka samochodu.

W punkcie 3.1. SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia), Zamawiający dokonał podziału zamówienia na części w następujący sposób:

- 1) Część A zamówienia - dostawa 3 sztuk samochodów z drabiną mechaniczną o wysokości ratowniczej min. 30 metrów;
- 2) Część B zamówienia - dostawa 2 sztuk samochodów z drabiną mechaniczną o wysokości ratowniczej min. 30 i 40 metrów.

Zamawiający wskazał, że wykonawca może złożyć ofertę na każdą część zamówienia. W ocenie Odwołującego sposób sformułowania zamówienia oraz dokonany podział pozostają w sprzeczności z przepisami PZP, w szczególności ograniczają konkurencję, zawężając grono wykonawców, będących potencjalnie zainteresowanych realizacją zamówienia. Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 36 aa ust. 1 PZP zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części. Odwołujący wskazał, że w ustawie Pzp wprowadzona została regulacja, w myśl której, jeśli zamawiający nie uzna za celowe dzielenia zamówienia, to każdorazowo zobowiązany jest do wskazania w protokole postępowania powodów, dla których zaniechał podziału zamówienia na części (art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp). Zamawiający zatem w każdym przypadku powinien rozważyć zasadność podziału zamówienia na części.

W ocenie Odwołującego specyfikacja przedmiotu zamówienia nie uzasadnia przyjętego przez Zamawiającego podziału, w ramach którego część B zamówienia obejmuje dostawę dwóch różnych typoszeregów samochodów (o wysokości drabiny ratowniczej min. 30 metrów oraz min. 40 metrów). Tytułem przykładu można wskazać na podstawowe dodatkowe (poza wymaganą wysokością ratowniczą cytowaną powyżej) różnice pomiędzy pojazdami wynikające z Załącznika nr 1b do SIWZ:

1. Wymiary pojazdu w pozycji transportowej (pkt 2.5.) / dla drabiny mechanicznej typoszeregu SD30 wymóg wysokości pojazdu w pozycji transportowej (nie większa niż 3050 mm) jednoznacznie wskazujący na konieczność zaoferowania specjalistycznego podwozia z kabiną „niskiego wejścia” typu low entry; przy jednoczesnej możliwości oferowania pojazdu o podwoziu „standardowym/seryjnym” dla drabiny typoszeregu SD40;

2. Masa całkowita pojazdu (pkt 2.6.) / masa całkowita kompletnego samochodu maks. 16000 kg dla pojazdu SD30 i maks. 18 000 kg dla pojazdu SD40;
3. Maksymalna prędkość (pkt 2.10. - 90 km/h dla SD30, pkt 2.12. - 100 km/h dla SD40);

Odwołujący wskazał, że wyżej wymienione rozbieżności mają charakter fundamentalny dla przedmiotu zamówienia, a ich analiza wskazuje, iż Zamawiający w sposób nieuzasadniony postanowił objąć 2 różne samochody jedną częścią postępowania (część B).

Odwołujący podkreślił, że kwestię dotyczącą możliwości podziału zamówienia na części, ustawodawca pozostawił do wyłącznej dyspozycji zamawiającego (art. 36aa ust. 1 p.z.p.). Jednakże decyzja ta, mająca istotne znaczenie dla biegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności na umożliwienie udziału w postępowaniu szerszemu gronu podmiotów, specjalizujących się w danym przedmiocie zamówienia, nie może pozostawać o tyle subiektywna, o ile zamawiający bez głębszej refleksji nie uwzględni faktycznych okoliczności uniemożliwiających mu podzielenie zamówienia na części. Zamawiający podejmując decyzję o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma bowiem obowiązek zbadać, czy przedmiot zamówienia jest podzielny, czy podział zamówienia na części znajduje swoje racjonalne uzasadnienie i czy podział zamówienia przyniesie lub może przynieść wymierne korzyści finansowe. Nie należy również zapominać, iż decyzja zamawiającego musi również uwzględniać sytuację podmiotową wykonawców, tj. zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy jego decyzja nie naruszy zasady wyrażonej w przepisie art. 7 ust. 1 p.z.p., tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 maja 2017 r., KIO 920/17).

Ponadto Odwołujący wskazał, iż połączenie w ramach jednej części zamówienia na 2 różne typy szeregi/modele pojazdów o wskazanych (oczekiwanych) przez Zamawiającego parametrach powoduje dalej idące ograniczenie możliwości udziału w postępowaniu i tym samym ograniczenie konkurencji. W ocenie Odwołującego w obszarze pojazdów objętych nin. postępowaniem zdecydowana większość firm obecna na rynku oferuje pojazdy wypełniające opis zawarty na stronach 17-32 Załącznik 1b do SIWZ. Natomiast pojazd, którego opis (w połączeniu z dodatkowymi wymogami technicznymi „poza podwoziowymi”) znalazł się na stronach 1-16 Załącznik 1b do SIWZ jest de facto oferowany przez jednego producenta (IVECO MAGIRUS AG). W tej sytuacji wykonawcy, którzy nie posiadają u siebie pojazdów o specyfice technicznej określonej naj stronach 1-16 Załącznika 1b do SIWZ wyłączeni są z możliwości zaoferowania swojego pojazdu nawet jeżeli spełniają wszelkie wymogi dot. drugiego z pojazdów dla części B. Brak jest uzasadnienia ekonomicznego,

praktycznego i funkcjonalnego dla połączenia w jednej części zamówień na oba Rodzaje. W szczególności Zamawiający nie osiąga żadnych oszczędności ekonomicznych oraz nie uzyskuje żadnego efektu dodanego od strony technologicznej lub funkcjonalnej. Wymaga również podkreślenia, iż łączenie różnych typów pojazdów w jeden jest praktyką wysoce niespotykaną w zamówieniach, nie tylko w Polsce, ale i na terenie Unii Europejskiej.

Zarzut nr 2 i 3, wniosek nr 2.2):

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt. 5.4. Załącznika nr 1b do SIWZ dla obu pojazdów w części B wymaga czterech podpór stabilizacyjnych wysuwanych hydraulicznie z możliwością rozstawiania podpór pod przeszkodami (pojazdy, balustrady). Tego typu teoretyczna (i mocno ograniczona) możliwość jest oferowana wyłącznie przez podpory typu skośnego (w Polsce jedynymi znanymi użytkowymi są podpory skośne Vario firmy IVECO MAGIRUS). Jednocześnie Zamawiający w kryterium „Ocena techniczna” przyznaje dodatkową punktację za podpory skośne. W praktyce podpory skośne są wymagane jako kryterium podstawowe, ale także dodatkowe (punktowane).

W ocenie Odwołującego taki sposób ukształtowania zamówienia stanowi wyraźne wskazanie i preferencję na rzecz wykonawców, stosujących w swojej ofercie tego typu rozwiązania. Rynek pojazdów będących przedmiotem nin. postępowania ogranicza się bowiem do wąskiej liczby producentów, których oferta rynkowa jest z całą pewnością Zamawiającemu znana. Przyjęte rozwiązanie w sposób jednoznaczny ma charakter ograniczający konkurencję, co zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp jest niedopuszczalne. Odwołujący powołał się na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 maja 2017 r., sygn. akt II GSK 3710/15.

