

Sygn. akt: KIO 1882/13

WYROK
z dnia 20 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Emil Kawa

Piotr Kozłowski

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę **Firmę SEZAM INSTAL P. C..... i R. C..... Sp. J., ul. Józefa Cygana 1, 45-131 Opole** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w M. St. Warszawie S.A., ul. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Firmę SEZAM INSTAL P. C..... i R. C..... Sp. J., ul. Józefa Cygana 1, 45-131 Opole** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Firmę SEZAM INSTAL P. C..... i R. C..... Sp. J., ul. Józefa Cygana 1, 45-131 Opole** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Firmy SEZAM INSTAL P. C..... i R. C..... Sp. J., ul. Józefa Cygana 1, 45-131 Opole** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w M. St. Warszawie S.A., ul. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa** kwotę: **3 567 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w M. St. Warszawie S.A. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie zamówienia z wolnej ręki, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę fabrycznie nowych wyprodukowanych w 2013 r. pojazdów specjalistycznych do monitorowania sieci kanalizacyjnej” – 2 szt.” Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* dotyczące tego postępowania zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 26 lipca 2013 r. pod nr 2013/S 144-251050.

W postępowaniu tym wykonawca Firma SEZAM INSTAL P. C..... i R. C..... Sp. J. z siedzibą w Opolu (dalej: „Odwołujący”) w dniu 5 sierpnia 2013 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 2 sierpnia 2013 r.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyło się w dniu 20 sierpnia 2013 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec postanowień ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* w przedmiotowym postępowaniu oraz niedopuszczalnego wyboru trybu udzielenia tego zamówienia z wolnej ręki.

W tym zakresie wskazał na naruszenie:

- 1) art. 134 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 ppkt a i b ustawy Pzp poprzez dokonanie przez Zamawiającego czynności polegającej na niewłaściwym zastosowaniu trybu na zamówienie z wolnej ręki;
- 2) art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 30 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 oraz 3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia zamówienia z wolnej ręki;
- 2) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia przetargu oraz wybrania oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;
- 3) zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

W uzasadnieniu odwołania podkreślił, że Zamawiający w uzasadnieniu wyboru trybu postępowania stwierdził, iż „*prawnym uzasadnieniem zastosowania trybu na zamówienie z wolnej ręki jest przepis art. 134 ust. 6 pkt 1) w związku z art. 67 ust. 1 pkt 1 ppkt a) i b) ustawy Prawo zamówień publicznych*”. Przywołał brzmienie tych przepisów. Podkreślił, że jak w przypadku wszystkich trybów niemających charakteru podstawowego, także w przypadku zamówienia z wolnej ręki zamawiający jest uprawniony zastosować ten tryb jedynie w okolicznościach określonych w ustawie. Przywołał stanowisko doktryny oraz stanowisko SN wyrażone w wyroku z dnia 6 lipca 2001 roku (sygn. akt III RN 16/01, OSNP 2001, nr 22, poz. 657), wskazujące, że przepis stanowiący, iż zamawiający może udzielić tzw. zamówienia z wolnej ręki tylko wtedy, gdy zachodzi jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności, powinien być interpretowany w sposób ścisły, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień publicznych w trybie przetargu. Jako przykład przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze (art. 67 ust. 1 ustawy Pzp) pochodzący ze stanowiska doktryny wskazał udzielanie zamówień monopolistom naturalnym (np. dostawy wody z sieci wodociągowej). Podkreślił, że ustawa Pzp wskazuje przyczyny techniczne przesądzające o możliwości wykonania zamówienia tylko przez jednego wykonawcę, które muszą mieć charakter zobiektywizowany. Przywołał też stanowisko NSA w wyroku z dnia 11 września 2000 roku (sygn. akt II SA 2074/00, Wokanda 2001, nr 1, poz. 39), wskazując, iż przekonanie wnioskującego o zatwierdzenie trybu zamówienia z wolnej ręki co do tego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne jest w stanie wykonać zamówienie, nie stanowi dostatecznej podstawy do przyjęcia, iż jest to jedyny wykonawca. Na poparcie swojego stanowiska przywołał też stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w uchwałach ws. zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP (uchwała z dnia 25 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/KD 16/09, oraz uchwała z dnia 30 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/KD 54/09).

