

Sygn. akt: KIO 484/18

WYROK
z dnia 6 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 25 marca i 6 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2018 r. przez wykonawcę: **FIRE MAX Sp. z o. o., Al. Jerozolimskie 224, 02-495 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Lublinie, ul Strażacka 7, 20-012 Lublin,**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w związku z potwierdzeniem się zarzutów zawartych w pkt 1 i 2 odwołania i niepotwierdzeniem się zarzutu zawartego w pkt 6 lit. E odwołania,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Lublinie, ul Strażacka 7, 20-012 Lublin, i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **FIRE MAX Sp. z o. o., Al. Jerozolimskie 224, 02-495 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Lublinie, ul Strażacka 7, 20-012 Lublin** na rzecz wykonawcy: **FIRE MAX Sp. z o. o., Al. Jerozolimskie 224, 02-495 Warszawa** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Lublinie**.

.....

Uzasadnienie

Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Lublinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę 79 sztuk zestawów hydraulicznych narzędzi ratowniczych o zwiększonym potencjale do ratownictwa drogowego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. U. UE w dniu 03 marca 2018 r. pod nr 2018/S 044-095565.

Wykonawca Fire Max Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących:

1. określenia kryterium oceny ofert „Koszt 15 letniego cyklu życia zestawów” w sposób naruszający przepis art. 91 ust. 1 oraz 2d, 3d Pzp, tj. w sposób niezmierny do wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej oraz w sposób niejednoznaczny;
2. określenia kryterium „Parametry techniczne” podkryterium „Maksymalna zdolność cięcia nożyc o max. wadze 21 kg wyrażona średnicą przecinanego pręta okrągłego walcowanego na gorąco powyżej 39 mm [mm]” w sposób naruszający przepis art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, tj. w sposób niezmierny do wyboru oferty najkorzystniejszej oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
3. określenia sposobu weryfikacji spełniania kryterium „Parametry techniczne” w sposób naruszający przepis art. 91 ust. 1 i 2d Pzp, tj. w sposób nieprecyzyjny, niejednoznaczny, a w konsekwencji niegwarantujący obiektywizmu i porównywalności ofert;
4. opisanego przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepis art. 29 ust. 2 Pzp, tj. w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
5. opisanego przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepis art. 29 ust. 1 Pzp, tj. z uchybieniem w zakresie wymogu jednoznaczności, wyczerpującego charakteru, posłużenia się dokładnymi i zrozumiałymi określeniami oraz uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
6. sporządzenia wzoru umowy w sposób naruszający przepis art. 29 ust. 1 Pzp, tj. z uchybieniem w zakresie wymogu jednoznaczności, wyczerpującego charakteru, posłużenia się dokładnymi i zrozumiałymi określeniami oraz uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz z naruszeniem przepisu art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z przepisem art. 139 Pzp;
7. braku jednoznacznego wskazania, kiedy (w jakim momencie) wykonawcy są zobowiązani do złożenia specyfikacji technicznej sprzętu, co stanowi naruszenie przepisu art. 36 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień siwz w sposób wskazany w treści odwołania.

Odwołujący wyjaśnił, że jest jednym z wiodących dostawców hydraulicznych narzędzi ratowniczych - w konsekwencji posiada co najmniej potencjalną możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, co więcej - jest realnie zainteresowany jego uzyskaniem. Sformułowane przez Zamawiającego postanowienia siwz, do których referuje niniejsze odwołanie, jako postanowienia wadliwe, uniemożliwiają mu złożenie konkurencyjnej oferty.

Zarzut 1: określenie kryterium oceny ofert „Koszt 15 letniego cyklu życia zestawów” w sposób naruszający przepis art. 91 ust. 1 oraz 2d Pzp, tj. w sposób niezmierny do wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej oraz w sposób niejednoznaczny.

Zamawiający określił w siwz kryterium oceny ofert w postaci „Koszt 15 letniego cyklu życia zestawów”, wskazując jednocześnie koszty cząstkowe składające się na ten koszt, a mianowicie: koszt zakupu, koszt utylizacji oraz koszt serwisowania. Sposób zdefiniowania przedmiotowego kryterium, w ocenie Odwołującego, uchybia zasadom dotyczącym formułowania przez Zamawiającego wymogów w zakresie kryterialnej oceny ofert.

Zamawiający w przedmiotowym zakresie posłużył się kryterium kosztu, które jest pojęciem szerszym od ceny i referuje nie tylko do kosztów nabycia produktu. Koszt, jako kryterium oceny ofert, obejmuje także inne nakłady, które ponosi Zamawiający w związku z przedmiotem zamówienia, także w fazie użytkowania przedmiotu zamówienia. W związku z tym, iż koszty inne niż koszt nabycia należą do zdarzeń przyszłych i niepewnych Zamawiający ze szczególną atencją powinien opisać kryterium kosztu, tak aby opis ten w sposób precyzyjny i jednoznaczny wskazywał, co (jakie elementy) Zamawiający będzie oceniał w ramach kosztu oraz na jakich zasadach ta ocena się odbędzie. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie uczynił zadość przedmiotowym wymogom.

Zgodnie z przepisem art. 91 ust. 3d Pzp, Zamawiający, szacując koszty z wykorzystaniem podejścia opartego na rachunku kosztów cyklu życia przedmiotu zamówienia, określa w siwz dane, które mają przedstawić wykonawcy oraz metodę, którą zastosuje do określenia kosztów cyklu życia na podstawie tych danych. O ile Zamawiający wskazał w SIWZ koszty cząstkowe, składające się na koszt cyklu życia zestawów objętych zamówieniem, o tyle - w połączeniu z lakonicznym, o ile nie blankietowym - opisem metody określenia kosztów cyklu życia produktów, nie ma realnej i rzeczywistej możliwości podania rzetelnych kosztów serwisowania i utylizacji narzędzi w tak długim czasie, m.in. z uwagi na zmienny kurs walut, zmianę kosztów części zamiennych wynikających na przykład ze zmiany cen na stal i inne materiały, z których zbudowane są narzędzia oraz zmianę poziomu cen kalkulowanych dla poszczególnych czynności serwisowych. Koszty poszczególnych czynności serwisowych mogą zmienić się w tak długim okresie z powodów, na które żaden z potencjalnych wykonawców nie ma wpływu. Zmiana ta może wynikać również ze zmiany

zakresu wykonywanych czynności serwisowych w 15-letnim okresie. Przedmiot zamówienia w zasadzie jest produkowany wyłącznie poza granicami RP. Obecny wykaz czynności serwisowych jest sporządzony w oparciu o:

- obowiązującą normę PN-EN 13204:2016 dla hydraulicznych narzędzi ratowniczych,
- wykaz wymaganych czynności przygotowanych przez poszczególnych producentów narzędzi, ale na podstawie m.in. obowiązującej normy,
- dodatkowo, dla rynku polskiego, o warunki prowadzenia serwisu wymienione w opracowaniu „Wymagania w zakresie konserwacji narzędzi hydraulicznych, wydanych w marcu 2015 roku jako standard przez CNBOP i opracowanych przez zespół: K. D.R. C.i, T.M .i M.Ż..