Odwołujący wskazał, że nie kwestionuje uprawnień Zamawiającego do wprowadzania określonych rozwiązań oraz wymogów zawężających krąg określonych wykonawców, ale wskazuje jednak, iż modyfikacje tego rodzaju nie mogą stanowić uprzywilejowania określonego wykonawcy oraz naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Każde postanowienie SIWZ mogące w swojej istocie stanowić naruszenie zasady uczciwej konkurencji musi być uzasadnione realną funkcjonalną potrzebą zamawiającego uzasadniającą przyjęcie określonego rozwiązania. Rozwiązanie przyjęte przez zamawiającego nie spełnia takiego wymogu. Uprzywilejowany sposób podparcia nie ma wpływu na pozostałe parametry techniczne samochodów pożarniczych oraz w żaden sposób nie wpływa na ich funkcjonalność. Zastosowany sposób podparcia - podpory stabilizacyjne wysuwane skośnie w konsekwencji prowadzi jedynie do wykluczenia wykonawców, którzy stosują inny, ale przecież nie mniej funkcjonalny sposób podparcia. Sposób podparcia (czy to w formie

skośnej, czy ramy H) w żaden sposób nie oddziałuje na funkcjonowanie pojazdów ratowniczo- gaśniczych. M.in. Odwołujący (ale też wielu innych producentów) standardowo oferuje w swoich pojazdach z drabiną mechaniczną system podpór w układzie H, który jest równoważny wobec preferowanych przez Zamawiającego podpór skośnych. Podobne rozwiązanie jest wykorzystywane m.in. we wszystkich podnośnikach hydraulicznych, zarówno przemysłowych, jak i ratowniczych ze względu na doskonałą stabilność oraz uniwersalność rozwiązania. Aktualna treść SIWZ w sposób jednoznaczny wskazuje na uprzywilejowanie określonego wykonawcy, przy jednoczesnej dyskryminacji pozostałych. Odwołujący podkreślą, iż oba rozwiązania są w pełni bezpieczne, spełniają wszystkie wymogi zamawiającego, posiadają wszystkie wymagane prawem dopuszczenia do stosowania. Podpory innego typu niż skośne uzyskały odpowiednie certyfikacje Centrum Naukowo- Badawczego Ochrony Przeciwpożarowej, a zatem test warunku ich dopuszczalności oraz funkcjonalności został przeprowadzony. W rezultacie, brak jest możliwości uznania, że zawężenie zakresu możliwych do zastosowania rozwiązań technicznych jest uzasadnione posiadanymi przez zamawiającego potrzebami. Również z SIWZ nie wynikają okoliczności uzasadniające większą funkcjonalność tego rozwiązania. Zamawiający nie wprowadził wymogu rozstawiania podpór pod przeszkodami (pojazdy, balustrady) oraz dodatkowej punktacji za podpory skośne w części A postępowania. Rozwiązanie takie może mieć kluczowe znaczenie przy pojazdach stosowanych w określonych miejscach oraz szczególnych sytuacjach oraz szczególnych okolicznościach, związanych przykładowo z ochroną przeciwpożarową portów lotniczych. Przedmiotowe zamówienie nie odnosi się do takich szczególnych okoliczności.

Zdaniem Odwołującego samochody pożarnicze powinny przede wszystkim w sposób prawidłowy zapewnić możliwość pracy w jak największym zakresie (np. kąty ujemne, jak największy wysięg boczny, itp.) niezależnie od wybranego systemu podparcia. Rozwiązanie uprzywilejowane przez Zamawiającego nie jest ani bardziej optymalne ani nie gwarantuje większego bezpieczeństwa stosowania. Nadmienić należy, iż dla podpór typu rama H wymagana jest zdecydowanie mniejsza ilość miejsca - tylko 4850 mm. Taka konstrukcja podpór (rama H) umożliwia jednocześnie osiągnięcie identycznych parametrów wysokości ratowniczej (40 m) oraz możliwość pracy nawet do -22° poniżej poziomu gruntu.

W ocenie Odwołującego aktualne postanowienie SIWZ prowadzi do znaczącego ograniczenia możliwości zaproponowania przez innych zainteresowanych udziałem w postępowaniu uczestników, w tym przez Odwołującego alternatywnych rozwiązań, w pełni odpowiadających wymogom oraz spełniającym potrzeby Zamawiającego, ale posiadających inne rozwiązania techniczne, które pozostają bez wpływu na funkcjonalność przedmiotu

zamówienia. Rozwiązanie przyjęte przez Zamawiającego zawęży krąg wykonawców mogących zaoferować rozwiązania konkurencyjne. Utrudnia i pozostaje bez korzyści dla zamawiającego, w postaci lepszej funkcjonalności, dostępności czy też awaryjności, a zatem per se prowadzi do ograniczenia konkurencji i jako takie powinno zostać zmodyfikowane.

Zarzut nr 4 i 5, wniosek nr 2,3):

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w punktach 5.3. Załącznika 1b do SIWZ (postanowienie dot. samochodu z drabiną o dł. min. 30 oraz 40 metrów) wymaga od wykonawców zaoferowania zespołu drabiny wyposażonego w przegubowe (łamane) ostatnie najwyższe przęsło z możliwością oddzielnego wysuwania. Określenie takiego wymogu prowadzi do faktycznego wyłączenia z możliwości ofertowania wykonawców oferujących inne, alternatywne, a przy tym równoważne rozwiązania, spełniając przy tym pozostałe wymogi cytowanego punktu. Co więcej rozwiązanie, którego oczekuje Zamawiający objęte jest prawem wyłącznym z patentu europejskiego nr EP1726773 udzielonego na rzecz firmy IVECO MAGIRUS AG z siedzibą w Niemczech przy Nicolaus-Ottó-Strasse 25-27, D-89079 Ulm. Oznacza to, iż wprowadzenie rzeczonożego wymogu budzi wątpliwości również od strony rynkowej, gdyż wedle posiadanych informacji na chwilę obecną spośród producentów funkcjonujących na obszarze Unii Europejskiej takie rozwiązanie może w istocie zaoferować tylko jeden wykonawca, który posiada na nie ochronę patentową, w/w firma IVECO MAGIRUS AG. Tym samym poprzez wprowadzenie wymogu o takiej treści, de facto wyklucza innych przedsiębiorców z możliwości udziału w postępowaniu. Zatem, w ocenie Odwołującego, wskazany przez Zamawiającego wymóg jest dyskryminacyjny z uwagi na ograniczenie przez Zamawiającego kręgu wykonawców do podmiotów oferujących (podmiotu oferującego) wyłącznie wymagane rozwiązanie.

Zarzut nr 6, 7, 8, wniosek nr 2.4), 2.5), 2.6)

Odwołujący wskazał, iż brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia praktycznego, technicznego oraz taktycznego dla montażu działka w czołowej ścianie kosza, a nie np. zapewnieniu miejsca montażowego (do wpięcia działka) odsuniętego konstrukcyjnie o ok. 15 cm od czołowej ściany kosza. Straty ciśnienia na takiej długości odcinka są praktycznie pomijalne, a samo działko z miejscem montażowym cofniętym konstrukcyjnie o ok. 15 cm, w trybie pracy ma dyszę gaśniczą (miejsce wylotu wody z działka) wysuniętą do przodu o kilkadziesiąt centymetrów (identycznie jak działko montowane w dokładnej definicji „czołowej ścianie kosza”). Zatem wykluczyć należy również argument o mniejszym zasięgu rzutu (odległości

na którą podaje się środki gaśnicze z działka), gdyż płaszczyzna od której zaczyna się pomiar zasięgu rzutu omawianych powyżej miejsc montażowych działek będzie praktycznie identyczna.

