

Sygn. akt: KIO 2707/17

WYROK
z dnia 4 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2017 r. r. przez wykonawcę **R. K.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **BAS-TON R. K., ul. Sportowa 18, 02-840 Brwinów** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Polska Spółka Gazownictwa Spółka z o.o., ul. Marcina Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa i montaż zabudów przestrzeni ładunkowej pojazdów samochodowych ciężarowych dla Polskiej Spółki Gazownictwa” (znak 2017/W001/WP-000405)

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego – **R. K.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **BAS-TON R. K., ul. Sportowa 18, 02-840 Brwinów** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **R. K.** prowadzący

działalność gospodarczą pod firmą **BAS-TON R. K., ul. Sportowa 18, 02-840 Brwinów** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza od wykonawcy **R. K.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **BAS-TON R. K., ul. Sportowa 18, 02-840 Brwinów** na rzecz zamawiającego - **Polska Spółka Gazownictwa Spółka z o.o., ul. Marcina Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa** kwotę w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przed Izbą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) 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:

.....

U z a s a d n i e
do wyroku z dnia 4 stycznia 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2707/17

Zamawiający – Polska Spółka Gazownictwa Spółka z o.o., ul. Marcina Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa i montaż zabudów przestrzeni ładunkowej pojazdów samochodowych ciężarowych dla Polskiej Spółki Gazownictwa” (znak 2017/W001/WP-000405).

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 13.12.2017 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2017/S 239 - 496849.

W tym samym dniu Zamawiający zamieścił na stronie internetowej ogłoszenie o zamówieniu oraz dokumentację postępowania.

W dniu 22.12.2017 r. wykonawca R. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BAS-TON R. K. wniósł odwołanie wobec czynności podjętej przez Zamawiającego - Polską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. i zaniechania przez Zamawiającego czynności, do której był on zobowiązany przepisami Ustawy, a mianowicie zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł, że w związku z tym, że interes wykonawcy może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy art. 7 pkt. 1 ustawy Pzp żąda dokonania czynności bezprawnie zaniechanej poprzez wykreślenie z wymagań określonych w Opisie Przedmiotu Zamówienia dla każdego z zadań dotyczącego wyposażenia pojazdów w podłogi min.12 mm wykonanej z lekkiego wysokowytrzymałego materiału wodoodpornego z tworzywa sztucznego typu kompozyt lub PVC z pokryciem aluminiowym ryflowanym z wpuszczonymi wzdłużnymi szynami do mocowania ładunku na całej długości podłogi wymagając dodatkowo aby potencjalny oferent legitymował się posiadaniem stosownych certyfikatów potwierdzających pozytywne przeprowadzenie dynamicznych testów wytrzymałościowych podłogi wg norm europejskich np. TUV, ECE, ISO.

Uzasadnienie odwołania

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że bazując na art.179 oraz art. 180 ust. 1 i ust. 3 PZP, który brzmi „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” Zamawiający ogranicza konkurencyjność w taki sposób, że tylko jeden z wykonawców jest w stanie spełnić wszystkie wymagania zawarte w Opisie Przedmiotu Zamówienia.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że tylko jedna firma w Europie legitymuje się i potwierdza, że jej produkty były poddane badaniom, na co uzyskały stosowane certyfikaty wymagane przez Zamawiającego i konieczne do spełnienia przez potencjalnych oferentów.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o uznanie protestu za zasadny i nakazanie Zamawiającemu wykreślenie wymagania posiadania stosownych certyfikatów potwierdzających pozytywne przeprowadzenie dynamicznych testów wytrzymałościowych podłogi wg norm europejskich np. TUV, ECE, ISO, co w żaden sposób nie ograniczy konkurencyjności postępowania i pozwoli Odwołującemu na złożenie oferty.

Odwołujący na zakończenie podniósł, że w przypadku braku orzeczenia o wykreśleniu przez Zamawiającego wyżej wymienionego wymagania z Opisu Przedmiotu Zamówienia jego firma jako nierówno traktowana zostanie narażona na stratę ponieważ nie będzie mogła ubiegać się o uzyskanie zamówienia w postępowaniu, które Zamawiający określił mianem publicznego.

Zamawiający pismem z dnia 02.01.2018 r. wniósł odpowiedź na odwołanie wskazując, co następuje.

Ograniczenie prawa do przystąpienia.

Działając w imieniu Zamawiającego, na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa, (w załączeniu wraz z dowodem opłaty skarbowej) w postępowaniu odwoławczym prowadzonym pod sygnaturą KIO 2707/17, związanym z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego „Dostawa i montaż zabudów przestrzeni ładunkowej pojazdów samochodowych ciężarowych dla Polskiej Spółki Gazownictwa” tj. w postępowaniu o nr 2017/W001/WP-000405 w odpowiedzi na odwołanie Odwołującego BAS-TON R. K. niniejszym wnoszę o odrzucenie odwołania z uwagi na jego braki formalne, względnie w przypadku skierowania odwołania na rozprawę — o nieuwzględnienie zarzutu Odwołującego z uwagi na jego niezasadność.

UZASADNIENIE

W kontekście braków formalnych, na uwagę zasługuje fakt, iż Odwołujący nie spełnił części z wymogów stawianych odwołaniu, a które to wymogi wynikają z Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (dalej jako: „Regulamin”).