Zdaniem Odwołującego, w przypadku zmiany któregoś z wyżej wymienionych dokumentów w czasie 15 lat - co jest bardzo prawdopodobne - zmieni się również kalkulacja kosztów wykonywanych prac serwisowych.

Koszty inne, niż związane z nabyciem produktów, zależą od zdarzeń przyszłych i niepewnych - nie zwalnia to jednak Zamawiającego z obowiązku takiego opisanie kryterium kosztowego, które ryzyka z tym związane co najmniej zminimalizuje, czego zabrakło w przedmiotowej sprawie. Opis kryterium kosztowego, dokonany przez Zamawiającego, jest opisem niepełnym i niejednoznacznym, gdyż nie pozwala wykonawcom na rzetelne skalkulowanie kosztów innych niż koszt nabycia przedmiotu zamówienia.

Niezależnie od powyższego, wprowadzenie przedmiotowego kryterium nie prowadzi do wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie ma nieograniczonej swobody w zakresie doboru i opisu kryteriów oceny ofert. Ustawodawca postawił w tym zakresie wymagania, które wyłączają subiektywizm, uznaniowość Zamawiającego przy ocenie ofert, w tym na etapie przygotowania dokumentacji przetargowej. Zdefiniowane przez Zamawiającego kryteria oceny ofert mają służyć wyborowi oferty rzeczywiście najkorzystniejszej. Kształtowanie kryteriów oceny ofert musi uwzględniać zasady finansów publicznych - uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów

Okoliczność, iż ustawodawca wprost wskazał na możliwość przewidzenia w SIWZ kryterium w postaci kosztu nie oznacza, że kryterium to w każdym postępowaniu będzie znajdowało uzasadnienie, tj. nie zawsze będzie prowadziło do wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej.

Dla przykładu Odwołujący przywołał postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone przez Zamawiającego na początku 2017 r. w którym ekonomiczne/kosztowe kryterium oceny ofert zostało określone w podobny sposób. Doprowadziło to do znacznego zniekształcenia rzeczywistej ceny zakupu i dostawy zestawów hydraulicznych, w ten sposób, że sama wartość kosztów utylizacji i serwisowania

była podawana przez różnych dostawców w zakresie od 42.000,- do ponad 360.000,- PLN, co stanowiło od 3,38% do 17,62% podanych kosztów łącznych. Przeliczając te wartości i okres udzielonej gwarancji, koszt miesięczny wahał się od 347,- do 5.908,- PLN za 8 takich samych zestawów hydraulicznych, czyli od 43,4 do 737,- zł za jeden zestaw/miesiąc. Podane zostały wartości skrajne. Tymczasem oferowany sprzęt (każdego z producentów) podlega tej samej normie i tym samym wytycznym konserwacji określonym przez CNBOP, a zatem koszt serwisu i utylizacji powinny być podobne. W tym przypadku tak ujęte kryterium nie sprawdziło się.

Odwołujący podkreślił, że kryterium kosztu winno zostać wprowadzone wówczas, gdy aspekty ekonomiczne związane z eksploatacją przedmiotu zamówienia mają dla Zamawiającego istotne znaczenie. Innymi słowy, wprowadzenie kosztu, jako kryterium, winno być każdorazowo sankcjonowane zobiektywizowanymi potrzebami Zamawiającego i gwarantować porównywalność ofert, z zastrzeżeniem, że nie chodzi tu jedynie o porównywalność pozorną, ale o realną i rzeczywistą możliwość zestawienia ze sobą ofert i wybrania najkorzystniejszej. Realna i rzeczywista porównywalność ofert to sytuacja, w której Zamawiający ma możliwość obiektywnej oceny, która z ofert jest najkorzystniejsza, a tym samym gwarantuje urzeczywistnienie interesu publicznego.

Tymczasem określone kryterium nie zapewnia porównywalności ofert w wymiarze, o którym mowa powyżej, a także nie prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej. Na taki stan rzeczy składa się nie tylko brak odpowiedniego opisu kryterium kosztowego, ale przede wszystkim to, iż ww. kryterium nie przystaje do specyfiki przedmiotu zamówienia i nie znajduje odzwierciedlenia w zobiektywizowanych potrzebach Zamawiającego.

W konsekwencji Odwołujący domaga się zmiany kwestionowanego kryterium na kryterium „Ceny”, tak aby ocena ofert nie uległa zafalszowaniu.

Zarzut 2: określenie kryterium „Parametry techniczne” podkryterium „Maksymalna zdolność cięcia nożyc o max. wadze 21 kg wyrażona średnicą przecinanego pręta okrągłego walcowanego na gorąco powyżej 39 mm [mm]” w sposób naruszający przepis art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, tj. w sposób niezmierny do wyboru oferty najkorzystniejszej oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący w pełni podtrzymał dotychczas zaprezentowane stanowisko, że kryteria oceny ofert muszą być sformułowane z pełnym poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie ulega wątpliwości, iż zarówno na gruncie unijnych dyrektyw zamówieniowych, jak i krajowego porządku prawnego chodzi o zapewnienie realnej konkurencyjności i równego traktowania wykonawców, a zatem zapewnienie realnej możliwości ubiegania się o uzyskanie zamówienia przez zainteresowane tym podmioty. Konkurencyjność pozorna, z którą mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu, nie czyni zadość wymogom prawodawstwa wspólnotowego oraz ustawodawstwa krajowego.

Wprowadzone przez Zamawiającego kryterium dotyczące zdolności cięcia nożyc hydraulicznych i związana z nim ocena punktowa odbiera Odwołującemu realną możliwość uzyskania zamówienia. Odwołujący jest bowiem w stanie zaoferować Zamawiającemu ciężkie nożyce o zdolności cięcia pręta o maksymalnej grubości 39 mm wg normy PN EN 13204, podanego w danych deklarowanych przez producenta, spełniające wymogi siwz, ale nie otrzyma już dodatkowych punktów w ramach kwestionowanego podkryterium. Przyjęte przez Zamawiającego podkryterium prowadzi do uprzywilejowania producenta Holmatro - wykonawca oferujący rozwiązania tego producenta otrzyma maksymalną liczbę punktów przy ww. podkryterium. Tym samym w przedmiotowym zakresie mamy do czynienia z zaburzeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (poprzez premiowanie rozwiązań określonego producenta). Tym bardziej, iż według obecnie stosowanych metod pomiarowych określa się jedynie, czy nożyce są w stanie przeciąć pręt o grubości 40mm lub więcej.