Zarzut nr 9, wniosek nr 2.7)

Analiza obu zapisów dotyczących fotela wskazuje na dwie główne cechy, które są wymagane przez Zamawiającego: a) konieczność wyposażenia głównego stanowiska sterowniczego w podgrzewany fotel operatora; b) konieczność wyposażenia głównego stanowiska operatora w funkcjonalność umożliwiającą operatorowi bieżące śledzenie ruchu zespołu przęseł drabiny podczas ich pracy (ruch zgodnie z pochylaniem przęseł drabiny). Zatem, niezależnie od tego czy pochylaniu ulegać będzie cały fotel (włącznie z „podłogą”) czy tylko oparcie fotela wraz ze wszystkimi niezbędnymi do prawidłowej i bezpiecznej pracy manipulatorami wymóg Zamawiającego należy uznać za spełniony. Odwołujący zauważył, iż w tym samym postępowaniu w części A oraz w pojeździe typu SD40 w części B postępowania Zamawiający dopuszcza „główne stanowisko sterownicze wyposażone w podgrzewany fotel operatora. Fotel (bądź oparcie fotela) przechylany wraz z manipulatorami zgodnie z pochylaniem przęseł drabiny.”

Zarzut nr 10, wniosek nr 2.8):

Odwołujący wskazał, że w § 4 projektu umowy, Zamawiający wprowadził postanowienia dot. terminowego wykonania umowy. Zgodnie z ich treścią, wykonawca każdorazowo ponosi odpowiedzialność za terminowe wykonanie umowy, z wyłączeniem okoliczności leżących po stronie Zamawiającego lub Odbiorcy. Jednocześnie Zamawiający określił tryb postępowania w sytuacji wystąpienia zwłoki wykonawcy w realizacji umowy. W ocenie Odwołującego postanowienia zaproponowane przez Zamawiającego mają charakter niesymetryczny. Odwołujący wskazują na potrzebę ich modyfikacji, przede wszystkim z uwagi na panujący aktualnie stan epidemii. Wirus COVID-19 w sposób immanentny wpływa na sposób funkcjonowania producentów oraz dostawców, często prowadząc do zakłócenia ew. terminowości w świadczonych usługach. Wykonawca nie ma możliwości przewidzenia wszelkich okoliczności, które mogą zaistnieć bez jego winy, a które będą miały wpływ na terminową realizację umowy.

Zarzut nr 11, wniosek nr 2.9):

Odwołujący wskazał, że w § 6 ust. 8 projekt umowy, Zamawiający wprowadza na wykonawcę obowiązek niezwłocznego usunięcia wad lub wymiany przedmiotu umowy na

wolny o wad, każdorazowo w przypadku stwierdzenia wad lub niezgodności przedmiotu umowy z opisem określonym w Załączniku nr 1 do SIWZ. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie precyzuje w jakich okolicznościach zasadnym będzie ew. usunięcie przez wykonawcę wad, a w jakich okolicznościach wykonawca będzie zobowiązany do wymiany przedmiotu umowy na wolny od wad.

Zarzut nr 12, wnioski nr 2.10):

Odwołujący wskazał na konieczność doprecyzowania postanowień w zakresie czasu reakcji, trybu oraz sposobu dokonywania napraw gwarancyjnych oraz serwisowych. Aktualnie brzmienie postanowień projektu umowy w tym zakresie stanowi wyraźne uprzywilejowanie Zamawiającego. Ponadto, Odwołujący pragnie zwrócić uwagę na brak konsekwencji Zamawiającego oraz wprowadzenie odmiennych terminów na realizację obowiązków gwarancyjnych oraz serwisowych: w § 9 ust. 3 projektu umowy, Zamawiający wprowadza termin 7 dni na dokonanie czynności serwisowej lub usunięcie wady, natomiast w § 9 ust. 6 przewiduje w tym zakresie termin 3 dniowy.

Izba ustaliła co następuje:

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w rozumieniu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r. poz. 1092).

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) dokumentację fotograficzną dotyczącą właściwości ramy H oraz systemu podpór hydraulicznych Magirus Vario na okoliczność wykazania, że iż są to rozwiązana równoważne do tych oferowanych w wozach strażackich wyposażonych w podpory skośne; (ii) porównanie przykładowych działek wodno – pianowych w konstrukcji działka montowanego w czołowej ścianie kosza oraz działka montowanego w jednym z naroży kosza ratowniczego na okoliczność wykazania, że oba rozwiązania spełniają wymagania Zamawiającego i powinny być dopuszczone do oferowania w przedmiotowym postępowaniu; (iii) umowę o dofinansowanie z dnia 3 października 2017 r. oraz korespondencje e-mailową z Centrum Unijnych Projektów Transportowych na okoliczność wykazania prawidłowości przyjętego podziału zamówienia na części; (iv) biuletyn Informacji Państwowej Straży Pożarnej za rok 2018 r. na okoliczność wykazania, iż wozy strażackie z ramą H są powszechnie użytkowane w straży pożarnej; (v) zapytanie ofertowe z dnia 2 czerwca 2020 r. na okoliczność wykazania, że Zamawiający dopuszczał podział zamówienia na trzy części; (vi) ranking

najlepiej sprzedających się nowych samochodów osobowych w Polsce na okoliczność wykazania, że większość samochodów osobowych ma niewystarczający prześwit w celu zamontowania systemu podpór skośnych; (vii) dokumentację fotograficzną dotyczącą sposobu pracy podpór skośnych i podpór w wozach strażackich z ramą H na okoliczność wykazania, że są to systemu równoważne i odpowiadające wymaganiom Zamawiającego; (viii) informację handlową dotyczącą producentów wozów strażackich z zamontowanym działkiem wodno – pianowym w przedniej ścianie kosza na okoliczność wykazania, że istnieje wielu producentów na rynku oferujących takie rozwiązanie; (ix) dokumentację fotograficzną obrazującą funkcjonalności wozów strażackich, w których działko wodno – pianowe jest zamontowane w bocznej ścianie kosza na okoliczność wykazania, że oba rozwiązania spełniają wymagania Zamawiającego i powinny być dopuszczone w SIWZ; (x) formularz oferty Odwołującego z dnia 18 listopada 2019 r. wraz z informacjami prasowymi na okoliczność wykazania, że Odwołujący posiada w swojej ofercie wozy strażackie spełniające wymagania Zamawiającego.

Izba ustaliła, że instytucją zamawiającą jest Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Białymstoku działająca również jako pełnomocnik:

- 1) Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Warszawie;
- 2) Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Gdańsku
- 3) Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Katowicach;
- 4) Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Poznaniu.

Zamówienie obejmuje dostawę 5 sztuk samochodów z drabiną mechaniczną. Dla każdego użytkownika została przeznaczona 1 sztuka samochodu.

W punkcie 3.1. SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia), Zamawiający dokonał podziału zamówienia na części w następujący sposób:

- 1) Część A zamówienia - dostawa 3 sztuk samochodów z drabiną mechaniczną o wysokości ratowniczej min. 30 metrów;
- 2) Część B zamówienia - dostawa 2 sztuk samochodów z drabiną mechaniczną o wysokości ratowniczej min. 30 i 40 metrów.

Izba ustaliła, że w części B zamówienia Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: cena 60%, parametry techniczne 16%, gwarancja 24%. W zakres oceny w kategorii parametry techniczne Zamawiający wskazał, iż ocenie będą podlegać dwa elementy: (i) moc silnika – 14 pkt oraz boczne podpory stabilizacyjne skośne – 4 pkt.

Załącznik 1b do SIWZ zawierał szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dotyczącego części B. W pkt 5.4 Zamawiający zawarł listę wymagań dotyczących podpór stabilizacyjnych, w tym m.in. wymaganie, aby podpory stabilizacyjne posiadały możliwość rozstawiania pod przeszkodami (pojazdy, balustrady) oraz zapewniały swobodne przechodzenie nad podporami.

