

Sygn. akt: KIO 1828/19

WYROK
z dnia 3 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Monika Szymanowska**

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2019 r. przez wykonawcę I. N. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo Handlowa I. N. w Łuczycach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Sanockie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Sanoku

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:
 - 1.1. częściowo zarzutu określenia opisu przedmiotu zamówienia, który narusza zasady równego traktowania wykonawców, a tym samym utrudnia uczciwą konkurencję, bowiem zbyt drobiazgowy opis przedmiotu zamówienia dla każdego z zadań w nim wskazanych (rodzajów pojazdów) nie jest uzasadniony przedmiotem zamówienia i nie jest proporcjonalny do jego celu. W konsekwencji zbyt drobiazgowo wymagania, w połączeniu z brakiem ich standardowego wykorzystania w pojazdach specjalistycznych do wywozu odpadów, powodują, że dane zamówienie będzie mógł wykonać tylko jeden konkretny wykonawca, a tym samym stanowią naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania, dla:

1.1.1 zadania nr 1 – w zakresie:

- a) wykreślenia wymagania maksymalnego dopuszczalnego przebiegu lub wykreślenia wskazania maksymalnego dopuszczalnego przebiegu 120 000 km lub ewentualnie jego modyfikację do wysokości 140 000 km,
- b) wykreślenia obowiązku potwierdzenia przebiegu pojazdu przez autoryzowanego przedstawiciela producenta,
- c) wykreślenia wymagania silnika wysokoprężnego spełniającego normy emisji spalin min. EEV,
- d) wykreślenia wymagania zespołu napędowego wyprodukowanego przez tego samego producenta, który jest finalnym producentem całego kompletu podwozia,
- e) wykreślenia wymagania fabrycznego rozstawu osi lub ewentualnie jego modyfikację do zakresu 3800 - 4000 mm,
- f) wykreślenia wymagania nośności pierwszej i drugiej osi oraz zbiornika paliwa o pojemności min. 200 litrów z korkiem zamykanym na klucz,
- g) wykreślenia wymagania możliwości ogrzewania kabiny z klimatyzacji oraz prawych drzwi otwieranych pneumatycznie,
- h) wykreślenia wymagania tempomatu, immobilizera i podwozia wyposażonego w przystawkę odsilnikową z wyjściem z tyłu silnika,
- i) wykreślenia wymagania udokumentowanej historii bezwypadkowości pojazdu,

1.1.2 zadania nr 2 – w zakresie:

- a) wykreślenia obowiązku potwierdzenia przebiegu pojazdu przez autoryzowanego przedstawiciela producenta,
- b) wykreślenia wymagania silnika wysokoprężnego spełniającego normy emisji spalin min. EEV,
- c) wykreślenia wymagania zespołu napędowego wyprodukowanego przez tego samego producenta, który jest finalnym producentem całego kompletu podwozia,
- d) wykreślenia wymagania fabrycznego rozstawu osi lub ewentualnie jego modyfikację do zakresu 3600 - 4200 mm,
- e) wykreślenia wymagania nośności pierwszej i drugiej osi oraz zbiornika paliwa o pojemności min. 200 litrów z korkiem zamykanym na klucz,
- j) wykreślenia wymagania możliwości ogrzewania kabiny z klimatyzacji oraz prawych drzwi otwieranych pneumatycznie,
- f) wykreślenia wymagania tempomatu i immobilizera,

- g) wykreślenia wymagania udokumentowanej historii bezwypadkowości pojazdu,

1.1.3 zadania nr 3 – w zakresie:

- a) wykreślenia obowiązku potwierdzenia przebiegu pojazdu przez autoryzowanego przedstawiciela producenta,
- b) modyfikacji wymagania maksymalnej pojemności silnika 6 cylindrowego do 7000 cm³,
- c) wykreślenia wymagania silnika wysokoprężnego spełniającego normy emisji spalin min. EEV,
- d) wykreślenia wymagania dopuszczalnej masy całkowitej lub ewentualnie jego modyfikację od wartości 11 500 kg,
- e) wykreślenia wymagania fabrycznego rozstawu osi lub ewentualnie jego modyfikację do zakresu 3000 - 3600 mm,
- f) wykreślenia wymagania nośności pierwszej i drugiej osi,
- g) wykreślenia wymagania udokumentowanej historii bezwypadkowości pojazdu,
- h) wykreślenia wymagania systemu kompresji lub jego modyfikację poprzez wskazanie na system kompresji umożliwiający załadunek odpadów przy kompresji min. 1:3,

1.2. zarzutu niejasnego, nieprecyzyjnego i wewnątrznie sprzecznego określenia warunków udziału w postępowaniu oraz opisu przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji prowadzi do możliwości dopuszczenia do udziału w postępowaniu nierzetelnych wykonawców, a tym samym do naruszenia zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców, bowiem zamawiający w punkcie IV SIWZ wskazuje, iż w zakresie oceny sytuacji ekonomicznej lub finansowej, jak również w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, odstępuje od opisu sposobu spełnienia tego warunku, przy czym jednocześnie w załączniku nr 2 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) wskazuje na szereg szczegółowych wymagań technicznych wobec pojazdów, nie wskazując sposobu ich weryfikacji na etapie składania ofert oraz w punkcie VI.7.4 SIWZ wskazuje, że w celu potwierdzenia, że ofertowana dostawa odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego należy przedłożyć dokumenty potwierdzające spełnienie wszystkich wymagań, a jednocześnie zamawiający nie wskazuje i nie precyzuje jakich dokumentów wymaga od wykonawców,

1.3. zarzutu sporządzenia wzoru umowy w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej

konkurencji, bowiem zamawiający w punkcie IV SIWZ wskazuje, iż w przedmiocie oceny sytuacji ekonomicznej lub finansowej, jak również dla zdolności technicznej lub zawodowej, odstępuje od opisu sposobu spełnienia tego warunku, przy czym jednocześnie w § 2 ust. 4 projektu umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) zamawiający wskazuje, iż „wraz z pojazdem wykonawca dostarczy stosowne instrukcje obsługi, karty gwarancyjne, a także inne niezbędne dokumenty wraz ze świadectwami homologacji, umożliwiające jego zarejestrowanie”. Jednocześnie zamawiający w SIWZ nie precyzuje czym są „inne dokumenty”, nie wskazuje ich również w ramach załącznika nr 2 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia). Dodatkowo załącznik nr 2 nie wskazuje na obowiązek dołączenia kart gwarancyjnych pojazdów, jak również świadectw homologacji, tym samym dopiero na etapie umowy zostaje wprowadzony dodatkowy wymóg techniczny, który nie jest wskazany w SIWZ oraz który nie będzie wcześniej weryfikowany przez zamawiającego,