Odwołujący wniósł o zmianę kryterium „Parametry techniczne” podkryterium „Maksymalna zdolność cięcia nożyc o max. wadze 21 kg wyrażona średnicą przecinanego pręta okrągłego walcowanego na gorąco powyżej 39 mm [mm]”.

Zarzut 3: określenie sposobu weryfikacji spełniania przez wykonawców kryterium „Parametry techniczne” w sposób naruszający przepis art. 91 ust. 1 i 2d Pzp, tj. w sposób nieprecyzyjny, niejednoznaczny, a w konsekwencji niegwarantujący obiektywizmu i porównywalności ofert.

Zgodnie z rozdziałem ID SIWZ, Zamawiający zastrzegł sobie uprawnienie do weryfikacji określonych, podlegających ocenie, parametrów. Przedmiotowe zastrzeżenie należy uznać za nieprecyzyjne i niejednoznaczne.

Z zakwestionowanej treści nie wynika, kiedy (w jakich okolicznościach) Zamawiający przeprowadzi weryfikację, czy weryfikacja będzie dotyczyła wszystkich wykonawców, czy też tylko niektórych - jeśli niektórych, to według jakich kryteriów Zamawiający wskaże wykonawców podlegających takiej weryfikacji (o ile można w ogóle uznać za dopuszczalną taką wybiórczą weryfikację).

Zasady weryfikacji, o której mowa, są niejasne i nieprecyzyjne z uwagi na brak informacji, na jakich zasadach, w tym z jakim wyprzedzeniem, Zamawiający wyznaczy termin weryfikacji. Nie ulega wątpliwości, iż kwestia terminu przeprowadzenia weryfikacji jest istotną dla wykonawców, m.in. z uwagi na konieczność podjęcia czynności przygotowawczych do takiej weryfikacji, w tym także w kontekście jej zakresu..

Ponadto, przy takim ukształtowaniu postanowień SIWZ w zakresie sprawdzenia parametrów podlegających ocenie, wykonawca nie wie, gdzie weryfikacja się odbędzie, a odległość do miejsca weryfikacji pozostaje sprawą ważną z uwagi na okoliczności podniesione przy wskazaniu na nieokreślenie zasad wyznaczenia terminu weryfikacji, a także z uwagi na to, że to wykonawcy mają pokryć koszty weryfikacji. Lakoniczne, ogólne

określenie zasad przeprowadzenia weryfikacji stawia pod znakiem zapytania szacunkową wartość kosztów, które wykonawca będzie musiał zwrócić zamawiającemu - a także kwestię czy wszyscy wykonawcy i ich oferty będą w takim samym wymiarze weryfikowane.

Wątpliwości natury formalno-prawnej budzi także zasadność i celowość weryfikacji oraz jej charakter (w tym czy jest to prezentacja próbki). Otóż przedmiotem weryfikacji powinny być oferowane urządzenia, a z kwestionowanej treści nie wynika, że wykonawca ma dostarczyć na weryfikację urządzenia wskazane w ofercie. Powyższe stawia pod znakiem zapytania to, czemu przedmiotowa weryfikacja ma służyć.

Ponadto, wskazanie na obowiązek dostarczenia innego sprzętu oraz płynów eksploatacyjnych jest bardzo ogólne i może prowadzić do sytuacji, w której weryfikacja będzie następowała w odmiennych warunkach dla każdego wykonawcy, co nie znajduje uzasadnienia.

Zamawiający wymaga dostarczenia stanowiska pomiarowego, nie precyzując konkretnych wymogów w tym zakresie, a przecież istotnym jest, aby weryfikacja odbywała się na tożsamych zasadach w odniesieniu do każdego wykonawcy.

Zamawiający ma dostarczyć próbkę pręta - lecz nie sprecyzowano jego parametrów, nie określono, czy pręt dla każdego wykonawcy będzie cechował się tożsamymi parametrami.

W konsekwencji Odwołujący wniósł o sprecyzowanie zasad weryfikacji poprzez uwzględnienie w rozdziale III SIWZ treści, poprzez wskazanie:

1. z uwagi na jakie okoliczności i w odniesieniu do których wykonawców Zamawiający przeprowadzi weryfikację parametrów podlegających ocenie kryterialnej;
2. terminu i miejsca przeprowadzenia weryfikacji;
3. że weryfikacji podlegają urządzenia, które wykonawca wskaże w ofercie;
4. dokładne wyspecyfikowanie elementów, które mają zostać dostarczone na weryfikację;
5. dokładnych parametrów stanowiska pomiarowego;
6. sprecyzowanie parametrów pręta wraz z zastrzeżeniem, że będzie się on cechował tożsamymi parametrami dla każdego wykonawcy.

Zarzut 4: opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepis art. 29 ust. 2 Pzp, tj. w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

A.

Załącznik nr 1 do SIWZ pkt 2

Zamawiający wymaga dostarczenia dwóch oddzielnych walizek - jednej dla kompletu łańcuchów ciągnących, drugiej - dla końcówek do ciągnięcia. Jest to rozwiązanie typowe

wyłącznie na jednego producenta, tj. Holmatro. Tym samym Zamawiający, w sposób nieznajdujący uzasadnienia w zobiektywizowanych potrzebach, premiuje rozwiązanie określonego producenta, co stanowi o dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający posłużył się parametrami, które jednoznacznie wskazują na sprzęt jednego producenta. Jeżeli Zamawiający formułuje swoje wymogi tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt, to wówczas nie można mówić o zachowaniu uczciwej konkurencji. Zamawiający zobowiązany jest do zachowania niezbędnej równowagi pomiędzy swoimi zobiektywizowanym potrzebami a interesem poszczególnych wykonawców, czego w przedmiotowej sprawie zabrakło.

Odwołujący zażądał dopuszczenia łańcuchów wraz z końcówkami do ciągnięcia umieszczonych w jednej walizce.

B.

Załącznik nr 1 do SIWZ pkt. 4.

Zamawiający wymaga dostarczenia rozpieracza kolumnowego o minimalnej długości początkowej 610 mm oraz minimalnym skoku tłoka 450 mm, co łącznie daje długość całkowitą rozpieracza 1060 mm.