Izba ustaliła, że w załączniku 1a, pkt 5.4, ppkt 1.2 oraz 1b do SIWZ pkt 6.4 Zamawiający określił wymóg dotyczący montażu działka wodno – pianowego. Zamawiający wskazał: działko wodno - pianowe sterowane ręcznie lub elektrycznie zamontowane na stałe (w czołowej ścianie kosza) o wydajności nominalnej min. 2400 l/min, z regulacją wydajności i strumienia (zwarty/rozproszony) zdalnie sterowane z kosza ratowniczego i głównego stanowiska operatora.

Izba ustaliła, że w załączniku nr 3 do SIWZ Zamawiający zawarł wzór umowy. W §4 pkt 2 Zamawiający wskazał, że wykonawca jest odpowiedzialny za terminowe wykonanie umowy. Nie dotyczy to nieterminowego wykonania umowy z powodu okoliczności leżących po stronie Zamawiającego lub Odbiorcy. W §4 pkt 3 Zamawiający wskazał, że w przypadku, gdy zwłoka wykonawcy w wykonaniu umowy przekroczy 14 dni, Zamawiający wezwie wykonawcę do wykonania umowy pod rygorem odstąpienia w terminie 14 dni. W §9 pkt 3 wzoru umowy „Gwarancja i Serwis”, Zamawiający wskazał, że czynności serwisowe lub usunięcie wad nastąpi w ciągu 7 dni od zawiadomienia przez użytkownika o konieczności usunięcia wady lub wykonania czynności serwisowej.

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została spełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w trybie art. 189 ust. 1 Pzp, a Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba stwierdziła, że w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym w ocenie Izby wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie następujących zarzutów: (i) naruszenia art. 30 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego zespołu drabiny oraz art. 91 ust. 1, 2, 2d w zw. z art. 36 ust. 1 w zw. z art. 30 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie opisanego kryterium oceny ofert dotyczącego zespołu drabiny (zarzut nr 4 i 5 odwołania); (ii) naruszenia art. 30 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego fotela bądź jego oparcia pkt 5.12 Załącznika 1b do SIWZ (zarzut nr 9 odwołania); (iii) naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353¹ KC w zakresie zarzutów dotyczących §6 ust. 8 projektu umowy (zarzut nr 11 odwołania). Podczas posiedzenia z udziałem stron oraz podczas rozprawy, pełnomocnik Odwołującego złożył do protokołu oświadczenie o cofnięciu ww. zarzutów. W ocenie Izby rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami jest bezcelowe. Jednocześnie informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w *uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15*. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego wyrażono identyczne stanowisko w szeregu orzeczeń Izby m.in. w wyroku KIO z 26 października 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36aa ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie przez Zamawiającego podziału zamówienia w sposób nieuzasadniony specyfikacją zamówienia. W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36aa ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

Wskazać należy na wstępie, że kwestię dotyczącą możliwości podziału zamówienia na części, ustawodawca pozostawił do wyłącznej dyspozycji zamawiającego (art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp). Jednakże decyzja ta, mająca istotne znaczenie dla biegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności na umożliwienie udziału w

postępowaniu szerszemu gronu podmiotów, specjalizujących się w danym przedmiocie zamówienia, nie może pozostawać o tyle subiektywna, o ile zamawiający bez głębszej refleksji nie uwzględni faktycznych okoliczności uniemożliwiających mu prawidłowe podzielenie zamówienia na części bądź też celowo nie dokonuje podziału zamówienia na części, kierując się bliżej nieuzasadnionym interesem własnym. Zamawiający, podejmując decyzję o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma bowiem obowiązek zbadać, czy przedmiot zamówienia jest podzielny, czy podział zamówienia na części znajduje swoje racjonalne uzasadnienie i czy podział zamówienia przyniesie lub może przynieść wymierne korzyści finansowe. Decyzja zamawiającego musi uwzględniać sytuację podmiotową wykonawców, tj. zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy jego decyzja nie naruszy zasad wyrażonych w przepisach art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. zasady konkurencyjności i zasady równego traktowania wykonawców. Swoboda zatem zamawiającego o podziale zamówienia na części jest ograniczona zasadą uczciwej konkurencji. Należy zatem badać czy w konkretnych okolicznościach decyzja co do podziału zamówienia, co do ilości części nie naruszy konkurencji poprzez ograniczenie możliwości ubiegania się o nie.

Izba w niniejszej sprawie wyraża pogląd, że zasadność dzielenia zamówień na części powinna odzwierciedlać aspekt zwiększania konkurencji na rynku danych usług czy dostaw. Umożliwienie wykonawcom składania ofert częściowych jest jednym z podstawowych instrumentów prawnych, mającym przeciwdziałać nadmiernej agregacji zamówień, ma sprzyjać dywersyfikacji, a tym samym minimalizowaniu ryzyka występowania na rynku zamówień publicznych patologicznych sytuacji, w których możliwość złożenia oferty na realizację zamówienia ograniczona jest do jednego lub do wąskiego grona wykonawców. Takie sytuacje stanowią niewątpliwie naruszenie zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców. Należy zauważyć, że jednym z głównych celów dyrektyw klasycznej z zakresu zamówień publicznych jest zwiększenie udziału sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w rynku zamówień publicznych. Działanie takie powinno zaowocować również zwiększeniem konkurencji między wykonawcami. W motywie 78 preambuły do dyrektywy klasycznej wskazano przykładowe główne przyczyny decyzji instytucji zamawiającej co do braku podziału zamówienia na części tj.: instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia. Należy zauważyć, że ustawodawca europejski za okoliczność uzasadniającą rezygnację z podziału na części uznał jedynie nadmierne trudności, czy koszty oraz brak koordynacji, skutkujący poważną groźbą nieprawidłowej realizacji zamówienia.

W ocenie Izby, o ile art. 36aa ustawy Pzp nie statuuje obowiązku podziału zamówienia na części przez zamawiających, to przepis ten winien być interpretowany łącznie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w celu zbadania czy podział zamówienia na części dokonany przez zamawiającego nie narusza zasad postępowania przetargowego wyrażonych w przywołanym przepisie ustawy. Jeśli zamawiający nie wykazał, aby przyjęty przez niego podział zamówienia nie stał w sprzeczności z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, to wówczas zasadne jest, w ocenie Izby, przyjęcie, iż takie działanie zamawiającego narusza podstawowe zasady postępowania i winno skutkować nakazaniem podziału zamówienia tak, aby zapewnić wydatkowanie środków publicznych na zasadach konkurencyjnych i z poszanowaniem zasady uczuciowej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym możliwości udziału w postępowaniu małych i średnich przedsiębiorstw.

