

WYROK
z dnia 8 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę **Rosenbauer International A.G., Paschinger Str. 90, 4060 Leonding Austria** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Katowicach, ul. Wita Stwosza 36, 40-042 Katowice** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa samochodów pożarniczych z drabiną mechaniczną o wysokości ratowniczej min. 30 m” – (postępowanie znak WT.2370.2.2017)

przy udziale wykonawcy **Fire-Max Spółka z o.o., Al. Jerozolimskie 224, 02-495 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. umarza postępowania odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego pkt 3 części IV załącznika nr 4 do SIWZ ze względu na uwzględnienie tego zarzutu przez Zamawiającego;

1

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. kosztami postępowania w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - **Rosenbauer International A.G., Paschinger Str. 90, 4060 Leonding Austria** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Rosenbauer International A.G., Paschinger Str. 90, 4060 Leonding Austria** tytułem wpisu od odwołania,

4. 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 Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie
do wyroku z dnia 8 maja 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 729/17

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Katowicach, ul. Wita Stwosza 36, 40-042 Katowice prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa samochodów pożarniczych z drabiną mechaniczną o wysokości ratowniczej min. 30 m” – (postępowanie znak WT.2370.2.2017).

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 01.04.2017 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2017/S 065 – 123094.

W dniu **03.04.2017 r.** Zamawiający zamieścił na stronie internetowej treść SIWZ.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13.04.2017 r.** w formie pisemnej przez wykonawcę **Rosenbauer International A.G., Paschinger Str. 90, 4060 Leonding Austria**

polegających na:

- 1) Opisanu przedmiotu zamówienia oraz kryteriów oceny technicznej ofert w sposób naruszający przepis art. 29 ust. 1 i 2 oraz przepis art 30 ust. 1 Ustawy, co zostanie wykazane w uzasadnieniu poniżej,
- 2) Naruszeniu przepisu art. 91 ust. 1 i 2 Ustawy poprzez opisanie kryterium oceny parametrów technicznych oferty w sposób nie odnoszący się do przedmiotu zamówienia rozumianego jako opis zobiektywizowanych potrzeb Zamawiającego i w konsekwencji uniemożliwiający wybór oferty faktycznie najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) w sposób wykazany w treści odwołania.

3

II. Termin do złożenia odwołania

Ogłoszenie o postępowaniu zostało opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 31 marca 2017 roku, a w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 kwietnia 2017 roku, ogłoszenie nr 2017/S 065-123094. Podstawą odwołania są postanowienia SIWZ, z którymi Odwołujący mógł zapoznać się w dniu ich zamieszczenia na stronie internetowej Zamawiającego. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona przez Zamawiającego na jego stronie internetowej w dniu 3 kwietnia 2017 roku. Odwołanie jest składane w dniu 12 kwietnia 2017 roku, zatem termin wniesienia odwołania zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt. 1) Ustawy został zachowany.

Wartość przedmiotu zamówienia wynosi około 32.000.000,00 zł (16 samochodów ratowniczych z drabiną, o wartości około 2.000.000,00 zł netto każdy).

(II. Interes prawny Odwołującego

W związku z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Ustawy Odwołujący poniósł uszczerbek prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Ustawy. Zgodnie z przywołanym przepisem, środki ochrony prawnej przysługują tym wykonawcom, którzy mają lub mieli interes w uzyskaniu zamówienia oraz ponieśli lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Ustawy. Orzecznictwo stoi na stanowisku, że naruszenie interesu prawnego, na gruncie przepisów Ustawy, polega na utracie możliwości ubiegania się o zamówienie bądź też utraty możliwości jego uzyskania (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 października 2005 roku, sygn. akt V Ca 1136/05).

Odwołujący jest wiodącym na rynku światowym producentem i dostawcą pojazdów i sprzętu do celów ochrony przeciwpożarowej, w tym również pojazdów pożarniczych z drabiną mechaniczną, które są przedmiotem niniejszego postępowania, i w konsekwencji posiada potencjalną możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, czym jest realnie zainteresowany. Jednak Sformułowanie przez Zamawiającego postanowień SIWZ oraz kryteriów oceny parametrów technicznych praktycznie uniemożliwia Odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty.

IV. Wniosek, dotyczący rozstrzygnięcia odwołania

Mając na uwadze naruszenia wskazane w pkt. I powyżej, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania, a tym samym nakazanie Zamawiającemu zmiany skarżonych postanowień SIWZ poprzez:

4

- 1) zmianę pkt. 3 w części IV załącznika nr 4 do SIWZ poprzez opisane przedmiotowego

rozwiązania technicznego w sposób bardziej ogólny, niepreferujący konkretnego rozwiązania, tj. w następujący sposób:

„Zespół drabiny musi mieć zapewnione swobodne przejście od 1 do ostatniego przęsła. Zespół drabiny wyposażony w boczne bariery ochronne. Minimalna wysokość bocznej bariery ochronnej na najwyższym przęśle musi wynosić 340 mm. Zespół drabiny zabezpieczony przed korozją. Szczelble drabiny w wykonaniu anty poślizgowym.”

2) zmianę pkt. 5 w części IV załącznika nr 4 do SIWZ poprzez wykreślenie dodatkowej punktacji za boczne podpory stabilizacyjne wysuwane skośnie,

3) zmianę pkt. 25 w części IV załącznika nr 4 do SIWZ poprzez określenie przedmiotu zamówienia zgodnie z obowiązującą normą, tj. w następujący sposób:

„Czas sprawiania mierzony zgodnie z normą PN-EN 14043:2014, p. 3.25.”

4) zmianę pkt. 2 w części V załącznika nr 4 do SIWZ poprzez opisane przedmiotowego rozwiązania technicznego w sposób bardziej ogólny, niepreferujący konkretnego rozwiązania, tj. w następujący sposób:

„Układ poziomowania kosza niezależny od systemu hydraulicznego drabiny.

W przypadku awarii układu elektrycznego musi być zapewniona możliwość wy poziomowania kosza z wnętrza kosza lub z głównego stanowiska sterowania, w trybie awaryjnym

5) zmianę pkt. 1 w części IX załącznika nr 4 do SIWZ poprzez wykreślenie dodatkowej punktacji za większą ilość punktów serwisowych i wprowadzenie dodatkowych punktów za skrócenie czasu reakcji serwisu, tj. w następujący sposób:

„Wymagany czas reakcji serwisu: min. 72 h.

Dodatkowe punkty za skrócenie czasu reakcji serwisu - 1 punkt za każde 6 h, maksymalnie 4 punkty (czas reakcji 48 h).”

6) zmianę podziału przyznawanych punktów dodatkowych w kryterium „Ocena Techniczna” poprzez usunięcie dodatkowych punktów za zastosowanie konkretnego systemu podpór bocznych, a zamiennie przyznanie 5 dodatkowych punktów za większą powierzchnie kosza, umożliwiającą jednoczesne przebywanie w koszu min. 5 osób oraz przyznanie większej ilości dodatkowych punktów za maksymalny udźwig kosza ratowniczego, tj. 5 punktów.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

5

1) dopuszczenie dowodów z dokumentów: specyfikacja istotnych warunków zamówienia wraz z Załącznikiem nr 4, ogłoszenie o zamówieniu, certyfikaty europejskie oraz Świadectwa Dopuszczenia CNBOP w Józefowie Odwołującego, opis techniczny samochodów pożarniczych oferowanych przez Odwołującego w zakresie kwestionowanych postanowień SIWZ, lista dostaw pojazdów podobnych od opisanych w SIWZ w czasie ostatnich 5 lat.

2) zasądzenie na rzecz Odwołującego od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

V. Uzasadnienie

Zarzut nr 1

Zgodnie z art 29 ust. 2 Ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w ubieganiu się o udzielenie zamówienia. Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji z uwagi na niezgodne z Ustawą opisanie przedmiotu zamówienia poprzez zbytnie dookreślenie pewnych szczegółów technicznych przedmiotu zamówienia powodujące wskazanie na konkretny produkt konkretnego producenta oraz przyznanie dodatkowej punktacji za pewne rozwiązania techniczne, które nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb Zamawiającego. Opisane niżej szczegółowe wymagania techniczne Zamawiającego są zbyt rygorystyczne, przy czym nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego i uniemożliwiają niektórym

wykonawcom udział w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 Ustawy Zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż jest niezbędny dla ustalenia

6

wartości zamówienia i warunkuje prawidłowość przeprowadzenia postępowania, a także warunkuje prawidłowość etapu realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dlatego opis przedmiotu zamówienia powinien odpowiadać rzeczywistym potrzebom zamawiającego. potrzeby należy rozumieć jako potrzeby racjonalne i rzeczywiste, uzasadnione okolicznościami natury obiektywnej.

Ponadto zgodnie z art. 30 ust. 1 Ustawy zamawiający jest zobowiązany do opisanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem przepisów technicznych, w tym przez odniesienie się do Polskich Norm przenoszących normy europejskie.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający naruszył przepisy art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 30 ust. 1 Ustawy poprzez wprowadzenie w SIWZ następujących wymagań technicznych i przyznanie za nie dodatkowej punktacji.

Część IV, pkt. 3 - Zamawiający wprowadził wymóg podstawowy zespołu drabiny 4-przęsłowej oraz minimalnej wysokości bocznej bartery ochronnej na najwyższym przęśle min. 350 mm.

Ograniczenie przez Zamawiającego możliwej liczby przęseł zespołu drabiny (albo też podanie jedynej słusznej) ogranicza uczciwą konkurencję.

Oferowane przez Zamawiającego zespoły składające się z 5 przęseł zostały zamontowane w setkach samochodów pożarniczych z drabiną mechaniczną o wysokości ratowniczej min. 30 m i pozytywnie certyfikowane m.in. przez europejskie, niezależne i akredytowane centra badawcze, włącznie z CNBOP w Józefowie. 5-przęsłowy zespół drabiny stanowi rozwiązanie równoważne (a więc w myśl Ustawy konkurencyjne), zapewniając identyczny poziom bezpieczeństwa, niezawodności oraz ergonomii pracy, a więc odpowiada technicznym i funkcjonalnym potrzebom Zamawiającego. Co więcej nie wpływa on ujemnie na żaden z parametrów określonych przez Zamawiającego, oferując odpowiednie parametry wysokości ratowniczej, nośności kosza ratowniczego, wysięgu bocznego czy szybkości sprawiania, umożliwiając jednocześnie krótszą długość zespołu drabiny, a co za tym idzie pojazdu, w pozycji transportowej.

Oferowane przez Odwołującego rozwiązanie konstrukcyjne (5-przęsłowy zespół drabiny) jest zgodne z wymogami obowiązującej aktualnie normy PN-EN 14043 „Samochody pożarnicze specjalne - Drabiny obrotowe z ruchami kombinowanymi - Wymagania dotyczące bezpieczeństwa, cech użytkowych oraz metody badań Także oferowana przez Odwołującego minimalna wysokość bocznej bariery ochronnej na najwyższym przęśle wynosząca 340 mm jest zgodna z wymogami ww. normy.

7

Zastosowany przez Zamawiającego opis tego rozwiązania jest bardzo rygorystyczny, przez co bardzo mocno ogranicza liczbę możliwych producentów, wskazując na rozwiązanie konkretnego producenta. Należy wskazać, że wymogi bazujące na doświadczeniu i specjalistycznych testach są wystarczającym kryterium oceny minimalnej wysokości bocznej bariery ochronnej na najwyższym przęśle zespołu drabiny. Należy zwrócić także uwagę na nieznaczną różnicę wysokości bariery bocznej (10 mm) pomiędzy parametrem wymaganym przez Zamawiającego, a oferowanym przez Odwołującego. Wartość dziesięciu mm nie ma żadnego wpływu na znaczącą i mierzalną poprawę bezpieczeństwa osób znajdujących się na drabinie.

Określenie konkretnej liczby przęseł zespołu drabiny przez Zamawiającego (bez możliwości zastosowania równoważnego rozwiązania) stanowi wręcz blokadę dla innych podmiotów chcących wziąć udział w przetargu, w tym Odwołującego. Zamawiający określając ten parametr nie odniósł się do Polskiej Normy ani żadnych innych przepisów technicznych dotyczących drabin mechanicznych. Obowiązujące obecnie i wiążące normy krajowe oraz europejskie dotyczące drabin mechanicznych, w tym PN-EN 14043, PN-EN 1846-1,2 oraz krajowe przepisy prawne, w szczególności Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 20 czerwca 2007 roku w sprawie wykazu wyrobów służących zapewnieniu bezpieczeństwa publicznego lub ochronie zdrowia i życia oraz mienia, a także zasad wydawania dopuszczenia tych wyrobów do użytkowania (Dz.U. 2007 r, Nr 143, poz. 1002 ze zm.) w żadnym miejscu nie określają liczby przęseł, a jedynie parametry, które pojazd oraz drabina mechaniczna musi spełniać. Posiadane przez Zamawiającego certyfikaty europejskie oraz Świadectwa Dopuszczenia CNBOP w Józefowie dobitnie świadczą o wysokiej jakości i bezpieczeństwie oferowanych pojazdów. Wprowadzenie przez Zamawiającego zaskarżonego wymogu z pominięciem obowiązujących norm nie tylko ogranicza uczciwą konkurencję i jest sprzeczne z przepisem art 29 ust. 2 Ustawy, ale narusza również obowiązek opisanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem przepisów technicznych, w tym przez odniesienie się do Polskich Norm przenoszących normy europejskie zgodnie z art. 30 ust. 1 Ustawy.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zmianę treści punktu na następujący:

„Zespół drabiny musi mieć zapewnione swobodne przejście od 1 do ostatniego przęsła. Zespół drabiny wyposażony w boczne bariery ochronne. Minimalna wysokość bocznej bariery ochronnej na najwyższym przęsle musi wynosić 340 mm. Zespół drabiny zabezpieczony przed korozją. Szczelby drabiny w wykonaniu anty poślizgowym”.

8

Część IV, pkt 5 Załącznika nr 4 do SIWZ - Zamawiający wprowadził dodatkową punktację za boczne podpory stabilizacyjne wysuwane skośnie.

Dodatkowe punktowanie tego parametru stanowi wyraźne wskazanie i preferencję na rzecz jednego z producentów, oferującego samochody z podporami skośnymi. Ponadto faworyzowany przez Zamawiającego sposób podparcia nie ma wpływu na parametry taktyczno-techniczne samochodów pożarniczych z drabiną mechaniczną oraz nie poprawia możliwości funkcjonowania pojazdu. Sposób podparcia (czy to w formie skośnej, ramy H, czy każdej innej) nie powinien i nie ma wpływu na podstawowe parametry ratownicze, które powinny być głównym elementem troski Zamawiającego. Powyższe rozwiązanie nie jest zatem uzasadnione z punktu widzenia wydajności czy funkcjonalności.

Należy również wskazać, że Zamawiający nie odniósł się do Polskiej Normy określając preferowany sposób podparcia. Natomiast najważniejsza norma opisująca wymagania dla drabin mechanicznych (norma PN-EN 14043) nie wymaga zastosowania konkretnego typu podpór hydraulicznych, bowiem ten parametr nie jest istotny z punktu widzenia bezpieczeństwa lub taktyki prowadzonych działań.

Podpory powinny umożliwiać osiągnięcie maksymalnych parametrów ratowniczych (m.in. nośność kosza ratowniczego, wysięg boczny czy wysokość ratownicza) i tego typu parametry powinny być dodatkowo punktowane. Nie powinien mieć natomiast żadnego znaczenia sposób podparcia.

Dodatkowa punktacja za zastosowany sposób podparcia - podpory stabilizacyjne wysuwane skośnie, utrudnia uczciwą konkurencję, ponieważ wyklucza wykonawców, którzy stosują inny sposób podparcia.

Odwołujący standardowo oferuje w swoich pojazdach z drabiną mechaniczną system podpór pionowo/poziomych w układzie H, który jest równoważny, a w niektórych sytuacjach przewyższający preferowane przez Zamawiającego rozwiązanie, tj. podpory wysuwane skośnie. Podobne rozwiązanie jest wykorzystywane np. we wszystkich podnośnikach hydraulicznych, zarówno przemysłowych jak i ratowniczych ze względu na doskonałą stabilność oraz uniwersalność rozwiązania.

Należy zauważyć, iż w przypadku oferowanego przez Odwołującego rozwiązania, tj. systemu ramy H, do całkowitego rozstawienia podpór hydraulicznych (i uzyskania maksymalnych parametrów ratowniczych) potrzebne jest zaledwie 4850 mm względem maksymalnie 5200

9

mm akceptowanych przez Zamawiającego. Uzyskane w ten sposób 350 mm różnicy dla podpór w systemie ramy H przewyższa rozwiązanie z użyciem podpór skośnych, spełniając tym samym warunek równoważności technicznej proponowanego rozwiązania, umożliwiając rozstawienie drabiny na mniejszej powierzchni.

Zdaniem Odwołującego dla pracy strażaków ważne jest, aby prawidłowo podparty pojazd miał możliwość pracy w jak największym zakresie (np. kąty ujemne, jak największy wysięg boczny, itp.) niezależnie od wybranego systemu podparcia. Preferowany przez Zamawiającego system podparcia nie warunkuje lepszych parametrów pracy, a jedynie utrudnia uzyskanie zamówienia przez firmy konkurencyjne.

Wprowadzenie przez Zamawiającego dodatkowych punktów za podpory skośne pozbawia Odwołującego uzyskania jakichkolwiek punktów, mimo, że oferuje on rozwiązanie równoważne, a nawet lepsze.

Mając na uwadze powyższe, preferowanie przez Zamawiającego rozwiązań technicznych z pominięciem obowiązujących norm nie tylko ogranicza uczciwą konkurencję i jest sprzeczne z przepisem art. 29 ust. 2 Ustawy, ale narusza również obowiązek opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem przepisów technicznych, w tym przez odniesienie się do Polskich Norm przenoszących normy europejskie zgodnie z art. 30 ust. 1 Ustawy.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o wykreślenie dodatkowej punktacji za podpory skośne.

Część IV, pkt 25 - Zamawiający określa wymagany czas sprawiania drabiny i opisuje metodę pomiaru tego czasu pomijając obowiązujące w Polsce normy PN-EN 14043:2014, Załącznik 6 oraz przepisy prawa

Zgodnie z załącznikiem do Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 20 czerwca 2007 roku w sprawie wykazu wyrobów służących zapewnieniu bezpieczeństwa publicznego lub ochronie zdrowia i życia oraz mienia, a także zasad wydawania dopuszczenia tych wyrobów do użytkowania (Dz.U. 2007 r., Nr 143, poz. 1002 ze zm.), pkt 4.3.3.3.1.

Wymagania ogólne

„Samochody z drabiną o wysokości ratowniczej większej niż 30 m powinny spełniać wymagania normy PN-EN 14043 lub normy PN-EN 14044 w zakresie funkcjonalności

10

bezpieczeństwa i ergonomii użytkownika, stateczności statycznej i dynamicznej wytrzymałości, próby użytkowej, wymiarów przęseł drabiny, krycia szczelbi, zabezpieczenia kosza przed uderzeniem o przeszkody; poziomowania kosza i niwelowania nierówności gruntu. ”

Norma PN-EN 14043 dokładnie opisuje metodę pomiaru poszczególnych parametrów pracy tego typu pojazdu, w tym również czasy sprawiania. Postanowienia ww. normy są podstawą dopuszczenia wszelkich pojazdów z drabiną mechaniczną do użytkowania przez jednostki Straży Pożarnej w Polsce, więc każdy tego typu pojazd musi spełnić te same wymogi.

W związku z powyższym, całkowicie niezasadne jest odstępianie przez Zamawiającego od procedur pomiarowych wynikających z normy PN-EN 14034 i opisanie własnej metody pomiaru, co stanowi naruszenie zasad sporządzania opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 30 ust. 1 Ustawy zamawiający jest zobowiązany do opisanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem przepisów technicznych, w tym przez odniesienie się do Polskich Norm przenoszących normy europejskie.

Ponadto Zamawiający odstępując od wymogu przeprowadzenia procedury pomiarowej w zakresie czasu sprawiania drabiny zgodnie z normą PN-EN 14043 i wprowadzając własną metodę pomiaru naruszył dodatkowo wymóg opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń zgodnie z art. 29 ust. 1 Ustawy. Dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie może być uznany za kompletny i wyczerpujący, gdyż Zamawiający pominął istotne okoliczności natury obiektywnej, tj. powszechnie obowiązujące normy. Pomiar zgodny z normą PN-EN 14043 dokonywany jest przez niezależny, akredytowany instytut badawczy i musi być potwierdzony w certyfikacie. Pomiar zgodny z ww. normą stanowi warunek

Odstąpienie przez Zamawiającego od wymogu procedury pomiarowej zgodnie z ww. normą, podczas gdy spełnienie wymagań tej normy jest warunkiem koniecznym uzyskania świadectwa dopuszczenia, jest rażącym naruszeniem obowiązków nałożonych na Zamawiającego zgodnie z art. 30 ust. 1 Ustawy i może prowadzić do sytuacji, że przedmiot zamówienia nie zostanie dopuszczony do użytkowania przez właściwą jednostkę.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zmianę zaskarżonego postanowienia poprzez określenie:

„Czas sprawiania mierzony zgodnie z normą PN-EN 14043:2014, p. 3.25.”

Część V pkt. 2 - Zamawiający wprowadził wymóg zapewnienia, w przypadku awarii układu elektrycznego, możliwości wy poziomowania kosza z wnętrza kosza

Określenie konkretnego typu i sposobu sterowania awaryjnym poziomowaniem kosza przez Zamawiającego (bez opcji równoważności rozwiązań) stanowi kolejną blokadę dla innych wykonawców chcących wziąć udział w przetargu. Obowiązujące obecnie i wiążące normy oraz europejskie dotyczące drabin mechanicznych, w tym PN-EN 14043, PN-EN 1846- ,2 oraz przepisy prawne, w tym Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 20 czerwca 2007 roku w sprawie wykazu wyrobów służących zapewnieniu bezpieczeństwa publicznego lub ochronie zdrowia i życia oraz mienia, a także zasad wydawania dopuszczenia tych wyrobów do użytkowania (Dz.U. 2007 r., Nr 143, poz. 1002 ze zm.) w żadnym miejscu nie określają konkretnego typu i sposobu sterowania awaryjnym poziomowaniem kosza, a jedynie parametry które pojazd oraz drabina mechaniczna musi spełniać. Posiadane przez Odwołującego certyfikaty europejskie oraz Świadectwa Dopuszczenia CNBOP w Józefowie dobitnie świadczą o wysokiej jakości i bezpieczeństwie oferowanych pojazdów oraz spełnieniu wymogów określonych w/w normami.

Wprowadzenie przez Zamawiającego opisanych wyżej konkretnych rozwiązań, które nie znajdują uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb Zamawiającego i mogą być zastąpione rozwiązaniem równoważnym przy zapewnieniu tych samych wymogów funkcjonalnych i bezpieczeństwa, stanowi istotne ograniczenie uczciwej konkurencji i uniemożliwia Odwołującemu, który oferuje rozwiązania równoważne, ubieganie się o zamówienie.

Oferowane przez Odwołującego rozwiązanie polega na umieszczeniu układu awaryjnego sterowania poziomowaniem kosza ratowniczego na głównym stanowisku sterowania drabiną na wieńcu obrotowym, gdzie zawsze znajduje się wyszkolony operator, którego w przypadku niedyspozycji można szybko i bezpiecznie zastąpić.

Należy zauważyć, iż rozwiązanie to zapewnia identyczną możliwość awaryjnego wypoziomowania kosza, działając, zgodnie z wymogiem Zamawiającego, niezależnie od systemu hydraulicznego drabiny. Identyczny poziom bezpieczeństwa jest uzyskany poprzez dźwignie sterowania awaryjnego umieszczone przy głównym stanowisku operatora drabiny. Głównym celem oferowanego przez Odwołującego rozwiązania jest bezpieczeństwo osób znajdujących się w koszu.

W pewnych sytuacjach w koszu ratowniczym może:

- znajdować się osoba/osoby bez odpowiedniego wykształcenia operatorskiego pozwalającego na bezpieczne, zamierzone i odpowiednie wypoziomowanie kosza ratowniczego w trybie awaryjnym,
- ilość osób znajdujących się w koszu (ograniczone miejsce wewnątrz) może ograniczyć przeprowadzenie prawidłowej procedury poziomowania,
- dojść do zasłabnięcia (udar termiczny przy dużym wysiłku fizycznym, na który bez wątplenia narażeni są strażacy podczas akcji ratowniczo-gaśniczych, nagłe zatrzymanie krążenia), urazu mechanicznego czy zranienia strażaka znajdującego się w koszu - w takim wypadku operator zmuszony będzie wspinać się po drabinie w celu wypoziomowania kosza, przy nie zawsze sprzyjających warunkach akcji,
- duży element stresu osób już znajdujących się w koszu, w przypadku nieprawidłowej pracy kosza (pochył do przodu, efekt i wrażenie „wypadania”) może powodować niepoprawną ocenę i w konsekwencji błędy podczas sterowania awaryjnego mogące prowadzić do pogłębienia się stanu awaryjnego.

Filozofia firmy Odwołującego bazuje na scentralizowaniu systemu awaryjnego sterowania (zarówno zespołem drabiny jak i poziomowaniem kosza) z głównego stanowiska sterowania. Nawet Zamawiający uznaje takie rozwiązanie za najbardziej optymalne i słuszne, gdzie choćby w części IV, pkt. 16 Załącznika nr 4 SIWZ w bazowych wymaganiach opisuje wymóg możliwości przejęcia (w każdym momencie) kontrolni nad drabiną przez główne stanowisko sterownicze - funkcja nadrzędna nad stanowiskiem górnym.

Wprowadzenie przez Zamawiającego zaskarżonego wymogu z pominięciem obowiązujących norm nie tylko ogranicza uczciwą konkurencję i jest sprzeczne z przepisem art 29 ust. 2 Ustawy, ale narusza również obowiązek opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem przepisów technicznych, w tym przez odniesienie się do Polskich Norm przenoszących normy europejskie zgodnie z art. 30 ust. 1 Ustawy.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zmianę treści zaskarżonego punktu na następujący:

„Układ poziomowania kosza niezależny od systemu hydraulicznego drabiny. W przypadku awarii układu elektrycznego musi być zapewniona możliwość wypoziomowania kosza z wnętrza kosza lub z głównego stanowiska sterowania, w trybie awaryjnym

Część IX, pkt 1 - Zamawiający wprowadził dodatkową punktację za większą ilość punktów serwisowych zabudowy pożarniczej.

W przeciwieństwie do przeglądów serwisowych podwozia, przeglądy zabudowy pożarniczej wykonywane są na miejscu u użytkownika końcowego, zatem preferowanie przez Zamawiającego posiadania dodatkowych punktów serwisowych zabudowy pożarniczej nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego. Parametr istotny z punktu widzenia obsługi serwisowej został zawarty przez Zamawiającego w części IX pkt. 2 Załącznika nr 4, gdzie określono maksymalny czas reakcji serwisu drabiny (72 godziny). Bezproblemowa możliwość spełnienia powyższego warunku czasu reakcji nie wymaga więcej niż jednego punktu serwisowego na terenie Polski, a dodatkowa punktacja w tym zakresie - większa ilość punktów serwisowych, nie wnosi żadnej wartości dodanej dla użytkowników końcowych. W tym miejscu należy zauważyć, iż Odwołujący posiada główną polską bazę serwisową w Warszawie, która umożliwia dotarcie serwisantów w dowolne miejsce na terenie kraju w czasie nieprzekraczającym 10 godzin. Wymóg dotarcia do użytkownika w ciągu 72 godzin jest zatem spełniony. Dodatkowo, główna baza serwisowa na Europę zlokalizowana jest w okolicach Berlina (Niemcy), co przy obecnie istniejącej w Polsce sieci dróg ekspresowych i autostrad pozwala na dotarcie do najdalej wysuniętych miast Polski w czasie znacznie poniżej 24 godzin i w obu przypadkach podjęcie interwencji serwisowej nawet w 48 godzin. Wprowadzenie dodatkowej punktacji za większą ilość punktów serwisowych w sposób istotny ogranicza uczciwą konkurencję, w szczególności ogranicza możliwość uzyskania zamówienia przez podmioty zagraniczne i nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego, przy założeniu, że spełniony będzie wymóg maksymalnego czasu reakcji serwisu — 72 godziny.

Przyznanie dodatkowych punktów za większą ilość punktów serwisowych pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania dodatkowych punktów, mimo, że Odwołujący oferuje maksymalny czas serwisu poniżej 72 godzin, zgodnie z wymogami Zamawiającego.

W związku z powyższym Odwołujący o wykreślenie dodatkowej punktacji za większą ilość punktów serwisowych i wprowadzenie dodatkowej punktacji za czas reakcji serwisu, co jest znacznie bardziej miarodajnym parametrem, jeśli chodzi o możliwość utrzymania przedmiotu zamówienia w ciągłej sprawności, w sposób następujący:

„Wymagany czas reakcji serwisu: min. 72 h.

Dodatkowe punkty za skrócenie czasu reakcji serwisu - 1 punkt za każde 6 h, maksymalnie 4 punkty (czas reakcji 48 h).”

Zarzut nr 2

14

Odwołujący wskazuje, że przewidziany przez Zamawiającego sposób naliczania punktów dodatkowych w kryterium „Ocena Techniczna”, prowadzi do naruszenia Ustawy poprzez wprowadzenie punktacji nie bazującej na zobiektywizowanych potrzebach Zamawiającego, a na parametrach technicznych możliwych do zaoferowania przez jednego konkretnego oferenta. Zgodnie natomiast z art. 91 ust 1 Ustawy kryteria oceny ofert określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinny być skonkretyzowane, wymierne i zobiektywizowane, gwarantujące urzeczywistnienie interesu publicznego, a nie promujące konkretnego wykonawcę.

Przyjęty przez Zamawiającego sposób wyboru składników, za które przyznawane są dodatkowe punkty jest nieobiektywny i niezrozumiały. Zamawiający przyjął następujący system naliczania punktów dodatkowych za parametry techniczne w poszczególnych ofertach: do 10 punktów za zwiększoną wysokość ratowniczą, do 5 punktów za zastosowanie przegubowego (łamanego) ostatniego przęsła, dodatkowe 5 punktów za zastosowanie podpór skośnych, do 10 punktów za zwiększony wysięg boczny, do 5 punktów za czas sprawiania drabiny i do 2 punktów za wyższy udźwig kosza ratowniczego.

Zamawiający zamierza przyznać taką samą dodatkową punktację za zaoferowanie przegubowego (łamanego) ostatniego przęsła drabiny (część IV, pkt. 3-5 punktów), który jest elementem stricte ratowniczym, stanowiącym znaczne ułatwienie w przypadku prowadzonych działań ratowniczo-gaśniczych oraz za podpory skośne (Część IV, pkt. 5-5 punktów), czyli parametr bez większego wpływu na bezpieczeństwo i parametry ratownicze, jednak od wielu lat forsowany przez jednego z producentów posiadającego praktycznie monopol na dostawę tego typu pojazdów do kraju. Podobnie 5 punktów przyznawane jest za krótszy czas sprawiania drabiny, co ma bezpośrednie przełożenie na możliwości ratownicze samochodu.

Zatem Zamawiający tak samo ocenia rozwiązania, które nie powodują żadnej mierzalnej poprawy parametrów bezpieczeństwa, stabilności ani prędkości (podpory skośne), jak rozwiązania, które w ogromny sposób zwiększają możliwości operacyjne drabiny mechanicznej (przegubowe ostatnie przęsło drabiny, krótszy czas sprawiania drabiny). Ponadto za parametr dopuszczalnego obciążenia kosza (maksymalny udźwig kosza ratowniczego, Część V, pkt. 1), które jest kluczowym parametrem podczas działań ratowniczych, gdzie każdy dodatkowy kilogram dostępnego obciążenia w koszu może oznaczać różnicę między życiem a śmiercią ratowanych ludzi, w ocenie Zamawiającego zasługuje jedynie na maksymalnie 2 dodatkowe punkty.

15

Dodatkowo oceniany jest jedynie parametr obciążenia kosza, natomiast nie jest brana pod uwagę powierzchnia kosza, która faktycznie umożliwia zwiększenie możliwości ratowniczych. Przez ostatnie lata widoczny jest trend na zwiększanie obciążenia dopuszczalnego kosza ratowniczego, co zwiększa możliwości ratownicze samochodów z drabiną mechaniczną, jednak nie jest brana pod uwagę kwestia dostępnego miejsca w koszu, co powoduje

niemożliwość rzeczywistego wykorzystania dostępnego zwiększonego obciążenia. Od wielu lat na rynku stosowane są kosze 4-osobowe - podobne jak wymagany przez Zamawiającego w Części V, pkt 1, które ze względu na swoją powierzchnię, niezależnie od dopuszczalnego obciążenia kosza, umożliwiają na ewakuację jedynie 3 osób (plus 1 strażak w koszu). Zdaniem Odwołującego zwiększenie dopuszczalnego obciążenia w koszu bez zwiększenia jego powierzchni użytkowej powoduje, że dodatkowe obciążenie kosza tak naprawdę pozostaje niewykorzystane.

Obecnie dostępne są już na rynku rozwiązania, gdzie kosz ratowniczy, poza zwiększonym dopuszczalnym obciążeniem oferuje również większą powierzchnię, umożliwiającą jednocześnie przebywanie w koszu 5 osób. Tego typu rozwiązanie w ogromny sposób zwiększa potencjał ratowniczy samochodu z drabiną mechaniczną, gdyż umożliwia jednoczesną ewakuację 4 osób, w odróżnieniu do 3 w starszych rozwiązaniach.

Przyjęty system punktacji dodatkowej i jego rozłożenie wagowe pozwalają domniemywać, iż został on przyjęty i dopasowany do uprzednio już wybranego, konkurencyjnego produktu. Sposób naliczania punktów dodatkowych w kryterium oceny technicznej nie odnosi się do przedmiotu zamówienia rozumianego jako opis zobiektywizowanych potrzeb Zamawiającego i w konsekwencji nie prowadzi do wyboru oferty faktycznie najkorzystniejszej, a prowadzi do wyboru oferty konkretnego wykonawcy.

W związku z powyższym Odwołujący domaga się zmiany podziału przyznawanych punktów dodatkowych w kryterium „Ocena Techniczna” poprzez usunięcie dodatkowych punktów za zastosowanie konkretnego systemu podpór bocznych, a zamiennie przyznanie 5 dodatkowych punktów za większą powierzchnię kosza, umożliwiającą jednocześnie przebywanie w koszu min. 5 osób oraz przyznanie większej ilości dodatkowych punktów za maksymalny udźwig kosza ratowniczego, tj. 5 punktów.

Należy zaznaczyć, iż w dotychczasowej praktyce nigdy nie wystąpiło tak silne nagromadzenie i wyszczególnienie zarówno wymogów podstawowych jak i punktacji dodatkowej rażąco preferujących wybór jednego z wykonawców. Tak bezprecedensowe działanie Zamawiającego budzi obawę, iż wykonawca przedmiotu przetargu mógł zostać

wskazany jeszcze przed ogłoszeniem zamówienia. Takie działania bez wątplenia stanowią ograniczenie uczciwej konkurencji i są sprzeczne z Ustawą. Zarówno w przypadku wykorzystywania funduszy unijnych publicznych troską Zamawiającego powinno być opisanie przedmiotu zamówienia w by w praktyce (a nie tylko w teorii) umożliwić innym podmiotom złożenie konkurencyjnej technicznie i handlowo oferty, oraz promować rozwiązania nowoczesne i zgodne z obowiązującymi normami technicznymi, minimalizując przy tym możliwość monopolu oraz nie narażając się na ryzyko, że przedmiot zamówienia nie zostanie dopuszczony do użytkowania z uwagi na niespełnienie wymogów Polskich Norm związku z powyższym niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione.

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 i załącznikami do niej, 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 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 wraz z załącznikami, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów zawnioskowane i przedłożone przez Odwołującego w postaci:

- Specyfikacja istotnych warunków zamówienia wraz z Załącznikiem nr 4,
- Kopie certyfikatów oraz Świadectwa Dopuszczenia CNBOP w Józefowie,

17

- Przykładowa specyfikacja pojazdu zgodnego z wymogami SIWZ, opisująca rozwiązania oferowane przez Odwołującego,
- Specyfikacja samochodu pożarniczego z drabiną mechaniczną;
- Lista referencyjna pojazdów tożsamyh z przedmiotem zamówienia (z drabiną mechaniczną o wysokości ratowniczej min. 30 m) dostarczonych w ciągu ostatnich 5 lat (2012 – 2017).

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów zawnioskowane i przedłożone przez Przystępującego w postaci:

- specyfikacji technicznych w języku angielskim wskazujących na dopuszczalną ładowność koszy pojazdów ratowniczych produkcji Magirus, Gimaex, Volkan oraz Morita;
- Fotografii poglądowych obrazujących możliwości pojazdów wyposażonych w podpory skośne;
- Fotografii poglądowych obrazujących wychylenie kosza oraz możliwe warunki jego pracy w trakcie akcji gaśniczej;
- Fotografii poglądowych wskazujących producentów wozów pożarniczych z drabiną mechaniczną wyposażonych w podpory skośne (Gimaex, , Volkan oraz Magirus);
- Fragmentu broszury firmy Rosenbauer wskazującej na rozmieszczenie sieci serwisowej;
- Strony oferty Rosenbauer złożonej w postępowaniu WT-2370/6/2015 gdzie zadeklarowano spełnianie wymagań technicznych;
- wykazu odbiorców i użytkowników – załącznik nr 1 do umowy.

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, iż w ramach przedmiotowego postępowania przedmiotem zamówienia jest dostawa 16 szt. Samochodów pożarniczych z drabiną mechaniczną o wysokości ratowniczej min. 30 m.

Zgodnie z pkt 4 SIWZ termin wykonania zamówienia określono w przedziale: 03.04.2018 – 31.10.2018 r.

18

W pkt 17 SIWZ zatytułowanym „Kryteria oraz sposób oceny ofert” zamawiający przewidział następujące kryteria oceny:

1. cena – 60%;
- 2/ ocena techniczna – 30%;
3. warunki gwarancji i serwisu – 10%, gdzie w zakresie tego kryterium Zamawiający przewidział przyznanie dodatkowych punktów za dodatkowe punktu serwisowe na terenie Polski.

Zamawiający pismem w załączniku nr 4 do SIWZ zatytułowanym „wymagania techniczne” określił wymagania dla samochodu z drabiną mechaniczną o wysokości ratowniczej min. 30 m.

Zamawiający wskazał m.in.:

I.1. Pojazd fabrycznie nowy – rok produkcji podwozia i zabudowy oraz wyposażenia nie wcześniej niż 2017 r.

IV. Zespół drabiny ratowniczej:

3. Zespół drabiny 4-przęsłowy. Musi być zapewnione swobodne przejście od 1 do ostatniego

przęsła. Zespół drabiny wyposażony w boczne bariery ochronne. Minimalna wysokość bocznej bariery ochronnej na najwyższym przęśle musi wynosić 350 mm. Zespół drabiny zabezpieczony przed korozją. Szczelble drabiny w wykonaniu antypoślizgowym. Dodatkowa punktacja za zastosowanie przegubowego (łamanego) ostatniego przęsła – 5 pkt;

5. Cztery boczne podpory stabilizacyjne wysuwane hydrauliczne – Dodatkowa punktacja za podpory skośne – 5 pkt. Inne rozwiązanie techniczne podpór nie eliminuje oferty, lecz nie powoduje przyznania dodatkowych punktów;

25. Czas sprawiania drabiny max 80 s Należy podać czas sprawiania drabiny. – Dodatkowe punkty za krótszy czas sprawiania – 1 punkt za każdą 1 sekundę poniżej czasu maksymalnego, jednak nie więcej niż 5 pkt. Czas sprawiania krótszy niż 75 s nie eliminuje oferty, lecz nie powoduje przyznania dodatkowych punktów.

V. Kosz ratowniczy:

2. Układ poziomowania kosza niezależny od systemu hydraulicznego drabiny. W przypadku awarii układu elektrycznego musi być zapewniona możliwość wypoziomowania kosza z wnętrza kosza w trybie awaryjnym.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

19

Izba zwraca również uwagę na fakt, iż Zamawiający uwzględnił zarzut z pkt 1 odwołania (dotyczący ilości przęseł drabiny), a zatem zmodyfikował treść SIWZ w jednym z istotnych elementów mogących mieć wpływ na złożenie konkurencyjnej oferty w postępowaniu.

Izba wskazuje, że z urzędu jest zobligowana do oceny spełnienia przesłanek ujętych w treści przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym zakresie Izba przychyliła się do argumentacji Przystępującego, który na rozprawie wskazał, że: (...) *Odwołujący nie wykazał interesu z uzyskaniem zamówienia, tj. nie wskazał, że nie jest w stanie złożyć ważnej oferty, a więc brak spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 w tym przypadku może skutkować oddaleniem odwołania. Wskazuje ponadto, że we wcześniejszym postępowaniu prowadzonym przez tego samego Zamawiającego (WT2370/6/2015) złożył ważną ofertę, która nie podległa odrzuceniu. Zatem na skutek działań Zamawiającego nie może ponieść szkody.*

W odniesieniu do powyższych ustaleń Izba wskazuje, iż nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 2 grudnia 2009 r. dokonano implementacji dyrektywy odwoławczej 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w zakresie zamówień publicznych. W świetle art. 1 ust. 3 ww. dyrektywy Państwa Członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż ustawodawca posługuje się pojęciem „interesu w uzyskaniu danego zamówienia”, co oznacza że Odwołujący zobowiązany jest do wykazania, że obiektywnie w konkretnym postępowaniu jest zainteresowany uzyskaniem danego zamówienia, zaś na skutek bezprawnych działań lub zaniechań podmiotu zamawiającego został tej możliwości pozbawiony. Interes w uzyskaniu zamówienia musi odnosić się do konkretnego postępowania w konkretnym stanie faktycznym. Ponadto, na co wskazuje treść art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący jednocześnie zobowiązany jest do wykazania, że poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

20

Izba stwierdziła, że w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na

brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty. W ocenie Izby zgodzić się należy z argumentacją Przystępującego, że Odwołujący nie wykazał aby postanowienia SIWZ uniemożliwiały wykonawcy złożenie ważnej oferty. W tym zakresie Izba uwzględniła argument powołania się na wcześniej prowadzone przez Zamawiającego postępowanie obejmujące analogiczny przedmiot zamówienia. W ramach oceny zasadności zarzutów zawartych w odwołaniu nakierowanym na zmianę treści ogłoszenia oraz postanowień SIWZ oraz w ramach badania spełnienia przesłanek materialnych ujętych w treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp istota jest również treść żądań sformułowanych w odwołaniu.

W przedmiotowym postępowaniu, niezależnie od zasadności zarzutów wskazanych w odwołaniu, Odwołujący nie wykazał również możliwości poniesienia szkody na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Przez szkodę w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie należy rozumieć braku możliwości zaoferowania przedmiotu konkurencyjnego cenowo, lecz brak możliwości udziału danego wykonawcy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tylko sytuacja w której wykonawca zostaje niejako z góry wyeliminowany z postępowania wpływa na możliwość wykazania, że poniósł on lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Wszakże założenia Odwołującego opierają się jedynie na domniemaniach, że opis przedmiotu zamówienia oraz ustalenie kryteriów oceny ofert mogą doprowadzić do konieczności zaoferowania przez niego urządzenia niekonkurencyjnego cenowo lub otrzymania zbyt niskiej liczby punktów. Oznacza to, iż produkt oferowany przez Odwołującego spełnia minimalne warunki techniczne określone przez Zamawiającego i tym samym Odwołujący ma możliwość złożenia ważnej oferty w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Okoliczności te bowiem zostały wykazane przez Przystępującego, zaś sam Odwołujący pośrednio potwierdził tą okoliczność. Zatem, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał na moment wniesienia środka ochrony prawnej, że nawet ewentualne naruszenie przez Zamawiającego określonych przepisów ustawy Pzp spowodowało powstanie u niego szkody.

Izba wskazuje, iż na tym etapie postępowania, tj. przed momentem składania ofert, gdzie nie są znane oferty innych wykonawców (w zakresie oferowanych pojazdów oraz ich cen) Odwołujący miał również możliwość wykazania możliwości poniesienia szkody. Wszakże, jak wskazano w toku rozprawy, rynek tego typu pojazdu ogranicza się jedynie do 4 głównych producentów, których oferta rynkowa jest z pewnością Odwołującemu doskonale

znana. Odwołujący w odniesieniu do powyższego potwierdził, iż ewentualne naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie uniemożliwia mu złożenia oferty, co stanowiłoby już na etapie wniesienia środka ochrony prawnej spełnienie przesłanki poniesienia szkody w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, zaś w zakresie przesłanki możliwości poniesienia szkody nie udowodnił i nie wykazał, iż w istniejących realiach rynkowych działanie Zamawiającego uniemożliwia mu złożenie konkurencyjnej oferty i tym samym odbiera mu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący w zakreślonym przez siebie przedmiocie sporu nie wykazał również, które urządzenia i jakich producentów zostały w sposób bezpośredni lub pośredni uprzywilejowane przez Zamawiającego, jak również nie wykazał na czym to uprzywilejowanie polega.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż Odwołujący nie wykazał tym samym istnienia przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący bowiem ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, lecz wobec potwierdzenia faktu, iż ma on możliwość złożenia oferty w niniejszym postępowaniu tym samym nie ma możliwości wykazania przesłanki szkody będącej skutkiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy albowiem ewentualna szkoda, którą mógłby ponieść Odwołujący nie byłaby skutkiem naruszenia tych przepisów, lecz istnieniem określonych realiów rynkowych.

Zgodzić się należy z Przystępującym, że na etapie skarżenia postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ wykonawca wnoszący środek ochrony prawnej winien

wykazać, iż przy określonym ukształtowaniu postanowień ogłoszenia oraz SIWZ nie może złożyć ważnej oferty. W niniejszym przypadku nie mamy do czynienia z takim ograniczeniem, gdyż po pierwsze zaskarżone postanowienia (oprócz odnoszącego się do sterowania koszem) nie są bezwzględnymi wymogami, których niespełnienie spowoduje odrzucenie oferty. Po drugie Przystępujący wykazał złożonymi dowodami, że Odwołujący złożył w ubiegłych latach ofertę na analogiczny przedmiot zamówienia, która to oferta była zgodna z opisem przedmiotu zamówienia. Odwołujący potwierdził ten fakt wskazując, że jego oferta została niżej oceniona i z tego względu nie uzyskał zamówienia.

Mając powyższe na uwadze należy wskazać, iż w opisanym stanie faktycznym skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący nie wykazał swojego prawa do skorzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi treść art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

22

Izba jedynie na marginesie, wobec uznania nie spełnienia warunków ujętych w treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wskazuje na braki w procesie dowodzenia stwierdzających zasadność podniesionych zarzutów.

Co do systemu sterowania koszem Izba wskazuje, iż w jej ocenie wymóg ten może być wynikiem uzasadnionych i obiektywnych potrzeb Zamawiającego. Złożone przez Zamawiającego wyjaśnienia w tym zakresie, jak również dowody i argumentacja Przystępującego są wiarygodne, spójne oraz logiczne. Jak wskazał sam Odwołujący oba istniejące na rynku rozwiązania techniczne odnoszące się do miejsca sterowania koszem w sytuacji awaryjnej mają swoje zalety oraz wady i trudno jest wskazać na przeważające rozwiązanie. Tym samym Izba za usprawiedliwione uznała preferowanie przez Zamawiającego rozwiązania, które w jego ocenie jest rozwiązaniem optymalniejszym i gwarantującym większe bezpieczeństwo użytkownika. W ocenie Izby ponadto na uwzględnienie zasługuje również argumentacja Przystępującego, że ze względu na planowany termin dostawy (2018 r.) istnieje możliwość wprowadzenia przez wykonawców tego rozwiązania i niejako dostosowania oferowanych produktów do indywidualnych oczekiwań Zamawiającego. Izba uznała, że umiejscowienie sterowania kosza w jego wnętrzu jest bowiem modyfikacją możliwą do przeprowadzenia dla podmiotu profesjonalnie zajmującego się obrotem tego rodzaju pojazdami.

Również jedynie na marginesie Izba pragnie wskazać, iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy przywołany na potwierdzenie twierdzeń zawartych w odwołaniu oraz podniesionych w toku rozprawy, wskazuje w kontekście żądań sformułowanych przez Odwołującego, że wniesienie przez tego ostatniego środka ochrony prawnej należy uznać za próbę wpływu wykonawcy na treść SIWZ, a w szczególności na opis przedmiotu zamówienia oraz sposób ustalenia kryteriów oceny ofert. Celem wniesienia środka ochrony prawnej w zakresie postanowień SIWZ zawierających opis przedmiotu zamówienia nie jest doprowadzenie do sytuacji, w której nastąpi niejako „dopasowanie” opisu przedmiotu zamówienia do posiadanego przez określonego wykonawcę rozwiązania technicznego lub urządzenia. Tym bardziej nie jest nim umożliwienie wykonawcy zaoferowania urządzenia najbardziej konkurencyjnego cenowo wśród urządzeń znajdujących się w jego rynkowej ofercie. Wszakże każdy z producentów posiada w swojej ofercie urządzenia niższej, jak również wyższej klasy, którymi konkuruje z dostępnymi na rynku urządzeniami oferowanymi przez innych producentów lub dystrybutorów. W tym zakresie Izba podziela pogląd reprezentowany przez Przystępującego, iż Odwołujący nie wykazał, że nie może złożyć oferty

23

w niniejszym postępowaniu, lecz w ocenie Izby posłużył się jedynie pojęciem „oferty konkurencyjnej”, które to pojęcie nie zostało zdefiniowane w ustawie Pzp. Odwołujący bowiem wskazywał na etapie rozprawy, że w poprzednio prowadzonym postępowaniu, co prawda złożył ważną ofertę, lecz znacznie odbiegającą od najkorzystniejszej oferty liczbą uzyskanych punktów. Biorąc pod uwagę argumentację Odwołującego zawartą w odwołaniu oraz podniesioną w toku rozprawy należy wskazać, iż Odwołujący pod pojęciem oferty konkurencyjnej rozumie ofertę konkurencyjną cenowo. Izba wskazuje, iż istotą postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego jest konkurowanie zainteresowanych zawarciem umowy wykonawców, którego celem jest udzielenie jednemu z nich zamówienia, w tym konkurowanie pod względem cenowym oraz na poziomie kryteriów pozacenowych.

Izba podkreśla również, art. 29 ust. 2 Pzp nie zmienia generalnej zasady wyrażanej w art. 190 ust. 1 Pzp i stanowiącej, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dyspozycja art. 29 ust. 2 mówi o możliwości naruszenia konkurencji. Brak jednak w przepisie tym domniemania faktycznego lub prawnego sprowadzającego się do twierdzenia, że każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający dyspozycję ww. przepisu dopóki zamawiający nie udowodni, że jest inaczej. To na odwołującym nadal spoczywa ciężar dowodzenia. Przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, ale wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jakiegoś realnego stopnia prawdopodobieństwa jego wystąpienia. Powyższe znaczące osłabienie „celu dowodowego” nie oznacza jednak w ogóle braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje – powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane. Wobec zawartych w treści odwołania twierdzeń, że opis przedmiotu zamówienia oraz ustalone kryteria pozacenowe naruszają konkurencję oraz wskazują na konkretny produkt lub, że doszło do uprzywilejowania tego produktu, nie znalazły żadnego potwierdzenia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym.

W ocenie Izby, każdy opis przedmiotu zamówienia niesie ze sobą ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców obecnych na rynku i dyskryminując innych. W zamówieniach publicznych, nie ma i nie będzie nigdy konkurencyjności absolutnej. Jednym z najbardziej celnych i adekwatnych sposobów oceny dopuszczalności stopnia danego ograniczenia konkurencji jest jego analiza w odniesieniu do „uzasadnionych potrzeb zamawiającego”. Zamawiający jest uprawniony do wprowadzenia wymogów, które zawężają potencjalnych wykonawców, jednakże zawężenie do następuje

nie w celu preferowania określonego wykonawcy i naruszenia zasad konkurencji, ale w celu uzyskania produktu jak najbardziej odpowiadającego potrzebom Zamawiającego. Celem bowiem opisu przedmiotu zamówienia jest umożliwienie zaspokojenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego w warunkach konkurencji, nie zaś umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danym segmencie rynku.

Odnosząc się do sformułowanych przez Odwołującego zarzutów, Izba na marginesie wskazuje ponadto, że Zamawiający, jak również Przystępujący wykazali istnienie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w preferowaniu (w ramach punktacji) określonych rozwiązań technicznych (podpór skośnych, miejsca sterowania awaryjnego poziomowania kosza), jak również organizacyjnych i ekonomicznych (preferowana w ramach punktacji liczba punktów serwisowych) dla których przewagi użytkowej i funkcjonalnej przedstawiono stosowne argumenty (poparte dowodami). Rozwiązania te w ocenie Izby wydają się uzasadnione potrzebami Zamawiającego oraz podmiotów na których rzecz prowadzi przedmiotowe postępowanie. Ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika jednoznacznie, że preferowane przez Zamawiającego podpory czynią przedmiot zamówienia bardziej funkcjonalnym (w szczególności przy jego wykorzystaniu w trudnym miejskim otoczeniu w trakcie akcji ratowniczej), gwarantują większe bezpieczeństwo ratowników i strażaków, zaś w odniesieniu do miejsca sterowania awaryjnego poziomowania kosza gwarantują w skrajnie niekorzystnych warunkach akcji ratowniczej przewagę tego rozwiązania, w tym m.in. wskazywaną przez Zamawiającego i Przystępującego lepszą orientację w jego położeniu oraz swego rodzaju dywersyfikację punktów kontroli w razie awarii. Ze względu na brak sporu Stron, że każde z rozwiązań posiada zalety i wady (a zatem w zakresie przewagi dwóch konkurencyjnych wobec siebie rozwiązań) preferowanie przez Zamawiającego jednego z nich z uzasadnieniem tych preferencji nie może stanowić podstawy do stwierdzenia zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 30 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W kontekście podniesionych zarzutów na uwagę również zasługuje fakt, iż sformułowane przez Odwołującego żądania związane z wprowadzeniem punktacji za czas reakcji serwisowej oraz powierzchnię i ładowność kosza, w związku z jego wyjaśnieniami złożonymi na rozprawie o dysponowaniu mobilnymi punktami serwisowymi, jak również wobec przedstawionych przez Przystępującego dowodów w postaci wskazania istniejących na rynku rozwiązań i parametrów obciążeniowych (przy treści żądania: *zamiennie przyznanie 5 dodatkowych punktów za większą powierzchnię kosza, umożliwiającą jednoczesne przebywanie w koszu min. 5 osób oraz przyznanie większej ilości dodatkowych punktów za maksymalny udźwig kosza ratowniczego, tj. 5 punktów*) wskazuje na intencje Odwołującego

25

stojące za wniesionym środkiem ochrony prawnej. Jak słusznie wskazał Przystępujący Odwołujący tak sformułowanym żądaniem zmierza do uzyskania przewagi nad wszystkimi pozostałymi wykonawcami, w tym uzyskania znacznej przewagi punktowej za niemal ten sam skorelowany ze sobą parametr (po 5 dodatkowych punktów za większą powierzchnię kosza, maksymalną liczbę osób w koszu oraz maksymalny udźwig kosza ratowniczego).

W ocenie Izby tak sformułowane żądania przemawiają zarówno za brakiem interesu w skorzystaniu ze środka ochrony prawnej, jak również za bezzasadnością podniesionych zarzutów. Wszakże Odwołujący tak sformułowanymi żądaniem stara się „dopasować” treść SIWZ do posiadanych przez siebie rozwiązań technicznych.

Izba podziela argumentację zawartą w wyroku Izby wydanym w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 2280/16, w ramach którego wskazano, że: „Z uwag natury ogólnej 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 podkreśla, 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: <

„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 zauważa, 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

26

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).”

Mając na uwadze zarzuty i twierdzenia ujęte w odwołaniu, jak również ciążący na Odwołującym obowiązek dowodzenia faktów, z których wyciąga on korzystne dla siebie skutki prawne, Izba ustaliła, że Odwołujący poza brakiem wykazania spełnienia przesłanek z

art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie wykazał dodatkowo zasadności podniesionych zarzutów.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak wykazania naruszenia interesu Odwołującego, jak również możliwości poniesienia przez niego szkody, w tym 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:

.....

27

28