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia wskazał wymagania, którym powinny odpowiadać urządzenia do monitorowania sieci kanalizacyjnej i

w uzasadnieniu wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki niesłusznie przyjął, iż na rynku istnieje jedynie jeden wykonawca zdolny wykonać dane zamówienie. W uzasadnieniu zastosowania tego trybu Zamawiający podkreślał, iż obecnie na rynku nie istnieją rozwiązania techniczne, które pozwalałyby na uzyskanie porównywalnej z systemem PANORAMO wydajności oraz wysokiej jakości materiału z przeprowadzonej inspekcji, a w związku z tym istnieje jedynie jeden podmiot, który jest zdolny wykonać przedmiotowe zamówienie, tj. firma Else Technical and Research Co. Ltd. Sp. z o.o., będąca jedynym, autoryzowanym przedstawicielem w Polsce firmy IBAK producenta skanera PANORAMO. Odwołujący nie godząc się z tym stanowiskiem, podkreślił, że na rynku funkcjonuje większa ilość firm, mogąca sprostać ogólnym wymaganiom stawianym przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu. Tym samym – zdaniem Odwołującego - Zamawiający nie wziął pod rozwagę względów technicznych o zobiektywizowanym charakterze. To, że w opinii Zamawiającego ww. firma jako jedyna jest zdolna do wykonania przedmiotowego zamówienia nie oznacza, w jego ocenie, iż jest to jedyny wykonawca na rynku, który może sprostać wymaganiom stawianym przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu. Zaznaczył, iż rozwiązania techniczne przyjęte przez firmę IBAK, producenta systemu PANORAMO, nie są jedynymi, które mogą wykonać przedmiotowe zamówienie zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w OPZ, gdyż na rynku funkcjonuje wiele firm, które są producentem urządzeń skanujących 3D oraz rozkładających obraz na 2D, w związku z czym byłyby w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie. Technika proponowana przez tych wykonawców może być – jego zdaniem - określona mianem równoważnej do tej zaproponowanej przez firmę IBAK. Tym samym podkreślił, że na rynku funkcjonują również inne technologie, które są w stanie należycie i szybko przygotować opis stanu kanału, z odpowiednim wskazaniem zakresu uszkodzeń oraz stanu monitorowanego kanału, a tym samym są zdolne wykonać przedmiotowe zamówienie oraz pozwalają na uzyskanie porównywalnej z systemem PANORAMO wydajności oraz wysokiej jakości materiału z prowadzonej inspekcji. Potwierdził, że rozwiązanie PANORAMO jest objęte patentem w zakresie pobierania danych optycznych, skanowania kanału polegającym na synchronicznym, naprzemiennym wykonywaniu zdjęć przez dwa niezależne układy optyczne usytuowane z przodu i z tyłu skanera. Zwrócił jednak uwagę na to, że powyższy zakres przedmiotowy patentu nie oznacza, iż inni wykonawcy działający na rynku, nie mogą stosować rozwiązań równoważnych, przez co przedmiotowe zamówienie publiczne będzie wykonane równie dobrze. Możliwe jest bowiem – jego zdaniem - wykorzystywanie zbliżonych rozwiązań technicznych, które finalnie pozwolą na uzyskanie porównywalnej z systemem PANORAMO wydajności oraz równie wysokiej jakości materiału z przeprowadzonej inspekcji. W związku z powyższym, skoro na rynku funkcjonuje większa ilość podmiotów

spełniająca wymagania techniczne przewidziane przez Zamawiającego, to w ocenie Odwołującego nie mógł on powołać się na przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a i b ustawy Pzp i wyłonić wykonawcę w trybie zamówienia z wolnej ręki, gdyż w omawianym przypadku konieczne byłoby raczej zorganizowanie przetargu i wyłonienie wykonawcy, który będzie spełniał kryteria wymagane przez Zamawiającego (zarówno techniczne, jak i cenowe).