Mając na uwadze powyższe, Izba zauważa, że w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający dokonał podziału zamówienia na części. W zakres części A zamówienia wchodziły trzy tożsame wozy strażackie, w zakres zaś części B zamówienia dwa wozy strażackie, każdy o odmiennych wymaganiach. Uzasadniając tak przyjęty podział zamówienia w części B, Zamawiający powołała się na przepis ustawy z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 (dalej „**ustawa wprowadzająca**”), która wprowadziła do ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (dalej „**ustawa COVID**”), w tym art. 15 vb. Przywołany przepis nakłada na zamawiających obowiązek dokonywania płatności wynagrodzenia w częściach, po wykonaniu części umowy w sprawie zamówienia publicznego lub obowiązek udzielenia zaliczek na poczet wykonania zamówienia, w przypadku umów w sprawie zamówienia publicznego zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Zamawiający argumentował, że powyższa regulacja wymusiła na nim połączenie w ramach części B zamówienia dwóch różnych wozów strażackich, tak aby móc dokonywać płatności częściowej za każdy z nich. Z uwagi na to, iż nie posiada środków na udzielenie zaliczek, tylko takie rozwiązanie gwarantowało przestrzeganie wymogu nałożonego na zamawiających na podstawie art. 15 vb ustawy COVID.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego. Po pierwsze wskazać należy, że każdy podział zamówienia na części musi być zgodny z przepisami ustawy Pzp. Nie chodzi bowiem o dokonanie jakiegokolwiek podziału zamówienia w celu formalnego spełnienia wymagań określonych w ustawie Pzp, ale o taki podział zamówienia, który realizuje zasady

postępowania przetargowego określone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Po drugie, nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia dla przyjętego przez Zamawiającego stanowiska, że w celu spełnienia wymagań wynikających z ustawy COVID konieczne było połącznie w ramach części B zamówienia dostawy dwóch wozów strażackich, bo Zamawiający nie widzi innego sposobu na wypełnienie nałożonego na niego obowiązku wynikającego z art. 15 vb ustawy COVID. Ze stanowiska Zamawiającego wysuwa się wniosek, że gdyby nie ustawa COVID, to zamówienie byłoby podzielona na trzy części.

Izba stoi na stanowisku, że przepis art. 15 vb ustawy COVID nie wyłącza stosowania przepisów ustawy w zakresie zasad podziału zamówienia na części, a tym bardziej stosowania art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. To, że ustawodawca nałożył na zamawiających obowiązek dokonywania płatności częściowych albo zaliczkowania nie może stanowić argumentu uzasadniającego odstępstwo od stosowania przepisów ustawy Pzp do prowadzonych przez zamawiających postępowań. Jak Izba bowiem wskazała powyżej, ustaw COVID w żaden sposób nie wyłącza stosowanie przepisów ustawy Pzp w zakresie innym niż to wynika z art. 15 vb ustawy COVID. Dopuszczenie, aby Zamawiający spełniał obowiązek wynikający z art. 15vb ustawy COVID poprzez usankcjonowane nieprawidłowego podziału zamówienia na części jest, w ocenie Izby, niedopuszczalne. Oznaczałoby to wypełnienie obowiązków wynikających z jednego aktu prawnego poprzez łamanie zasad wynikających z innego aktu prawnego, przy czym, zaznaczyć należy, że regulacje zawarte w tych aktach prawnych nie wykluczają się wzajemnie.

Jak wynika z dokumentów złożonych na rozprawie, co potwierdził sam Zamawiający podczas rozprawy, przewidywał on podział zamówienia na trzy części, jednakże przepisy ustawy COVID zmusiły go do połącznie w ramach części B zamówienia dwóch elementów, które mogłoby stanowić odrębne przedmioty zamówienia, w ramach odrębnych części zamówienia. Zamawiający wskazał, że ze względu na przyjęty model finansowania i podpisaną umowę o dofinansowanie nie ma możliwości zapewnienia zaliczkowania zamówienia, bo nie ma na to środków. Wskazać jednakże należy, że spełnienie obowiązków nałożonych przez ustawodawcę na zamawiających nie może odbywać się poprzez naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i ograniczenie dostępu wykonawcom do zamówienia. Ponadto, Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że nie może wprowadzić zaliczkowania, do którego odwołuje się art. 15 vb ustawy COVID. W tym zakresie Zamawiający wskazał wyłącznie, że nie posiada środków. Z umowy o dofinansowanie wynika jednak, że 15% finansowania pochodzi ze środków krajowych. Nie są znane Izbie powody dla których środki te nie mogą być przeznaczone na zaliczkowanie. Trudno też uznać za zasadną argumentację Zamawiającego, że nie ma tych środków. Skoro ich nie ma,

to nie może zrealizować umowy o dofinansowanie. Podkreślić również należy, że umowa o dofinansowanie może ulec zmianie poprzez podpisanie stosownego aneksu. Z jej treści już obecnie nie wynika zakaz udzielania zaliczek. Możliwość ich udzielenia może być przewidziana przez Zamawiającego w umowie, co wynika m. in. z §7 ust. 12 umowy. To, że Zamawiający nie skorzystał z tego rodzaju uprawnienia wynika wyłącznie z jego decyzji, na którą wykonawcy nie mają żadnego wpływu. Zamawiający poza jednozdaniowym stwierdzeniem, iż nie ma środków na zaliczkę, nie przedstawił żadnego racjonalnego uzasadnienia dla swojej decyzji. Z punktu widzenia wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, irrelevantna pozostaje kwestia sposobu pozyskiwania funduszy na realizację zamówienia przez Zamawiającego, czy też jego możliwości finansowych w zakresie zaliczkowania zamówienia. Wykonawca ma prawo oczekiwać, że przedmiot zamówienia zostanie podzielony w ten sposób, że umożliwi dostęp do zamówienia jak największej liczby wykonawców, na równych zasadach. Działania zaś Zamawiającego mają odwrotny rezultat - zamykają bowiem rynek przed potencjalnymi wykonawcami. Zdaniem Izby Zamawiający w nieuprawniony sposób przerzuca na wykonawców konsekwencje związane z realizacją obowiązków wynikających z art. 15 vb ustawy COVID. Nie ma podstaw, aby aprobować takie działanie Zamawiającego. Skoro ustawa COVID nakłada na Zamawiającego określone obowiązki, to w gestii Zamawiającego jest podjęcie działań zmierzających do ich realizacji. Działanie jednakże, które podjął Zamawiający w analizowanym stanie faktycznym nie mogą zostać zaaprobowane przez Izbę, gdyż naruszają przepisy ustawy Pzp związane z podziałem zamówienia na części poprzez ograniczenie dostępu wykonawcom do zamówienia.

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający podejmuje decyzję o sposobie podziału zamówienia na części w zależności od swoich potrzeb, jednakże w każdym przypadku swoboda Zamawiającego jest ograniczona zasadą zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający jest zobowiązany badać, czy w konkretnych okolicznościach decyzja co do określonego podziału zamówienia na części nie naruszy konkurencji poprzez ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienia wykonawcom posiadającym odpowiednie doświadczenie i wiedzę w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Tymczasem, w ocenie Izby, w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia właśnie z taką sytuacją, w której przyjęty przez zamawiającego podział zamówienia w zakresie części B nie ma żadnego uzasadnienia funkcjonalnego. Przedmiot zamówienia w części B obejmuje dostawę 1 szt. samochodu z drabiną mechaniczną o wysokości ratowniczej min. 40m, jak i na dostawę 1 szt. samochodu z drabiną mechaniczną o wysokości ratowniczej min. 30m. Nie było sporne pomiędzy stronami, iż są to dwa odrębne typy pojazdów, o odmiennych wymaganiach technologicznych, przeznaczone do dwóch różnych jednostek straży pożarnej. Izba podziela

stanowisko Odwołującego, iż połączenie w ramach jednej części zamówienia na 2 różne typoszeregi/modele pojazdów o wskazanych (oczekiwanych) przez Zamawiającego parametrach powoduje ograniczenie możliwości udziału w postępowaniu i tym samym ograniczenie konkurencji. Jak wskazał Odwołujący, czemu Zamawiający nie zaprzeczył ani nie wykazał odmiennych okoliczności, w obszarze pojazdów objętych nin. postępowaniem zdecydowana większość firm obecna na rynku oferuje pojazdy wypełniające opis zawarty na stronach 17-32 Załącznik 1b do SIWZ. Natomiast pojazd, którego opis (w połączeniu z dodatkowymi wymogami technicznymi „poza podwoziowymi”) znalazł się na stronach 1-16 Załącznik 1b do SIWZ jest de facto oferowany przez jednego producenta. W tej sytuacji wykonawcy, którzy nie posiadają u siebie pojazdów o specyfice technicznej określonej na stronach 1-16 Załącznika 1b do SIWZ wyłączeni są z możliwości zaoferowania swojego pojazdu nawet jeżeli spełniają wszelkie wymogi dot. drugiego z pojazdów dla części B. W ocenie Izby brak jest uzasadnienia ekonomicznego, praktycznego i funkcjonalnego dla połączenia w jednej części zamówienia obu pojazdów. W szczególności Zamawiający nie wykazał, poza powołaniem się na przepisy ustawy COVID, konieczności połączenie w jedną część zamówienia dostawy przedmiotowych pojazdów, jak również nie wykazał jakie inne okoliczności natury ekonomicznej, funkcjonalnej czy technologicznej uzasadniałby przyjęty podział zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za zasadny.

