

WYROK
z dnia 26 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 11 lipca 2011 r. przez **Sezam – Instal P. Cecuga i R. Cecuga sp. j., ul. Cygana 1, 45-131 Opole** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, ul. Powstańców 13, 41-300 Dąbrowa Górnicza**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu modyfikację odpowiednich zapisów ogłoszenia oraz SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu orzeczenia. Ponadto nakazuje Zamawiającemu uwzględnienie konsekwencji ww. zmian w pozostałych postanowieniach ogłoszenia oraz SIWZ wraz z załącznikami.

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, ul. Powstańców 13, 41-300 Dąbrowa Górnicza i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Sezam – Instal P. Cecuga i R. Cecuga sp. j., ul. Cygana 1, 45-131 Opole** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, ul. Powstańców 13, 41-300 Dąbrowa Górnicza** na rzecz **Sezam – Instal P. Cecuga i R. Cecuga sp. j., ul. Cygana 1, 45-131 Opole**

1

kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych sześćset złotych) stanowiącą tytułem wpisu i koszty strony poniesione z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, ul. Powstańców 13, 41-300 Dąbrowa Górnicza prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Zakup 2 samochodów ciśnieniowych do czyszczenia kanalizacji”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 29 czerwca 2011 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 lipca 2011 r. pod numerem 2011/S 124-206280.

Wykonawca Sezam – Instal P. Cecuga i R. Cecuga sp. j., ul. Cygana 1, 45-131 Opole w dniu 11 lipca 2011 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) złożył odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 7 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp i art. 3531 KC oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zawarcie we wzorze formularza oferty i wzorze umowy postanowień zmuszających wykonawcę do nabycia od Zamawiającego używanego 10-letniego samochodu ciśnieniowego Kaiser Aquastar oraz do zaoferowania ceny za ww. samochód używany (nie znając jego stanu technicznego, stopnia zużycia, itp.);
- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w pkt. 17.1.1 cz. I SIWZ swoistego kryterium oceny ofert odnoszącego się do poszczególnych elementów składowych zamówienia (samochodów ciśnieniowych), jak też do ceny oferowanej za nabycie od zamawiającego używanego samochodu ciśnieniowego Kaiser Aquastar a co za tym idzie niezgodność pomiędzy treścią ogłoszenia o zamówieniu a treścią SIWZ;
- art. 7 ust 1 art. 29 ust i i 2 ustawy Pzp poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia – wymagań odnośnie: pomp wysokociśnieniowych, kąta obrotu dla obrotowego bębna z wysuwany wysięgnikiem teleskopowym z wężem ssącym, jednostopniowości systemu odzysku wody, miejsca montażu obrotowego filtra bębnowego oraz dodatkowych

3

elementów płuczających obrotowy filtr bębnowy w sposób niejednoznaczny oraz taki, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję;

- art. 29 ust 1 2 i 3 ustawy Pzp poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia - wymagań odnośnie pomp i silników hydraulicznych oraz sprężynowych pachółków z lampami LED z bezpodstawnym użyciem nazw konkretnych marek i brakiem określenia „lub równoważny”
- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez sformułowanie szczegółowych wymagań odnośnie terminu realizacji zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz sprzeczny z treścią pkt II.3 Ogłoszenia o zamówieniu;
- art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w zw. z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 38 ust. 4 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zawarcie we wzorze umowy postanowienia przyznającego Zamawiającemu możliwość jednostronnego wprowadzania drobnych zmian i korekt do Opisu przedmiotu zamówienia na etapie realizacji zamówienia (tj. już po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego).