Wobec treści § 4 Regulaminu wskazać należy, iż Odwołujący nie wskazał m.in.:

- 1) Faksu oraz adresu poczty elektronicznej zarówno Odwołującego jak i Zamawiającego,
- 2) Nie wskazał numeru ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej,
- 3) Nie wskazał okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania, poza lakonicznym odwołaniem się do treści art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „PZP”), oraz dowodów na poparcie okoliczności, o których mowa w art. 7 ust. 1,
- 4) Dodatkowo do treści kopii odwołania, którą dostarczył Zamawiającemu nie dołączył potwierdzenia opłaty od wpisu co może świadczyć o braku uiszczenia rzeczowej opłaty, co jednoznacznie świadczy o niemożliwości pierwotnej nadania biegu postępowaniu odwoławczemu.

Potwierdzenie okoliczności wskazanych powyżej, zwłaszcza przytoczonych w pkt 4) powyżej, jednoznacznie przesądza o brakach formalnych odwołania, które uzasadniają brak jego rozpoznania. Zgodnie bowiem z treścią art. 187 ust. 1 pkt 2 PZP, odwołanie podlega rozpoznaniu w sytuacji gdy uiszczono wpis. Samo wskazanie w treści odwołania na załącznik w postaci potwierdzenia opłaty od wpisu nie oznacza, iż opłata rzeczywiście została wniesiona. Dodatkowo w świetle treści art. 187 ust. 2, który stanowi, że „Wpis uiszcza się najpóźniej do dnia upływu terminu do wniesienia odwołania, a dowód jego uiszczenia dołącza się do odwołania”, opłata powinna zostać wniesiona przed datą wniesienia odwołania jak również przed datą doręczenia Odwołującemu kopii odwołania. Nie wniesienie opłaty od wpisu w terminie zakreślonym powyżej uniemożliwia nadanie biegu postępowaniu Odwoławczemu. Oznacza to również, że załączniki, które stanowią część składową odwołania a które nie zostały doręczone Zamawiającemu, pozwalają na twierdzenie, że odwołanie w pełnej formie w zasadzie do Zamawiającego nie wpłynęło, co oznacza, iż wymóg określony w treści art. 180 ust. 5 PZP również nie został spełniony.

Odwołujący nie wykazał także w treści odwołania okoliczności faktycznych uzasadniających jego wniesienie, wskazując jedynie, jakoby tak określony Opis Przedmiotu Zamówienia w rzeczywistości mógł uniemożliwiać mu uzyskanie zamówienia publicznego. Możliwym jest, iż w rzeczywistości działalność Odwołującego jest na tyle odbiegająca od przedmiotu zamówienia, iż jest to jedyna okoliczność uniemożliwiająca mu uzyskanie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, obraży art. 7 ust. 1 PZP w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego, poniżej w imieniu Zamawiającego wyjaśniam. Odwołanie dotyczy wykreślenia z Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej jako „OPZ”) dla każdej z jego części, wymogu dotyczącego wyposażenia pojazdów w podłogi min. 12 mm wykonanej z lekkiego wysokowytrzymałego materiału wodoodpornego z tworzywa sztucznego typu kompozyt lub PVC z pokryciem aluminiowym ryflowanym z wpuszczonymi wzdłużnymi szynami do mocowania ładunku na całej długości podłogi oraz wykreślenia wymogu legitymowania się przy tym posiadaniem stosownych certyfikatów potwierdzających pozytywne przeprowadzenie dynamicznych testów wytrzymałościowych podłogi wg norm europejskich np. TUV, ECE i ISO. Twierdzenie odwołującego, że tylko jeden z wykonawców jest w stanie spełnić wszystkie wymagania zawarte w Opisie Przedmiotu Zamówienia jest gołosłowne i nieoparte żadnym dowodem. W trakcie prac nad opisem przedmiotu zamówienia odbyły się wewnętrzne konsultacje z Oddziałami i użytkownikami ekip pogotowia gazowego celem zebrania informacji o preferowanej konfiguracji i wymiarach zabudowy biorąc pod uwagę zatwierdzoną listę sprzętu i wyposażenia powstał projekt OPZ zawierający szkicowy rysunek zabudowy wraz z minimalnym i maksymalnym zakresem wymiarowym. Wymiary poszczególnych elementów zabudowy zdeterminowane były przewożonym tam sprzętem zgodnie z listą materiałów, narzędzi, sprzętu BHP i Ppoż. Korzystając z katalogów wiodących firm w Polsce zajmujących się zabudowami samochodów warsztatowych, a także realizujących zamówienia w ubiegłych latach dotyczących zabudów dla Zamawiającego oraz posiadających uprawnienia, w tym np. autoryzacje importerów samochodów na wykonywanie zabudów nie narażając Zamawiającego na utratę gwarancji. Lista wymaganych autoryzacji pokrywa się z markami samochodów, które są w posiadaniu Zamawiającego i przeznaczone są do zabudowy. Z punktu widzenia Zamawiającego wymiary minimalne i maksymalne są uwarunkowane gabarytami przewożonego sprzętu i wyposażenia jak i mają na celu zapewnienie optymalnej wolnej przestrzeni między regałami zabudowy i zawierają oczekiwane wymiary. Zamawiający prowadził już w tym roku postępowanie o numerze 2017/W001/WP000156, którego przedmiot był zbliżony do niniejszego i również dotyczył dostawy i montażu zabudów przestrzeni ładunkowej pojazdów samochodowych ciężarowych. W postępowaniu tym, jeden z wykonawców zadał pytanie w