Zarzut art. 30 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu Zamówienia bez wskazania określeń dot. wydajności lub funkcjonalności podpór skośnych oraz zarzut dotyczący art. 91 ust. 1, 2, 2d w zw. z art. 36 ust. 1 (w szczególności pkt 13)) w zw. z art. 30 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP, poprzez opisanie kryterium oceny ofert w sposób uniemożliwiający złożenie Odwołującemu oferty, utrudniający uczciwą konkurencję i w sposób naruszający obowiązek zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

W ocenie Izby powyższe zarzuty nie potwierdziły się. Zdaniem Izby Odwołujący dokonał błędnej interpretacji SIWZ dotyczącej pkt 5.4 SIWZ Załącznika nr 1b.

Zamawiający w pkt. 5.4. Załącznika nr 1b do SIWZ dla obu pojazdów w części B wymaga czterech podpór stabilizacyjnych wysuwanych hydraulicznie z możliwością rozstawiania podpór pod przeszkodami (pojazdy, balustrady). Wbrew twierdzeniom Odwołującego przywołane zapisy Załącznika nr 1b nie zawężają przedmiotu zamówienia wyłącznie do podpór skośnych. Jak wyjaśnił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, brak zastosowania

podpór skośnych, nie eliminuje wykonawcy z postępowania, gdyż wykonawcy mogą zaoferować drabinę z podporami poziomymi. Zamawiający zdecydował się jedynie, na przyznanie dodatkowych punktów wykonawcom, którzy zastosują podpory skośne, bowiem jest to uzasadnione jego słusznym interesem. Takiego potwierdzenia żądał Odwołujący od Zamawiającego podczas rozprawy. Odwołujący wskazał bowiem, że w przypadku, gdy z pkt 5.4 Załącznika 1b do SIWZ nie wynika wymóg zaoferowania pojazdów z podporami skośnymi, to wówczas gotów jest cofnąć zarzut zawarty w odwołaniu. Takie potwierdzenie zostało zwarte w treści odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego. Z oświadczenia Zamawiającego wynika, że zastosowanie podpór skośnych będzie skutkowało przyznaniem wykonawcy dodatkowych punktów w przyjętych przez Zamawiającego kryteriach oceny ofert, podpory skośne nie są zaś obligatoryjnym elementem przedmiotu zamówienia.

Odnosnie zarzutu dotyczącego przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert i przyznanie 4 dodatkowych punktów w „Ocenie technicznej” za podpory skośne, to zdaniem Izby nie doszło do naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp, w tym 91 ust. 1, 2, 2d w zw. z art. 36 ust. 1 w zw. z art. 30 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ust. 2 ustawodawca wskazał, że kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przyznaje dodatkowe punkty w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wyposażony jest w podpory skośne. Zamawiający punktuje więc określone elementy, które służą do osiągnięcia zakładanych przez Zamawiającego celów. Cele te zostały w sposób jasny i klarowny wyjaśnione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołania. Zamawiający wskazał bowiem, że przyznanie dodatkowej punktacji za zastosowanie podpór skośnych podyktowane jest tym, że podpory skośne w porównaniu do podpór poziomo — pionowych są bardziej funkcjonalne w warunkach działań ratowniczo — gaśniczych na terenach zabudowanych (miejskich), jak również gwarantują większe bezpieczeństwo ratowników i strażaków podczas działań. Podpory skośne po ich rozłożeniu, są dużo niższe, niż inne dostępne na rynku, a co za tym idzie, bardziej użyteczne w warunkach miejskich, czyli w terenie, w którym głównie będą stosowane. Istotnym jest fakt, że podpory skośne mogą być wsuwane pod samochody, ławeczki, bariery itp. Ponadto, podpory skośne umożliwiają pracę drabin w większym zakresie kątów ujemnych oraz gwarantują większy rozstaw podparcia drabiny, więc umożliwiają uzyskanie większego pola pracy, który to stanowi jeden z najważniejszych parametrów sprzętu, wykorzystywanego w działaniach Państwowej Straży

Pożarnej. Podpory skośne są rozwiązaniem, które najlepiej sprawdza się w warunkach w jakich Zamawiający będzie je stosował, czyli w trudnych warunkach miejskich, bowiem, przy podporach skośnych koła pojazdu zawsze pozostają na podłożu, co zapewnia jego lepszą stabilizację, lepsze rozłożenie masy (na większą ilość punktów) oraz zapobiega uślizgowi drabiny, co ma zastosowanie w przypadku stromych podjazdów do budynków. Jak wyjaśnił Zamawiający, podpory skośne, ze względu na swoje rozwiązania techniczne (usytuowane bliżej poziomemu gruntu) również ułatwiają pracę strażakom, podczas wykonywania działań ratowniczo — gaśniczych, dając możliwość przejścia bezpośrednio nad podporą, tym samym skracając czas dojścia do sprzętu znajdującego się w pojeździe.

Odwołujący przedstawił szereg dowodów na wykazanie, iż podpory poziome posiadają szereg innych funkcjonalności niż podpory skośne. Jednakże, okoliczność ta nie może uzasadniać ograniczenia prawa Zamawiającego do decydowania jakie rozwiązanie techniczne zastosowane w przedmiocie zamówienia będzie uzyskiwać dodatkowe punkty w kryteriach oceny ofert. W ocenie Izby każde z rozwiązań posiada zalety i wady (a zatem w zakresie przewagi dwóch konkurencyjnych wobec siebie rozwiązań) preferowanie przez Zamawiającego jednego z nich poprzez przyznanie dodatkowych punktów z jednoczesnym uzasadnieniem tych preferencji nie może stanowić podstawy do stwierdzenia naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 30 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. To Zamawiający ustala co jest przedmiotem zamówienia, kierując się uzasadnionymi potrzebami w odniesieniu do celu, dla realizacji którego wszczyna procedurę udzielenia zamówienia publicznego. Każdy zamawiający ma prawo określić swoje preferencje dotyczące wymagań technicznych przedmiotu zamówienia. W analizowanym stanie faktycznym przedmiot zamówienia ma być wykorzystywany w warunkach miejskich, o gęstej zabudowie. Zamawiający w sposób dostateczny wyjaśnił dlaczego przyznaje dodatkowe punkty za podpory skośne. Wskazał na funkcjonalności, które nie są realizowane przez podpory w układzie ramy H. Odwołujący w treści odwołania samodzielnie ustala zakres wymagań funkcjonalnych dla wozów pożarniczych, argumentując, iż mają zapewniać przede wszystkim możliwość pracy w jaki największym zakresie, niezależnie od wybranego sposobu podparcia. Odwołujący pomija jednak, że ustawodawca umożliwił zamawiającym w ramach kryteriów oceny ofert punktowanie określonych funkcjonalności czy parametrów przedmiotu zamówienia, dając zamawiającym możliwość subiektywnego określenia na podstawie posiadanego doświadczenia konkretnych preferowanych cech przedmiotu zamówienia. Pozacenowe kryteria oceny ofert wyrażają właśnie preferencje zamawiającego co do przedmiotu zamówienia. Wyraz takich preferencji Zamawiający dał przyjmując określone pozacenowe kryteria oceny ofert. Nie mają one charakteru decydującego, bowiem Zamawiający przyznaje podporom skośnym tylko 4 punkty. Należy zauważyć, że fakt, iż tylko jeden wykonawca