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- Nakazanie Zamawiającemu:
 - zmiany dotychczasowych punktów 1.2.1 12 2 1 2 3 i 1 2 4 cz I SIWZ i nadanie im następującej treści: 1.2.1 Dostawa samochodu ciśnieniowego (ssąco płuczącego) do czyszczenia kanalizacji o dopuszczalnej masie całkowitej 18 ton (samochód nr 1) wraz z przeszkoleniem pracowników Zamawiającego w zakresie pełnej obsługi i eksploatacji samochodu nr 1 nastąpi w terminie: ... dni (podaje Oferent), lecz nie więcej niż 240 dni od dnia zawarcia Umowy. 1.2.2 Dostawa samochodu ciśnieniowego (ssąco płuczącego) do czyszczenia kanalizacji o dopuszczalnej masie całkowitej 26 ton (samochód nr 2) wraz z przeszkoleniem pracowników Zamawiającego w zakresie pełnej obsługi i eksploatacji samochodu nr 2 nastąpi w terminie: ... dni (podaje Oferent), lecz nie więcej niż 240 dni od dnia zawarcia Umowy. 1.2.3 (skreślony); 1.2.4 (skreślony), a co za tym idzie dokonanie odpowiednich modyfikacji wzoru umowy oraz korespondujących z nimi postanowień SIWZ, w tym wzoru formularza oferty;
 - zmiany dotychczasowego punktu 17.1.1.1 cz. I SIWZ i nadanie mu następującej treści: „Zamawiający wybierze jako najkorzystniejszą ofertę z ceną za wykonanie przedmiotu zamówienia”;
 - zmiany dotychczasowego punktu 17.1.1.2 cz. I SIWZ i nadanie następującej treści: „Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium ofert jest cena, nie

można dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych";

4

-
- zmiany dotychczasowego pkt. 3.1.1.3 ppkt 4 cz. II SIWZ oraz pkt 2.1.3 ppkt 4 załącznika nr 1 do Umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „Obrotowy bęben do nawijania węża ssącego. Obracany o kąt min. 180 stopni wysuwany wysięgnik teleskopowy. Wąż ssący podnoszony i opuszczany hydraulicznie na wysięgniku o długości min. 1 m. io węża ssącego obracane hydraulicznie”;
 - zmiany dotychczasowego punktu 3.1.1.4 ppkt 1 cz. II SIWZ oraz pkt 2.1.4 ppkt 1 załącznika nr 1 do Umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „Pompa wysokociśnieniowa o wydatku nie mniejszym niż 220 l/min i maksymalnym ciśnieniu roboczym 200 bar lub wyższym”;
 - zmiany dotychczasowego punktu 3.1.1.4 ppkt 4 cz. II SIWZ oraz pkt 2.1.4 ppkt 4 wzoru załącznika nr 1 do Umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „Wąż ciśnieniowy o średnicy min. NW 25 i długości 120 m, zamontowany na bębnie wykonanym w całości ze stali nierdzewnej. Napęd hydrauliczny bębna z płynną regulacją prędkości pracy. Kąt obrotu ramienia 180° ”;
 - zmiany dotychczasowego punktu 3.1.1.5 ppkt 1 cz. II SIWZ oraz pkt 2.1.5 ppkt 1 wzoru załącznika nr 1 do Umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „System odzysku wody zapewniający ciągłą pracę urządzenia”;
 - zmiany dotychczasowego punktu 3.1.1.5 ppkt 3 cz. II SIWZ oraz pkt 2.1.5 ppkt 3 wzoru załącznika nr 1 do Umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „Obrotowy filtr bębnowy o stopniu oczyszczania frakcji 0,5 mm, zamontowany wewnątrz zbiornika”;
 - zmiany dotychczasowego punktu 3.1.1.5 ppkt 4 cz. II SIWZ oraz pkt 2.1.5 ppkt 3 wzoru załącznika nr 1 do Umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „System płukania i samooczyszczania filtra bębnowego”;
 - zmiany dotychczasowego punktu 3.1.1.6 ppkt 9 cz. II SIWZ oraz pkt 2.1.6 ppkt 6 wzoru załącznika nr 1 do Umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „Pompy oraz silniki hydrauliczne zabudowy”;
 - zmiany dotychczasowego punktu 3.1.1.6 ppkt 20 cz. II SIWZ oraz pkt 2.1.6 ppkt 20 wzoru załącznika nr 1 do Umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „Zastaw sprężynowych pachółków z lampami LED - 3 kpi.”;
 - zmiany dotychczasowego punktu 3.1.2.2 ppkt 1 lit. h) cz. II SIWZ oraz pkt 2.1.2 ppkt 1 lit h) wzoru załącznika nr 1 do Umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „Zbiornik wyposażony w funkcję umożliwiającą pol np. rura przelewowa albo zawór przelewowy w ścianie działowej albo ruchoma przegroda lub inne rozwiązanie równoważne umożliwiające zrealizowanie żądanej funkcji”;
 - zmiany dotychczasowego punktu 3.1.2.3 ppkt 5 cz. II SIWZ oraz pkt 2.1.3 ppkt 5 wzoru załącznika nr 1 do Umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „Obrotowy bęben z wysuwany wysięgnikiem teleskopowym z wężem ssącym. Napęd bębna z wysięgnikiem -