W przedmiotowym zakresie Odwołujący podtrzymał odpowiednio stanowisko zaprezentowane w zakresie lit. A powyżej, dotyczące zakazu opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie znajduje uzasadnienia w zobiektywizowanych potrzebach Zamawiającego, prowadzi do uprzywilejowania określonych wykonawców i może utrudniać uczciwą konkurencję.

Odwołujący zażądał wprowadzenia w zakresie ww. parametru typowej tolerancji technicznej skoku tłoka +/-2%.

Zarzut 5: opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepis art. 29 ust. 1 Pzp, tj. z uchybieniem w zakresie wymogu jednoznaczności, wyczerpującego charakteru, posłużenia się dokładnymi i zrozumiałymi określeniami oraz uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Załącznik nr 1 do SIWZ pkt 7.1.

Zamawiający wymaga dostarczenia pokrowca ochronnego poduszki powietrznej kierowcy z zaznaczeniem „do wszystkich samochodów osobowych”.

Pokrowce ochronne występują w różnych rozmiarach i nie ma na rynku jednego uniwersalnego rozmiaru „do wszystkich średnic kierownicy”.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 29 ust. 1 Pzp, 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.

Brak sprecyzowania wielkości kierownicy sprawia, że opisowi przedmiotu zamówienia należy odmówić waloru kompletności, jednoznaczności. Zamawiający nie podał wszystkich informacji niezbędnych - zarówno pod względem ilościowym i jakościowym - do sporządzenia oferty.

Odwolujący zażądał sprecyzowania zakresu wielkości kierownicy samochodu osobowego w zakresie wartości „od/do”, a nie liczby w danym rozmiarze.

Zarzut 6: sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający przepis art 29 ust. 1 Pzp, tj. z uchybieniem w zakresie wymogu jednoznaczności, wyczerpującego charakteru, posłużenia się dokładnymi i zrozumiałymi określeniami oraz uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz z naruszeniem przepisu art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z przepisem art. 139 Pzp.

A.

Załącznik nr 8 do SIWZ

Zamawiający wymaga, aby odbiór techniczno-jakościowy odbył się w siedzibie producenta sprzętu ratowniczego. Żaden z producentów nie wytwarza wszystkich urządzeń wymaganych przez Zamawiającego, składających się na przedmiot dostawy.

W związku z powyższym Odwołujący zażądał, aby odbiór techniczno - jakościowy sprzętu hydraulicznego odbył się w siedzibie producenta sprzętu hydraulicznego, a odbiór pozostałego sprzętu nieprodukowanego przez producenta (wg szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia Załącznik nr 1 do SIWZ pkt 7 i pkt.9) odbył się podczas odbioru faktycznego w siedzibie Użytkowników. Pozostały sprzęt i wyposażenie zestawu, jak również komplet najaśnic do oświetlania terenu akcji nie są produkowane przez producenta hydraulicznych narzędzi ratowniczych. Nie wymagają również wykonania specjalnych testów celem stwierdzenia zgodności zamówienia ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia.

B.

Załącznik nr 8 do SIWZ

Zamawiający nie określił miejsca początkowego i końcowego (wyjazdu/powrotu) delegacji członków komisji odbiorowej na dokonanie czynności odbioru techniczno - jakościowego.

Odwolujący zażądał, aby miejscem początkowym i końcowym (wyjazdu/powrotu) na dokonanie czynności odbioru techniczno - jakościowego był plac przy KW PSP Lublin (ul. Strażacka 7, 20-012 Lublin), co umożliwi wszystkim wykonawcom dokonanie właściwej kalkulacji kosztów, niezbędnych do ujęcia w wycenie przedmiotu zamówienia, w sposób rzetelny i z należytą starannością.

C.

Załącznik nr 8 do SIWZ

W postanowieniu § 5 ust. 10 wzoru umowy Zamawiający wymaga pokrycia wszelkich kosztów związanych z inspekcją produkcyjną oraz odbiorem faktycznym przez wykonawcę bezpośrednio Pełnomocnikowi Odbiorców, pozostałym Odbiorcom i Użytkownikom na podstawie not obciążeniowych. Do kosztów zalicza się w szczególności: koszty dojazdów i powrotów osób uczestniczących w inspekcji produkcyjnej i odbiorach zestawów, koszty zakwaterowania oraz wyżywienia, koszty materiałów, płynów eksploatacyjnych oraz urządzeń użytych w trakcie inspekcji oraz odbiorów.

W przypadku samodzielnego wystawiania not obciążeniowych przez Pełnomocnika Odbiorców oraz Użytkowników żaden z wykonawców nie jest w stanie przewidzieć wysokości kosztu przeznaczonego na dokonanie inspekcji produkcyjnej oraz odbiorów jakościowych w siedzibie producenta. Wynika to przede wszystkim z możliwości wykorzystania różnego rodzaju środków transportu (np.: samolot, autokar, etc.).

W związku z powyższym Odwołujący zażądał zmiany postanowienia § 5 ust. 10 umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„Wszelkie koszty związane z inspekcją produkcyjną, odbiorem techniczno —jakościowym oraz odbiorem faktycznym pokrywa Wykonawca, Do kosztów tych Strony umowy zgodnie zaliczają w szczególności: koszty dojazdów i powrotów osób uczestniczących w inspekcji produkcyjnej i odbiorach zestawów, koszty zakwaterowania oraz wyżywienia tych osób, a ponadto koszty materiałów, płynów eksploatacyjnych oraz urządzeń użytych w trakcie inspekcji oraz odbiorów. Wykonawca ponosi koszty, o których mowa w niniejszym ustępie także w razie nie dokonania odbioru przez właściwą komisję. Koszty o których mowa powyżej zostaną pokryte przez Wykonawcę, a miejscem początkowym/końcowym będzie adres siedziby KW PSP Lublin (Strażacka 7, 22-012 Lublin). Wykonawca wyraża bezwarunkową zgodę na realizację zobowiązania określonego w niniejszym ustępie”.

D.

Zamawiający wymaga, aby miejscem odbioru techniczno - jakościowego był teren magazynów należących do producenta. Jednak, podczas logistycznego planowania odbioru techniczno - jakościowego w siedzibie producenta może wystąpić potrzeba wynajęcia przez producenta innej hali magazynowej specjalnie na potrzeby powyższego odbioru techniczno - jakościowego.

W związku z powyższym Odwołujący zażądał wprowadzenia do wzoru umowy następującej treści: „Miejscem odbioru techniczno - jakościowego będzie teren magazynów należących do producenta lub teren magazynów znajdujących się w obrębie siedziby producenta i przez niego wynajmowanych na potrzeby tego postępowania.”