może uzyskać maksymalną punktację w ramach danego kryterium sam w sobie nie uzasadnia przypisania Zamawiającemu naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów. Z perspektywy tej oceny istotne jest bowiem nie to, ile punktów na etapie badania i oceny ofert zostanie przyznanych poszczególnym ofertom, ale to, że ustanowione kryterium oceny ofert jest uzasadnione potrzebami zamawiającego. To właśnie poprzez kryteria oceny ofert zamawiający ma zagwarantować sobie wybór wykonawcy, który nie tylko oferuje przedmiot spełniający wymagania minimalne zamawiającego (co mają mu gwarantować wymagania co do przedmiotu zamówienia), ale który oferuje także przedmiot o cechach istotnych, mających dla zamawiającego znaczenie choć nie o cechach niezbędnych (tak m.in. Izba w wyroku z dnia 16 grudnia 2019 r. o sygn. akt KIO 1397/19). Stąd też wykonawcy mają możliwość samodzielnego zdecydowania czy zaoferują wóz strażacki z podporami skośnymi i uzyskają dodatkowe 4 punkty czy wozy strażackie z innymi typami podpór. Z uwagi na termin realizacji zamówienia każdy z wykonawców ma możliwość wyprodukowania drabiny z podporami które będą miały możliwość rozstawiania pod przeszkodami (pojazdy, balustrady) oraz swobodne przechodzenie nad podporami. Przedmiotem postępowania są drabiny nowe i Odwołujący, jak i inny wykonawcy na tym etapie ma możliwość zastosowania wszystkich wersji podpór stabilizujących.

Zdaniem Izby Odwołujący nie sprostął ciężarowi wykazania, że podpory typu skośnego, mogą być zaoferowane wyłącznie przez jednego dostawcę (producenta) urządzenia. Zauważyć należy, że ciężar wykazania ograniczenia przez Zamawiającego konkurencji spoczywa, zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp, na Odwołującym. Tymczasem Odwołujący, za wyjątkiem ogólnego stwierdzenia, że „w Polsce jedynymi znanymi użytkowymi są podpory skośne Vario firmy IVECO MAGIRUS”, nie przedstawił dowodu na potwierdzenie stawianej tezy. Przede wszystkim nie złożył np. oświadczenia innych producentów urządzeń. Przystępujący zaś złożył do akt sprawy informacje handlowe wskazujące, iż wozy strażackie z podporami skośnymi oferowane są przez więcej niż jednego producenta. Podkreślić raz jeszcze należy, że okoliczność, że tylko firma IVECO MAGIRUS, wedle wiedzy Odwołującego, stosuje podpory typu skośnego pozostaje bez znaczenia skoro w świetle treści SIWZ oczywistym jest, że Zamawiający dopuszcza zarówno podpory poziomo- pionowe, jak i podpory skośne.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 30 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu Zamówienia bez wskazania określeń dot. wydajności lub funkcjonalności sposobu montowania działka wodno-pianowego (montaż w czołowej ścianie

kosza) (pkt 5.4. ppkt 1.2. Załącznika nr 1a do SIWZ), zarzut naruszenia art. 30 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu Zamówienia bez wskazania określeń dot. wydajności lub funkcjonalności sposobu montowania działka wodno-pianowego (montaż w czołowej ścianie kosza) (pkt 6.4. Załącznika nr 1b do SIWZ - samochód z drabiną ratowniczą min. 40 metrów), zarzut naruszenia art. 30 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez opisanie przedmiotu Zamówienia bez wskazania określeń dot. wydajności lub funkcjonalności sposobu montowania działka wodno-pianowego - montaż w czołowej ścianie kosza (pkt 6.4. Załącznika nr 1b do SIWZ - samochód z drabiną ratowniczą min. 30 metrów)

W ocenie Izby powyższe zarzuty nie znalazły potwierdzenia w analizowanym stanie faktyczny. Uzasadnienie zarzutu postawionego przez Odwołującego sprowadzało się do opisanego dwóch różnych rozwiązań w zakresie montażu działka wodno – pianowego. Jednak sam fakt istnienia dwóch alternatywnych rozwiązań, nie oznacza automatycznie, że jednego z nich (wybranego przez Zamawiającego) z powodzeniem nie stosuje wielu wykonawców. Okoliczność taką potwierdził Przystępujący złożonymi podczas rozprawy wydrukami informacji, wskazujących na producentów wozów strażackich z działkiem wodno – pianowym montowanym w czołowej ścianie kosza. Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego dotyczącym zasadności wprowadzonego wymogu montażu działka. Jak wskazał Zamawiający w obecnie posiadanych dwóch drabinach Zamawiający ma działka wodno— pianowe montowane w części narożnej kosza drabiny i uważa na bazie doświadczenia, że takie rozwiązanie nie jest ergonomiczne. Po pierwsze ogranicza pole widzenia i możliwość ewakuacji. Po drugie, poprzez czas potrzebny na montaż działka w zapewnionym miejscu montażowym wydłuża się czas na podjęcie interwencji. Po wykonaniu prób i rozpoznania sytuacji w innych komendach podjęto decyzję że z punktu widzenia strażaków prowadzących działania ratowniczo — gaśnicze za pomocą działka umieszczonego w koszu najlepszą opcją będzie zamontowanie działka w czołowej ścianie kosza. Nie ograniczy to ruchów, widoczności a nawet ewakuacji z lub do kosza. W ocenie Izby, z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia oraz konieczność dostosowania tego przedmiotu zamówienia do indywidualnych preferencji odbiorców, którzy będą użytkować przedmiot zamówienia w trakcie akcji ratowniczych, Zamawiający ma prawo powoływać się na własne doświadczenia wynikające z posiadanej praktyki w użytkowaniu różnych rozwiązań w wozach strażackich.