trybie przepisów ustawy PZP do SIWZ, w którym zaproponował podłogę drewnianą wykonaną ze sklejki z powłoką antypoślizgową wyłożoną blachą aluminiową ryflowaną. Z doświadczeń wcześniej zrealizowanych zabudów dla Zamawiającego wynika, że montaż blachy aluminiowej do sklejki odbywa się za pomocą nitów lub wkrętów. W trakcie użytkowania w warunkach zimowych lub dużej wilgotności woda przedostaje się pomiędzy blachę a sklejkę i powoduje rozwarstwianie się tych materiałów. Sklejka drewniana nie jest materiałem w 100% wodoodpornym i zawsze istnieje ryzyko deformacji. Zaproponowana podłoga w SIWZ wyklucza to ryzyko. Ponadto podłoga taka jest o około 30% lżejsza od rozwiązań dotychczas stosowanych. Wymóg lekkiego i wysokowytrzymałego materiału wynika z możliwości zastosowania materiałów zapewniających najniższą wagę i co za tym idzie maksymalną ładowność samochodu a wytrzymałość jest kryterium kluczowym biorąc pod uwagę charakter pracy i przewożonego sprzętu przez brygady Pogotowia Gazowego. Według wiedzy Zamawiającego, Odwołujący dysponuje tego rodzaju rozwiązaniami, które nie stanowią obiektywnych potrzeb Zamawiającego w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, które jest przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego.

Odwołując się jeszcze do wspomnianego powyżej postępowania prowadzonego poprzednio, Zamawiający wskazał, że w odpowiedzi do wszystkich zainteresowanych, na pytania wykonawców, Zamawiający udzielił odpowiedzi w dniu 18 października 2017 r., na mocy których to odpowiedzi, zmienił postanowienia OPZ w ramach poprzedniego zbliżonego postępowania, gdzie jako wymóg dotyczący podłogi, określił wymagania w sposób analogiczny do wymagań OPZ w ramach postępowania niniejszego, które to wymogi są przez Odwołującego kwestionowane. Na potwierdzenie powyższego oraz potwierdzenie, że postanowienia te nie stanowią ograniczenia konkurencji, Zamawiający załącza treść odpowiedzi na pytania z dnia 18 października 2017 r. oraz dokumentację postępowania, w zakresie potwierdzającym, iż więcej wykonawców funkcjonujących na rynku spełnia wymogi OPZ, w opozycji do tego co próbuje wykazać Odwołujący, wskazując w Odwołaniu, iż mamy do czynienia z jedynie jednym podmiotem, który jest w stanie spełnić wymogi OPZ w niniejszym zakresie.

Dodatkowo ważnym atutem takiego rozwiązania jest certyfikat bezpieczeństwa podłogi np. ECE, TUV, ISO. Które przy prowadzonej przez Zamawiającego działalności, eksploatując pojazdy o przeznaczeniu Pogotowia Gazowego użytkowanego jako pojazd uprzywilejowany posiadający Decyzję MSWiA na używanie sygnałów świetlnych i dźwiękowych są narażone na zdarzenie drogowe. Zapewnienie certyfikatu zwiększa bezpieczeństwo pracowników Zamawiającego. Wzdłużne szyny do mocowania ładunku pozwalają na mocowanie ładunku w dowolnym miejscu niezależnie od fabrycznych punktów mocowania, które często są przykryte regałami zabudowy. Wymóg wpuszczenia (schowania) ich w podłogę zapewnić ma

gładką powierzchnię podłogi bez wystających elementów, które mogłyby blokować wsuwane materiały. Opis przedmiotu zamówienia powstał na podstawie wytycznych i projektu, który był wynikiem grupy projektu Hermes. Na tej podstawie były realizowane poprzednie postępowania i dostawy. W wyniku doświadczeń i uwag użytkowników z oddziałów zebrano uwagi i wnioski, na podstawie których dokonano nieznacznych modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, kierując się ergonomią pracy. W trakcie prac nad opisem przedmiotu zamówienia zostało wykonane badanie rynku zarówno pod względem technicznym jak i ceny. Podłoga opisana w OPZ charakteryzuje się, z punktu widzenia zabudów pojazdów dla Zamawiającego, lepszymi właściwościami pod względem wodoodporności i wagi. Oczekiwany materiał, tj. PVC lub kompozyt jest materiałem całkowicie wodoodpornym w odróżnieniu do sklejki drewnianej. Dodatkowo waga podłogi wykonanej ze sklejki 12 mm pokrytej blachą aluminiową ryflowaną np. do furgonu 1.2 waży około 55 kg i jest o około 35% cięższa od podłogi opisanej w OPZ, której waga wynosi około 35 kg. Ważnym atutem takiego rozwiązania jest standardowy certyfikat bezpieczeństwa podłogi np. ECE, TUV, ISO. Według najlepszej wiedzy Zamawiającego, na terenie państw Unii Europejskiej istnieje wielu producentów tego typu podłóg, legitymujących się posiadaniem stosownych certyfikatów potwierdzających pozytywne przeprowadzenie dynamicznych testów wytrzymałościowych podłogi wg norm europejskich. Rozwiązania płyt podłogowych z polipropylenu oferują wg informacji z rynku m.in. dostawcy KEGGER, MOBILCAR, AVANCER, PRONAR, MODUL SYSTEM czy WAN G. . W załączeniu przykłady dokumentacji płyt podłogowych.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych „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”. Zarzut naruszenia tego przepisu poprzez ograniczenie konkurencyjności i nierówne traktowanie w tym postępowaniu nie może zostać uznany za zasadny w świetle powyższych ustaleń oraz w świetle tego, że Zamawiający miał prawo wskazać w/w wymogi dotyczące wyposażenia pojazdów w podłogi, biorąc pod uwagę specyfikę prowadzonej przez siebie działalności.