E.

W zakresie wzoru umowy Odwołujący wskazał, że model kar umownych wprowadzony przez Zamawiającego nie znajduje żadnych podstaw w zakresie zastrzeżenia

kar umownych za opóźnienie, a nie za zwłokę, a tym samym prowadzi do naruszenia zasady swobody umów wyrażonej w Kodeksie cywilnym.

Opóźnienie jest następstwem okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, natomiast zwłoka to kwalifikowane opóźnienie, którego dopuszcza się, tylko ten podmiot, który nie wykonał umowy w terminie z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność, czyli od niego zależnych. Zatem, uzasadnieniem dla takiej zmiany jest potrzeba wykluczenia interpretacji, iż wykonawca będzie obciążony sankcjami w postaci kar umownych i odstąpienia od umowy nawet w sytuacji, gdyby wykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nastąpiło wskutek okoliczności niezależnych od wykonawcy (np. bezprawnych działań lub zaniechań osób trzecich). Trzeba mieć tu bowiem na uwadze m.in. wyrok SN z dnia 20 marca 1968 roku (sygn. akt II CR 419/67), jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 Kc), kary umownej nie nalicza się.

F.

Zgodnie z przepisem art. 83 Prawa upadłościowego, postanowienia umowy zastrzegające na wypadek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub ogłoszenia upadłości zmianę lub rozwiązanie stosunku prawnego, którego stroną jest upadły, są nieważne.

Odwołujący zażądał wykreślenia ze wzoru umowy przesłanki do odstąpienia od umowy z postanowienia par, 10 ust. 2 lit. b wzoru umowy.

Zarzut 7: brak jednoznacznego wskazania, kiedy wykonawcy są zobowiązani do złożenia specyfikacji technicznej sprzętu, co stanowi naruszenie przepisu art. 36 ust. 1 pkt 6 Pzp.

W rozdziale III SIWZ wskazano, że do ofert należy dołączyć specyfikację techniczną sprzętu. Z rozdziału VI wynika, że dokument ten będzie składany dopiero na wezwanie zamawiającego w trybie przepisu art. 26 ust. 1 Pzp.

Odwołujący zażądał jednoznacznego wskazania przez Zamawiającego, kiedy/na jakim etapie ww. dokument winien zostać przedłożony.

Zamawiający, pismem z dnia 23 marca 2018 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający podniósł zarzut przedwczesności odwołania ze względu na fakt, że większość przytoczonych w odwołaniu zarzutów, tj. nr 1, nr 2, nr 3, nr 4, nr 5, nr 6A, nr 6B, nr 6C, nr 6D i nr 7 była przedmiotem zapytań Odwołującego, na które Zamawiający nie zdążył jeszcze udzielić odpowiedzi. Niezależnie od tego, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów przedstawionych w odwołaniu w pkt nr 1, nr 2, nr 6E, nr 7, a w pozostałym zakresie Zamawiający uwzględnił zarzuty, choć nie w pełni przychylił się do wszystkich żądań Odwołującego.

W zakresie zarzutu nr 1 Zamawiający wyjaśnił, że ustalił w prowadzonym postępowaniu jako jedno z kryteriów oceny ofert „koszt 15 letniego cyklu życia zestawów”

o wadze 55%. Wskazał przy tym, że na koszt cyklu życia zestawów składają się następujące koszty częściowe, tj. koszt zakupu – cena całkowita brutto za 79 szt. zestawów, koszt utylizacji 79 szt. zestawów, koszt serwisowania 79 szt. zestawów po upływie okresu gwarancji, tj. przenośnej pompy hydraulicznej, rozpieracza ramieniowego o wadze max. 25 kg (1 szt.), nożyc o wadze max. 21 kg (1 szt.), rozpieracza kolumnowego o wadze max. 24 kg (1 szt.), nożyc do obcinania pedałów o wadze max. 4,5 kg, pompy nożno-ręcznej lub ręcznej (zależnie od rodzaju zaoferowanej pompy), kompletu do wyważania drzwi w walizce wraz z zryczałtowanymi kosztami dojazdów do Użytkowników. Zamawiający przygotował w SIWZ specjalny formularz do określenia wysokości kosztów częściowych oraz kosztu całkowitego, który został zawarty w Załączniku nr 2A do SIWZ. Zamawiający wyjaśnił, że w załączniku tym szczegółowo opisał w odniesieniu do każdego komponentu zestawu narzędzi hydraulicznych czynności serwisowe, które należy przeprowadzić oraz pozostawił wykonawcom puste pola w celu określenia kosztu, jaki zostanie poniesiony przez Użytkownika zestawu po okresie gwarancji. W celu określenia kosztu cyklu życia zestawów koszty częściowe zawarte w Załączniku 2A podlegają zsumowaniu. Zamawiający zastrzegł w SIWZ, że w okresie gwarancji jeden z kosztów – koszt serwisowania musi wynosić 0,00 zł ze względu na to, że będzie on ponoszony przez wykonawcę. Zamawiający wskazał, że koszt cyklu życia zestawów należało skalkulować na dzień przygotowania oferty oraz że wykonawca będzie zobowiązany do stosowania stawek kosztów częściowych wymienionych w okresie eksploatacji zestawów narzędzi hydraulicznych przez Użytkowników z zastrzeżeniem możliwości ich waloryzacji na zasadach określonych w umowie, której wzór stanowi załącznik do SIWZ.

Zamawiający podniósł, że kryterium ustalone na podstawie art. 91 ust. 2 Pzp jest trafne i zasadne w przedmiotowym postępowaniu ze względu na duży zakres czynności serwisowych poszczególnych elementów zestawów ratowniczych narzędzi hydraulicznych oraz wynikające z tego wysokie koszty ich eksploatacji. Kryterium kosztu cyklu życia zestawów zostało opisane w sposób precyzyjny i obiektywny. Zamawiający wskazał zarówno podstawy do określenia kosztu, poprzez wskazanie kosztów częściowych oraz czynności serwisowych, które należy wykonać w odniesieniu do poszczególnych elementów zestawu oraz metodę, którą należy zastosować w celu ustalenia wysokości kosztu całkowitego polegającą na zsumowaniu kosztów częściowych. Tym samym Zamawiający uczynił zadość wszystkim wymaganiom stawianym przez ustawodawcę, dotyczącym możliwości stosowania analizowanego kryterium oceny ofert. Zdaniem Zamawiającego, kryterium to ma pełne uzasadnienie w przedmiotowym postępowaniu i pozwala wybrać ofertę, która będzie przedstawiała najniższą cenę ale w toku eksploatacji przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę, że zakres czynności serwisowych dla wszystkich potencjalnych wykonawców jest taki sam, możliwe jest sprawiedliwe porównanie składanych ofert, a tym samym