- 1.4. zarzutu niejasnego, nieprecyzyjnego i wewnętrznie sprzecznego określenia warunków udziału w postępowaniu oraz opisu przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji prowadzi do braku możliwości rzetelnego sporządzenia przez wykonawców oferty, zgodnie z warunkami przewidzianymi przez zamawiającego, bowiem w załączniku nr 2 do SIWZ zamawiający wskazuje na wymagania dodatkowe, względem każdego z zadań 1 - 3, tj. szkolenie pracowników oraz trzymiesięczną gwarancję. Tym samym literalne brzmienie opisu przedmiotu zamówienia wskazuje, iż nie są to wymaganiami obowiązkowe (wyraźnie wskazanie, iż są to „wymaganie dodatkowe”), a jednocześnie projekt umowy przewiduje możliwość uzupełniania treści w zakresie gwarancji (§ 4), pośrednio sugerując możliwość konkurencji pomiędzy wykonawcami długością okresu gwarancji, przy jednoczesnym braku takiej możliwości w formularzu oferty (załącznik nr 1 do SIWZ) oraz obowiązek przekazania pojazdu spełniającego wymagania opisu przedmiotu zamówienia (§ 2 ust. 3 projektu umowy),

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę I. N. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo Handlowa I. N. w Łuczycach i:

- 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną

przez wykonawcę I. N. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo Handlowa I. N. w Łuczycach tytułem wpisu od odwołania,

- 3.2. zasądza od wykonawcy I. N. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo Handlowa I. N. w Łuczycach na rzecz zamawiającego Sanockiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Sanoku kwotę w wysokości 1 800 zł 00 gr (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione tytułem 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) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krośnie.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

wyroku z dnia 3 października 2019 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1828/19

Zamawiający Sanockie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 59, 38-500 Sanok, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa używanych śmieciarek do wywozu nieczystości stałych zasilanych paliwem CNG”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 13 września 2019 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 597136-N-2019, podzielone na trzy zadania, któremu nadano numer ZP-05/2019, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na dostawę jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej jako „p.z.p.”

W dniu 13 września 2019 r. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej dokumentację postępowania, zaś w dniu 18 września 2019 r. odwołanie wobec jej treści wniosła I. N. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo Handlowa I. N., Łuczyce 10, 37-705 Przemyśl, dalej zwana jako „odwołujący”.

W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 29 ust. 1-2 PZP poprzez opis przedmiotu zamówienia (załącznik nr 2 do SIWZ), który narusza zasady równego traktowania wykonawców a tym samym utrudnia uczciwą konkurencję, bowiem zbyt drobiazgowy opis przedmiotu zamówienia dla każdego z zadań w nim wskazanych (rodzajów pojazdów) nie jest uzasadniony przedmiotem zamówienia i nie jest proporcjonalny do jego celu - dostawa używanych śmieciarek do wywozu nieczystości stałych. W konsekwencji zbyt drobiazgowo wymagania, w połączeniu z brakiem ich standardowego wykorzystania w pojazdach specjalistycznych do wywozu odpadów powodują, że dane zamówienie będzie mógł wykonać tylko jeden konkretny wykonawca, a tym samym stanowią naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania;
2. art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2), ust. 1a i ust. 1b PZP w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 25 ust. 1 PZP w zw. z § 1, 2, 13 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126 ze zm., dalej jako „Rozporządzenie ws. rodzajów dokumentów”) poprzez niejasne, nieprecyzyjne i wewnętrznie sprzeczne określenie warunków udziału w postępowaniu oraz opisu przedmiotu zamówienia, które

w konsekwencji prowadzi do możliwości dopuszczenia do udziału w postępowaniu nierzetelnych wykonawców, a tym samym naruszenia zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców, bowiem zamawiający punkcie IV SIWZ (strona 8) wskazuje, iż w zakresie oceny sytuacji ekonomicznej lub finansowej, jak również w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej odstępuje od opisu sposobu spełnienia tego warunku, przy czym jednocześnie:

- i. w załączniku nr 2 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) wskazuje na szereg szczegółowych wymagań technicznych wobec pojazdów (nie wskazując sposobu ich weryfikacji na etapie składania ofert),
 - ii. w punkcie VI.7.4) SIWZ (strona 12) wskazuje, że w celu potwierdzenia, że ofertowana dostawa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, należy przedłożyć dokumenty potwierdzające spełnia wszystkich wymagań - jednocześnie zamawiający nie wskazuje i nie precyzuje jakich dokumentów wymaga od wykonawców;
3. art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2), ust. 1a i ust. 1b PZP w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 25 ust. 1 PZP w zw. z § 1, 2, 13 Rozporządzenia ws. rodzajów dokumentów w zw. z art. 14 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 i art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1145 ze zm., dalej jako: „KC”) przez sporządzenie wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego i nie gwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, bowiem zamawiający punkcie IV SIWZ (strona 8) wskazuje, iż w zakresie oceny sytuacji ekonomicznej lub finansowej, jak również w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej odstępuje od opisu sposobu spełnienia tego warunku, przy czym jednocześnie w § 2 ust. 4 projektu umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) zamawiający wskazuje, iż „wraz z pojazdem Wykonawca dostarczy stosowane instrukcje obsługi, karty gwarancyjne, a także inne niezbędne dokumenty wraz ze świadectwami homologacji umożliwiające jego zarejestrowanie". Jednocześnie zamawiający w SIWZ nie precyzuje czym są „inne dokumenty” - nie wskazuje ich również w ramach załącznika nr 2 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia). Dodatkowo załącznik nr 2 nie wskazuje na obowiązek dołączenia kart gwarancyjnych pojazdów, jak również świadectw homologacji - tym samym dopiero na etapie umowy zostaje wprowadzony dodatkowy wymóg techniczny, który nie jest wskazany w SIWZ oraz który nie będzie wcześniej weryfikowany przez zamawiającego;
4. art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2), ust. 1a i ust. 1b PZP w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 14 ust. 1 PZP w zw. z art. 5 i art. 353¹ KC poprzez niejasne, nieprecyzyjne i wewnętrznie sprzeczne określenie warunków udziału w postępowaniu oraz opisu przedmiotu zamówienia, które w konsekwencji prowadzi do braku

możliwości rzetelnego sporządzenia przez wykonawców oferty, zgodnie z warunkami przewidzianymi przez zamawiającego, bowiem w załączniku nr 2 do SIWZ zamawiający wskazuje na wymagania dodatkowe względem każdego z zadań 1-3, tj. szkolenie pracowników oraz 3-miesięczna gwarancja. Tym samym literalne brzmienie opisu przedmiotu zamówienia wskazuje, iż nie są to wymaganiami obowiązkowe (wyraźne wskazanie, iż są to „wymagania dodatkowe”), a jednocześnie projekt umowy przewiduje możliwość uzupełniania zapisu w zakresie gwarancji (§ 4), pośrednio sugerując możliwość konkurowania pomiędzy wykonawcami odnośnie długości okresu gwarancji (przy jednoczesnym braku takiej możliwości w formularzu oferty - załącznik nr 1 do SIWZ - oraz obowiązek przekazania pojazdu spełniającego wymagania opisu przedmiotu zamówienia (§ 2 ust. 3 projektu umowy);

5. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust 1 i 2 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 PZP poprzez zastosowanie jedynie ceny jako kryterium oceny ofert, podczas gdy zamawiający przewiduje w SIWZ (załącznik nr 2) szereg wymagań względem przedmiotu zamówienia, jak również wymagania dodatkowe (szkolenia oraz gwarancja), które świadczyłyby o dodatkowych warunkach względem wykonawców, mogących być faktycznie pozacenowymi kryteriami oceny ofert, co w konsekwencji może prowadzić do naruszenia konkurencji i równego traktowania wykonawców, tym bardziej, iż przedmiotem zamówienia jest specjalistyczny sprzęt używany, wobec powyższego kryteria oceny ofert powinny również uwzględniać jakość i sprawność techniczną pojazdów, jak również ewentualne aspekty środowiskowe.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie zamawiającego unieważnienia postępowania w całości, ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia wniosku o unieważnienie postępowania, nakazanie zamawiającemu dokonania odpowiednich zmian w treści dokumentacji:

1. modyfikacji załącznika nr 2 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) w sposób nieograniczający konkurencji, tj.:
 - 1.1. w zakresie zadania 1:
 - 1.1.1. wykreślenie wymagania maksymalnego dopuszczalnego przebiegu lub wykreślenie wskazania maksymalnego dopuszczalnego przebiegu 120 000 km lub ewentualnie jego modyfikację do wysokości 140 000 km,
 - 1.1.2. wykreślenie obowiązku potwierdzenia przebiegu pojazdu przez autoryzowanego przedstawiciela producenta,
 - 1.1.3. wykreślenie wymagania w zakresie silnika wysokoprężnego spełniającego normy emisji spalin min. EEV,
 - 1.1.4. wykreślenie wymagania w zakresie mocy silnika,
 - 1.1.5. wykreślenie wymagania w zakresie dopuszczalnej masy całkowitej,

- 1.1.6. wykreślenie wymagania w zakresie zespołu napędowego wyprodukowanego przez tego samego producenta, który jest finalnym producentem całego kompletu podwozia,
 - 1.1.7. wykreślenie wymagania w zakresie fabrycznego rozstawu osi lub ewentualnie jego modyfikację do zakresu 3800 -4000 mm,
 - 1.1.8. wykreślenie wymagania w zakresie nośności pierwszej osi, nośności drugiej osi, zawieszenia przedniego pneumatycznego, blokady mechanizmu różnicowego tylnej osi, tarczowych hamulców osi przedniej i tylnej, zbiornika paliwa o pojemności min. 200 litrów z korkiem zamykanym na klucz,
 - 1.1.9. wykreślenia wymagania w zakresie kabiny z płaską podłogą oraz prawymi drzwiami otwieranymi pneumatycznie, kabiny klimatyzowanej z możliwością ogrzewania,
 - 1.1.10. wykreślenie wymagania w zakresie komputera pokładowego, tempomatu, immobilizera tachografu cyfrowego, podwozia wyposażonego w przystawkę od silnikową z wyjściem z tyłu silnika,
 - 1.1.11. wykreślenie wymagania w zakresie udokumentowanej historii bezwypadkowości pojazdu,
 - 1.1.12. wykreślenie wymagania odnośnie systemu kompresji lub jego modyfikację zapisu poprzez wskazanie na system kompresji umożliwiający załadunek odpadów przy kompresji min. 1:3,
 - 1.1.13. modyfikację wymagania poprzez wskazanie na co najmniej jednomiesięczną gwarancję na cały pojazd wliczoną w cenę oferty.
- 1.2. w zakresie zadania 2:
- 1.2.1. wykreślenie wymagania maksymalnego dopuszczalnego przebiegu,
 - 1.2.2. wykreślenie obowiązku potwierdzenia przebiegu pojazdu przez autoryzowanego przedstawiciela producenta,
 - 1.2.3. wykreślenie wymagania w zakresie silnika wysokoprężnego spełniającego normy emisji spalin min. EEV,
 - 1.2.4. wykreślenie wymagania w zakresie mocy silnika lub ewentualnie modyfikację zakresu minimalnej mocy silnika na 240 KM,
 - 1.2.5. wykreślenie wymagania dopuszczalnej masy całkowitej lub ewentualnie jego modyfikację do 20 000 kg,
 - 1.2.6. wykreślenie wymagania w zakresie zespołu napędowego wyprodukowanego przez tego samego producenta, który jest finalnym producentem całego kompletu podwozia,
 - 1.2.7. wykreślenie wymagania w zakresie fabrycznego rozstawu osi lub

- ewentualnie modyfikację w zakresie fabrycznego rozstawu osi do zakresu 3600 -4200 mm,
- 1.2.8. wykreślenie wymagania w zakresie nośności pierwszej osi, nośności drugiej osi, zawieszenia przedniego pneumatycznego, tarczowych hamulców osi przedniej i tylnej, zbiornika paliwa o pojemności min. 200 litrów z korkiem zamykanym na klucz,
 - 1.2.9. wykreślenia wymagania w zakresie kabiny z płaską podłogą oraz prawymi drzwiami otwieranymi pneumatycznie, kabiny, klimatyzowanej z możliwością ogrzewania,
 - 1.2.10. wykreślenie wymagania w zakresie komputera pokładowego; tempomatu, immobilizera tachografu cyfrowego,
 - 1.2.11. wykreślenie wymagania w zakresie udokumentowanej historii bezwypadkowości pojazdu,
 - 1.2.12. wykreślenie wymagania odnośnie systemu kompresji lub jego modyfikację poprzez wskazanie na system kompresji umożliwiający załadunek odpadów przy kompresji min. 1:3,
 - 1.2.13. modyfikację wymagania poprzez wskazanie na co najmniej jednomiesięczną gwarancję na cały pojazd wliczoną w cenę oferty.
- 1.3. w zakresie zadania 3:
- 1.3.1. wykreślenie wymagania maksymalnego dopuszczalnego przebiegu,
 - 1.3.2. wykreślenie obowiązku potwierdzenia przebiegu pojazdu przez autoryzowanego przedstawiciela producenta,
 - 1.3.3. modyfikację minimalnego wymogu w zakresie roku produkcji pojazdy na min. 2005 r.,
 - 1.3.4. modyfikację zapisu odnośnie maksymalnej pojemności silnika 6 cylindrowego do 7000 cm³,
 - 1.3.5. wykreślenie wymagania w zakresie silnika wysokoprężnego spełniającego normy emisji spalin min. EEV,
 - 1.3.6. wykreślenie wymagania w zakresie dopuszczalnej masy całkowitej lub ewentualnie modyfikację dopuszczalnej masy całkowitej od 11 500 kg,
 - 1.3.7. wykreślenie wymagania w zakresie fabrycznego rozstawu osi lub ewentualnie modyfikację w zakresie fabrycznego rozstawu osi do zakresu 3000 -3600 mm,
 - 1.3.8. wykreślenie wymagania w zakresie nośności pierwszej osi, nośności drugiej osi, tarczowych hamulców osi przedniej i tylnej,
 - 1.3.9. wykreślenie wymagania w zakresie komputera pokładowego,
 - 1.3.10. wykreślenie wymagania w zakresie udokumentowanej historii

bezwypadkowości pojazdu,

- 1.3.11. modyfikację wymagania w zakresie pojemności zabudowy poprzez wskazanie wartości od 6m³ do 9 m³,
 - 1.3.12. wykreślenie wymagania odnośnie systemu kompresji lub modyfikację zapisu poprzez wskazanie na system kompresji umożliwiający załadunek odpadów przy kompresji min. 1:3,
 - 1.3.13. modyfikację wymagania poprzez wskazanie na co najmniej jednomiesięczną gwarancję na cały pojazd wliczoną w cenę oferty.
2. doprecyzowania/modyfikacji załącznika nr 4 do SIWZ (projekt umowy), poprzez odpowiednie dostosowanie treści § 2 oraz § 4 projektu umowy do zapisów SIWZ (w zakresie wymagań zamawiającego odnośnie pojazdów, dokumentów pojazdu, jak również okresu gwarancji),
 3. modyfikacji SIWZ, poprzez wskazane i doprecyzowanie dokumentów, jakich zamawiający może żądać w celu potwierdzenia, że ofertowana dostawa odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego.