Co do naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 30 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 oraz 3 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję Odwołujący przywołując brzmienie wskazanych przepisów podkreślił, że na rynku istnieją również inni wykonawcy, którzy są zdolni wykonać przedmiotowe zamówienie. Podniósł, że Zamawiający poprzez zastosowanie trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki uniemożliwił tym wykonawcom dostęp do złożenia swojej oferty w niniejszym zamówieniu - wykonawcy ci, stracili potencjalną możliwość wygrania niniejszego przetargu, co godzi w uczciwą konkurencję. Na poparcie swojego stanowisko przywołał wyroki KIO w sprawach: KIO 2941/12, KIO 935/12 oraz KIO 636/12, podkreślając, że skoro obiektywne i uzasadnione potrzeby Zamawiającego mogą zostać spełnione również przez innych wykonawców, to nieuzasadnione jest powoływanie się przez Zamawiającego na patenty wyłonionego wykonawcy, tym bardziej, że patenty te dotyczą rozwiązań technicznych irrelewantnych dla prawidłowego wykonania niniejszego zamówienia oraz mogą zostać zastąpione przez rozwiązania podobne, równie skuteczne.

Odnosząc się do Opisu Przedmiotu Zamówienia określonego przez Zamawiającego, Odwołujący stwierdził, iż stoi on w sprzeczności z art. 30 ustawy Pzp, który to przepis w ust. 1 wskazuje, że Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy. Zdaniem Odwołującego Zamawiający określając OPZ w przedmiotowym zamówieniu nie dopełnił tego wymogu, gdyż wymagania stawiane przez niego dla określonych urządzeń nie zostały sprecyzowane za pomocą cech technicznych i jakościowych, a zawierają konkretne nazwy, firmy czy oznaczenia danych urządzeń. Takie sformułowanie OPZ – w jego ocenie - powoduje naruszenie zasad uczciwej konkurencji, gdyż Zamawiający wymaga urządzeń z góry zindywidualizowanych. Irrelevantny – zdaniem Odwołującego - jest w takim wypadku fakt, że dane cechy techniczne spełniają również inne urządzenia, gdyż Zamawiający z góry dookreślił ich rodzaj i markę. Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący przywołał wyroki KIO w sprawie: KIO 623/11 oraz KIO/UZP 634/10. Podkreślił, że Zamawiający wskazując więc w OPZ określone, zindywidualizowane (choćby za pomocą nazwy producenta i numeru) produkty, narusza zasadę uczciwej konkurencji, gdyż na rynku istnieje znacznie więcej podobnych typów samochodów furgon niż tylko Volkswagen Crafter

lub Mercedes-Benz Sprinter (wskazanych wprost w pkt 1.1 oraz II.1 OPZ). Analogicznie podkreślił, że nie tylko Panorama 150 jest kamerą skanującą, nie tylko Agrus 5 jest kamerą tradycyjną, itp. Zdaniem Odwołującego niemalże w każdym punkcie OPZ Zamawiający w oczywisty sposób naruszył dyspozycję art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, zaś w pkt 1.2.1 oraz II.2.1 OPZ zawarty został opis rozwiązania objętego patentem, bez dopuszczenia zastosowania rozwiązań równoważnych.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko w sprawie dodatkowo składając jako dowód oświadczenie złożone przez RICO GmbH na potwierdzenie, że urządzenia tego producenta spełniają wymagania Zamawiającego, a także dodatkowo posiada możliwość filmowania kamerą tradycyjną, co wskazuje na lepsze rozwiązanie niż preferowane przez Zamawiającego rozwiązanie firmy IBAK. Odwołujący powołał się również na orzeczenie KIO w sprawie o sygn. akt KIO 1636/13, wskazując, że jest to kolejna próba tego samego Zamawiającego udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w sposób bezprawny.

