

**WYROK**  
z dnia 2 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**  
**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 listopada 2020 r. przez wykonawcę Zakład Usługowo-Produkcyjny „EMITER” spółka jawna S. B. P. L. w Limanowej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego TAURON Dystrybucja S.A. w Krakowie

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
  2. kosztami postępowania obciąża Zakład Usługowo-Produkcyjny „EMITER” spółka jawna S. B. P. L. w Limanowej i:
    - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Zakład Usługowo-Produkcyjny „EMITER” spółka jawna S. B. P. L. w Limanowej tytułem wpisu od odwołania;
    - 2.2. zasądza od Zakładu Usługowo-Produkcyjnego „EMITER” spółki jawnej S. B. P. L. w Limanowej na rzecz TAURON Dystrybucji S.A. w Krakowie kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiące uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
- Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt KIO 3028/20

**Uzasadnienie**

Zamawiający – TAURON Dystrybucja S.A. w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa stacji ładowania pojazdów elektrycznych na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11 listopada 2020 r. pod numerem S220 541475-2020-PL. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

19 listopada 2020 r. wykonawca Zakład Usługowo-Produkcyjny „EMITER” spółka jawna S. B. P. L. w Limanowej wniósł odwołanie wobec postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako: „SIWZ” - nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia w punkcie 6.1 SIWZ wykluczającego zaferowanie w postępowaniu stacji ładowania pojazdów elektrycznych, których obudowy wykonano z zastosowaniem materiałów w technologii termoutwardzalnej (termoutwardzalnych). Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie „art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust 2 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję polegający na określeniu wymagań technicznych przedmiotu zamówienia skutkujących zawężeniem kręgu wykonawców mogących złożyć ofertę w postępowaniu, co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez wyłączenie możliwości stosowania obudów stacji z materiałów termoutwardzalnych bez żadnej obiektywnej przyczyny, jak również brak umożliwienia udziału w postępowaniu części wykonawców produkujących stacje w obudowach z materiałów termoutwardzalnych, jak również zawyżenie wartości postępowania poprzez ograniczenie rynku metod/technologii utwardzania materiału tj. termoutwardzania a co za tym idzie pewnych tworzyw tą metodą utwardzanych wykorzystywanych do produkcji obudów stacji ładowania”. Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmiany treści SIWZ przez dopuszczenie stosowania obudów stacji ładowania pojazdów w obudowach wykonanych z materiałów termoutwardzalnych - utwardzanych metodą termiczną. Odwołujący żądał również zasądzenia od zamawiającego na swoją rzecz kosztów postępowania wywołanego odwołaniem w tym kosztów zastępstwa radcy prawnego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że skutkiem brzmienia SIWZ odgórnie wyłączone zostało stosowanie do oferowanych stacji obudów wykonanych z materiałów utwardzanych metodą termiczną zwanych termoutwardzalnymi dopuszczając wszelkie inne materiały. Wyjaśnił, że zamawiający przed wszczęciem postępowania kierował do wykonawców orientacyjne zapytania. W ich ramach zwracano zamawiającemu uwagę na wyłączenie grupy wykonawców, jednak nie otrzymano żadnej odpowiedzi.

Odwołujący wywiódł, że wyłączenie pewnej metody utwardzania materiałów innych niż metal, a o za tym idzie pośrednio stosowania także pewnych materiałów do stosowanych obudów, ma znaczący wpływ na możliwość udziału w postępowaniu wykonawców, jak również ma wpływ na cenę która jest jedynym kryterium oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Podniósł, że nie będzie utrudniać uczciwej konkurencji takie opisanie przedmiotu zamówienia, które eliminuje możliwość zrealizowania zamówienia przez niektórych potencjalnych oferentów, tylko wtedy, jeżeli będzie to uzasadnione rzeczywistymi i obiektywnymi potrzebami zamawiającego, co zamawiający winien jest udowodnić. Tymczasem nie ma takiego uzasadnienia dla obecnego wyłączenia jednej metody wytwarzania materiału do wykonania obudów - metody termoutwardzania, a co za tym idzie niektórych rodzajów tworzywa dla wykonania obudowy stacji ładowania pojazdów elektrycznych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający 11 listopada 2020 r. opublikował załącznik nr 2 do projektu umowy nazwany „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA”. W punkcie 6.1 opisu wskazano wymogi dla obudowy stacji ładowania:

Stacja ładowania powinna być wykonana w I klasie ochronności (obudowy wykonane z metalu) lub w II klasie ochronności (obudowy wykonane z pozostałych materiałów w klasie palności V0, z wyłączeniem materiałów termoutwardzalnych). Obudowa i elementy metalowe powinny mieć minimum 5 letnią gwarancję na ochronę antykorozyjną oraz ochronę powłoki na oddziaływanie warunków atmosferycznych, w tym promieniowania UV”.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego i uznała, że odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Kierowane pod adresem zamawiającego zarzuty naruszenia art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 Pzp dotyczą obowiązku zamawiającego dokonania neutralnego opisu przedmiotu zamówienia. Obowiązek ten wynika z bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy. Domaganie się przestrzegania przez zamawiającego przepisów ustawy jest słusznym prawem wykonawcy zainteresowanego udziałem w postępowaniu. Izba uznała zatem, że odwołujący zainteresowany udziałem w postępowaniu ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę.

Izba zbadała zatem zarzuty odwołania i zważyła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Obowiązkiem wykonawcy, który podnosi zarzut naruszenia tego przepisu, wynikającym z art. 190 ust. 1 Pzp jest w pierwszej kolejności dowiedzenie, że opis przedmiotu zamówienia ogranicza konkurencję. Dopiero potwierdzenie ograniczenia konkurencji uzasadnia badanie, czy ograniczenie to znajduje uzasadnienie w potrzebach zamawiającego. W postępowaniu odwoławczym dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia reguły postępowania dowodowego nie zostały zmienione. Obowiązuje zasada klasycznego rozkładu ciężaru dowodu, co oznacza, że spoczywa on na tym, kto ze swoich twierdzeń wywodzi skutki prawne. W okolicznościach sporu stroną tą jest odwołujący podnoszący zarzut ograniczenia konkurencji skutkiem dokonanego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby odwołujący nie dowiódł ograniczenia konkurencji. Przede wszystkim Izba zważyła, że zamawiający za wyjątkiem wyłączenia możliwości zaoferowania stacji obudów wykonanych z materiałów utwardzanych metodą termiczną, dopuścił pozostałe materiały: metal i materiały poliestrowe chemoutwardzalne. Nie jest obowiązkiem zamawiającego dopuszczanie do możliwości złożenia oferty w oparciu o wszystkie możliwe rozwiązania oferowane przez wykonawców działających na rynku. Zamawiający może wybrać część spośród nich pod warunkiem, że zapewni konkurencję w postępowaniu. W tej mierze Izba zważyła, że przed wszczęciem postępowania zamawiający zbadał możliwości rynku. Z grupy dziewięciu wykonawców, do których zamawiający skierował zapytanie obejmujące również opis kwestionowany odwołaniem, jedynie odwołujący zgłosił wątpliwości do wyłączenia możliwości wskazania obudów wykonanych z materiałów termoutwardzalnych. Brak jest zatem podstaw do uznania, że konkurencja w postępowaniu została ograniczona, zwłaszcza, że odwołujący jest w stanie spełnić wymagania zamawiającego. Podkreślanie w odwołaniu oraz na rozprawie, że obudowa wykonana z materiałów termoutwardzalnych jest korzystniejsza cenowo i odwołujący posiada warunki techniczne do jej szybkiego wykonania wskazuje, że odwołujący podnosząc zarzuty odwołania ma na celu doprowadzenie do możliwości złożenia w postępowaniu oferty w oparciu o rozwiązanie tańsze i bardziej dla siebie dogodne w wykonaniu. W konsekwencji uznać należy, że odwołanie ma na celu nie tyle usunięcie ograniczenia konkurencji, ile istotne zwiększenie szans odwołującego na złożenie najkorzystniejszej oferty i uzyskania zamówienia. Taka sytuacja nie jest tożsama z naruszeniem art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Stwierdzenie braku ograniczenia konkurencji jest wystarczające do oddalenia odwołania.

Izba uznała również, że wymaganie zamawiającego, aby obudowy stacji były wykonane z materiałów wykonanych metodą inną niż termoutwardzanie, znajduje oparcie w jego potrzebach. Negatywne doświadczenia zamawiającego z obudowami z materiałów utwardzanych metodą termiczną uzasadnia poszukiwanie innych rozwiązań.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 poz. 972).

**Przewodniczący:.....**