Zamawiający miał prawo zastosować to kryterium dla oceny ofert. Zamawiający podkreślił, że względy ekonomiczne związane z eksploatacją przedmiotu zamówienia mają ogromne znaczenie, nie tylko dla Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, ale również dla innych zamawiających. Rzetelne skalkulowanie kosztów częściowych oraz kosztu całkowitego w oparciu o podstawy i metodę podaną przez Zamawiającego gwarantuje realną porównywalność ofert, a w konsekwencji urzeczywistnienie interesu publicznego, rozumianego przez Zamawiającego jako oszczędność i gospodarność w wydatkowaniu środków publicznych zarówno na etapie wyboru oferty, jak również w okresie eksploatacji narzędzi hydraulicznych oraz także w momencie wycofania narzędzi z eksploatacji. Zamawiający wskazał, że z powyższych względów zarzut dotyczący zmiany kryterium „kosztu” na kryterium „ceny” należy uznać za bezzasadny.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 Zamawiający zwrócił uwagę na nieprecyzyjne sformułowanie żądania w zakresie zmiany podkryterium oceny ofert tj. „Maksymalna zdolność ciecicia nożyc o max. wadze 21 kg wyrażona średnicą przecinanego pręta okrągłego walcowanego na gorąco powyżej 39 mm [mm]”. Odwołujący nie wskazał na czym ma polegać zmiana przedmiotowego podkryterium. Zamawiający wyjaśnił, że parametry techniczne stanowiące podkryteria oceny ofert zostały wprowadzone w celu wyboru oferty, która nie tylko spełni postulat oszczędności w wydatkowaniu środków publicznych, ale również najlepszej jakości oferowanego sprzętu, zgodnie z art. 91 ust. 2a Pzp. Zamawiający podkreślił, że przedmiotem zamówienia są zestawy hydraulicznych narzędzi ratowniczych o zwiększonym potencjale do ratownictwa drogowego, a zatem narzędzia, które będą służyć w głównej mierze do rozcinania i rozpierania karoserii samochodów uczestniczących w wypadkach drogowych w celu wydobywania z nich znajdujących się w nich osób. Muszą one zatem posiadać jak najlepsze właściwości. Zamawiający stwierdził, że nożyce oferowane przez Odwołującego są w stanie przeciąć pręt o średnicy maksymalnej 39 mm. Z tego powodu Zamawiający przewidział progową wartość w tym kryterium na poziomie 39 mm. Ustalenie tej wartości na poziomie 40 mm, wynikającej z normy PN EN 13204 w klasie cięcia nożyc „K”, oznaczałoby brak możliwości złożenia oferty przez Odwołującego. Brak uzyskania dodatkowych punktów w tym kryterium nie pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, np. w wyniku uzyskania wyższej punktacji w pozostałych kryteriach technicznych. Zamawiający stwierdził, że w tym kryterium najlepszą punktację uzyskuje produkt firmy PROCOM (przedstawiciel firmy WEBER), a nożyce firmy Holmatro uzyskują wynik 41 pkt. Więc nie ma mowy o preferowaniu tego producenta.

W odniesieniu do zarzutu nr 6E Zamawiający wskazał, że kwestionowana przez Odwołującego kara umowna została zastrzeżona przez Zamawiającego na wypadek opóźnienia wykonawcy w spełnieniu świadczenia wykonania dostawy zestawów narzędzi hydraulicznych. Zamawiający wskazał na przepis art. 483 §1 k.c. oraz art. 471 k.c. Zdaniem

Zamawiającego, formułując zarzut Odwołujący niesłusznie pominął przepis art. 473 §1 k.c., który umożliwia rozszerzenie odpowiedzialności kontraktowej dłużnika w drodze umowy. W oparciu o ten przepis Zamawiający wprowadził do umowy kary umowne z tytułu opóźnienia, a nie zwłoki, a zatem z tytułu obiektywnego i niezależnego od winy dłużnika niewykonania zobowiązania przez dłużnika w umówionym terminie. Zamawiający zaznaczył, że orzecznictwo wyraźnie dopuszcza możliwość zastrzeżenia kar umownych za opóźnienia (np. wyrok SN z dnia 27 czerwca 2000 r. sygn.. akt ICKN 791/98). Powołując się na orzecznictwo KIO Zamawiający podniósł, że na gruncie ustawy Pzp jest wyposażony w większą możliwość określenia zasad realizacji umowy, jako podmiot działający w interesie publicznym. W tym zakresie zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego, zasada swobody umów doznaje pewnych ograniczeń i modyfikacji.

W odniesieniu do zarzutu nr 7 Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z rozdziałem III SIWZ, specyfikację techniczną oferowanych zestawów hydraulicznych narzędzi ratowniczych należy przedłożyć wraz z ofertą, a w rozdziale VI SIWZ Zamawiający w ogóle nie wypowiadał się na temat specyfikacji technicznej oferowanych zestawów.

Na posiedzeniu, przed otwarciem rozprawy, Odwołujący złożył oświadczenie, że w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego w części odwołania, tj. w zakresie zarzutu nr 3, nr 4, nr 5, nr 6 lit. A, B, C, D, F - wycofuje te zarzuty, a także zarzut zawarty w pkt 7 odwołania, który nie został uwzględniony przez Zamawiającego. W pozostałym zakresie Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko przedstawione w odwołaniu.

Zamawiający na etapie rozprawy (w czasie przerwy w rozprawie) dokonał nowych czynności w postępowaniu – opublikował wyjaśnienia treści SIWZ w związku z pytaniami złożonymi przez wykonawców – odpowiedzi na pytania – pismo z dnia 4 kwietnia 2018 r. Jak wyjaśnił Zamawiający na rozprawie, dokonał on zmiany postanowień w SIWZ w powiązaniu z zarzutami przedstawionymi przez Odwołującego w niniejszym odwołaniu i złożył do akt sprawy odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 4 kwietnia 2018 r., wyjaśniając, że w odniesieniu do zarzutu nr 1 dokonał zmiany specyfikacji, poprzez udzielenie odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 9 marca 2018 r.; w odniesieniu do zarzutu nr 2, Zamawiający zrezygnował z kryterium kwestionowanego przez Odwołującego, co znalazło wyraz w odpowiedzi na pytanie nr 3 w wyjaśnieniach do treści SIWZ. Zamawiający jednocześnie, w zakresie zarzutu nr 6 lit.E odwołania podtrzymał stanowisko, jak w odpowiedzi na odwołanie. Wskazał dodatkowo, że jego zdaniem rozszerzenie odpowiedzialności kontaktowej wykonawcy na odpowiedzialność za opóźnienie realizacji zamówienia nie obciąża nadmiernie wykonawcy, biorąc pod uwagę w szczególności profesjonalizm