Zamawiający w toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania, wskazując, że w przedmiotowej sprawie nie można mówić o naruszeniu uczciwej konkurencji, bowiem Zamawiający w tym przypadku korzysta z trybu zamówienia z wolnej ręki, który z natury rzeczy jest trybem niekonkurencyjnym. W ocenie Zamawiającego istniały jednak podstawy do zastosowania tego trybu do niniejszego przedmiotu zamówienia. Zamawiający podkreślił, że u podstaw zakupu systemu Panorama legły potrzeby Zamawiającego. Podkreślił, że obok siebie na rynku funkcjonują dwa systemy, z których funkcjonowanie jednego, wskazywanego przez Odwołującego, polega na tym, że określone urządzenie przejeżdża przez kanał i filmuje obraz, który następnie obserwuje i ocenia osoba obsługująca urządzenie. Drugi z systemów, który jest przedmiotem niniejszego zamówienia, polega zaś na tym, że kamera przemieszcza się po całym kanale i skanuje obraz bez martwych sektorów. Podkreślił wyraźnie, że tylko system Panorama jest w stanie zrealizować tę funkcjonalność, a to dzięki rozwiązaniu dwóch skanerów połączonych ze sobą i użyciu tzw. rybiego oka. Na potwierdzenie powyższego przedłożył do akt sprawy pismo przedstawiciela firmy IBAK w Polsce z dnia 3 lipca 2013 r. wskazujące na tę szczególną funkcjonalność systemu Panorama. Przedłożył również patent nr DE 19902452 C1 dotyczący rozwiązania Panorama oraz wydruk ze strony internetowej IBAK, wskazując przede wszystkim na opis rozwiązania zawarty w pkt 1 i 6 dotyczące prędkości urządzenia przy zastosowaniu systemu Panorama oraz brak martwych sektorów. Przedłożył także do akt sprawy artykuł z fachowego czasopisma „Gaz, woda i technika sanitarna” z listopada 2010 autorstwa Bogdana Przybyły (str. 6-12) wskazując, że autor tego artykułu podkreśla, walory systemu Panorama związane

z brakiem martwych sektorów, wskazując także, że inne rozwiązania tej funkcjonalności nie posiadają oraz na okoliczność, że jest to rozwiązanie techniczne zdominowane poprzez patent przez jednego producenta oraz pismo UZP Departamentu Kontroli Doraźnej z dnia 31 października 2008 r. z odpowiedzią udzieloną przez Zamawiającego w piśmie z dnia 14 listopada 2008 r. dotyczące analogicznego zakupu dla Zamawiającego prowadzonego w 2008 roku. Zamawiający wywodził, że po udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnieniach UZP wyjaśnieniach UZP nie zakwestionowało możliwości udzielenia zamówienia na wskazany przedmiot zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki. Przedłożył też jako dowód w sprawie wydruki ze strony internetowej potwierdzające okoliczność, że przedstawicielem handlowym firmy RICO w Polsce jest firma A..... K..... z Sierpca, z czego wywodzi, że Odwołujący nie jest oficjalnym przedstawicielem handlowym firmy RICO i wskazuje, że Odwołujący nie jest przedstawicielem żadnej innej firmy zajmującej się dostarczaniem specjalistycznych urządzeń do inspekcji kanałów. Zamawiający powołał się na opis przedmiotu zamówienia, gdzie w pkt II.2.1 tiret 6 wskazał na wymóg skanowania kanałów bez martwych sektorów. Przywołał także orzeczenie Zespołu Arbitrów z 2007 roku sygn. UZP/ZO/0-431/07, gdzie Zamawiający podjął próbę przeprowadzenia postępowania konkurencyjnego na wskazany przedmiot zamówienia i Zespół Arbitrów nakazał mu unieważnienie tego postępowania.

Co do wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia marek samochodów Zamawiający wskazał, że istotne dla niego było to, że producent systemu Panorama oferuje to rozwiązanie na samochodach określonej marki.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Odwołujący, podnosząc zarzuty dotyczące przeprowadzenia postępowania o zamówienie publiczne w trybie zamówienia z wolnej ręki, wykazał swój uszczerbek w interesie,

polegający na pozbawieniu go możliwości uzyskania przedmiotowe zamówienia publicznego. Powyższe stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Zamawiający wszczął niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o dyspozycje art. 134 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 ppkt a i b ustawy Pzp, zapraszając do negocjacji wykonawcę Else Technical and Research Service Co. Ltd. Sp. z o. o. jako jedyne go na rynku polskim (oficjalny przedstawiciel handlowy na Polsce producenta urządzenia IBAK) dostawcę urządzeń Panorama. Zamawiający opublikował nieobowiązkowe ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości w sprawie tego zamówienia. W uzasadnieniu zastosowania trybu przywołanego w treści tego ogłoszenia wskazał, że:

„Zakupienie urządzenia opartego o rozwiązanie firmy IBAK system PANORAMO pozwoli należycie i szybko przygotować opis stanu kanału pozwalając właściwie zakwalifikować i wskazać zakres uszkodzeń i stan monitorowanego kanału, jak również z należytą starannością sporządzić opis przedmiotu zamówienia oraz oszacować rzeczywistą wartość prac, które należy wykonać. Niemiecka firma IBAK jest producentem opatentowanego systemu PANORAMO. PANORAMO to system, który używa już nie kamery, ale sferycznego skanera. Tylko jednoczesne zastosowanie dwóch niezależnych zsynchronizowanych układów optycznych pozwala na rzeczywiste odwzorowanie przestrzeni trójwymiarowej (3D) o odpowiedniej jakości. Tak utworzony materiał można później wykorzystać do przeprowadzenia inspekcji w biurze przez wykwalifikowanych pracowników, do obejrzenia każdego zakamarka rewidowanego kanału bez żadnych ograniczeń i z możliwością zajrzenia do każdego przykanalika, niezależnie od kierunku skanowania. Efektem już zupełnie dodatkowym i stosunkowo prostym jest możliwość uzyskania płaskiego (2D) rozłożenia powierzchni kanału. Idea inspekcyjna jest taka: kanał skanuje się szybko (intensywne wykorzystanie drogiego urządzenia), a analizę wykonuje się w biurze. Skanowanie jest niezwykle efektywnym procesem pozyskiwania obrazu. Inspekcję zakończoną odpowiednim raportem należy wykonać przy wykorzystaniu utworzonego, przestrzennego (3D) odwzorowania kanału. System PANORAMO wyeliminuje braki systemu konwencjonalnego tj. pominięcie sektorów martwych, które często występują podczas inspekcji wykonywanej przy użyciu tradycyjnych kamer, wyeliminuje błędy wynikające z braku wiedzy operatora, w zakresie inżynierii sanitarnej, co pozwoli na zmniejszenie obsady

w pojazdach z trzech do dwóch pracowników, których obowiązkiem będzie skanowanie i przesyłanie materiału. Dziennie przy założeniu pracy na dwie zmiany (12 godz.) przy pomocy systemu PANORAMO wykonać będzie można inspekcję 12 km sieci kanalizacyjnej a przy pomocy systemu tradycyjnego tylko 2 km. System PANORAMO charakteryzuje się o wiele większą prędkością wykonywania inspekcji niż system wyposażony w tradycyjne kamery. Rozwiązanie PANORAMO objęte jest patentem w zakresie pobierania danych optycznych, skanowania kanału polegającym na synchronicznym naprzemiennym wykonywaniu zdjęć przez dwa niezależne układy optyczne usytuowane z przodu i z tyłu skanera, W chwili obecnej na rynku nie istnieją rozwiązania techniczne, które pozwalają na uzyskanie porównywalnej z systemem PANORAMO wydajności oraz wysokiej jakości materiału z przeprowadzonej inspekcji. Przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia na remont kanału w oparciu o system konwencjonalny prowadzi do sytuacji, w której pewne usterki mogą zostać niezauważone. Daje to prawdopodobieństwo popełnienia błędu polegającego na sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia na podstawie danych odbiegających od rzeczywistego stanu kanału, co z kolei wprowadza w błąd potencjalnego wykonawcę i wydłuża czas realizacji. Z uwagi na wciąż bardzo dynamicznie rozwijającą się strukturę sieci kanalizacyjnej w MPWiK w m.st. Warszawie S.A. niezbędne jest pozyskanie urządzenia, które w krótkim czasie przy minimalizacji kosztów, da wiedzę o pracach niezbędnych, które należy podjąć, aby utrzymać dany odcinek w prawidłowej eksploatacji. W/w jednostki specjalistyczne wykorzystywane będą do oceny stanu technicznego sieci kanalizacyjnej, w działaniach eksploatacyjnych, awaryjnych i przedodbiorowych. Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający uznając opisane samochody wyposażone we wskazane rozwiązania jako spełniające wszystkie jego oczekiwania techniczne i mając świadomość po rozpoznaniu rynku, że nie istnieją równoważne rozwiązania, pragnie określić, iż firma Else Technical and Research Service Co. Ltd. Sp. z o. o. jest jedynym Wykonawcą mogącym zrealizować przedmiotowe zamówienie i jest jedynym, autoryzowanym przedstawicielem w Polsce firmy IBAK producenta skanera PANORAMO.”

Przedmiotem zamówienia objętym niniejszym zamówieniem, zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia przekazywanym wykonawcy, jest obok rozwiązania Panoramio również m.in. dostawa pojazdów specjalistycznych do monitorowania sieci kanalizacyjnej na których mają być zainstalowane urządzenia Panoramio (samochód furgon Volkswagen Crafter lub Mercedes – Benz Sprinter), kamery tradycyjne i wózki.