Wobec powyższego wnosimy jak na wstępie.

Do odpowiedzi na odwołanie dołączono następujące dokumenty:

1. Pytania i odpowiedzi z dnia 18 października 2017 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia nr 2017/W001/WP-000156,
2. Protokół z postępowania nr 2017/W001/WP-000156 na dostawę i montaż zabudów

3. Decyzja MSWiA (pojazd uprzywilejowany)

4. Certyfikat TUV, ECER

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (w szczególności opisem przedmiotu zamówienia), jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie obejmującego odrzucenie odwołania ze względu na brak wniesienia wpisu od odwołania, jak również ze względu na braki formalne odwołania w postaci braku wskazania danych teleadresowych, numeru ogłoszenia i brak sprecyzowania zarzutów.

Izba w tym zakresie ustaliła, iż Odwołujący uścił wpis od odwołania na właściwy rachunek UZP. Ponadto w pozostałym zakresie Izba wskazuje, że w odwołaniu został sformułowany zarzut w postaci art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i ponadto wskazano podstawę faktyczną tego zarzutu związaną z wymogiem dostarczenia certyfikatów w odniesieniu do jednego z elementów zabudowy (podłogi) ze wskazaniem interesu w uzyskaniu zamówienia oraz sformułowano żądanie w postaci wykreślenia tego wymogu. Co do braku danych teleadresowych Izba wskazuje, iż braki te nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia odwołania.

Tym samym Izba uznała, że odwołanie spełnia wymagania formalne i postanowiła skierować je do rozpoznania na rozprawie.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie podnosił, że jest zainteresowany złożeniem w postępowaniu oferty wskazując, że postanowienia opisu przedmiotu zamówienia obejmujące certyfikat potwierdzający pozytywne przeprowadzenie dynamicznych testów

wytrzymałościowych podłogi wg norm europejskich np. TUV, ECE, ISO uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty i narusza uczciwą konkurencję. Jednocześnie Odwołujący w ramach żądania wniósł o wykreślenie tego postanowienia. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ (w tym w szczególności postanowień opisu przedmiotu zamówienia). Izba przeprowadziła również i poddała ocenie dowody z dokumentów załączone do odpowiedzi na odwołanie w postaci fragmentów akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego wcześniej i obejmującego ten sam przedmiot zamówienia. Izba przeprowadziła również dowody z dokumentów w postaci fotografii uszkodzeń zabudów w pojazdach użytkowanych przez Zamawiającego, certyfikatów oraz ofert internetowych producentów zabudów do pojazdów. Izba uwzględniła również dowód w postaci decyzji Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 07.07.2017 r. Nr 562/2017 zezwalającej Polskiej Spółce Gazownictwa Spółka z o.o. na uprzywilejowanie w ruchu drogowym będącej w dyspozycji Oddziału Zakładu Gazowniczego w Gdańsku pojazdu samochodowego (..), gdy będzie on używany bezpośrednio w związku z ratowaniem życia lub zdrowia ludzkiego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest dostarczenie i montaż zabudów przestrzeni ładunkowej samochodów ciężarowych: typu A-1, A-2, B, będących w posiadaniu Oddziałów PSG sp. z o. o. Niniejsze zamówienie zostało podzielone na 17 części zgodnie z tabelą zawartą w pkt 3 SIWZ. Szczegółowy opis części zamówienia zawierają załączniki od nr 4.1 - 4.17 do SIWZ.

W pkt 3 zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia” na str. 4 i 5 SIWZ Zamawiający zawarł m.in. następujące wymagania:

3.1. Przedmiotem zamówienia jest dostarczenie i montaż zabudów przestrzeni ładunkowej samochodów ciężarowych: typu A-1, A-2, B, będących w posiadaniu poniżej wymienionych Oddziałów PSG sp. z o. o. Niniejsze zamówienie zostało podzielone na 17 części zgodnie z poniższą tabelą. Szczegółowy opis części zamówienia zawierają załączniki od nr 4.1 - 4.17 do SIWZ.

3.2. Wykonawca musi posiadać zgodę lub rekomendację polskiego importera samochodów lub producenta następujących marek pojazdów: FCA (Fiat Auto Poland), Citroen Polska, na wykonywanie tego typu zabudów bez narażenia Zamawiającego na utratę gwarancji na pojazd bazowy. Zgoda winna być wyrażona w formie pisemnej, jako co najmniej umowa lub rekomendacja polskiego importera lub producenta pojazdów dla Wykonawcy.

3.3. Wykonawca musi posiadać certyfikaty np. TUV, ECE, ISO na wszystkie elementy składowe zabudowy: 1. Uchwyty mocujące, 2. Półki 3. Szuflady 4. Fronty, 5. Ramy nośne.