wykonawcy oraz długi termin realizacji zamówienia (ponad roczny), który umożliwia wykonawcy należyte przygotowanie się do prawidłowego wykonania zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp. Na zachowanie terminu do wniesienia nie wpływa w żaden sposób fakt, że wykonawca złożył do Zamawiającego pytania do treści SIWZ, na które Zamawiający nie udzielił jeszcze odpowiedzi. W szczególności nie można z tych okoliczności wywodzić, że zarzuty zostały podniesione przedwcześnie. Termin na wniesienie odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia biegnie od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego, i nie jest uzależniony od jakichkolwiek innych przesłanek, w tym związanych ze złożeniem przez wykonawcę zapytań do zamawiającego dotyczących treści SIWZ.

Izba stwierdziła ponadto, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Zarzut 1: określenie kryterium oceny ofert „Koszt 15 letniego cyklu życia zestawów” w sposób naruszający przepis art. 91 ust. 1 oraz 2d, 3d Pzp, tj. w sposób niezmierny do wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej oraz w sposób niejednoznaczny.

W ramach udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień treści SIWZ z dnia 4 kwietnia 2018 r. w odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 9 marca 2018 r., którego treść pokrywa się z treścią zarzutu nr 1 odwołania, Zamawiający stwierdził, że „nie dopuszcza zmiany powyższego kryterium oceny ofert. Zamawiający rozszerza jednak katalog klauzul waloryzacyjnych, określonych w projekcie umowy, w oparciu o które będzie możliwa waloryzacja kosztu zaoferowanego przez Wykonawcę oraz zmienia zasady dotyczące dokonywania waloryzacji określone w projekcie umowy. Zmiany zostały opisane w części II niniejszego pisma”. W części II ww. pisma Zamawiający przedstawił nowe brzmienie wzoru

umowy w § 11 „Koszt cyklu życia zestawów”, w którym zostały opisane postanowienia dotyczące zasad waloryzacji kosztów przyjętych przez wykonawcę do sporządzenia oferty, objętych oceną w ramach kryterium „Koszt 15 letniego cyklu życia zestawów”. Zamawiający przyznał na rozprawie, że powyższe zmiany treści SIWZ zostały dokonane w konsekwencji podniesionego przez Odwołującego zarzutu nr 1 zawartego w odwołaniu.

W ocenie Izby, powyższa czynność Zamawiającego, dokonana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trakcie rozprawy, potwierdza de facto zasadność zarzutu nr 1, pomimo, że formalnie Zamawiający nie potwierdził uwzględnienia tego zarzutu. W szczególności potwierdza zarzut w części dotyczącej regulacji zawartej w art. 91 ust. 3d Pzp., zgodnie z którym Zamawiający, szacując koszty z wykorzystaniem podejścia opartego na rachunku kosztów cyklu życia przedmiotu zamówienia, określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dane, które mają przedstawić wykonawcy oraz metodę, którą zastosuje do określenia kosztów cyklu życia na podstawie tych danych. W świetle art. 91 ust. 2d Pzp, wymagane dane muszą zapewniać porównywalność ofert oraz umożliwiać sprawdzenie informacji przedstawionych w powyższym zakresie przez wykonawców w ofertach.

Zamawiający, wychodząc naprzeciw argumentacji Odwołującego, rozszerzył klauzule waloryzacyjne, które umożliwią dostosowanie stawek za czynności serwisowe itp. po upływie okresu gwarancji, do zmian zachodzących na rynku, wpływających na koszty użytkowania zakupionego sprzętu. Powyższa regulacja rekompensuje w większym stopniu, niż dotychczasowa, ryzyko po stronie wykonawców wynikające z braku możliwości przewidzenia poszczególnych kosztów związanych z serwisowaniem narzędzi w okresie aż 15 lat po upływie okresu gwarancji.

Niezależnie od powyższego, Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, iż wprowadzenie ww. kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu nie prowadzi do wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę, że Zamawiający oczekuje przedstawienia przez wykonawców kosztów cyklu życia zestawów, według stawek na dzień przygotowania ofert, kryterium to pozwala na porównanie złożonych ofert w celu wyłonienia oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie Izba zważyła, że Odwołujący nie wykazał okoliczności potwierdzających, że Zamawiający w sposób subiektywny lub uznaniowy sformułował omawiane kryterium oceny ofert. Dodatkowo Izba podkreśla, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, słusznie podkreślał Zamawiający, że aspekty ekonomiczne związane z eksploatacją przedmiotu zamówienia mają dla Zamawiającego istotne znaczenie, zwłaszcza, przedmiot zamówienia będzie użytkowany w tak długim okresie czasu, jak wskazywał Zamawiający, tj. co najmniej 15 lat.

W konsekwencji, Izba stwierdziła, że niniejszy zarzut w istotnej części potwierdził się. Powyższe potwierdza dokonana przez Zamawiającego w dniu 4 kwietnia 2018 r. zmiana treści SIWZ (wzoru umowy), stosownie do odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 9 marca 2018 r. Pomimo że żądanie zawarte w odwołaniu co do zmiany kwestionowanego kryterium na kryterium „Ceny”, nie zostało przez Zamawiającego uwzględnione, nowa czynność Zamawiającego ma na celu niewątpliwie zmniejszenie ryzyka po stronie wykonawców związanego z brakiem możliwości jednoznacznego przewidzenia zmiany czynników, które będą miały wpływ na koszty serwisu w przyszłości oraz opisanie ich w SIWZ w ramach kosztu cyklu życia zestawów ratunkowych narzędzi hydraulicznych, co stanowiło istotę tego zarzutu.