Izba ustaliła także, że rozwiązanie, zamawiane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu zostało objęte patentem nr DE 19902452 C1. W oparciu o oświadczenie Zamawiającego, złożone w toku rozprawy przed Izbą, Izba ustaliła również, że na dzień 20

sierpnia 2013 r. Zamawiający nie zakończył jeszcze negocjacji z wykonawcą i nie udzielił mu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia oraz stanowiska stron postępowania i przedłożone w postępowaniu dowody Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do kwestionowania przeprowadzenia przez Zamawiającego niniejszego postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Okolicznością niesporną pomiędzy stronami postępowania odwoławczego było to, iż zamawiane przez rozwiązanie z systemem do skanowania sieci i studni kanalizacyjnych Panorama zostało opatentowane przez firmę IBAK. Tym samym niewątpliwym jest, że jedynym dostawcą tego rozwiązania jest firma IBAK. Podstawą rozstrzygnięcia Izby zatem było ustalenie, czy istniała obiektywna podstawa do zakupu przez Zamawiającego tego właśnie rozwiązania. Istotną okolicznością, wskazywaną jako niezbędna i obiektywna potrzeba zakupu tego właśnie urządzenia było zapewnienie Zamawiającemu funkcjonalności skanowania powierzchni kanałów kanalizacyjnych bez martwych punktów, a powyższe było możliwe wyłącznie dzięki opatentowanemu rozwiązaniu Panorama korzystającemu z funkcji dwóch skanerów połączonych ze sobą i użyciu tzw. „rybiego oka”. Zamawiający, uzasadniając w toku rozprawy konieczność zastosowania tego rozwiązania i wskazując, że żadne inne funkcjonujące na rynku rozwiązanie nie jest w stanie zapewnić tej funkcjonalności, przedstawił szereg dowodów. Po pierwsze przedstawił on patent dotyczący rozwiązania Panorama. Po drugie przedstawił też inne dokumenty: korespondencję firmy Else Technical and Research Service LTD Sp. z o.o. oficjalnego przedstawiciela na Polskę firmy IBAK producenta rozwiązania Panorama, wydruk ze strony internetowej firmy IBAK, artykuł naukowy w specjalistycznym, fachowym czasopiśmie: „Gaz, Woda i Technika Sanitarna” z listopada 2010 r. zatytułowany „Inspekcja przewodów kanalizacyjnych z użyciem systemów skanujących – wybrane zagadnienia” oraz korespondencję prowadzoną przez Zamawiającego z Departamentem Kontroli Doraźnej Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie analogicznego zakupu prowadzonego przez Zamawiającego w trybie zamówienia z wolnej ręki w 2008 r. Dowody te – zdaniem Izby – wskazują, że przywołane rozwiązanie ma szczególną cechę pozwalającą Zamawiającemu na uzyskanie obrazu ze skanowania dzięki użyciu skanera zaopatrzonego w dwa naprzeciwległe obiektywy typu „rybie oko” pozwalające na wykonanie zdjęć do przodu i w tył od kamery, pozwalającego na skanowanie pod kątem 360°. Zdjęcia dzięki użyciu tego skanera wykonywane są w sposób zsynchronizowany, a uzyskane obrazy są następnie składane tworząc układ sferyczny dla każdej pozycji, w której wykonano dwa zdjęcia. Ten sposób skanowania wnętrza przewodu pozwala na