5

hydrauliczny. Kąt obrotu wysięgnika min. 180 stopni. Zasięg pracy wysięgnika - min. 2,80 m od osi podłużnej pojazdu”;

- zmiany dotychczasowego punktu 3.1.2.4 ppkt 1 cz. II SIWZ oraz pkt 2.1.4 ppkt 1 wzoru załącznika nr 1 do Umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „Pompa wysokociśnieniowa o wydatku nie mniejszym niż 500 l/min i max. ciśnieniu roboczym 200 bar lub wyższym”;
- zmiany dotychczasowego punktu 3.1.2.4 ppkt 4 cz. II SIWZ oraz pkt 2.1.4 ppkt 4 wzoru załącznika nr 1 do Umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „Wąż ciśnieniowy długości 150 m, NW 32 mm termoplastyczny”. • zmiany dotychczasowego punktu 3.1.2.5 ppkt 1 cz. II SIWZ oraz pkt 2.1.5 ppkt 1 wzoru załącznika nr 1 do Umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „System odzysku wody zapewniający ciągłą pracę urządzenia. Obrotowy filtr bębnowy o stopniu oczyszczania frakcji 0,5 mm, zamontowany wewnątrz zbiornika”;
- zmiany dotychczasowego punktu 3.1.2.5 ppkt 3 cz. II SIWZ oraz pkt 2.1.5 ppkt 3 wzoru załącznika nr 1 do Umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „System płukania i

samooczyszczania filtra bębnowego";

- zmiany dotychczasowego punktu 3.1.2.6 ppkt 5 cz. II SIWZ oraz pkt 2.2.6 ppkt 5 wzoru załącznika nr 1 do Umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „Pompy oraz silniki hydrauliczne zabudowy”;
- zmiany dotychczasowego punktu 3.1.2.6 ppkt 19 cz. II SIWZ oraz pkt 2.2.6 ppkt 19 wzoru załącznika nr 1 do Umowy i nadanie mu następującego brzmienia: „Zastaw sprężynowych pachółków z lampami LED - 3 kpi.”;
- wykreślenia w całości § 3 ust. 3 wzoru umowy oraz pkt. 3.2.3 cz. II SIWZ;
- wykreślenia § 4 ust. 4 wzoru umowy w całości, a co za tym idzie dokonanie odpowiednich modyfikacji § 5, § 6 wzoru umowy oraz korespondujących z nimi postanowień SIWZ, w tym wzoru formularza oferty;

II. Zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu

6

na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 13 lipca 2011 r. poprzez:

- umieszczenie wezwania do postępowania odwoławczego na stronie internetowej Zamawiającego,
- poprzez wysłanie do wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia: Dobrowolski Sp. z o.o.

W terminie przewidzianym ustawą Pzp do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego zarówno po stronie Zamawiającego jak i Odwołującego.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ponadto Izba ustaliła, że Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Pkt 1.2 „Termin realizacji zamówienia”:

1.2.1. Dostawa samochodu ciśnieniowego (ssąco-płuczającego) do czyszczenia kanalizacji o dopuszczalnej masie całkowitej 18 ton (samochód nr 1) nastąpi w terminie:

Dodni (podaje oferent, lecz nie więcej niż 120 dni od dnia zawarcia umowy

1.2.2 Przeszkolenie pracowników Zamawiającego w zakresie pełnej obsługi i eksploatacji samochodu nr 1 nastąpi w terminie do 60 dni od dnia dostarczenia samochodu nr 1 do siedziby Zamawiającego wraz z kompletem dokumentacji.

1.2.3 Dostawa samochodu ciśnieniowego (ssąco-płuczającego) do czyszczenia kanalizacji o dopuszczalnej masie całkowitej 26 ton (samochód nr 2) nastąpi w terminie:

Do..... dni (podaje oferent), lecz nie więcej niż 180 dni od dnia zawarcia umowy

1.2.4 Przeszkolenie pracowników Zamawiającego w zakresie pełnej obsługi i eksploatacji samochodu nr 2 nastąpi w terminie do 60 dni od dnia dostarczenia samochodu nr 2 do siedziby Zamawiającego wraz z kompletem dokumentacji

Pkt 17”Kryteria oceny ofert”

17.1 Kryteria i ich wagi: Oferty złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia będą oceniane według kryteriów podanych poniżej.