3.4. Wykonawca musi posiadać certyfikat potwierdzający pozytywne przeprowadzenie prób zderzeniowych zabudowy wg norm europejskich np. ECE R17 oraz podłogi wg norm europejskich ECE, TUV, ISO.

3.5. Wykonawca musi posiadać ważną umowę na wytwarzanie i utylizację odpadów niebezpiecznych powstających podczas realizacji prac objętych zamówieniem, zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy o ochronie środowiska i ustawy o odpadach.

3.6. Oferowana zabudowa regałowa, w tym mocowania, zaczepy, półki, szuflady, fronty, elementy nośne winny składać się z elementów składowych pochodzących od jednego producenta; nie dopuszcza się stosowania zamienników. W celu potwierdzenia spełnienia tego warunku, Wykonawca złoży na wezwanie Zamawiającego listę materiałową z numerami katalogowymi zabudowy.

W tabeli zawierającej szczegółowe wymagania do poszczególnych elementów zabudowy na str. 36 załącznik nr 4.1 do nr 4.17 (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) do SIWZ Zamawiający w pkt IV zatytułowanym „Pozostałe elementy zabudowy” zawarł następujący wymóg: Podłoga min. 12 mm wykonana z lekkiego wysokowytrzymałego materiału wodoodpornego z tworzywa sztucznego typu kompozyt lub PVC z pokryciem aluminiowym ryflowanym z wpuszczonymi wzdużnymi szynami do mocowania ładunku na całej długości podłogi po lewej i prawej stronie. Wykonawca winien posiadać certyfikat potwierdzający pozytywne przeprowadzenie dynamicznych testów wytrzymałościowych podłogi wg norm europejskich np. TUV, ECE, ISO.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż postępowanie odwoławcze ma charakter kontradiktoryjny, nie zaś reklamacyjny, ze wszystkimi tego konsekwencjami dla Stron sporu. Zasada ta przekłada się zarówno na obowiązki jak i uprawnienia stron postępowania. W ramach takiego procesu Strony są zobligowane do popierania swoich twierdzeń stosownymi dowodami, jak również powinny reagować na oświadczenia oraz zarzuty formułowane przez przeciwników procesowych. W takim procesie rola organu orzekającego ogranicza się w zasadzie do stania na straży gwarancji procesowych Stron, tj. udzielania głosu Stronom na równych zasadach, dopuszczaniu i przeprowadzaniu wnioskowanych przez uczestników postępowania dowodów i w zakresie merytorycznego rozpoznania ocena zgromadzonego materiału dowodowego oraz dokonanie subsumcji ustalonego stanu faktycznego pod adekwatne normy prawne (wskazane w odwołaniu jako zarzuty). Oznacza to, że Izba nie może wyręczać Stron w realizacji ich obowiązków procesowych i powinna jedynie stać na straży ich procesowych uprawnień. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2010 r. sygn. akt II UK 286/09 *Podstawą kontradiktoryjnego procesu cywilnego jest zasada równouprawnienia jego stron. Poszukiwanie za stronę przez sąd z urzędu okoliczności przemawiających za jej stanowiskiem w istocie stanowi wyręczenie jej w obowiązkach procesowych, przez co Sąd naraża się na uzasadniony zarzut nierównego traktowania stron procesu* (źródło LEX nr 602705).

Ten charakter postępowania (kontradiktoryjność) powoduje, że jest ono sporne - a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów na potwierdzenie faktów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy Pzp i przechodząc do art. 6 ustawy Kodeks cywilny ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Należy zatem wskazać, iż właśnie z tej zasady wywodzi się reguła procesowa ujęta w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne (*ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat* - na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

W ramach takiej struktury procesu Izba wskazuje, przychyłając się do argumentacji Zamawiającego podniesionej na rozprawie, że zgodnie z treścią art. 190 ust. 1 ustawy Pzp *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.*

W ocenie Izby Odwołujący nie sprostął ciążącym na nim obowiązkom procesowym. Odwołujący argumentując, że opis przedmiotu wskazuje na jednego wykonawcę zdolnego do dostarczenia podłóg spełniających wymagania Zamawiającego i precyzując tę tezę na rozprawie, że podmiotem tym jest „Modul System” nie wykazał tej okoliczności przy wykorzystaniu dostępnych środków dowodowych. Odwołujący twierdził również, że na stronie internetowej tego producenta znajduje się informacja, że „(...) iż oferuje on jedyną na rynku podłogę ze wskazanym certyfikatem ECE”. Jednocześnie Odwołujący w odpowiedzi na pytanie zadane na rozprawie „(...) czy cytowany przez niego dokument znajduje się w aktach postępowania lub czy został złożony przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie (...)” wskazał „(...) że jest to komunikat ze strony internetowej”. Jednakże okoliczność zamieszczenia takiego komunikatu na określonej stronie internetowej nie jest faktem powszechnie znanym – a więc wymaga on dowodu. Okoliczność taka nie jest też znana Izbie z urzędu. Ponadto ocena takiego komunikatu, przy wykorzystaniu doświadczenia życiowego, również nie zmieniałaby sytuacji procesowej Odwołującego, gdyż komunikat ten jest typowym komunikatem reklamowym - a więc oddanie przez jego treść rzeczywistości powinno być traktowane z rezerwą właściwą dla wszelkich materiałów marketingowych.

Tym samym Odwołujący wskazując na określone fakty (ograniczenie możliwości złożenia oferty tylko przez jednego wykonawcę) winien tą okoliczność udowodnić stosownymi środkami dowodowymi. W ocenie Izby Odwołujący nie sprostął ciążącym na nim obowiązkom, gdyż okoliczność wskazana w treści odwołania nie została potwierdzona przez Zamawiającego. Nadto Zamawiający wykazał, w ocenie Izby, stosownymi środkami dowodowymi, że istnieje co najmniej 4 producentów zdolnych do dostarczenia podłóg spełniających wymagania Zamawiającego. Na powyższą okoliczność Zamawiający przedłożył dowody w postaci dokumentacji postępowania obejmującego analogiczny zakres przedmiotowy (prowadzonego przez Zamawiającego w październiku 2017 r.), w postaci opisu przedmiotu zamówienia, odpowiedzi na pytania wykonawców oraz informacji z otwarcia ofert wskazującej, że oferty złożyło 4 wykonawców.

Za oddaleniem przedmiotowego odwołania przemawia również sposób skonstruowania przez Odwołującego zarzutu. Otóż jak wskazał Odwołujący na rozprawie, w ramach podniesionej argumentacji, żądanie kwestionowanego przez Niego certyfikatu dla podłóg pojazdów nabiera dyskryminującego charakteru po powiązaniu go z wymogiem ujętym w pkt

3.6. SIWZ. Przed oceną merytoryczną takiego twierdzenia, Izba w tym miejscu widzi również konieczność wskazania na sposób konstruowania zarzutów. Zarzut powinien bowiem zostać skonkretyzowany, gdyż Izba dokonuje oceny działań podmiotu zamawiającego (w tym wypadku oceny prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia) przez pryzmat podniesionych w treści odwołania zarzutów (ich podstaw faktycznych – w tym wypadku konkretnych wymagań odnoszących się do żądania dostarczenia certyfikatów) oraz wzorców kontroli (tj. przepisów ustawy Pzp zawierających określone normy prawne w postaci zakazów bądź nakazów określonego postępowania). Aby mogło dojść do uwzględnienia zarzutu musi dojść do stwierdzenia takiego działania lub zaniechania, które stoi w sprzeczności z treścią wskazanej w odwołaniu normy prawnej.

Zamawiający prowadząc postępowanie każdorazowo winien kierować się zasadą praworządności i legalności. Ich najpełniejszą emanacją odnajdujemy w normach prawnych wyrażonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, które konstytuują naczelne zasady systemu zamówień publicznych. Należy w tym miejscu wskazać, iż do samoistnego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp dochodzi niezmiernie rzadko. Ponadto wymaga to wykazania, iż jednocześnie dochodzi do różnicowania pozycji danego wykonawcy na skutek naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Zazwyczaj do naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych, wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, dochodzi w przypadku różnicowania sytuacji wykonawców na skutek odmiennego zastosowania instytucji uregulowanych w innych przepisach, które nakazują zamawiającemu dokonanie określonych czynności w przypadku ziszczenia się pewnych okoliczności faktycznych. Biorąc pod uwagę powyższe naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp następuje zazwyczaj, gdy dochodzi do nadużycia pewnej instytucji uregulowanej w ustawie Pzp lub zaniechania jej zastosowania wobec tylko niektórych wykonawców i odmiennego zastosowania tej instytucji wobec pozostałych – mimo faktu, iż wykonawcy ci znajdują się w analogicznej sytuacji prawnej i faktycznej.

Mając na uwadze oparcie przez Odwołującego zarzutów o treść art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba wskazuje, że w wyniku ostatniej nowelizacji ustawy Pzp wśród naczelnych zasad zamówień publicznych znalazła się zasada proporcjonalności oraz przejrzystości, które w zakresie zarzutów związanych z opisem przedmiotu zamówienia mogą, w ocenie Izby, stanowić samoistne wzorce kontroli dla czynności podmiotu zamawiającego. W przypadku opisu przedmiotu zamówienia bezpośrednie zastosowanie może mieć zasada proporcjonalności zasadzająca się na tym, że kontroli może podlegać adekwatność opisu przedmiotu zamówienia przez pryzmat uzasadnionych potrzeb zamawiającego.

Jednakże w niniejszym wypadku zachodzi trudność w zidentyfikowaniu adekwatności przedstawionego w odwołaniu wzorca kontroli z argumentacją prezentowaną na jego

poparcie. Odwołujący wskazał bowiem, że dokonany przez Zamawiającego OPZ wskazuje na 1 producenta przez sformułowanie wymogu dostarczenia określonego certyfikatu związanego z dynamicznymi testami wytrzymałościowymi.

Poddając merytorycznej analizie tak skonstruowany zarzut Izba wskazuje, przychyłając się do argumentacji Zamawiającego, że po pierwsze Zamawiający choć żądał określonego certyfikatu nie ograniczył się do ich konkretnych typów, lecz wskazał jako przykładowe TUV, ECE i ISO. Powyższe wynika z faktu, iż wyliczenie to zostało poprzedzone skrótem „np.” (vide: str. 36 SIWZ – załącznik zawierający w formie tabeli szczegółowe wymagania odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia). Dodatkowo argumentacja zaprezentowana przez Zamawiającego i poparta złożonymi dowodami (w postaci fotografii obrazujących uszkodzenia podłóg wykonanych ze sklejki) wskazuje, że wymóg taki jest uzasadniony potrzebami Zamawiającego. Odwołujący zatem w sposób nieuzasadniony połączył ten wymóg z treścią pkt 3.6. OPZ, który w ogóle nie odnosi się do podłóg – lecz do zabudowy regałowej. Izba wskazuje, że powołanie tego punktu uznać należy nie za nowy zarzut, lecz za rozbudowanie argumentacji zawartej w odwołaniu. Z tej przyczyny został on podany merytorycznej ocenie. Odnosząc się w dalszej kolejności do rozumienia pkt 3.6. SIWZ OPZ Izba wskazuje, że po pierwsze z jego literalnej treści wynika, jak wyżej wskazano, że nie obejmuje on swoim zakresem podłóg. Po drugie w trakcie rozprawy pełnomocnik Zamawiającego dokonał jego wiążącej wykładni potwierdzając, że nie odnosi się on do podłóg – lecz do wymienionych w jego treści elementów zabudowy (zabudowy regałowej w postaci mocowań, zaczepów, półek, szuflad, frontów oraz elementów nośnych). Odpadnięcie tego argumenty, jest w ocenie Izby, na tyle istotne, gdyż Odwołujący naruszenia uczciwej konkurencji upatrywał właśnie w połączeniu wymogu dotyczącego certyfikacji z pkt 3.6. SIWZ OPZ (tj. wymogiem aby „Oferowana zabudowa regałowa, w tym mocowania, zaczepy, półki, szuflady, fronty, elementy nośne winny składać się z elementów składowych pochodzących od jednego producenta”).

Powyższe wskazuje, że za brakiem uwzględnienia odwołania zdecydowały nie tylko zaniechania Odwołującego w procesie dowodzenia faktów, z których wywodzi On korzystne dla siebie skutki prawne, lecz również merytoryczna ocena zarzutów.

Na zakończenie Izba wskazuje, że to podmiot zamawiający, jako gospodarz postępowania, ma prawo i obowiązek opisać przedmiot zamówienia oraz wymagania związane z jego realizacją. Opis ten jest sformułowany w sposób, który w jego ocenie, jest najbardziej optymalny i jednocześnie nie narusza uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Najbardziej neutralnym sposobem opisu przedmiotu zamówienia jest opis funkcjonalny. Zamawiający precyzuje pożądane cechy funkcjonalne urządzenia pozostawiając wykonawcom całkowitą swobodę w doborze sposobu ich uzyskania. Przy takim opisie udaje

się zazwyczaj uniknąć nieuzasadnionego wskazania lub wyeliminowania określonych technologii, patentów, wzorów przemysłowych lub stricte technicznych parametrów granicznych. Przy zakwestionowaniu przez wykonawców sposobu opisu przedmiotu zamówienia opartego na cechach funkcjonalnym wykonawca byłby zmuszony do zakwestionowania i podważenia pożądaných przez zamawiającego cech i właściwości produktu – co należy uznać za bardzo trudne.

Analiza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie wskazuje, iż aby doszło do złamania określonego w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zakazu sposób i treść merytoryczna opisu przedmiotu zamówienia musi być sformułowana w ten sposób, iż przy określonych realiach rynkowych i gospodarczych, tj. w określonej sytuacji rynkowej, dochodzi do faktycznego monopolu jednego wykonawcy, producenta, dystrybutora (monopolu podmiotowego) lub monopolu jednego określonego rodzaju produktu (monopolu przedmiotowego). W takim wypadku mamy do czynienia z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Należy wskazać również, iż dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który dyskryminuje jakikolwiek produkt stanowiący element składowy zamówienia, lub eliminuje jakąkolwiek technologię bez uzasadnionej przyczyny stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli dokonanie takiego opisu nastąpiło bez uzasadnionej przyczyny.

Tym samym ocena podniesionego przez Odwołującego zarzutu nie pozwala na uznanie, że skonstruowany przez Zamawiającego wymóg jest nieproporcjonalny do jego potrzeb. W zakresie interpretacji pkt 3.6 SIWZ OPZ, który stał się elementem argumentacji Odwołującego wskazującym na powiązanie tego wymogu (konieczności dostarczenia wszystkich elementów pochodzących od jednego producenta) Izba wskazuje, iż pełnomocnik Zamawiającego na rozprawie mającej miejsce w dniu 2 stycznia 2018 r. dokonał wykładni tego postanowienia wskazując, że nie odnosi się ono do podłogi, lecz do pozostałych (wymienionych w pkt 3.6.) elementów zabudowy. Pełnomocnik Zamawiającego cytując pkt 3.6. na rozprawie wskazał, że odnosi się tylko do oferowanej zabudowy regałowej (w tym takich elementów jak: mocowania, zaczepy, półki, szuflady, fronty, elementy nośne). Izba powtórzenie tego elementu argumentacji przez Zamawiającego uznała za konieczne ze względu na fakt, iż precyzuje ona wymagania Zamawiającego – co mając na uwadze transparentność postępowania (tj. wyrażoną w treści art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jego przejrzystość) winno zostać zakomunikowane w taki sposób aby umożliwić pozostałym wykonawcom zapoznanie się z jego treścią.