zeskanowanie obrazu 3D nieposiadającego martwych sektorów. Odnosząc się do powyższego Odwołujący z jednej strony nie zakwestionował konieczności uzyskania przez Zamawiającego owej funkcjonalności przez zamawiane urządzenie pozwalającej na uzyskanie obrazu ze skanowania bez martwych sektorów. Z drugiej strony Odwołujący nie wykazał, że na rynku funkcjonują inne rozwiązania innych podmiotów pozwalające na uzyskanie wskazanej funkcjonalności. Jedyne dowód, jaki Odwołujący przedstawił w tym zakresie to oświadczenie firmy RICO GmbH, z którego Odwołujący wywodzi wypełnienie owej funkcjonalności przez urządzenie oferowane właśnie przez producenta urządzeń tego typu – firmę RICO GmbH. Z treści tego oświadczenia – w ocenie Izby – nie wynika jednak potwierdzenie spełniania tego parametru. W oświadczeniu wskazuje się jedynie w sposób generalny na uzyskiwanie dzięki urządzeniu tego producenta zapisu obrazu z kanału, który można zostać przedstawiony wykwalifikowanemu personelowi w celu oceny stanu sanitarnego. Na pytanie Izby w toku rozprawy o wskazanie przez Odwołującego potwierdzenia, że owa funkcjonalność, że realizowana przez rozwiązanie firmy RICO GmbH, Odwołujący przywołał właśnie powyższą treść oświadczenia RICO GmbH. Wskazał też na treść artykułu z fachowego czasopisma przedłożonego przez Zamawiającego, gdzie autor publikacji porównuje różne rozwiązania z rozwiązaniem Panoramo (str. 9 artykułu tj. rysunek nr 8). W jego ocenie przywołany tam rysunek rozwiązania RICO wskazuje na zastosowanie obiektywu typu „rybie oko” w rozwiązaniu RICO. Odnosząc się do tych dowodów Izba stwierdziła, że nie potwierdzają one wypełnienia przez rozwiązanie proponowane przez producenta RICO funkcjonalności skanowania obrazu bez martwych punktów. Przywołane przez Odwołującego oświadczenie producenta ma charakter ogólny, więc z jego treści nie można wywodzić wypełnienia konkretnej i szczególnej zarazem – jak wynika z treści patentu – funkcjonalności. Co do przywołanego rysunku w publikacji naukowej przedłożonej przez Zamawiającego wskazuje on jedynie na to, że rozwiązanie Duo Vision firmy RICO EAB GmbH korzysta z obiektywu typu „rybie oko” o kącie widzenia 180°. Powyższe jednak – zdaniem Izby – nie wypełnia funkcjonalności uzyskania obrazów bez martwych sektorów. Badanie przeprowadzane przy użyciu tego urządzenia firmy RICO polega na inspekcji z użyciem kamery tradycyjnej („stop-and-go”), z tym że po osiągnięciu punktu docelowego pozycjonuje się kamerę osiową z obiektywem „rybie oko” w osi przewodu poprzez obrót o 180°. Dopiero w czasie powrotu zestawu do studzienki startowej następuje skanowanie przewodu. Użycie tych dwóch kamer (tradycyjnej i osiowej) jest jednak niezależne od siebie. W wyniku przetworzenia uzyskiwanego obrazu z kamer uzyskuje się w efekcie płaskie rozwinięcie wnętrza przewodu i obrazu 3D. Tym samym w wyniku użycia tego urządzenia nie jest obiektywnie możliwe uzyskiwanie pełnego zsynchronizowanego obrazu w postaci układu sferycznego dla każdej pozycji w ujęciu 360°, w której wykonano dwa zdjęcia. Powyższe

oznacza, że ten sposób skanowania wnętrza przewodu nie pozwala na uzyskanie obrazu 3D nieposiadającego martwych sektorów. Rozwiązanie wskazywane przez Odwołującego nie jest więc rozwiązaniem równoważnym do oczekiwanego przez Zamawiającego. Tym samym Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie wykazał, że owa funkcjonalność może być wypełniona przez urządzenie innego producenta urządzenia oprócz firmy IBAK, w szczególności przez producenta RICO. Uwzględniając powyższe oraz ciężar dowodu spoczywający na wykonawcy wnoszącym odwołanie, który w oparciu o dowody przedstawione przez Zamawiającego na potwierdzenie wypełniania przesłanek zastosowania zamówienia z wolnej ręki do niniejszego przedmiotu zamówienia - nie jest w stanie wykazać możliwości realizacji tego zamówienia przez innego poza producentem urządzenia IBAK wykonawcę.

Co do kwestii ujęcia w ramach opisu przedmiotu zamówienia określonych urządzeń poza urządzeniem Panoramo ze wskazaniem kontentej marki produktów, w tym w szczególności samochodów, na których ma zostać zainstalowane urządzenie Panoramo oraz zastosowaniu kamer tradycyjnych, Izba uznała, że również ten zarzut odwołania nie potwierdził się. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że w ramach trybu zamówienia z wolnej ręki nie znajdują wprost zastosowania przepisy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, w tym zarzucane przez Odwołującego - art. 29 i 30 ustawy Pzp. Z tych też względów, uznając zasadność zakupu systemu Panoramo dla Zamawiającego w trybie zamówienia z wolnej ręki, brak było podstaw do kwestionowania sposobu opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, skoro przepisy ustawy Pzp nie nakładają w tym względzie na Zamawiającego jakiś szczególnych wymogów.