17.1.1 Cena – 100%

17.1.1.1 Cena za zakup i dostawę samochodu nr 1 wraz z przeszkoleniem pracowników wytypowanych po stronie Zamawiającego – 50% ceny.

Do oceny ofert brana będzie cena brutto za wykonanie całości zadania t.j. wszystkich prac opisanych w SIWZ pkt 1.6.1 wykonanych w całym okresie obowiązywania umowy

- najniższa cena otrzyma max. ilość pkt, t.j. 5
- najwyższa cena otrzyma min ilość pkt, t.j. 1,
- pozostałe oferowane wartości otrzymają proporcjonalną ilość punktów.

17.1.1.2 Cena za zakup i dostawę do siedziby Zamawiającego samochodu nr 2 wraz z przeszkoleniem pracowników wytypowanych po stronie Zamawiającego pomniejszona o wartość samochodu ssąco-płuczającego posiadanego przez Zamawiającego – 50%

Do oceny ofert brana będzie cena brutto za wykonanie całości zadania t.j. wszystkich prac opisanych w SIWZ pkt 1.6.2 wykonanych w całym okresie obowiązywania umowy

- najniższa cena otrzyma max. ilość pkt, t.j. 5
- najwyższa cena otrzyma min ilość pkt, t.j. 1,
- pozostałe oferowane wartości otrzymają proporcjonalną ilość punktów.

Zamawiający wybierze ofertę najkorzystniejszą z największą ilością punktów na podstawie ww. kryterium oceny ofert.

Specyfikacja Istotnych warunków zamówienia – cz. II – część techniczna:

Pkt 3.1.1.3 ppkt 4 „Układ ssania” – Obrotowy bęben z wysuwającym wysięgnikiem teleskopowym z wężem ssącym. Obracany o kąt min. 300 wysięgnik z wężem ssącym. Wąż ssący podnoszony i opuszczany hydraulicznie na wysięgniku o długości min 1 m. Zwijadło węża ssącego obracane hydraulicznie.

Pkt 3.1.1.4 ppkt 1 i 4 „Układ wysokociśnieniowy”:

- pompa wysokociśnieniowa – typ przemiennik ciśnienia – o wydatku nie mniejszym niż 220 l/min i ciśnieniu roboczym 200 bar.

- Wąż ciśnieniowy o średnicy min. NW 25 i długości 120 m, termoplastyczny ESH-250 marki CanalJet, zamontowany na bębnie wykonanym w całości ze stali nierdzewnej. Napęd hydrauliczny bębna z płynną regulacją prędkości pracy. Kąt obrotu ramienia 180 st.

Pkt 3.1.1.5 „Odzysk wody” ppkt 1 i ppkt 9 i ppkt 20 – jednostopniowy system odzysku wody zapewniający ciągłą pracę urządzenia, oraz pompy oraz silniki hydrauliczne zabudowy marki Parker, zestaw sprężynowych pachoków z lampami LED marki Lifton Polska Sp. J. – 3 kpl.

Pkt 3.1.2.2 „Nadbudowa” 1. Zbiornik – ppkt h) zbiornik wyposażony w obrotową ścianę działową (przegrodę) otwieraną i zamykaną hydraulicznie, uszczelnianą pneumatycznie, nieprzesuwaną.

Pkt 3.1.2.3 „Układ ssania”, ppkt 5 – Obrotowy bęben z wysuwającym wysięgnikiem teleskopowym z wężem ssącym. Napęd bębna z wysięgnikiem – hydrauliczny. Kąt obrotu wysięgnika min. 300 st. Zasięg pracy wysięgnika min. 280 m od osi podłużnej pojazdu.

Pkt 3.1.2.4 „Układ wysokociśnieniowy”, ppkt 1 – pompa wysokociśnieniowa – typ przemiennik ciśnienia o napędzie hydraulicznym – o wydatku nie mniejszym 500 l/min i maksymalnym ciśnieniu roboczym min. 200 bar, ppkt 4 – wąż ciśnieniowy długości 150 m, NW 32 mm termoplastyczny ESH – 250 marki CanalJet.