Ponadto wniesiono o nakazanie zamawiającemu wykonania pozostałych czynności faktycznych i prawnych, koniecznych do zapewnienia prawidłowości postępowania zamawiającego, w związku z orzeczeniem oraz o zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu wniesionego środka ochrony prawnej odwołujący podniósł co następuje.

W zakresie zarzutu nr 1 odwołujący wskazał, iż zasada uczciwej konkurencji odnosi się do wszystkich etapów związanych z przygotowaniem, przeprowadzaniem oraz udzielaniem zamówienia publicznego. Szczególnego znaczenia nabiera w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia, bowiem zgodnie z art. 29 ust. 2 p.z.p. przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w ubieganiu się o udzielenie zamówienia.

W niniejszym postępowaniu zamawiający drobiazgowo określił wymagania względem pojazdów (załącznik nr 2 do SIWZ), wskazane w opisie przedmiotu zamówienia dla każdego z zadań w nim wskazanych (rodzajów pojazdów). W ocenie odwołującego tak szczegółowe wymagania nie są uzasadnione przedmiotem zamówienia, jak również nie są proporcjonalne do jego celu, którym jest dostawa używanych śmieciarek do wywozu nieczystości stałych. Przykładowo zamawiający wymaga, aby pojazdy posiadały wyposażenie, które co do zasady nie stanowi standardowego wyposażenia pojazdów przeznaczonych do wywozu odpadów (np. tempomat, komputer pokładowy, kabina klimatyzowana z możliwością ogrzewania). Z kolei inne wymagania są bardzo rygorystycznie ograniczone do konkretnych

wymagań/wartości np. konkretny rok produkcji, przebieg pojazdu potwierdzony przez autoryzowanego przedstawiciela producenta, konkretne elementy podwozia, zespół napędowy, kabina z płaską podłogą z prawymi drzwiami otwieranymi pneumatycznie. Dodatkowo, zamawiający stawia wymagania w zakresie udokumentowania historii bezwypadkowości pojazdu, co stanowi daleko idące zawężenie, bowiem „bezwypadkowość” oznacza faktycznie każde zdarzenie, nawet nieingerujące w pojazd i jego stan techniczny, np. otarcie karoserii pojazdu. Tym samym, jeśli zamawiający oczekuje pojazdów nieuszkodzonych, to powinien rozważyć zakup nowych pojazdów, a nie pojazdów używanych.

Odwołujący podsumował, że zbyt drobiazgowo wymagania, w połączeniu z brakiem ich standardowego wykorzystania w pojazdach specjalistycznych do wywozu odpadów, powodują, że dane zamówienie będzie mógł wykonać tylko jeden konkretny wykonawca, a tym samym stanowią naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania.

Ponadto, zdaniem odwołującego, naruszenie zasady uczciwej konkurencji, określonej w art. 29 ust. 2 p.z.p., z uwagi na niezgodne z ustawą opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi, następuje w sytuacji, gdy zamawiający opisz przedmiot zamówienia przez zbyt nie dookreślenie przedmiotu, powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt. Naruszenie to polega na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia, ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego. Jako formę dyskryminacji pośredniej przyjmuje się również ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia (tak Izba w wyroku sygn. akt: KIO/UZP 1502/08). Odwołujący przywołał również fragmenty wyroków sygn. akt: KIO/UZP 434/09 i KIO 2184/13.

Zarzuty postawione w pkt 2 – 4 uzasadniono w sposób następujący. Odwołujący stwierdził, że zamawiający – w sposób niejasny, nieprecyzyjny i wewnętrznie sprzeczny – dokonał określenia warunków udziału w postępowaniu oraz opisu przedmiotu zamówienia. W konsekwencji prowadzi to do braku możliwości rzetelnego sporządzenia przez wykonawców ofert, zgodnie z warunkami przewidzianymi przez zamawiającego, co może prowadzić do naruszenia konkurencji i równego traktowania wykonawców, m.in. zamawiający w punkcie IV SIWZ (strona 8) wskazuje, iż w zakresie oceny sytuacji ekonomicznej lub finansowej, jak również w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, odstępuje od opisu sposobu spełnienia tego warunku, przy czym jednocześnie w załączniku nr 2 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) znajduje się szereg szczegółowych wymagań technicznych wobec pojazdów (nie wskazując sposobu ich weryfikacji na etapie składania ofert). Dodatkowo zamawiający w § 2 ust. 4 projektu umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) wskazuje, iż „wraz z pojazdem Wykonawca dostarczy stosowane instrukcje obsługi, karty gwarancyjne, a także

inne niezbędne dokumenty wraz ze świadectwami homologacji umożliwiające jego zarejestrowanie”. Jednocześnie zamawiający w SIWZ nie precyzuje czym są „inne dokumenty” – nie określa ich również w ramach załącznika nr 2 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia). Ponadto, według odwołującego, należy zauważyć, że załącznik nr 2 nie wskazuje na obowiązek dołączenia kart gwarancyjnych pojazdów, jak również świadectw homologacji, tym samym dopiero na etapie umowy zostaje wprowadzony dodatkowy wymóg techniczny, który nie jest ustanowiony w SIWZ oraz który nie będzie wcześniej weryfikowany przez zamawiającego.

Odwołujący dalej podniósł, że zamawiający w punkcie VI.7.4 SIWZ (strona 12) wskazuje, że w celu potwierdzenia, że ofertowana dostawa odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego, należy przedłożyć dokumenty potwierdzające spełnia wszystkich wymagań i jednocześnie nie wskazuje i nie precyzuje jakich dokumentów wymaga od wykonawców. Zdaniem odwołującego kwestia wymaganej dokumentacji powinna być precyzyjnie określona przez zamawiającego. Tym bardziej, iż zakres ten regulowany jest m.in. Rozporządzeniem ws. rodzajów dokumentów. W rezultacie zamawiający nie jest uprawniony do żądania złożenia przez wykonawcę innych dokumentów, które nie były wymagane na etapie składania ofert, nie są sprecyzowane w ramach SIWZ, jak również nie znajdują się w ww. rozporządzeniu. Odwołujący zaznaczył, że ewentualne wyciąganie przez zamawiającego negatywnych skutków prawnych wobec wykonawcy (ze względu na niezłożenie rzeczonych dokumentów) powinno być kwalifikowane jako niezgodne z prawem, co uzasadnia dokonanie modyfikacji treści dokumentacji postępowania.