Uznając jednak, że w tym zakresie mogłoby dojść do naruszenia przepisów ustawy Pzp co do w ogóle możliwości zastosowania zamówienia z wolnej ręki dla tej części przedmiotu zamówienia, Izba oceniła zasadność połączenia z zakupem urządzeń Panoramo zakupu dodatkowych urządzeń, w tym samochodów określonej marki. W tym zakresie Izba stwierdziła, że dodatkowe urządzenia stanowią zestaw i są konsekwencją zakupu urządzeń Panoramo od określonego producenta jako jedynego możliwego w obiektywnych kryteriach dostawcy rozwiązania. Zamawiający wyjaśnił Izbie, że zamawiane są przez niego wózki i kamery stanowią z zamawianym rozwiązaniem Panoramo jedną całość i występują jako komplet. Podobnie samochody wchodzące w skład przedmiotu zamówienia również są konsekwencją wyboru rozwiązania Panoramo. Urządzenia te muszą bowiem zostać zainstalowane na samochodach. Zamawiający wskazał alternatywnie konkretne marki samochodów możliwe do zastosowania i – jak wyjaśnił – powyższe wynika z ustaleń, że producent urządzeń Panoramo instaluje te urządzenia właśnie na określonych markach samochodów, które zostały wskazane w sposób alternatywny. Zamawiający wyjaśnił, że

wszystkie urządzenia i kamery zamawiane w postępowaniu są produkcji firmy IBAK i są one podłączone do tego samego systemu wizualizacji. Odwołujący nie zakwestionował powyższego ustalenia poczynionego w oparciu o oświadczenie Zamawiającego zatem stwierdzić należało, że dowodowo, czy choćby poprzez zaprzeczenie Odwołujący nie wykazał możliwości zakupu przywołanych dodatkowych urządzeń poza i niezależnie od zamawianego systemu Panoramo.

Podkreślenia wymaga okoliczność, że przywoływany przez Odwołującego wyrok KIO z 22 lipca 2013 r. wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 1636/13 nie mógł być wzięty pod uwagę przez Izbę w tej sprawie. Stwierdzić bowiem należy, że przedmiotem zamówienia, które było objęte zakresem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie KIO 1636/13 był inny przedmiot i charakter przedmiotu zamówienia („*Dostawa fabrycznie nowych wyprodukowanych w 2013 r. pojazdów do hydrodynamicznego czyszczenia kanalizacji (ciśnieniowo-ssących z odzyskiem wody) – 2 szt.*”). Tak więc rozstrzygnięcie podjęte przez Izbę w sprawie KIO pozostaje irrelevantne w stosunku do niniejszej sprawy.

Istotną okolicznością w przedmiotowej sprawie było również ustalenie przez Izbę, że w przedmiocie analogicznego zakupu dokonywanego przez Zamawiającego w 2008 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych - jako centralny organ właściwy w sprawach zamówień publicznych uprawniony również do kontroli udzielania zamówień publicznych w tym w oparciu o zawiadomienia przekazywane mu przez podmioty zamawiającego o wszczęciu postępowania o zamówienie publiczne we wskazanym trybie – po udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnieniach zasadności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki nie podjął dalszych czynności kontrolnych bez jakichkolwiek konsekwencji dla Zamawiającego, pozostawiając sprawę *ad acta*.

Izba potwierdza twierdzenia Odwołującego o wyjątkowym charakterze trybu zamówienia z wolnej ręki, który z natury rzeczy jest trybem ograniczającym dostęp do zamówienia na szerokim rynku konkurencji pomiotów. W tej jednak indywidualnej sprawie Izba uznała, że Zamawiający miał podstawy do zastosowania przywołanego trybu udzielenia zamówienia publicznego i nie naruszył wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

Z tych też względów Izba stwierdziła, iż nie potwierdziło się naruszenie przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz – stosownie do § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 567,00 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....