Przychylając się do argumentacji Zamawiającego, podniesionej na rozprawie, Izba w niniejszym składzie przychyliła się również w całej rozciągłości do tez zawartych w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2280/16), gdzie zwrócono uwagę na jednolitą linię orzeczniczą związaną z pojęciem „uzasadnionych potrzeb

zamawiającego". W powyższym orzeczeniu Izba, wskazała, że dostrzeżenia wymaga w ślad za orzecznictwem aktualnym nadal po nowelizacji ustawy z dnia 28 lipca 2016 roku, że: "(...) zasada wyrażona w przepisie art. 7 Pzp nie może być interpretowana w taki sposób, że wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach danego zamówienia, pozostawiony jest wykonawcom" (tak wyrok KIO z 22.03.2012 r., sygn. akt: KIO 471/12). Zaś: "Obowiązek przestrzegania reguł określonych w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa określić przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby społeczne" (tak wyrok KIO z 28.03.2014 r., sygn. akt: KIO 486/14).

Izba podkreśliła również w orzeczeniu o sygn. akt KIO 2280/16, że Zamawiający musi potrafić każdorazowo wykazać swoje uzasadnione potrzeby, jeśli nie w ramach postanowień SIWZ, to w toku weryfikacji jego decyzji, np. podczas rozpatrywania wniesionego odwołania. Należy przywołać za orzecznictwem: <<Izba wielokrotnie wskazywała w orzecznictwie, (...) na kwestie: "uzasadnionych potrzeb Zamawiającego" (przykładowo wyrok KIO z dnia 05.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1307/11, wyrok KIO z dnia 12.07.2012 r., sygn. akt: KIO 1360/12), czy też "obiektywnych okoliczności" (za wyrokiem z dnia 08.07.2011 r., sygn. akt: 1344/11), Podobnie, w uchwale KIO z dnia 27.09.2012 r., sygn. akt: KIO/KD 80/12. Jednocześnie, w tym miejscu zasadnym jest wskazanie, za orzecznictwem przykładowo wyrok KIO z dnia 17.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2121/11, iż: "Izba zauważyła, że ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne, a Odwołujący w opinii Izby takich dowodów w niniejszej sprawie nie przedstawił. Przypomnienia wymaga, analogicznie jak to jest w procesie cywilnym, iż ów ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07)". Jednakże, w kontekście art. 29 ust. 2 Pzp Izba stwierdza za orzecznictwem, że niniejszy przepis stanowi, iż: "przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W konsekwencji fakt naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp wymaga tylko uprawdopodobnienia, co, jak wskazał Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 25.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 693/05 (niepubl.) uznaje się za wystarczające dla uznania zasadności zarzutu". (za wyrokiem z dnia 26.08.2011 r., sygn. akt: KIO 1734/11). W konsekwencji zgodzić, należy się ze

stanowiskiem, że w takiej sytuacji ciężar dowodu w zakresie braku zaistnienia ograniczenia konkurencji spoczywa w całości na Zamawiającym. Dowód taki jest skutecznie przeprowadzony, jeśli Zamawiający, albo wykaże, że Odwołujący spełnia ustalone wymagania lub, że mimo braku spełniania tych wymagań opis przedmiotu zamówienia jest uzasadniony szczególnymi potrzebami Zamawiającego (za wyrokiem KIO z dnia 01.02.2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, sygn. akt: 89/11, sygn. akt: 90/11). Jednakowoż, w ocenie Izby, kwestia sposobu wykazania potrzeb Zamawiającego może być oparta na uzasadnieniu potrzeb, pochodzącym wprost od użytkownika końcowego lub innej osoby merytorycznie odpowiedzialnej u Zamawiającego za zagadnienie techniczne (...) będące przedmiotem sporu (w tym zakresie istnieje powszechna praktyka ustanawiania takich osób pełnomocnikami Zamawiającego, z uwagi na ekonomikę postępowania odwoławczego, tak również w przedmiotowym wypadku). Istotą jest bowiem wykazanie w sposób wiarygodny, logiczny i spójny, co było podstawą takich, a nie innych wymagań. Naturalnie nie jest takim uzasadnieniem gołosłowne oświadczenie Zamawiającego nie poparte żadną miarodajną argumentacją. Jest to o tyle istotne, że: "W orzecznictwie Izby ukształtował się pogląd, że nawet opis przedmiotu zamówienia dokonany w taki sposób, że wyłącznie jeden wykonawca może złożyć zgodną nim ofertę, może nie być poczytany za naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp. Zamawiający może bowiem oczekiwać rozwiązań najnowocześniejszych i wyjątkowych." (wyrok KIO z dnia 01.02.2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, sygn. akt: 89/11, sygn. akt: 90/11), o ile Zamawiający swoje potrzeby uzasadni (podobnie w wyroku z dnia 28.02.2012 r., sygn. akt: KIO 229/12, sygn. akt: KIO 238/12, sygn. akt: KIO 239/12, sygn. akt: KIO 242/12, sygn. akt: KIO 245/12, sygn. akt: KIO 247/12)>> (za wyrokiem KIO z 12.12.2012 r., sygn. akt: KIO 2630/12).

Tym samym, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp i kierując się wskazanym wyżej dorobkiem orzecznictwem, Izba w niniejszej sprawie orzekła jak w sentencji, tj. uznała, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia 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 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