Zarzut 2: określenie kryterium „Parametry techniczne^{9*} podkryterium „Maksymalna zdolność cięcia nożyc o max wadze 21 kg wyrażona średnicą przecinanego pręta okrągłego walcowanego na gorąco powyżej 39 mm [mm]” w sposób naruszający przepis art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, tj. w sposób niezmierny do wyboru oferty najkorzystniejszej oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do przedmiotowego zarzutu, w ramach zmiany treści SIWZ z dnia 4 kwietnia 2018 r. (w przerwie w rozprawie) w odpowiedzi na pytanie nr 3 z dnia 9 marca 2018 r. Zamawiający wyjaśnił, że „rezygnuje z tego kryterium i dokonuje zmian treści SIWZ w zakresie kryterium oceny ofert oraz w pkt 3.3 Załącznika nr 1 do SIWZ w sposób określony w pkt II.” Zgodnie z tym wyjaśnieniem, Zamawiający dokonał zmiany w Sekcji XIV, stwierdzając: „Usuwa się kryterium oceny ofert „Maksymalna zdolność cięcia nożyc o max wadze 21 kg wyrażona średnicą przecinanego pręta okrągłego walcowanego na gorąco powyżej 39 mm [mm]” o wadze 14% i zwiększa się wagę kryterium „Gwarancja pow. 36 miesięcy wyrażona w miesiącach” z 5% do 10%, a ponadto zwiększa się wagę kryterium: „Minimalna siła rozpierania rozpieracza ramieniowego o max wadze 25 kg powyżej 50kN. Siła mierzona pomiędzy końcówkami 25 mm od ich końca [kN]” z 14% do 18% oraz wagę kryterium „Siła rozpierania rozpieracza kolumnowego o max wadze 24 kg powyżej 120 kN [kN]” z 12% do 17%.”

W przypadku tego zarzutu, Zamawiający przyznał na rozprawie, że powyższa zmiana treści SIWZ została dokonana w związku z zarzutem podniesionym przez Odwołującego w pkt 2 odwołania. Dokonana zatem czynność Zamawiającego potwierdza faktycznie zasadność tego zarzutu, w szczególności w zakresie możliwości zaburzenia uczciwej konkurencji i naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Wprowadzone przez Zamawiającego kryterium dotyczące zdolności cięcia nożyc hydraulicznych i związana z nim ocena punktowa, jak wyjaśnił sam Zamawiający, uwzględnia fakt, że nożyce oferowane przez Odwołującego są w stanie przeciąć pręt o

średnicy maksymalnej 39 mm. Z tego powodu Zamawiający przewidział progową wartość w tym kryterium na poziomie 39 mm, gdyż ustalenie tej wartości na poziomie 40 mm, wynikającej z normy PN EN 13204 w klasie cięcia nożyc „K”, oznaczałoby brak możliwości złożenia oferty przez Odwołującego. Sformułowanie tego kryterium stanowi zatem działanie, które może naruszać uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, gdyż Zamawiający, jak sam przyznał, oparł je na własnej subiektywnej ocenie i warunkach dostępnych danemu wykonawcy, a nie na obiektywnych i uzasadnionych potrzebach, co jest niedopuszczalne w świetle art. 7 ust. 1 Pzp. Przyjęte przez Zamawiającego podkryterium prowadzi do uprzywilejowania innych wykonawców i pozorami konkurencyjności. jedynie z pozorną konkurencyjnością, tym bardziej, że według obecnie stosowanych metod pomiarowych określa się jedynie, czy nożyce są w stanie (lub nie) przeciąć pręt o grubości 40mm lub więcej, co też przyznał Zamawiający.

Usunięcie omówionego powyżej kryterium przez Zamawiającego stanowi de facto o zasadności zarzutu podniesionego przez Odwołującego. Czynność Zamawiającego z dnia 4 kwietnia 2018 r. potwierdza, że Zamawiający nieprawidłowo sformułował kryterium techniczne „Maksymalna zdolność cięcia nożyc o max wadze 21 kg wyrażona średnicą przecinanego pręta okrągłego walcowanego na gorąco powyżej 39 mm [mm]”, tj. z naruszeniem art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Zarzut 6E: sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający przepis art 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz z naruszeniem przepisu art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z przepisem art. 139 Pzp w zakresie zastrzeżenia kar umownych za opóźnienie, a nie za zwłokę.

W ocenie Izby zarzut powyższy jest niezasadny. Formułując zarzut, Odwołujący pominął przepis art. 473 §1 k.c., który umożliwia stronom rozszerzenie odpowiedzialności kontraktowej dłużnika w drodze umowy. Jak wyjaśnił Zamawiający, to w oparciu o ten przepis wprowadził on do umowy kary umowne z tytułu opóźnienia, a nie zwłoki.

Zgodnie z art. 471 k.c., 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. Natomiast zgodnie z art. 483 § 1 k.c., można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

Przepis art. 471 k.c. nie ma jednak charakteru bezwzględnie obowiązującego, zgodnie bowiem z art. 473 § 1 k.c., dłużnik może przez umowę przyjąć na siebie odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Również w orzecznictwie wyraźnie dopuszcza się możliwość zastrzeżenia w umowie kar umownych

za opóźnienie, tj. niezależnie od istnienia winy po stronie dłużnika (np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. I CKN 791/98. Wynikająca zatem z Kodeksu cywilnego ogólna reguła odpowiedzialności na zasadzie winy może być wolą stron rozszerzona, przez objęcie obowiązkiem naprawienia szkody (zapłaty kary umownej) również okoliczności przez wykonawcę niezawinionych.

W przypadku umów zawieranych w trybie ustawy Pzp, należy mieć na uwadze ich specyfikę, polegającą na tym, że zamawiający wyposażony jest w uprawnienia do kształtowania treści umowy, co samo w sobie nie stanowi o nadużyciu zasady swobody umów i naruszeniu zasad współżycia społecznego (art. 353¹ k.c.). Podkreślić należy, że obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. O ile zasada swobody umów wymaga zgody obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych – to zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć (art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp), zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia. Zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzić może do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. W związku z powyższym, ryzyko ponoszone przez zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają równi sobie przedsiębiorcy. W orzecznictwie wyraźnie podkreśla się, że na gruncie Prawa zamówień publicznych mamy do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady swobody umów, gdyż zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców, a wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Składając ofertę wykonawca musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyka i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę oferty.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 Pzp. Biorąc pod uwagę brzmienie art. 192 ust. 3 Pzp, w zakresie zarzutów nr 1 i 2, które potwierdziły się w tej sprawie, Izba nie nakazywała Zamawiającemu wykonania czynności, w związku z tym, że czynności zmiany SIWZ zostały odpowiednio przez Zamawiającego wykonane w trakcie rozprawy. Izba uznała, że dokonane przez Zamawiającego zmiany SIWZ prowadzą do wyeliminowania i naprawienia nieprawidłowości kwestionowanych w odwołaniu postanowień SIWZ. Ze względu jednak na fakt, że zmiany te zostały wprowadzone w trakcie sporu (w trakcie rozprawy) Izba stwierdziła wpływ naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2, a także § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....