Następnie odwołujący wskazał, iż zamawiający – w sposób nieprecyzyjny i wewnętrznie sprzeczny – sformułował m.in załącznik nr 2 do SIWZ, w ramach którego wskazuje na wymagania dodatkowe względem każdego z zadań, tj. szkolenie pracowników oraz wykazanie się trzymiesięczną gwarancją. Jednakże literalne brzmienie opisu przedmiotu zamówienia według odwołującego wskazuje, iż są to „wymagania dodatkowe”, tym samym nie są to wymagania obowiązkowe, zatem wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z ich niedopełnienia. Odwołujący dodał, że projekt umowy przewiduje możliwość uzupełniania treści w zakresie gwarancji (§ 4 zawiera puste miejsce celem uzupełnienia), co pośrednio sugeruje możliwość konkurowania pomiędzy wykonawcami długością okresu gwarancji, przy jednoczesnym braku takiej możliwości w formularzu oferty (załącznik nr 1 do SIWZ) oraz obowiązek przekazania pojazdu spełniającego wymagania opisu przedmiotu zamówienia (§ 2 ust. 3 projektu umowy). Wobec powyższego, zdaniem odwołującego, zapisy te pozostają wewnętrznie sprzeczne i uniemożliwią wykonawcom rzetelne opracowanie oferty zgodnie z warunkami przewidzianymi w SIWZ, co w konsekwencji może prowadzić do naruszenia konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W zakresie zarzutu nr 5 odwołujący podnosił, jak niżej.

Odwołujący przypomniał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa używanych śmieciarek do wywozu nieczystości stałych. Tym samym, z uwagi na przedmiot zamówienia, polegający na dostawie pojazdów używanych, zamawiający powinien dążyć do takiego ukształtowania postępowania, aby pojazdy w sposób faktyczny były sprawne technicznie – nie tylko w chwili dostarczenia, ale również w okresie standardowej eksploatacji. Zamawiający zatem powinien dążyć do takiego określenia kryteriów oceny, które umożliwią mu wybór oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z art. 91 ust. 2 p.z.p. takimi innymi kryteriami, odnoszącymi się do przedmiotu zamówienia, mogą być w szczególności kryteria jakość, w tym parametry techniczne, czy aspekty środowiskowe. Podczas, gdy zamawiający w przedmiotowym zamówieniu ograniczył się jedynie do kryterium ceny. Takie działanie w opinii odwołującego w oczywisty sposób może uniemożliwić wykonawcy oferty najkorzystniejszej.

Ponadto, zdaniem odwołującego, treść SIWZ – w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz opisu przedmiotu zamówienia – jest niejasna, nieprecyzyjna i wewnętrznie sprzeczna, bowiem zamawiający przewiduje w SIWZ (załącznik nr 2) szereg wymagań względem przedmiotu zamówienia, jak również wymagania dodatkowe (szkolenia oraz gwarancja), które świadczyłyby o dodatkowych warunkach względem wykonawców (mogących być faktycznie poza cenowymi kryteriami oceny ofert), jednak wskazując jedynie cenę, jako jedyne kryterium oceny ofert.

W ocenie odwołującego powyższe może prowadzić do braku możliwości rzetelnego sporządzenia przez wykonawców ofert, zgodnie z warunkami przewidzianymi przez zamawiającego, co w konsekwencji może prowadzić do naruszenia konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie, w formie pisemnej, wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego oraz o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w kopii uwierzytelnionej przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku

rozprawy, gdzie odwołujący i zamawiający podtrzymali stanowiska złożone pisemnie – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład rozpoznający spór ustalił, iż odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., zostało wniesione przez podmiot uprawniony, a także dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 2 pkt 5 p.z.p., zatem podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Izba ustaliła dalej, że odwołanie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, skład orzekający zobowiązany był do oceny wypełnienia przesłanek materialnoprawnych, wskazanych w art. 179 ust. 1 p.z.p., które warunkują możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

Jak podniósł odwołujący posiada on interes we wniesieniu odwołania, gdyż prowadzi działalność gospodarczą związaną z przedmiotem zamówienia, m. in. w zakresie zbierania odpadów, jak również sprzedaży pojazdów samochodowych, wobec czego dysponuje specjalistycznymi pojazdami do tego przeznaczonymi. Zamawiający, naruszając zasady uczciwej konkurencji (ze względu na sposób ukształtowania treści SIWZ), utrudnia, a w praktyce uniemożliwia, odwołującemu złożenie prawidłowej i zgodnej z warunkami określonymi przez zamawiającego oferty. Okoliczności te bezpośrednio prowadzą do faktycznego braku możliwości udziału odwołującego w postępowaniu, pozyskaniu zamówienia publicznego oraz realizacji jego przedmiotu, co powoduje powstanie szkody, w postaci utraconego zysku, który odwołujący mógłby osiągnąć w wypadku wyboru jego oferty.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia odwołania.

Następnie skład orzekający stwierdził, iż w związku z uwzględnieniem przez zamawiającego odwołania i dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie:

- opisu przedmiotu zamówienia (zarzut nr 1 z *petitum* odwołania):
 - 1) dla zadania nr 1, poprzez zmianę maksymalnego przebiegu do wysokości 150 000 km oraz wykreślenie: obowiązku potwierdzenia przebiegu pojazdu przez autoryzowanego przedstawiciela producenta, wymagania silnika wysokoprężnego spełniającego normy emisji spalin min. EEV, wymagania zespołu napędowego wyprodukowanego przez tego samego producenta, który jest finalnym producentem całego kompletu podwozia, wymagania fabrycznego rozstawu osi, wymagania nośności pierwszej i drugiej osi oraz zbiornika paliwa o pojemności min. 200 litrów z korkiem zamykanym na klucz, wymagania możliwości ogrzewania kabiny z klimatyzacji oraz prawych drzwi otwieranych

- pneumatycznie, wymagania tempomatu, immobilizera i podwozia wyposażonego w przystawkę odsilnikową z wyjściem z tyłu silnika oraz wymagania udokumentowanej historii bezwypadkowości pojazdu,
- 2) dla zadania nr 2, poprzez wykreślenie: obowiązku potwierdzenia przebiegu pojazdu przez autoryzowanego przedstawiciela producenta, wymagania silnika wysokoprężnego spełniającego normy emisji spalin min. EEV, wymagania zespołu napędowego wyprodukowanego przez tego samego producenta, który jest finalnym producentem całego kompletu podwozia, wymagania fabrycznego rozstawu osi, wymagania nośności pierwszej i drugiej osi oraz zbiornika paliwa o pojemności min. 200 litrów z korkiem zamykanym na klucz, wymagania możliwości ogrzewania kabiny z klimatyzacji oraz prawych drzwi otwieranych pneumatycznie, wymagania tempomatu i immobilizera, a także wymagania udokumentowanej historii bezwypadkowości pojazdu,
- 3) dla zadania nr 3, poprzez zmianę maksymalnej pojemności silnika 6 cylindrowego do 7000 cm³, dopuszczenie masy całkowitej od 11 500 kg do 16 000 kg, a także systemu kompresji, który umożliwia załadunek odpadków przy kompresji min. 1:3 oraz wykreślenie: obowiązku potwierdzenia przebiegu pojazdu przez autoryzowanego przedstawiciela producenta, wymagania silnika wysokoprężnego spełniającego normy emisji spalin min. EEV, wymagania fabrycznego rozstawu osi, wymagania nośności pierwszej i drugiej osi oraz wymagania udokumentowanej historii bezwypadkowości pojazdu,
- dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań zamawiającego (zarzut nr 2 z *petitum* odwołania), poprzez usunięcie pkt 7.4 z VI rozdziału SIWZ i jednoznaczne wskazanie, że na etapie składania ofert wymagania techniczne nie są weryfikowane na podstawie żadnych dodatkowych dokumentów – wymaga się wyłącznie oświadczenia wykonawcy, złożonego na formularzu ofertowym,
 - projektu umowy (zarzut nr 3 z *petitum* odwołania), poprzez doprecyzowanie i modyfikację treści § 2 ust. 4 załącznika nr 4 do SIWZ,
 - wymagań dodatkowych (zarzut nr 4 z *petitum* odwołania), poprzez doprecyzowanie i modyfikację wymagań dotyczących szkolenia i okresu gwarancji w załączniku nr 2 do SIWZ oraz treści § 4 ust. 1 załącznika nr 4 do SIWZ,

w tym przedmiocie przestał istnieć spór.

Orzekanie przez Izbę w powyższym zakresie stało się bezprzedmiotowe, co spowodowało umorzenie postępowanie odwoławczego, zgodnie z punktem 1 tenoru sentencji wyroku.

Izba wskazuje dalej, że stan faktyczny rozpoznawanej sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena dokumentacji postępowania.

Postawione przez odwołującego zarzuty wniesionego środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę sprawy do oceny czy treść dokumentacji postępowania narusza zasady naczelne p.z.p., w postaci art. 7 ust. 1 p.z.p., a także, czy opis przedmiotu zamówienia został dokonany z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p., w tym czy zamawiający prawidłowo określił wymogi w zakresie:

- 1) zadania nr 1 w przedmiocie mocy silnika, dopuszczalnej masy całkowitej, zawieszenia przedniego pneumatycznego, blokady mechanizmu różnicowego tylnej osi, tarczowych hamulców przedniej i tylnej osi, klimatyzowanej kabiny z płaską podłogą, komputera pokładowego, tachografu cyfrowego, systemu kompresji, a także gwarancji,
- 2) zadania nr 2 w przedmiocie maksymalnego dopuszczalnego przebiegu, mocy silnika, dopuszczalnej masy całkowitej, zawieszenia przedniego pneumatycznego, tarczowych hamulców przedniej i tylnej osi, klimatyzowanej kabiny z płaską podłogą, komputera pokładowego, tachografu cyfrowego, systemu kompresji oraz gwarancji,
- 3) zadania nr 3 w przedmiocie maksymalnego dopuszczalnego przebiegu, roku produkcji, tarczowych hamulców przedniej i tylnej osi, komputera pokładowego, pojemności zabudowy i gwarancji.

Ponadto spornym było czy zamawiający prawidłowo określił kryterium oceny ofert (art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p.).

Krajowa Izba Odwoławcza dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia".

Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy – w tym po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania dostarczonej przez zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie mogą prowadzić do wniosku, że w sprawie doszło do naruszenia ustawy przez zamawiającego, a w konsekwencji uznania odwołania za uzasadnione. Przeciwnie – w ocenie Izby całość zebranego materiału procesowego wskazuje, w sposób nie budzący wątpliwości, na prawidłowość kwestionowanych przez odwołującego treści dokumentacji postępowania, co powoduje, że odwołanie, jako nie posiadające uzasadnionych podstaw, należało oddalić.

W przedmiocie zarzutu nr 1 z *petitum* odwołania Izba wskazuje co następuje. Zgodnie z art. 29 ust. 1 p.z.p. przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając

wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zaś w oparciu o art. 29 ust. 2 p.z.p. przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Ponadto na kanwie art. 7 ust. 1 p.z.p. zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Skład orzekający wskazuje, że dokonując wykładni norm prawa zamówień publicznych należy uwzględnić systemową rolę i teleologiczny aspekt naczelnych zasad p.z.p., które są dyrektywami interpretacyjnymi, co do szczegółowych norm p.z.p. Zatem, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 25.01.2006 r., sygn. akt II Ca 693/05, Izba zaznacza, że art. 29 ust. 1 p.z.p. służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonej w art. 7 ust. 1 p.z.p.

Należy podkreślić, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym odbiorcą świadczenia. Zamawiający jest zatem uprawniony do opisanie przedmiotu zamówienia stosownie do własnych potrzeb, niemniej jednak potrzeby te muszą być obiektywne i uzasadnione, a zarazem niedyskryminujące.

W ocenie składu orzekającego każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio, preferując jednych wykonawców i dyskryminując innych. Natomiast konieczność zachowania zasad naczelnych p.z.p. w postępowaniu nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa opisać przedmiotu zamówienia w sposób, który nie będzie uwzględniał jego obiektywnych potrzeb. Nie ma bowiem podstaw do wykładania zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności, jako konieczności akceptacji przez zamawiającego każdego świadczenia – w tym przedmiotu najtańszego, o niskiej jakości, czy o minimalnych parametrach, a nawet niezgodnego z uzasadnionymi potrzebami jednostki zamawiającej – wyłącznie dlatego, że zamówienie mógłby realizować szerszy krąg wykonawców.

Zapewnienie właściwej konkurencji w postępowaniu jest niezwykle istotne, ponieważ powoduje, że rywalizacja wykonawców, odbywająca się w niedyskryminujących, uczciwych warunkach, przynosi zamawiającemu wymierne efekty w postaci uzyskania konkurencyjnej, atrakcyjnej oferty o ekwiwalentnej cenie. Prawidłowa rywalizacja na rynku jest determinantą efektywnego wydatkowania środków publicznych. Tym niemniej, nie można wypaczać generalnych zasad p.z.p., poprzez sprowadzenie ich do obowiązku zaproszenia do złożenia oferty wszystkich wykonawców działających na danym rynku. Zamawiający, który ma obowiązek racjonalnego wydatkowania środków publicznych, ma bowiem prawo opisać przedmiot zamówienia uwzględniając swoje wymagania, a przy tym zapewniając sobie uzyskanie oczekiwanego efektu, gwarantującego zaspokojenie określonych potrzeb, nawet

jeżeli przez to nie zostanie dopuszczony do postępowania każdy wykonawca, który chciałby wykonać zamówienie. W ocenie składu rozpoznającego spór to właśnie obiektywne i uzasadnione potrzeby zamawiającego służą ocenie stopnia dopuszczalności danego ograniczenia konkurencji, wynikającego z dokonanego opisu przedmiotu zamówienia.

Izba wskazuje również, że w ustalonym stanie faktycznym znajdzie zastosowanie stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego, wyrażone w wyroku z 04.02.2015 r., sygn. akt GSK 2203/13 gdzie wskazano, że zamawiający, jako jednostka sektora finansów publicznych, ma obowiązek planowania racjonalnej, pod względem finansowym i użytkowym, eksploatacji przedmiotu zamówienia, w związku z czym określenie przedmiotu zamówienia powinno uwzględniać również ten element.

Dalej zaznaczyć wypada, że postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym i to na odwołującym spoczywa ciężar dowiedzenia, że sposób opisu przedmiotu zamówienia narusza art. 29 ust. 1 p.z.p. Skutkiem skargowego charakteru postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą jest bowiem obowiązek przedstawiania przez strony dowodów na potwierdzenia faktów z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne, zgodnie z zasadą *ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat*, wyrażoną w art. 6 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. oraz art. 190 ust. 1 p.z.p., z której wynika wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych, a także usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Skład orzekający wskazuje również, że art. 29 ust. 2 p.z.p. posługuje się sformułowaniem „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”. Takie sformułowanie użyte przez ustawodawcę powoduje, że na odwołującym ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś ciężar dowiedzenia, że do takiego utrudnienia (pomimo prawdopodobieństwa jego wystąpienia) nie doszło, lub nie może dojść, przerzucony zostaje wówczas na zamawiającego. Zatem wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc realnego stopnia prawdopodobieństwa jego wystąpienia. Nie oznacza to jednak całkowitego braku obowiązku wykazania okoliczności do których referuje hipoteza omawianego przepisu – powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi być rzeczowe, realne i przede wszystkim uprawdopodobnione.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt postępowania zainicjowanego wniesionym środkiem zaskarżenia, Izba wskazuje jak niżej.

W pierwszej kolejności skład orzekający zauważa, że odwołujący poświęcił dużo uwagi na wskazanie, które wymagania opisu przedmiotu zamówienia należy wykreślić, bądź zmodyfikować, jednakże samo uzasadnienie żądań odwołania jest niezwykle oszczędne. Odwołujący podnosił, iż obecnie ukształtowana treść dokumentacji postępowania powoduje,

że zamówienie będzie mógł wykonywać tylko jeden, konkretny wykonawca, co narusza zasady naczelnego p.z.p. Tym niemniej odwołujący, chociaż to na nim ciążył ciężar dowodu, nie wykazał, ani nawet nie uprawdopodobnił, że warunki sformułowane przez zamawiającego w dokumentacji postępowania w jakikolwiek sposób naruszały uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Stanowisko odwołującego pozostało gołosłowne, zaś do czasu wydania rozstrzygnięcia przez Izbę do zamawiającego wpłynęły już dwie oferty, kiedy termin na składanie ofert jeszcze nie upłynął.

Ponadto zamawiający przedstawił dla każdego wymagania opisu przedmiotu zamówienia, którego nie wykreślono, czy nie zmodyfikowano, poddające się weryfikacji przez pryzmat logiki i zasad doświadczenia życiowego uzasadnienie. Każde wymaganie jednostki zamawiającej odpowiada uzasadnionej i obiektywnej potrzebie, która została usprawiedliwiona w sposób wiarygodny, spójny i logiczny.

Dla przedmiotu zamówienia, obejmującego zadanie nr 1, będącego dostawą używanej śmieciarki na podwoziu trzyosiowym o pojemności skrzyni ładunkowej min. 20 m³, zamawiający argumentował, że śmieciarki będą użytkowane w zróżnicowanym, górzystym terenie, w różnych warunkach atmosferycznych, co uzasadnia wymóg właściwej mocy silnika, który również musi być adekwatny dla pojazdów o dużej masie i ładowności. Następnie wskazano, że żądane przez odwołującego wykreślenie wymagania w zakresie dopuszczalnej masy całkowitej jest nieuzasadnione, ponieważ nie uwzględnia konieczności zapewnienia maksymalnego ładunku zabudowy, z wykorzystaniem pełnej nośności pojazdu, co z kolei jest uzasadnione ekonomicznie – mniejszym kosztem eksploatacji pojazdów. Wymaganie dotyczące zawieszenia przedniego pneumatycznego zostało postawione ze względu na konieczność funkcji podnoszenia podwozia w terenowych warunkach pracy pojazdu. Blokada mechanizmu różnicowego tylnej osi jest konieczna do pracy w warunkach zimowych, zaś hamulce tarczowe powodują efektywne hamowanie, co – biorąc pod uwagę zróżnicowane ukształtowanie terenu – ma duży wpływ na bezpieczeństwo uczestników ruchu drogowego. Wymaganie w zakresie kabiny klimatyzowanej, z płaską podłogą, zostało postawione ze względu na funkcjonalność obsługi, względy bezpieczeństwa oraz ergonomię miejsca pracy załogi. Natomiast komputer pokładowy umożliwia rejestrowanie parametrów pracy pojazdu, częściową diagnostykę podzespołów i archiwizowanie danych, co skutkuje optymalizacją sposobu użytkowania pojazdów, a co za tym idzie powoduje zmniejszenie kosztów eksploatacji. Ponadto tachograf cyfrowy jest od roku 2006 wymagany powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Zamawiający wskazywał również, że kształtując wymagania opisu przedmiotu zamówienia wzięto pod uwagę także dostępność części zamiennych i koszty napraw oraz eksploatacji pojazdów.

W zadaniu nr 2, dotyczącym dostawy używanej śmieciarki na podwoziu dwuosiowym o pojemności skrzyni ładunkowej od 12 m³ do 15 m³, żądanie wykreślenia wymagania

dotyczącego maksymalnego przebiegu jest nieuzasadnione. Z uwagi na warunki pracy sprzętu wskazanie maksymalnej wartości przebiegu warunkuje oczekiwany poziom niezawodności pojazdu podczas dalszej eksploatacji. Ustalona moc silnika jest podyktowana pracą pojazdu, o znacznej masie, w zróżnicowanym terenie górzystym. Przy czym nie ma możliwości spełnienia żądania odwołującego i wykreślenia, lub zwiększenia wartości dopuszczalnej masy całkowitej, z uwagi na obszar, który będzie obsługiwał kupowany pojazd, jak również ze względu na istniejącą infrastrukturę drogową – obecnie zakładane obciążenie 18 000 kg zabezpiecza funkcjonalność pojazdu oraz ochronę infrastruktury. Wymaganie w zakresie zawieszenia przedniego pneumatycznego, tarczowych hamulców osi przedniej i tylnej jest zasadne, ponieważ zamawiający wymaga od śmieciarki funkcji podnoszenia podwozia przy uwzględnieniu terenowych warunków pracy pojazdu oraz zmiennych warunków atmosferycznych. Z kolei hamulce tarczowe wymagane są z uwagi na efektywność hamowania. Hamulce bębnowe są obecnie technologią przestarzałą i mniej skuteczną, niż hamulce tarczowe, które powodują lepsze odprowadzanie ciepła i mają większą dostępność części zamiennych, są także tańsze. Wymaganie kabiny klimatyzowanej, z płaską podłogą, podyktowane jest funkcjonalnością obsługi, względami bezpieczeństwa oraz ergonomią miejsca pracy załogi. Natomiast komputer pokładowy umożliwia rejestrowanie parametrów pracy pojazdu, częściową diagnostykę podzespołów i archiwizowanie danych, zaś tachograf cyfrowy to wymóg ustawy.

Ponadto żądanie wykreślenia wymagania odnośnie systemu kompresji, czy modyfikacji parametru do 1:3 dla zadania nr 1 i nr 2 jest nieuzasadnione. Z uwagi na dużą pojemność zabudowy (20 m³, 12-15 m³) kompresja min. 1:5 zapewnia właściwy stopień zagęszczenia odpadów i efektywne wykorzystanie zabudowy – mające bezpośredni wpływ na możliwość mniejszej liczby kursów pojazdu, co powoduje mniejsze koszty użytkowania śmieciarek.

W stosunku do wymagań dla zadania nr 3 – dostawa używanej śmieciarki na podwoziu dwuosiowym o pojemności skrzyni ładunkowej od 8 m³ do 9 m³ – również należy uznać, że nie ma możliwości wykreślenia wymagania maksymalnego dopuszczalnego przebiegu, pominęłoby to oczekiwany poziom sprawności pojazdu i negatywnie wpłynęłoby na możliwość dalszej eksploatacji. Modyfikacja minimalnego wymogu w zakresie roku produkcji pojazdu na min. 2005 r. jest nieuzasadniona, z uwagi na poziom zużycia konieczne jest pozostawienie parametru na poziomie roku 2008. Istotnym jest, że zamawiający wymaga pojazdu zasilanego gazem CNG, dla samochodów wyprodukowanych przez 2008 r. stosowano butle stalowe, które są cięższe i posiadają dziesięcioletni okres żywotności, po tym czasie należy je wymienić. Natomiast butle aluminiowe, w które zaopatrzone są w pojazdy dostępne od 2008 r., są lżejsze i bardziej nowoczesne. Waga butli ma wpływ na całkowitą masę pojazdów, czyli wprost przekłada się na ładowność. Pozostawienie wymogu na obecnym poziomie jest uzasadnione technicznie i ekonomicznie, starszy rocznik powoduje również

mniejszą dostępność części oraz niższą trwałość żywotności części. Następnie wymaganie w zakresie tarczowych hamulców osi przedniej i tylnej jest konieczne z uwagi na efektywność hamowania. Natomiast komputer pokładowy rejestruje pracę śmieciarki, dokonuje częściowej diagnostyki, archiwizuje dane i monitoruje zużycie. Dalej wskazać należy, że żądanie zmniejszenia pojemności zabudowy jest nieuzasadnione, obecne wymaganie na poziomie 8-9 m³ ustanowiono ze względu na efektywność ekonomiczną pracy pojazdu na obsługiwanym terenie.

Wymagana dla wszystkich zadań gwarancja, w wymiarze trzech miesięcy zapewni właściwą jakość i sprawność techniczną podzespołów i komponentów pojazdu, zmniejszenie okresu gwarancji do jednego miesiąca jest obiektywnie zbyt krótkie dla możliwości efektywnego skorzystania z uprawnień gwarancyjnych. Ponadto zamawiający wykreślił wymóg w zakresie udokumentowanej historii bezwypadkowości. Pozostawiono obiektywnie uzasadnione wymaganie, że pojazd ma być bezwypadkowy, co rozumie się jako niedopuszczenie pojazdu po wypadku, co doprecyzowano w opisie przedmiotu zamówienia, zatem wyeliminowano ryzyko, że będzie to zdarzenie, które nie ingeruje w pojazd i jego stan techniczny, jak np. otarcie karoserii.

Konkludując powyższe, skład orzekający stwierdził, że zaskarżone przez odwołującego wymagania dokumentacji postępowania należy ocenić za podyktowane uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, które wskazał w odpowiedzi na odwołanie. Izba podzieliła przekonującą i wiarygodną argumentację odwołującego. Natomiast żądania odwołującego stanowią próbę narzucenia zamawiającemu produktu o minimalnej jakości, która odbiega od standardów rynkowych, a także są nieadekwatne do wykazanych przez zamawiającego potrzeb i niewystarczające dla osiągnięcia celu zamówienia publicznego. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zatem rozpoznawany zarzut, jako nie posiadający uzasadnionych podstaw.

W zakresie zarzutu nr 5 z *petitum* odwołania Izba stwierdziła jak niżej.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 p.z.p. zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Co istotne art. 91 ust. 2a p.z.p. stanowi, że zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3 p.z.p.

Zamawiający w rozpoznawanym sporze nie jest zobligowany na kanwie p.z.p. do ustalania dodatkowych kryteriów pozacenowych, stąd ma możliwość zastosowania ceny jako

jedynego kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. Ustawodawca nie uznał za celowe, aby nakazać wszystkim zamawiającym, w każdym przypadku, ustalania dodatkowych kryteriów pozacenowych. Nie jest to czynność, do której zamawiający w sporze jest zobowiązany na podstawie ustawy, nie doszło zatem do naruszenia prawa, podczas gdy odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 p.z.p.).

Wypada również zauważyć, że odwołujący nie zdecydował się na wskazanie w odwołaniu jaki sposób w jego ocenie należy zmodyfikować dokumentację postępowania, bowiem nie wskazano jakie konkretnie kryterium pozacenowe i o jakiej wadze zamawiający miałby dodać. Odwołujący podniósł, że obecnie zastosowane kryterium najniższej ceny w oczywisty sposób uniemożliwia złożenie wykonawcy oferty najkorzystniejszej, ale nie zdecydowano się na przybliżenie powodów braku możliwości złożenia oferty, czy też sprecyzowanie jakie dodatkowe kryterium oceny ofert byłoby w ocenie strony właściwe.

Żądanie modyfikacji SIWZ jest niemożliwe do spełnienia, w szczególności, że ukształtowanie kryteriów oceny ofert wymaga dokonania oceny korzyści i skutków, jakie towarzyszą ich zastosowaniu. W tym celu należy przeprowadzić analizę (symulację) wpływu każdego z potencjalnych kryteriów oceny ofert na cenę, a także zweryfikować ich łączne oddziaływanie na osiągnięcie zamierzonego efektu, którym jest celowe i oszczędne wydatkowanie środków z uzyskaniem możliwie najlepszych efektów z danych nakładów, w myśl zasady *best value for money*. W szczególności, że ustanowienie kryteriów oceny ofert powinno sprzyjać jakości uzyskanych świadczeń i racjonalnemu wydatkowaniu finansów publicznych. Nie można zatem stwierdzić, że w opisie przedmiotu zamówienia są parametry, które mogą być pozacenowymi kryteriami oceny ofert i na tym poprzestać.

Odwołujący na rozprawie podnosił, że w kryterium oceny ofert można oceniać warunek w zakresie gwarancji, co pozwoliłoby na uzyskanie pojazdów sprawnych technicznie oraz rozszerzałoby krąg wykonawców, którzy konkurowałiby jakością swoich pojazdów. Po pierwsze, skład orzekający wskazuje, że nie ma takich twierdzeń w treści odwołania i ich późniejsze podnoszenie na rozprawie nie może być – zgodnie z art. 192 ust. 7 p.z.p. – brane przez Izbę pod uwagę. Po wtóre, jedynie na marginesie należy zauważyć, że kryterium gwarancji, która zostanie wliczona przez wykonawców w cenę pojazdów (co również zamawiający nakazał w treści SIWZ), spowoduje dodatkowe koszty, kiedy nie wykazano, aby ponoszenie ich było uzasadnione i adekwatne dla osiągnięcia celu postępowania. Nie wykazano również, że obecna gwarancja, ustalona w wymiarze trzech miesięcy, jest niewystarczająca – podczas gdy w kryterium pozacenowym należy premiować realne i wymierne korzyści, jakie mógłby uzyskać zamawiający, w korelacji z oszczędnym wydatkowaniem środków publicznych.

Odwołujący nie wykazał również, iż doszło do naruszenia zasad naczelnych p.z.p., środek zaskarżenia w tym zakresie jest merytorycznie pusty, zatem zarzut został przez Izbę oddalony.

Na kanwie art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., zatem Izba oddaliła odwołanie, jako bezzasadne.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), obciążając odwołującego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu i kosztami wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT.

Przewodniczący:

.....