Należy podkreślić, że nie ma w przepisach ustawy Pzp obowiązku zagwarantowania udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom oferującym produkty nie do końca zbieżne z uzasadnionymi potrzebami zamawiającego. Już sam fakt konieczności montażu działka wodno – pianowego w narożu koszu, co wpływa na szybkość podjęcia akcji ratowniczej

stanowi wystarczające uzasadnienie dla wymogu montażu działka wodno – pianowego w przedniej ścianie kosza. Odwołujący nie przedstawił Izbie dowodów na obalenie twierdzeń Zamawiającego. Odwołujący złożył wyłącznie zdjęcia poglądowe obrazujące określone funkcjonalności oferowanego przez niego rozwiązania, co jednak nie jest dowodem wystarczającym do uznania naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego. Nie jest zadaniem Zamawiającego dopuszczenie wszystkich wykonawców do zamówienia, ale takie określić swoich wymagań, aby odzwierciedlały warunki w jakich będzie użytkowany przedmiot zamówienia, przy uwzględnieniu nowoczesnych rozwiązań oferowanych na rynku. W analizowanym stanie faktycznym nie ma żadnych dowodów potwierdzających, iż poprzez wymóg montowania działka w czołowej ścianie kosza doszło do ograniczenia konkurencji. Zamawiający dokonał wyboru określonego rozwiązania, zaś z dokumentów złożonych do akt sprawy wynika, że jest co najmniej 3 producentów wozów strażackich spełniających omawiany wymóg. Odwołujący nie wykazał zaś okoliczności przeciwnych. Zamawiający wskazał elementy, które są dla niego istotne z punktu widzenia użytkowania przedmiotu zamówienia, w oparciu o swoje doświadczenie i w tym zakresie Izba nie znalazła podstaw do uznania zasadności podniesionych zarzutów. W ocenie Izby Odwołujący nie przedstawił wiarygodnych dowodów na wykazanie, że montaż działka wodno – pianowego w części narożnej kosza spełnia ww. potrzeby Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 i art. 353¹ KC w zakresie § 4 ust. 2 projektu umowy

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Izba podziela argumentację przedstawioną przez Zamawiającego. Wskazać należy, że zgodnie z §54 ust. 2 projektu umowy „wykonawca każdorazowo ponosi odpowiedzialność za terminowe wykonanie umowy, z wyłączeniem okoliczności leżących po stronie Zamawiającego lub Odbiorcy”.

Wskazać należy, że zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w art. 471 KC dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Na gruncie art. 473 §1 KC możliwe jest umowne rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika, jednak musi ono znaleźć odzwierciedlenie w postanowieniach umownych. Z treści przepisu wynika, iż przyjęcie szerszej odpowiedzialności za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania musi dotyczyć oznaczonych okoliczności. Toteż w każdym przypadku, rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy w umowie w sprawie zamówienia publicznego, musi być określone za pomocą wyraźnych i jednoznacznych postanowień. Odwołujący nie wskazał na

żadne postanowienie zawarte we wzorze umowy, na podstawie, których wykonawca przejąłby taką szeroką odpowiedzialność. Takiego wniosku nie można wyciągnąć na podstawie postanowienie §54 ust. 2 projektu umowy.

Zdaniem Izby nie zasługują również na uwzględnienie argumenty Odwołującego, który powołuje się na przyczyny związane z wirusem COVID - 19. Należy wskazać po pierwsze, że odpowiedzialność wykonawcy za nieterminowe wykonanie umowy, w sytuacji, gdy przyczyną będą okoliczności związane z COVID - 19, jest ograniczona samymi postanowieniami umownymi, które przewidują jedynie odpowiedzialność za zwłokę. Po drugie, ustawy o COVID — 19 przewidują z mocy ustawy liczne rozwiązania niwelujące odpowiedzialność wykonawcy, jeżeli do nienależytego wykonania umowy przyczyniły się okoliczności związane z wirusem. Zdaniem Izby nie jest konieczne ujmowanie tych postanowień w treści projektu umowy, gdyż mają one powszechne zastosowanie. Niezależnie zatem od tego, czy Zamawiający przewidział w projekcie umowy, czy też nie, na gruncie ustaw o COVID — 19 będzie możliwe skorzystanie z możliwości np. zmiany postanowień umowy lub odstąpienia od naliczania kar umownych, oczywiście pod warunkiem, że wystąpią ku temu wszystkie wymagane przesłanki. Zamawiający, jak każdy podmiot publiczny, jest związany przepisami powszechnie obowiązującego prawa, nie zaś tylko ustawą Pzp. Konieczność stosowania ustawy o COVID potwierdza sam wzór umowy i zapis zawarty w §1 ust. 4 umowy.

Z powyższych względów, w ocenie Izby przedmiotowy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 i art. 353¹ KC poprzez zawarcie w projekcie umowy postanowień dot. gwarancji i serwisu - § 9 wzoru umowy

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Izba uznała argumentację Zamawiającego za zasadną. Jak wskazał Zamawiający w dniu 14 września 2020 r. udzielił odpowiedzi na pytanie dotyczące §59 ust. 6 projektu umowy: „Prosimy o korektę §59 ust. 6 — prawidłowy zapis powinien być następujący: „W przypadkach uzasadnionych szczególnymi okolicznościami, gdy Wykonawca nie będzie mógł dotrzymać terminu 7 dni na naprawę, Użytkownik, na pisemny wniosek Wykonawcy uprawniony jest do wydłużenia terminu na naprawę”. W odpowiedzi Zamawiający oświadczył, iż koryguje zapis.

W związku z powyższym, zapisy projektu umowy są pozbawione wewnętrznej sprzeczności. Zgodnie z obecnymi postanowieniami projektu umowy: wykonawca będzie zobowiązany dokonać czynności serwisowych lub usunąć wadę w ciągu 7 dni od zawiadomienia przez Użytkownika o konieczności usunięcia wady lub wykonania czynności serwisowej (§59 ust. 3 projektu umowy), w przypadkach uzasadnionych szczególnymi okolicznościami, gdy Wykonawca nie będzie mógł dotrzymać terminu 7 dni na naprawę, Użytkownik, na pisemny wniosek Wykonawcy uprawniony jest do wydłużenia terminu na naprawę (§59 ust. 6 projektu umowy).

Odnosząc się zaś do żądania Odwołującego, aby termin na dokonanie czynności serwisowych lub usunięcie wady wydłużyć do 14 dni, należy zgodzić się z Zamawiającym, iż nie jest ono zasadne. Jak wyjaśnił Zamawiający przewidziany w projekcie umowy termin 7 - dniowy nie jest wymaganiem nadmiarowym, zwłaszcza, że zgodnie z §59 ust. 5 projektu umowy, do czasu przewidzianego na usunięcie wady oraz wykonanie czynności serwisowej nie wlicza się dni ustawowo wolnych od pracy. To zaś oznacza, że *de facto*, wykonawcy mają 7 dni roboczych na zrealizowanie obowiązków określonych w §59 projektu umowy. Nie ma zatem wątpliwości, że jest to czas wystarczający na dokonanie niezbędnych napraw, nie można jednak zapominać, że na gruncie §59 ust. 6 projektu umowy, możliwe jest wydłużenie tego terminu w szczególnych przypadkach. W ocenie Izby, nie jest to zatem wymóg, którego zrealizowanie przez wykonawców nie jest możliwe.

Zgodzić się należy z Zamawiającym, że wydłużenie minimalnego terminu przewidzianego na dokonanie czynności serwisowych lub usunięcie wady do 14 dni godziłoby w uzasadnione jego potrzeby. Należy wskazać, że dysponowanie prawidłowo działającym sprzętem pożarniczym jest jak najbardziej uzasadnioną potrzebą Zamawiającego, gdyż tylko w ten sposób może on zapewnić odpowiedni poziom bezpieczeństwa. Jak wskazał Zamawiający, w Białymstoku w gotowości bojowej są 2 drabiny. Od 1 stycznia do 18 września wyjeżdżały do zdarzeń łącznie 425 razy. Licząc, że do 18 września upłynęło 261 dni to okazuje się, że po zaokrągleniu autodrabiny wyjeżdżają 2 razy dziennie. Zakładając wycofanie pojazdu z podziału bojowego z jakiegokolwiek przyczyny, przy takim obciążeniu wyjazdami, stwarza się zagrożenie sytuacji, w której zamiast dwóch drabin do akcji pojedzie tylko jedna. Stąd też zdaniem Izby nie ma podstaw do zmiany SIWZ w zakresie żądanym przez Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 972 z zm.).

Przewodniczący: