Sygn. akt: KIO 1187/17

WYROK
z dnia 26 czerwca 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 23 czerwca 2017 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2017 roku przez wykonawcę P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w N.

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Zakład Usług Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P.

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:

   - zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia zawartego w Załącznik nr 7 do SWIZ – Wzór opisu parametrów technicznych w punkcie 8,

   - zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia zawartego w Załącznik nr 7 do SWIZ – Wzór opisu parametrów technicznych w punkcie 12.

2. Oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Narwi i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w N. tytułem wpisu od odwołania,

---

3.2 zasądza od wykonawcy P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w N. na rzecz Zamawiającego Zakładu Usług Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. kwotę 3 617 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa.

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

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 1187/17

UZASADNIENIE

Zamawiający - Zakład Usług Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Zakup i dostawa fabrycznie nowego mobilnego rozdrabniacza do odpadów komunalnych.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 czerwca 2017 roku pod numerem …

W dniu 2 czerwca 2017 roku tj. w dniu przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia do publikacji Zamawiający zamieścił przekazane ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. Zamawiający w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu, tj. 7 czerwca 2017 roku zamieścił na stronie internetowej Zamawiającego opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia

12 czerwca 2017 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp" lub „ustawa") Odwołujący - Pronar spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w N. - wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegającej na sformułowaniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) oraz Ogłoszenia o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem prawa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1, art. 29, art. 91 ust 1, 2 i 3 ustawy.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu w zakresie wskazanym w dowołaniu, przez zmianę wskazanych postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu w sposób określony w dalszej treści, ewentualnie o unieważnienie postępowania jako dotkniętego wadą uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż wskazane w odwołaniu niezgodne z prawem postanowienia SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu powodują, że Odwołujący nie ma możliwość złożenia oferty i tym samym utraci szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może zatem ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu. Gdyby nie sprzeczność z prawem objętych odwołaniem postanowieniem SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, Odwołujący mógłby złożyć ofertę, uzyskać zamówienie i następnie należycie realizować zamówienie. Ustalenie przez Zamawiającego treści SIWZ uniemożliwia Odwołującemu udział w postępowaniu. Ponadto w wyniku w/w naruszeń może dojść do następczego

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty.

W dniu 2 czerwca 2017 r. Zamawiający na swojej stronie internetowej opublikował treść SIWZ.
W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający zawarł postanowienie, że pożądany przez niego rozdrabniacz będzie używany do odpadów komunalnych w celu ich rozdrobnienia do frakcji 0-300 mm oraz opcjonalnie 0-150mm (SIWZ Załącznik nr 7 - Wzór opisu parametrów technicznych).

Odwołujący wskazał, że rozdrabnianie odpadów komunalnych wedle powyższych wymagań Zamawiającego może być prowadzone za pomocą maszyn co najmniej 8 producentów światowych (P., H., A., K., L., T., F., H., D.). Maszyny rozdrabniające powyższych producentów różnią się jedną cechą - posiadają jeden lub dwa wały rozdrabniające. Zasady działania maszyn są jednak takie same. Pomimo jednak powyższego SIWZ opracowany przez Zamawiającego prowadzi do uprzywilejowania jedynie producentów mobilnych rozdrabniaczy do odpadów, stosujący rozwiązanie jednego wała rozdrabniającego. Odwołujący podniósł, że kolejne kryterium zawężające opisane w SIWZ prowadzi do zapewnienia udziału w zamówieniu jednemu producentowi rozdrabniaczy jednowałowych tj. firmie D., oferującemu urządzenie pod nazwą: DW 3060.

Według ustawy oraz szerokiego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej przedmiot zamówienia musi być opisany w sposób jak najbardziej ogólny, dostępny dla wielu oferentów

bez znamion nieuczciwej konkurencji. Oczywistym jest fakt, iż w myśl SIWZ przygotowanej przez Zamawiającego - wymaganiom technicznym postawionym urządzeniu sprostać może tylka jedna maszyna jednego producenta na świecie. Zapisy techniczne zarówno samego wału rozdrabniającego, oraz przenośników z urobkiem świadczą o chęci wyboru

zamówienia, którego przedmiotem będzie jedna konkretna maszyna, bez jakichkolwiek opcjonalnych zastosowań. Przygotowana przez Zamawiającego SIWZ nie została oparta na zasadzie potrzeb a na zasadzie wskazania na jedyną konkretną maszynę. Zamawiający nie zastosował nawet rozwiązań równoważnych.

Odwołujący podniósł:

1) W treści Załącznika Nr 7 do SIWZ w pkt 6. Zamawiający podaje: *„Komora rozdrabniająca powinna: - być wyposażona w jeden wał rozdrabniający oraz grzebień rozdrabniający, który usytuowany jest wzdłuż osi maszyny i stanowią podstawę rozdrabniania Odpadów”*

gdzie zdaniem Odwołującego wymóg ten, aby umożliwiał udział w postępowaniu szerokiej liczbie dostawców maszyn rozdrabniających odpady, bez faworyzowania jednych producentów, powinien brzmieć:
„Komora rozdrabniająca powinna: - być wyposażona w jeden lub dwa wały rozdrabniające oraz grzebienie rozdrabniające, które usytuowane są wzdłuż osi maszyny i stanowią podstawę rozdrabniania Odpadów”
Odwołujący w uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że Zamawiający stawiając jako wymógł przetargu maszynę wyposażona w jeden wał rozdrabniający, dyskryminuje producentów maszyn rozdrabniających dwuwałowych. Maszyny posiadające komorę roboczą wyposażoną w dwa wały są bardziej odpowiednie do rozdrabniania odpadów komunalnych (takie zamierza rozdrabniać Zamawiający). Maszyna dwu wałowa posiada przewagę nad jedno wałową wskazaną w SIWZ, ponieważ jest w stanie zastąpić rozdrabniarkę do worków. Coś czego nie do końca jest w stanie zrobić maszyna jedno wałów, bo worki zatrzymują się na grzebieniu rozdrabniającym, skutecznie przerywając pracę maszyny. Dlatego zapis o komorze rozdrabniającej wyposażonej w jeden wał jest ukierunkowany na producentów maszyn jednowałowych i krzywdzący innych producentów rozdrabniaczy. Ponadto do odpadów jakie zamierza rozdrabniać Zamawiający nadaje się bardziej maszyna dwuwałowa.

2) W treści Załącznika Nr 7 do SIWZ w pkt 7. Zamawiający podaje: „Wał *rozdrabniający powinien: - mieć długość co najmniej 3000 mm, - posiadać* średnice *co najmniej 600 mm, - prędkość obrotowa wału do 40obr./min., - być wyposażone w rewers oraz łatwo wymienne noże rozdrabniające, które powinny być łączone do wału za pomocą połączeń* śrubowych. *”*

gdzie zdaniem Odwołującego zapis ten, aby umożliwiał udział w postępowaniu szerokiej liczbie dostawców maszyn rozdrabniających odpady, bez faworyzowania jednych producentów, powinien brzmieć:

„Wał lub dwa wały rozdrabniające położone równolegle powinien: - mieć długość co najmniej od 1500mm do 3500 mm, - posiadać średnice *co najmniej od 600 mm do 800 mm, - prędkość obrotowa wału do 40obr./min., - być wyposażone w rewers oraz łatwo wymienne lub przystosowane do regeneracji noże rozdrabniające.”*
W maszynach posiadających komorę rozdrabniającą wyposażoną w 2 wały sumaryczna długość wałów rozdrabniających często przekracza 3000mm.
W maszynach dwu wałowych podczas rozdrabniania rewers następuje automatycznie dzięki czemu nie dochodzi do owijania wałów rozdrabnianym materiałem, co jest częstym problemem maszyn jednowałowych.
Konstrukcja wałów maszyn dwuwałowych umożliwia ich łatwą regenerację, ale uniemożliwia wymianę noży przez dokręcanie ich do wału. Wymaganie o nożach dokręcanych do wału wskazuje jednoznacznie typ maszyn. Maszyny rozdrabniające na całym świecie posiadają tylko dwie możliwość naprawy noży rozdrabniających - albo przez wymianę noży lub poprzez ich regenerację tj. napawanie. Zastosowanie tylko jednej metody naprawy noży (wymiana)

powoduje ograniczenie konkurencji. Producenci stosujący wały z nożami regenerowanymi przez napawanie nie mogą wziąć udziału w zamówieniu. Ponadto noże wymienne przy maszynie jednowałowej i rewersie wymuszonym, a nie automatycznym znacznie szybciej zużywają się, niż w maszynie dwuwałowej z rewersem automatycznym załączanym systemowa pod obciążeniem. W związku z powyższym zasadna jest zmiana treści zapisu SIWZ jak wskazuje Odwołujący.

3) W treści Załącznika Nr 7 do SIWZ w pkt 8. Zamawiający podaje: *„Przeniesienie napędu na wal za pomocą przekładni zębatej z zabezpieczeniem przeciwprzeciążeniowym lub hydraulicznie po obydwu stronach wału.* "

gdzie zdaniem Odwołującego wymóg ten, aby umożliwiał udział w postępowaniu szerokiej liczbie dostawców maszyn rozdrabniających odpady, bez faworyzowania jednych producentów, powinien brzmieć:

„Przeniesienie napędu na wał za pomocą przekładni zębatej z zabezpieczeniem przeciwprzeciążeniowym łub napęd hydrauliczny."

Odwołujący w uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że w żaden sposób nie można uznać tych rozwiązań za równoważne. Jednemu oferentowi pozwala się na zaoferowanie napędu z jednej strony wału rozdrabniającego, a innym narzuca się konieczność zapewnienia napędu z dwóch stron, które to rozwiązanie zwiększa wydajność maszyny, ale równocześnie jest droższe w produkcji i pozbawia wykonawcę realnych szans konkurowania w tym przetargu. Stosowanie napędu hydraulicznego można uzasadniać konstrukcją maszyny, gdzie ze względów ergonomicznych i ekonomicznych maszyna dwuwałowa skonstruowana jest w oparciu o pracę poszczególnych podzespołów hydraulicznych (pomp,

przekładni) napędzanych z silnika wysokoprężnego. To rozwiązanie jest bardzie ekonomiczne w eksploatacji i serwisie maszyny. W związku z powyższym zasadna jest zmiana treści zapisu SIWZ jak wskazuje Odwołujący.

4) W treści Załącznika Nr 7 do SIWZ w pkt. 12, Zamawiający podaje:

„Przenośnik dolny, umieszczony pod wałem rozdrabniającym, powinien:
mieć długość co najmniej 3000 mm i szerokość co najmniej 1000 mm, −
umożliwiać włączenie rewersu taśmy w czasie pracy maszyny, −
mieć możliwość bezstopniowego regulowania prędkości podajnika" −

gdzie zdaniem Odwołującego wymóg ten, aby umożliwiał udział w postępowaniu szerokiej liczbie dostawców maszyn rozdrabniających odpady, bez faworyzowania jednych producentów, powinien brzmieć:

„Przenośnik dolny, umieszczony pod wałem rozdrabniającym, powinien:
umożliwiać, włączenie rewersu taśmy w czasie pracy maszyny, −
mieć możliwość bezstopniowego regulowania prędkości podajnika" −

Odwołujący w uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że długość podajnika pod komorą rozdrabniającą (pod wałami) nie jest istotnym parametrem. Przenośnik pod wałami powinien spełniać swoje zadanie czyli odprowadzać rozdrobniony materiał i jego długość nie ma na to żadnego wpływu. Poza tym długość podajnika jest uzależniona od długości wału (wymógł z punkt 7 załącznika nr 7 SIWZ). Maszyny w układzie dwu wałowym posiadają dwa wały umieszczone obok siebie. Z tego też względu posiadają krótszą komorę rozdrabniającą i nie wymagają stosowania tak długiego podajnika pod komorą roboczą jak maszyny jednowałowe. Jest to kolejny parametr który jednoznacznie ukierunkowuje na maszyny jednowałowe i nie ma żadnego wpływu na końcowy efekt rozdrabniania materiału. W związku z powyższym zasadna jest zmiana treści zapisu SIWZ jak wskazuje Odwołujący.

5) W treści SIWZ pkt 18 Warunki udziału w postępowaniu ppkt 4) zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wymaga: *„wykonania co najmniej dwóch dostaw związanej z dostawą urządzenia wyposażonego w silnik wysokoprężny o mocy min. 300"kW" i o długości wału rozdrabniającegcTco najmniej'3000 mm. i wartości Brutto jednostkowej dostawy wynoszącej minimum L500.000,00 PLN w okresie nie dłuższym jak 3 lata licząc do momentu złożenia oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie."*

gdzie zdaniem Odwołującego zapis ten, aby umożliwiał udział w postępowaniu szerokiej liczbie dostawców maszyn rozdrabniających odpady, bez faworyzowania jednych

producentów, powinien brzmieć:

„wykonania co najmniej jednej dostawy związanej z dostawą urządzenia wyposażonego w silnik wysokoprężny o mocy min. 298 kW i wał lub dwa wały rozdrabniające położone równolegle powinien: - mieć długość co najmniej od 1500 mm do 3500 mm, - posiadać średnice *co najmniej od 600 mm do 800 mm, i wartości brutto jednostkowej dostawy wynoszącej minimum 1.000.000,00 PLN w okresie nie dłuższym jak 3 lata licząc do momentu złożenia oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie."*
Odwołujący w uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że jest czołowym producentem Polskim maszyn do recyklingu odpadów. Funkcjonalność maszyn została poparta nagrodami przyznanymi przez Międzynarodowe Targi P. w ramach targów: „P.-E. 2016". Maszyny produkcji Odwołującego, są znacznie tańsze, niż maszyny producentów zagranicznych - w tym przypadku niemieckich producentów. Różnice w kosztach zatrudnienia pozwalają wyprodukować maszynę tańszą i nie ustępującą jakością oraz funkcjonalnością wobec maszyn zagranicznych producentów. Dotychczasowa sprzedaż Odwołującego w Polsce, maszyn równoważnych do tych opisanych w SIWZ, wynosiła brutto od 1 070 000 do 1 300 000 zł (różnice w zależności od dodatkowego wyposażenia.). Podanie wartość 1 500 000 zł/brutto jako referenci potwierdzających należyte wykonanie jest blokadą dla Odwołującego do wzięcia udziału w zamówieniu. Odwołujący podniósł również, że wysoka wartość zamówienia nie jest gwarancją jego należytego wykonania. Zawężanie referencji do zwiększonych kwot zakupu i jasne wskazywanie na zakup drogich maszyn, eliminuje Odwołującego z udziału w zamówieniu. Ponadto w tym przypadku Zamawiający od razu zamierza wydać znacznie więcej środków finansowych z dotacji funduszy europejskich, nie zwracając uwagi na zasady racjonalnego wydatkowania środków. Szczególnie wydatkując środki z dotacji należy kierować się zasadą swobodnego dostępu do zamówień publicznych. Zamawiający w związku z powyższym wymaganiem SIWZ, naruszył naczelną zasadę równego traktowania stron i uczciwej konkurencji zawartej w ustawie oraz Dyrektywie 2004/18/WE, a szczególności art. 2 mówiący o równym i niedyskryminacyjnym traktowaniu oferentów. Zamawiający powyższym wprowadza faktycznie dodatkowe kryterium zgodności z SIWZ i doprowadza, iż tak sformowane postanowienie dopuszcza nielicznych oferentów. Zdaniem oferenta oczekiwania Zamawiającego w tym zakresie wychodzą poza zakres dostawy. Dostawą bowiem jest objęta jedna sztuka mobilnego rozdrabniacza. Tym samym w ocenie oferenta wymaganie wykazania dwóch dostaw urządzenia jest zdaniem oferenta ograniczaniem konkurencji, a przez to klauzulą niedopuszczalną.
Zgodnie przepisem art. 22 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące między innymi posiadania wiedzy i doświadczenia. Jednocześnie w ust. 4 art. 22 ustawodawca zaznaczył, że cyt: *Opis sposobu dokonywania oceny spełniania*

warunków o których mowa w ust. 1 powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym zasadna jest zmiana treści SIWZ jak wskazuje Odwołujący.
Wskazana przez Odwołującego zmiana jest konsekwencją powyższych wniosków w zakresie dopuszczenia do zamówienia producentów maszyn dwuwałowych.

Reasumując powyższe, Odwołujący podniósł, że formułowanie opisu zamówienia w SIWZ przez Zamawiającego, w zakresie wymagań wskazanych dla urządzeń narusza uczciwej konkurencji oraz traktowania równoważnych, zasadę równego wykonawców. Stawianie nierównych wymagań w stosunku do produktów równoważnych w porównaniu z produktem oryginalnym przesądza o tym, że oferta obejmująca produkt równoważny nie będzie ofertą porównywalną, co poruszone zostało m.in. w wyroku Zespołu Arbitrów z 14 października 2015 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-2881/05.
Odwołujący wskazał, że jego zdaniem żądanie urządzenia z jednym wałem rozdrabniającym jest żądaniem produktu droższego o mniejszej funkcjonalności, niż produktu z dwoma wałami rozdrabniającymi. Odwołujący chciałby, aby równoważność traktowania wykonawców

przez Zamawiającego była określona dopuszczeniem do zamówienia producentów stosujących rozwiązanie dwóch wałów rozdrabniających. Maszyny te spełniają pożądaną przez Zamawiającego funkcję, rozdrabniania odpadów,
- dowód w załączeniu opisy maszyn producentów: T., H., P., D.
Zamawiający postawił nierówne warunki uczestnictwa zdając sobie sprawę, że na rynku są też producenci posiadający w swojej ofercie urządzenia wyposażone w dwa wały rozdrabniające. Zamawiający nie wykazał żadnego uzasadnienia funkcjonalnego i technicznego dla postawionego wymagania wobec urządzenia — jednego wału rozdrabniającego. Odwołujący stoi na stanowisku, że naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez Zamawiającego nastąpiło na skutek zastosowania przez niego nieuzasadnionych wymogów technicznych i konstrukcyjnych prowadzących do wyeliminowania z możliwości wzięcia udziału w zamówieniu innych oferentów.
Mając na uwadze powyższe w ocenie Odwołującego przedmiotowe odwołanie uznać należy za w pełni uzasadnione i konieczne. Wpis został uiszczony przelewem na rachunek bankowy UZP. Treści odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 12 czerwca 2017 r. drogą faksu (potwierdzenie wysłania).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 12 czerwca 2017 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 7 czerwca 2017 roku – treści postanowień SWIZ oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Środki *ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron pismo, z dnia 23 czerwca 2017 roku *Odpowiedź na odwołanie,* wnosząc o oddalenie odwołania w całości; do ww. pisma załączone zostały dowody wskazane w piśmie – Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Zamawiającego i załączone do odpowiedzi na odwołanie.

Izba dopuściła dowody przedstawione przez Odwołującego, a załączone do odwołania. W tym miejscu Izba wskazuje, że zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (tekst jednolity Dz. U. z 23 lipca 2014 roku poz.964 ze zmianami) § 19 ust. 3 wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W uzasadnionych przypadkach skład orzekający może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego. Dowody – dokumenty techniczne dotyczące rozdrabniacza VB850DK nie zostały złożone w prawidłowy sposób, to znaczy wraz z

tłumaczeniem na język polski, tym samym Izba nie brała ich pod uwagę przy rozpoznaniu odwołania.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do pisma z dnia 22 czerwca 2017 roku *Pismo Odwołującego,* z wyłączeniem tych dokumentów, które nie zostały złożone wraz z tłumaczeniem na język polski.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone w trakcie rozprawy przez Odwołującego do akt sprawy: opracowanie własne zestawienia parametrów technicznych różnych maszyn oraz listy referencyjne i potwierdzenia przeprowadzonych testów maszyn.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie:

- zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia zawartego w Załącznik nr 7 do SWIZ – *Wzór opisu parametrów technicznych* w punkcie 8,
- zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia zawartego w Załącznik nr 7 do SWIZ – *Wzór opisu parametrów technicznych* w punkcie 12.

Zamawiający w omawianym zakresie uwzględnił zarzuty odwołania (uwzględnienie zarzutów odwołania w części) co podniósł w złożonym piśmie procesowym jak również oświadczył na posiedzeniu z udziałem stron postępowania. W przedmiotowym postepowaniu odwoławczym nie zostało wniesione żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Dlatego też Izba umorzyła postępowanie w zakresie wyżej wymienionych zarzutów odwołania, które zostały wprost uwzględnione przez Zamawiającego.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie Zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy Odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie. Izba wskazuje w tym miejscu, że rozstrzyganie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami – w wyniku uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego uwzględniając, że nie zostały zgłoszone żadne przystąpienia do postępowania odwoławczego - jest niecelowe.

Izba podkreśla, że jednocześnie informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. Ustawodawca w art. 196 ust. 4 ustawy, w sposób wyczerpujący określił elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę i stwierdzić należy, że katalog ten nie zawiera informacji dotyczącej możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. W tym miejscu Izba odwołuje się do Uchwały Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. sygn. akt III CZP 111/15, w której Sąd Najwyższy wskazał, że wadliwą jest praktyka Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku, a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały podniósł również, że Izba, uznając część zarzutów i żądań za zasadne, a część za pozbawione podstaw, powinna dać temu wyraz w części rozstrzygającej wyroku (sentencji), a nie w jego uzasadnieniu. Nie można stanowiska wyrażonego przez Sąd Najwyższy pominąć w przypadku, gdy postępowanie zostaje umorzone w części z uwagi na uwzględnienie poszczególnych zarzutów odwołania. Izba wskazuje, że takie stanowisko prezentowane jest w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, w których w sentencji wyroku zamieszczane jest rozstrzygnięcie w zakresie częściowego umorzenia postępowania odwoławczego. Tym samym, zgodnie z argumentacją Sądu Najwyższego, w sentencji wyroku zawarte zostają wszystkie rozstrzygnięcia co do zarzutów odwołania.

Podkreślenie wymaga również, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko to również nie jest odosobnione, czemu wraz dano np.: w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 26 października 2016 r. o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 16 grudnia 2016 r. o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 28 grudnia

2016 r. o sygn. akt KIO 2357/16, oraz w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2017 roku o sygn. akt KIO 17/17 i KIO 24/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2017 roku o sygn. akt KIO 172/17, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 czerwca 2017 roku o sygn. akt KIO 888/17.

II.

Izba poddała pozostałe zarzuty odwołania pod rozpoznanie. Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie odwołania nie uwzględniła.

III.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

Art. 7 ust. 1 ustawy - *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.*

Art. 7 ust. 3 ustawy - *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Art. 29 ust. 1 ustawy - *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*
Art. 29 ust. 2 ustawy - *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.*
Art. 29 ust. 3 ustawy - *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia,* źródła *lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba* że *jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny".*
Art. 29 ust. 3a ustawy - *Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm.12)).*
Art. 29 ust. 3b ustawy - *Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia konieczność przeniesienia praw własności intelektualnej lub udzielenia licencji.*
Art. 29 ust. 4 ustawy - *Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, które mogą obejmować aspekty gospodarcze,* środowiskowe, *społeczne, związane z innowacyjnością lub zatrudnieniem, w szczególności dotyczące zatrudnienia:*

---

1) bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy;
2) młodocianych, o których mowa w przepisach prawa pracy, w celu przygotowania zawodowego;
3) osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych;

4) innych osób niż określone w pkt 1, 2 lub 3, o których mowa w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o zatrudnieniu socjalnym (Dz. U. z 2011 r. poz. 225 i 1211 oraz z 2015 r. poz. 1220 i 1567) lub we właściwych przepisach państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.
Art. 29 ust. 5 ustawy - *W przypadku zamówień przeznaczonych do użytku osób fizycznych, w tym pracowników zamawiającego, opis przedmiotu zamówienia sporządza się z uwzględnieniem wymagań w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych lub projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników.*
Art. 29 ust. 6 ustawy - *W przypadku gdy wymagania, o których mowa w ust. 5, wynikają z aktu prawa Unii Europejskiej, przedmiot zamówienia, w zakresie projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników, opisuje się przez odesłanie do tego aktu.*

Art. 22 ust. 1 ustawy - *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:*
1) nie podlegają wykluczeniu;
2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

Art. 91 ust. 1 ustawy - *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Art. 91 ust. 2 ustawy - *Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:*
1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
3) aspekty środowiskowe, *w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;*
4) aspekty innowacyjne;
5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;

6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

Art. 91 ust. 3 ustawy - *Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.*

IV.

Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy *– Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej,* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. 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 *incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi, a nie na tym kto zaprzecza).* Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym

ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w P. z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (…). Aktywność we wnioskowaniu dowodów winien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości przypadków to on będzie wywodził z faktu skutki prawne.*

Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: *Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. 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 zaniechania 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). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).*

V.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 22 czerwca 2017 roku dokonał modyfikacji postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ). Zamawiający zmodyfikował punkty 8 i 12 Załącznika nr 7 do SWIZ - *Wzór opisu parametrów technicznych* oraz w tym zakresie uwzględnił zarzuty odwołania (o czym mowa w punkcie I tego uzasadnienia). Zamawiający zmodyfikował również postanowienia punktu 13 Załącznika nr 7 do SWIZ - *Wzór opisu parametrów technicznych.*
Zamawiający zmodyfikował również postanowienia punktu 18 podpunkt 4 SWIZ i w miejsce dotychczasowego brzmienia warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wprowadził:
„4) zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wymaga:
Wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwóch dostaw

rozdrabniaczy odpadów komunalnych o wartości brutto jednostkowej dostawy wynoszącej minimum 1 200 000,00 PLN."

VI.

W zakresie poszczególnych zarzutów odwołania:

Zarzut naruszenia art. 29 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Izba uznała za niezasadny. Określone w ustawie zasady, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, proporcjonalności to „szkielet" każdego z postępowań o udzielnie zamówienia publicznego jak również całego systemu zamówień publicznych. Zaznaczyć jednakże należy, że kwestia konkurencji winna być kategorią, którą należy rozpatrywać

z uwzględnieniem danego rynku, którego dotyczy konkretne zamówienie jak również uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, czasu w jakim Zamawiający udziela zamówienia. Niewątpliwe Zamawiający mają prawo opisując przedmiot zamówienia do określenia wymagań technicznych i jakościowych uwzględniających niezbędne Zamawiającemu standardy, przy uwzględnieniu realnych potrzeb Zamawiającego. Sąd Okręgowy w B. w wyrok z dnia 27 maja 2009 roku sygn. akt: II Ca 158/09 wskazał - Z przepisu art. 7 ust. 1 pzp wynika, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zatem należy uznać, że fundamentalnymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Stosowanie tych zasad prowadzi do realizacji celu określonego w pzp jakim jest wybranie najkorzystniejszej oferty spełniającej potrzeby zamawiającego. Przepis art. 29 ust. 2 pzp z kolei wprowadza zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jednakże zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nie odpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczenia dostępu do zamówienia (tak Małgorzata Stachowiak w M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX 2007, wyd. II.).(…)

Zamawiający zobowiązany jest w oparciu o art. 29 ust. 1 ustawy do opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, zgodnie z ust. 2 przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Tym samym nie

---

można uznać za prawidłową argumentację Odwołującego wskazującą na to, że przedmiot zamówienia powinien być opisany ogólnie, jak najbardziej ogólnie co wynika z tego, że powinien być dostępny dla jak największej grupy wykonawców. Podkreślić należy, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego nie stanowi postepowania, w którym Zamawiający ma kupić cokolwiek, co wykonawcy zechcą mu sprzedać. W postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, Zamawiający jak każdy gospodarz dbający o swoje potrzeby uprawniony jest do kupna określonych rzeczy, a w ramach tych określonych rzeczy nieuprawniona jest taka specyfikacja techniczna, która eliminowałaby w sposób niezasadny określone przedmioty, a przez to ich producentów czy dystrybutorów. Podkreślić należy, że konkurencja nie polega na tym, że Zamawiający ma dopuścić możliwość złożenia oferty na cokolwiek, lecz ma prawo określić swoje potrzeby. Opis przedmiotu zamówiona powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję, co nie oznacza, że zasada konkurencji ma prowadzić do sytuacji, w której o zamówienie muszą móc ubiegać się wszyscy wykonawcy. Warto w tym miejscu również wskazać na orzeczenie Sądu Okręgowego w G., który w wyroku z dnia 23 stycznia 2009 roku sygn. akt XII Ga 431/09 uzasadniał: Podkreślić trzeba, że zakaz przewidziany przepisem art. 29 ust. 2 ustawy ... nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Ponadto nie jest podstawą do uznania, że przedmiot zamówienia został określony w sposób sprzeczny z zasadami ustawowymi to, że wypełnienie wymagań technicznych jest trudne do spełnienia dla danego wykonawcy (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 07.02.2005 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-175/05). (…) Sąd Okręgowy podziela stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku z dnia 09.X.2008r., syg. akt KIO//UZP 1024/08, zgodnie z którym " (...) Bezspornie Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby, żądając

produktu o cechach odpowiadających jego potrzebom, a w tym o najwyższych dostępnych standardach jakościowych, w oparciu o opinie użytkowników produktów. Rozwój technologii, a w ślad za tym postąp w produkcji sztucznej nawierzchni kolejnych generacji daje Zamawiającemu prawo wymagania od wykonawców dostarczenia produktu o pożądanych przez niego parametrach w nowoczesnej technologii, czyli w okolicznościach sprawy,

nawierzchni ze sztucznej trawy bez wypełnienia. W tym też zakresie Zamawiający kieruje się potrzebą realizowanej inwestycji, celowością i ekonomiką wydatkowania środków publicznych i wykorzystywaniem w przyszłości obiektu sportowego. Nie można postawić zarzutu Zamawiającemu utrudniania uczciwej konkurencji przez dążenie do uzyskania boiska o parametrach najlepszych wg posiadanej przez niego wiedzy". W ocenie Sądu Okręgowego chybionym jest zarzut skarżącego, iż w opisie przedmiotu zamówienia w tej konkretnej sprawie Zamawiający zastosował nazbyt wygórowane parametry sztucznej trawy. Biorąc pod uwagę charakter inwestycji zamierzonej przez ... o sztucznej nawierzchni, który ma spełniać wymagania odpowiadające standardom światowym) nie sposób odmówić racji Zamawiającemu, iż dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób przez niego wskazany było uzasadnione potrzebami Zamawiającego dążącego do uzyskania boiska o parametrach najlepszych wg posiadanej przez niego wiedzy. Powtórzyć trzeba, że nie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą zaoferować żądany przedmiot zamówienia wszyscy wykonawcy działający w danej branży, co nie jest równoznaczne z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Ograniczona liczba wykonawców mogących uczestniczyć w postępowaniu, z uwagi na określony przedmiot zamówienia, nie jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27.07.2007 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-879/07). Natomiast w wyroku Naczelnego Sadu Administracyjnego z dnia 4 lutego 2015 roku sygn. akt GSK 2203/13 zostało wyartykułowane, że Celem postępowania jest nabycie przez zamawiającego rzeczy (praw, usług), które odpowiadają jego potrzebom. Zasadnie podnosi skarżący, iż stosowanie zasady uczciwej konkurencji nie może prowadzić do nabycia dostaw czy usług, które nie odpowiadają potrzebom zamawiającego. Przez sformułowanie potrzeb zamawiającego w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy należy, w ocenie Sądu, rozumieć nie tylko określenie rodzaju urządzeń, które zamawiający zamierza nabyć oraz zasad serwisu gwarancyjnego tych urządzeń. Zmawiający ma prawo, a jako jednostka sektora finansów publicznych i obowiązek, planowania racjonalnej pod względem finansowym i użytkowym eksploatacji urządzeń również po okresie gwarancyjnym, w związku z czym określenie przedmiotu zamówienia powinno uwzględniać również ten element.
Również Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzecznictwie konsekwentnie wskazuje, że granicą rygoryzmu przy formułowaniu wymagań w zakresie parametrów technicznych zamówienia są potrzeby Zamawiającego, obiektywie skonkretyzowane w przygotowanym przez Zamawiającego opisie przedmiotu zamówienia. Konkludując, Izba odwołując się do przedstawionej argumentacji przez jednego z uczestników postępowania odwoławczego wskazującego na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2015 roku sygn. akt KIO 1107/15, KIO 1114/15, w którym słusznie Izba wskazała, że właściwie każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji pośrednio lub bezpośrednio

preferując jednych wykonawców i dyskryminując innych. To jednak nie oznacza, że naruszono zasadę z art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Izba wskazuje, że w trakcie rozprawy Odwołujący oświadczył, że celem odwołania jest dopuszczenie przez Zamawiającego rozwiązania opartego na dwuwałowym układzie rozdrabniającym jednocześnie wyjaśniając, że rozdrabniacz do odpadów dwuwałowy jest innym rozwiązaniem niż rozdrabniacz do odpadów jednowałowy - rozdrabniacz dwuwałowy m.in. ma automatyczny rewers, jest sterowany komputerowo, a także posiada hydrauliczny napęd układu roboczego. Izba zaznacza i podkreśla, że przedmiotem postepowania o udzielnie przedmiotowego zamówienia publicznego nie jest dostawa jakiegokolwiek mobilnego rozdrabniacza do odpadów komunalnych, lecz dostawa jednowałowego mobilnego rozdrabniacza do odpadów komunalnych. Zamawiający uwzględniając część zarzutów w zakresie opisu przedmiotu zamówienia – jak wskazał w trakcie rozprawy

Odwołujący i co zobrazował w dowodzie złożonym na rozprawie (1 karta zawierająca zestawienie technicznych parametrów poszczególnych rozdrabniaczy) – dopuścił szeroką konkurencję pomiędzy rozdrabniaczami jednowałowymi, jednakże nie uwzględnił tego zarzutu, który w zasadzie dla Odwołującego jest kluczowy, a mianowicie możliwość zaoferowania rozdrabniacza dwuwałowego.
W ocenie Izby istotnym jest również dla rozpoznania tej sprawy fakt, że Odwołujący w trakcie rozprawy porównał rozdrabniacze jedno i dwuwałowe do najbardziej obrazowego przykładu, a mianowicie samochodów z silnikiem benzynowym oraz z silnikiem na olej napędowy – oba samochody będą mogły jechać i osiągać określone wartości np. przyspieszenia, ale rozwiązania techniczne, dzięki którym się poruszają są zupełnie inne. Tak samo inne są rozwiązania mobilnych rozdrabniaczy jednowałowych i dwuwałowych choć ich wydajność pracy może być na takim samym poziomie. W tym miejscu Izba zaznacza, że nie jest celem tego postępowania rozstrzyganie, które z rozwiązań tzn. rozdrabniacz mobilny jednowałowy czy rozdrabniacz mobilny dwuwałowy jest lepszym. Izba rozstrzyga w postępowaniu kontradyktoryjnym, czy zostały naruszone przepisy ustawy odnoszące się do obowiązku zachowania zasad konkurencyjności przy opisywaniu przedmiotu zamówienia. Zamawiający, zdaniem Izby, nie naruszył zasad prawa zamówień publicznych przez określenie w SWIZ, a co za tym idzie wymaganie zaoferowania, tylko jednego rozwiązania, jednego z dwóch rodzajów rozdrabniaczy mobilnych. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że nie sposób zgodzić się z argumentacją Odwołującego przedstawioną na rozprawie, że konkurencja zostałaby zachowana wtedy, gdyby Zamawiający dopuścił wszystkie rozwiązania istniejące na rynku tj. dwa rozwiązania – mobilne rozdrabniacze jednowałowe i mobilne rozdrabniacze dwuwałowe. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania referował do rozwiązań równoważnych oraz opcjonalnych, które w prawie zamówień publicznych mają

swoje skonkretyzowane definicje i stanowią konkretne instytucje, które mogą być wykorzystywane przez Zamawiającego w prowadzonym postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże poza odniesieniem się – jak się wydaje jedynie potocznym – do równoważności i opcjonalności Odwołujący nie odnosił się do żadnych postanowień SWIZ, ponieważ regulacji w tym zakresie nie było, a Zamawiający nie opisywał przedmiotu zamówienia przez padanie nazwy własnej lub w inny sposób generujący konieczność określenia parametrów równoważnych, jak również nie przewidział żadnych opcji.
Wskazać należy również, że podnoszona w trakcie rozprawy zarówno przez Zamawiającego jak i Odwołującego w pkt 6 załącznika nr 7 do SWIZ - *Wzór opisu parametrów technicznych: komora załadunku powinna: (…) posiadać maksymalną wysokość załadunku, posiadać minimalną szerokości załadunku 2 800 mm* - po pierwsze, co należy uznać za kluczowy argument, parametr ten nie był kwestionowany przez Odwołującego. Po drugie w ocenie Izby nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że parametr ten odnosi się do szerokości załadunku, a nie szerokości komory rozdrabniającej. Czytając wskazane przez Zamawiającego wymagania techniczne nie sposób uznać, że wskazane wymaganie dotyczy szerokości załadunku, czyli szerokości odpadów komunalnych, które miałby być rozdrabniane. Zamawiający w tym postępowaniu zamawia mobilny rozdrabniacz do odpadów komunalnych, a nie określa szerokość odpadów. Izba zwraca również uwagę, że w tym również, Odwołujący przedstawiając argumentację zakresie wskazał że w proponowanym przez Odwołującego rozwiązaniu krótszy wał o długości 1 750 mm, a dokładnie dwa wały tej długości, będą obsługiwane przez rynnę zsypową hydrauliczna, która będzie odpowiednio pracowała. Tym samym wskazał ponownie Odwołujący, że rozwiązanie, którego dopuszczenia domaga się jest inne od tego, które wybrał i opisał w SWIZ Zamawiający.

Zamawiający w trakcie rozprawy wyjaśnił, że za pomocą mobilnego rozdrabniacza rozdrabniane będą odpady komunalne, które są odpadami pochodzącymi z gospodarstw domowych, tym samym mogą to być różne odpady i dlatego uwzględniając własne potrzeby Zamawiający zamierza przeznaczyć urządzenie nabyte w ramach przedmiotowej procedury o udzielenie zamówienia publicznego do rozdrabniania odpadów wielkogabarytowych głównie np. wersalki, lodówki, szafy. Zamawiający w trakcie rozprawy jak również w piśmie procesowym wskazał, że przy doborze rodzaju urządzenia kierował się posiadanym doświadczeniem, wewnętrznymi analizami Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że wybrał

rozwiązanie jednowałowe rozdrabniacza z uwagi również na to, że jest to rozwiązanie bardziej uniwersalne i umożliwia wykorzystanie bez wymiany wałów do rozdrabniania różnych odpadów. Izba zaznacza, że Odwołujący nie kwestionowała argumentacji

Zamawiającego wskazującej na konieczność wymiany wałów w przypadku rozdrabniania różnej frakcji odpadów komunalnych.
Reasumując powyższą część uzasadnienia Izba stwierdza, że nie doszło do naruszenia przepisów ustawy dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i zasad prawa zamówień publicznych. Sam Odwołujący stwierdził, że w wyniku dokonanych zmian opisu przedmiotu zamówienia w efekcie uwzględnienia dwóch zarzutów odwołania dopuszczonych do udziału w postepowaniu jest co najmniej kilku wykonawców, którzy są w stanie zaoferować rozwiązanie jakiego wymaga Zamawiający. Należy mieć również na uwadze, że Zamawiający wskazał, że dokonując szacowania wartości zamówienia co najmniej trzech producentów wskazało, że posiada urządzenia jakie przed modyfikacją SIWZ odpowiadały wymaganiom technicznym Zamawiającego. Słusznie również podnosił Zamawiający, że Odwołujący nie wykazał, nie potwierdził zawartej w odwołaniu tezy odnośnie spełnienia wymagań przedmiotowych tylko przez jedno urządzenie jednowałowe. Nadmienić należy również, że celem Odwołującego była taka zmiana postanowień SWIZ, która doprowadzi do dopuszczenia w postępowaniu możliwości oferowania drugiego z istniejących rozwiązań, a mianowicie rozdrabniacza dwuwałowego. Izba podkreśla, że fakt, że wykonawca nie może złożyć oferty w postępowaniu z uwagi na to, że posiada inny rodzaj urządzenia niż określone przez Zamawiającego, nie stanowi o tym, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy i obowiązany jest dopuścić możliwość złożenia oferty przez każdego z wykonawców, który chce sprzedać określone urządzenie innego rodzaju. Nawiązując do przykładu przedstawionego przez Odwołującego, jeżeli Odwołujący chciałby kupić samochód z silnikiem benzynowym to poza zainteresowaniem Odwołującego pozostałby samochody z silnikiem na olej napędowy.

W zakresie zarzutu dotyczącego długości wału rozdrabniającego jak również wymagania dotyczącego noży rozdrabniających w związku z nieuwzględnieniem zarzutu dotyczącego możliwości zaoferowania urządzenia innego rodzaju tj. mobilnego rozdrabniacza dwuwałowego, z którym to nierozerwalnie związana była w argumentacji Odwołującego kwestia długości wału rozdrabniającego jak i noży rozdrabniających, Izba uznała, że zarzuty te są bezprzedmiotowe. Jedynie na marginesie wskazuje, że Zamawiający argumentował w trakcie rozprawy – czego nie kwestionował Odwołujący – że mobilny rozdrabniacz jednowałowy nie ma noży napawanych, natomiast mobilny rozdrabniacz dwuwałowy nie ma noży nakręcanych. W tym miejscu pojawił się również argument wskazywany przez Zamawiającego, a dotyczący uzasadnienia wyboru rodzaju urządzenia mobilnego rozdrabniacza jednowałowego, mianowicie fakt, że istotne było dla Zamawiającego również to, że nakręcanie noży nie powoduje przestoju tzn. nie trzeba ściągać wału do naprawy noży. W tym zakresie w wątpliwość poddał Odwołujący uzasadnienie

Zamawiającego wskazując, że wymiana noży zamontowanych za pomocą śrub wymaga również pracy osób uprawnionych do tego, jest kosztowa i wymaga użycia spawarki w przypadku niemożliwości odkręcenia noża. Izba wskazuje, że niewątpliwie każdy sposób wymiany noży, czy to ich napawanie czy też przykręcenie nowych noży rozdrabniających jest kosztowane i wymaga pracy osób umiejących dokonywać tych czynności, jednakże kluczowy pozostaje fakt, że w mobilnych rozdrabniaczach jednowałowych noże rozdrabniające są przykręcane

W zasadzie argumentacja Odwołującego sprowadzała się w rozpoznawanej sprawie do tego, że nie może on zaoferować rozwiązania, które posiada – tj. mobilnego dwuwałowego rozdrabniacza odpadów komunalnych. Fakt posiadania danego produktu przez danego wykonawcę nie stanowi o tym, że dany Zamawiający ma nabyć ten produkt tylko dlatego, ze wykonawca go posiada. Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby, żądając produktu o cechach odpowiadających jego potrzebom, a w tym o najwyższych dostępnych standardach jakościowych, w oparciu o opinie użytkowników produktów (Wyrok

SO w G. z dnia 23 stycznia 2009 roku sygn. akt XII Ga 431/09) jednocześnie dokonując tego z uwzględnieniem racjonalnego planowania dokonywanych wydatków zarówno pod względem finansowym jak i użytkowym (wyrok Naczelnego Sadu Administracyjnego z dnia 4 lutego 2015 roku sygn. akt GSK 2203/13). Zamawiający, mając na uwadze konieczność zabezpieczenia swoich potrzeb na odpowiednim poziomie, uprawniony jest do takiego opisu parametrów zamówienia, by jego realizacja odpowiadała zarówno jego uzasadnionym potrzebom, możliwościom finansowym, nie naruszając przy tym zasady uczciwej konkurencji możliwości złożenia ofert przez wykonawców, będących w stanie podołać wymaganiom Zamawiającego, w sposób nie naruszający równowagi pomiędzy dobrem Zamawiającego i uczestników postępowania. Zamawiający ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia w oparciu o określone minimalne standardy poprzez wskazanie parametrów i może opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, który uzasadnia jego racjonalne i obiektywne potrzeby, przy czym nie muszą być to potrzeby określone na poziomie minimalnym. (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w W. z dnia 23 października 2015 roku, sygn. akt VIII SA/Wa 311/15). Zamawiający dopuścił szeroko konkurencję pomiędzy podmiotami dysponującymi mobilnymi jednowałowymi rozdrabniaczami odpadów komunalnych, na co wskazał również sam Odwołujący. Nie sposób tym samym uznać, aby Zamawiający ograniczał konkurencje w postepowaniu.

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Izba uznała za niezasadny. Na wstępie Izba wskazuje, że Zamawiający w dniu 22 czerwca 2017 roku zmodyfikował

---

postanowienia punktu 18 podpunkt 4 SWIZ i w miejsce dotychczasowego brzmienia:
„wykonania co najmniej dwóch dostaw związanej z dostawą urządzenia wyposażonego w silnik wysokoprężny o mocy min. 300"kW" i o długości wału rozdrabniającego co najmniej 3000 mm i wartości brutto jednostkowej dostawy wynoszącej minimum 1 500 000,00 PLN w okresie nie dłuższym jak 3 lata licząc do momentu złożenia oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie."
Zamawiający wprowadził:
„Wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwóch dostaw rozdrabniaczy odpadów komunalnych o wartości brutto jednostkowej dostawy wynoszącej minimum 1 200 000,00 PLN."
Zamawiający dokonał modyfikacji w zakresie opisu warunku udziału w postępowaniu, jak sam wskazał, w związku z dokonaną zmianą opisu przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Stosownie do przepisu art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Izba, mając na uwadze przywołany przepis art. 191 ust. 2 ustawy, wzięła pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a zatem na moment wyrokowania w sprawie.
Izba wskazuje, że ustawa *de lege lata* w związku z wniesieniem odwołania nie nakazuje Zamawiającemu powstrzymania się z dokonywaniem w prowadzonym postępowaniu dalszych czynności, Zamawiający może ich dokonywać; w tym może również wykonywać czynności zgodnie z żądaniami odpowiadającymi części zarzutów odwołania, co nie musi oznaczać i nie oznacza uwzględnienia zarzutów odwołania w części czy całości. Zamawiający nie może jedynie do czasu wydania orzeczenia przez Izbę zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Wynika z tego, że również czynności dokonane przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu po wniesieniu odwołania składają się na stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, który jest brany pod uwagę z urzędu przy ustalaniu wyniku sprawy według reguły z art. 192 ust. 2 ustawy. Jeżeli nowe czynności spowodowały usunięcie objętych zarzutami naruszeń przepisów ustawy, podtrzymane w tym zakresie odwołanie podlega oddaleniu, z uwagi na brak wpływu tych naruszeń na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w dacie wyrokowania. Zamawiający dokonał zmiany postanowień SWIZ przed rozpoczęciem posiedzenia z udziałem stron, a po złożeniu odwołania w przedmiotowej sprawie. Izba nie może pominą

informacji przedstawionych przez Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego i nie uwzględniać ustalonego stanu rzeczy przy wyrokowaniu. Jednocześnie należy zaznaczyć, że Zamawiający wprowadził nową treść warunku jakiego spełnienia wykazania wymaga od wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu, co oznacza, że wprowadził całe nowe postanowienie, które wykonawca może kwestionować w odrębnym postepowaniu odwoławczym.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1, 2 i 3 ustawy oraz wniosek o unieważnienie przedmiotowego postepowania o udzielenie zamówienia publicznego.
Izby stwierdziła, że wyspecyfikowane przez Odwołującego na wstępie odwołania naruszenie przepisów ustawy art. 91 ust. 1, 2 i 3 nie znajduje uzasadnienia w treści odwołania.

Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zakres rozstrzygnięcia – zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

Warto zaznaczyć, że z postawionymi zarzutami skorelowane jest żądanie, kierowane w

związku z podnoszonymi nieprawidłowościami w działaniu Zamawiającego. Ono to bowiem wyznacza zakres rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą – w myśl § 34 ust. 1 powołanego rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, orzeczenie wydawane przez Krajową Izbę Odwoławczą zawiera, w przypadku wyroku, rozstrzygnięcie o żądaniach stawianych przez Odwołującego – co po myśli art. 192 ust. 3 pkt 2) i 3) ustawy, następuje z urzędu – rozstrzygnięcie o karze finansowej, unieważnieniu umowy w całości bądź w części, o skróceniu okresu obowiązywania umowy albo o stwierdzeniu naruszenia przepisów ustawy. Powyższe wskazuje jednoznacznie, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania.

Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w G. z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie

twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej." Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w R. w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (…) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej.

Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia."
Zauważyć należy, że zgodnie z orzeczeniami Sadu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia, w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14 czytamy: Oznacza to, że nawet wskazanie jej przez powoda nie jest wiążące dla sądu, który w ramach dokonywanej subsumcji jest zobowiązany do oceny roszczenia w aspekcie wszystkich przepisów prawnych, które powinny być zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1947 r., C III 137/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 20, z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57, OSNC 1958, nr 3, poz. 72; wyrok z dnia 15 września 2004 r., III CK 352/03, niepubl.). Podanie błędnej podstawy prawnej nie może wywołać negatywnych skutków dla powoda. Zwrócono również uwagę w orzecznictwie na to, że wskazanie w pozwie przez profesjonalnego pełnomocnika powoda podstawy prawnej żądania, mimo braku takiego obowiązku, może spowodować ukierunkowanie postępowania, przez pośrednie określenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 152). Ukierunkowanie to nie może jednak oznaczać formalnego związania sądu podaną podstawą prawną zwłaszcza, gdy okoliczności faktyczne mogą stanowić oparcie dla innej, adekwatnej podstawy prawnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2002 r., III CKN 182/01, niepubl.). (…) Niedopuszczalne byłoby zasądzenie przez sąd czegokolwiek na podstawie innego stanu faktycznego niż ten, który jest podstawą powództwa. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący.

Przenosząc powyższe twierdzenia Sądu Najwyższego na realia rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że w części odwołania zawierającej uzasadnienie faktyczne, argumentację Odwołującego brak jest jakiejkolwiek argumentacji, stanowiska faktycznego uzasadniającego podnoszone przez Odwołującego naruszenia art. 91 ust. 1, 2 i 3 ustawy. Odwołujący nie wskazał na czym miałoby polegać naruszenie wymienionych wyżej przepisów ustawy, jakich czynności z którymi się nie zgadza dokonał Zamawiający jak również nie wskazał Odwołujący jakich ewentualnie czynności zaniechał Zamawiający.

Zaznaczając, że odwołanie nie może mieć charakteru ogólnego, a powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań; wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów, w rozpoznawanej sprawie odwołanie w zakresie wskazanych naruszeń przepisów nie zawierało wszystkich koniecznych elementów, co zostało wykazane powyżej.

Izba wskazuje, co wymaga podkreślenia, a co związane jest z podejmowanymi w trakcie postępowania odwoławczego czynnościami przez Strony postępowania Odwoławczego, że odwołanie zawierające precyzyjne i jednoznaczne zarzuty pozwala na przygotowanie się Stron postępowania do rozprawy jak również może być podstawą do uwzględnienia odwodnia w całości lub części przez Zamawiającego, a co wiąże się z konkretnymi czynnościami procesowymi, bądź uwzględnienia poszczególnych zarzutów wniesionego odwołania, co również może oddziaływać na sytuację procesową. Wskazania jedynie podstawy prawnej bez podania faktycznej argumentacji nie stanowi skonkretyzowania uchybień, z których Odwołujący chce wysnuwać dla siebie korzystne wnioski. Podkreślić należy, że w orzecznictwie wskazuje się, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym. Istota kontradyktoryjności zawiera się natomiast w ograniczeniu roli organu/sądu prowadzącego postępowanie, a pozostawieniu inicjatywy w zakresie podejmowanych czynności stronom - uczestnikom postępowania, które zaangażowane są w spór. To strony - uczestnicy postępowania wyznaczają zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiednie wnioski o charakterze dyspozytywnym (na gruncie postępowania cywilnego - pozew, lub wniosek w postępowaniu nieprocesowym, a w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą - odwołanie). Ten wniosek rozpoczynający spór między stronami wyznacza zakres rozstrzygnięcia postępowania, zakreśla jego ramy, wskazując zarazem intencje Odwołującego. Poznanie pełnej, właściwej treści zarzutów, żądań, okoliczności faktycznych i prawnych oraz załączonych dowodów zawartych w odwołaniu złożonym w terminie zakreślonym przez prawo, pozwala na prawidłową ocenę zarzutów.
W rozpoznawanej sprawie nie wiadomym jest z czym nie zgadza się Odwołujący poza tym, że wskazuje na naruszenie art. 91 ust. 1, 2 i 3. Brak określenia zarzutów w odwołaniu czyli poza podstawą prawną wskazania stanu faktycznego oraz wskazania uzasadnienia faktycznego konkretnych czynności/ zaniechań Zamawiającego leżącego u podstaw wnoszonego środka ochrony prawnej stanowił podstawę nieuwzględnienia wskazanego przez odwołującego naruszenia podstawy prawnej (przepisu).

W tym miejscu Izba wskazuje, że całą powyższą argumentację należy odnieść także do wskazanego przez Zamawiającego żądania unieważnienia postepowania o udzielenie zamówienia publicznego. Sam fakt niepodania podstawy prawnej jaka miałaby być podstawą

unieważnienia postepowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie nie stanowi naruszenia przepisów. Jednakże brak podania uzasadnienia faktycznego, które zostałoby skorelowane z określonym żądaniem nie pozwala uznać, że Odwołujący w zakresie żądania unieważnienia postepowania jako dotkniętego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego określił zarzut odwołania. Tym samym brak wskazania w odwołaniu stanu faktycznego, uzasadnienia faktycznego podania argumentacji faktycznej z odniesieniem do przesłanek unieważnienia postępowania leżących u podstaw żądania Odwołującego we wnoszonym odwołaniu stanowi podstawę nieuwzględnienia wskazanego przez Odwołującego wniosku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 2 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:……...