Pkt 3.1.2.5. „Odzysk wody”, ppkt 1 – jednostopniowy system odzysku wody zapewniający ciągłą pracę urządzenia. Obrotowy filtr bębnowy (szczelinowy) o stopniu oczyszczania frakcji 0,5 mm umiejscowiony wewnątrz zbiornika w jego przedniej części, ppkt 3 – dodatkowe elementy płuczające filtr: a) wysokim ciśnieniem (min. 190 bar) podczas pracy urządzenia bez konieczności stosowania mechanicznego czyszczenia filtrów, b) niskim ciśnieniem o dużej wydajności (min. 250 l/min.) podczas pracy urządzenia.

Pkt 3.1.2.6. „Inne wymagania”, ppkt 5 – pompy oraz silniki hydrauliczne marki Parker, ppkt 19 – Zestaw sprężynowych pachoków z lampami LED marki Lifton Polska Sp. J. – 3 kpl.

Załącznik nr 1 do SIWZ „Deklarujemy”:

1. Wykonanie całości zadania za ostatecznym wynagrodzeniem w wysokości:
Nettozł słownie
Bruttozł słownie

W tym:

- 1.1 cena za dostawę samochodu nr 1 wraz z przeszkoleniem pracowników wytypowanych po stronie Zamawiającego:
Nettozł słownie
Bruttozł słownie
- 1.2 cena za samochód nr 2 wraz z przeszkoleniem pracowników wytypowanych po stronie Zamawiającego:
Nettozł słownie
Bruttozł słownie
- 1.3. cena za podany przez Zamawiającego samochód zabudowany urządzeniem ssąco-płuczającym Kaiser Aquastar, marki i typu Mercedes – Benz 2648 o nr VINWDB9501431K587969, rok produkcji – 2001 i nr rejestracyjnym SD10301.
Nettozł słownie
Bruttozł słownie

9

1.4 cena za dostawę samochodu nr 2 wraz z przeszkoleniem pracowników wytypowanych po stronie Zamawiającego pomniejszona o wartość posiadanego przez Zamawiającego samochodu zabudowanego urządzeniem ssąco-płuczającym Kaiser Aquastar, marki i typu Mercedes – Benz 2648 o nr VINWDB9501431K587969, rok produkcji – 2001 i nr rejestracyjnym SD10301.

- Nettozł słownie
Bruttozł słownie

Wzór umowy:

§ 3 Obowiązki i prawa stron, ust. 3 w czasie wstępnego odbioru technicznego, Zamawiający, po konsultacji z dostawcą, zastrzega sobie możliwość wprowadzenia drobnych zmian i korekt do warunków technicznych wykonania prac zawartych w załączniku nr 1 do umowy.

§ 4 Warunki odbioru i realizacji umowy, ust. 4 odbiór każdego z samochodów nastąpi w dwóch etapach:

- 4.1. po dostawie samochodu przez dostawcę do siedziby Zamawiającego wraz z kompletem dokumentacji – z ww. czynności zostanie spisany protokół odbioru częściowego zadania, który nastąpi w terminie do 3 dni, licząc od dnia dostawy.
- 4.2. po przeszkoleniu pracowników po stronie Zamawiającego w zakresie pełnej obsługi i eksploatacji samochodu – z ww. czynności zostanie spisany protokół odbioru końcowego zadania.

Ponadto Zamawiający na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron złożył odpowiedź na odwołanie, wskazując iż uwzględnił część zarzutów podniesionych w odwołaniu i dokonał częściowej modyfikacji SIWZ w następującym zakresie: co do zarzutów zawartych w odwołaniu dotyczących sformułowania opisu przedmiotu zamówienia tj. wymagań odnośnie pomp i silników hydraulicznych oraz sprężynowych pachołków z lampami LED, w pkt 3.1.1.4 ppkt 4 został dodany zapis „lub równoważny, wyprodukowany w Unii Europejskiej”. Ponadto w pkt 3.1.1.6 ppkt 9 zostało dodane „lub równoważne wyprodukowane w Unii Europejskiej” (inne wymagania pompy i silniki hydrauliczne), w pkt 3.1.1.6 ppkt 20 zestaw sprężynowych pachołków został wykreślony w całości przez zamawiającego, pkt 3.1.2.4 ppkt 4 wąż ciśnieniowy zostało dodane sformułowanie „lub równoważny, wyprodukowany w Unii Europejskiej”, pkt 3.1.2.6 ppkt 5 pompy oraz silniki hydrauliczne zostało dodane sformułowanie „lub równoważne, wyprodukowane w Unii Europejskiej” oraz w pkt 3.1.2.6 ppkt 19 zestaw sprężynowych pachołków został wykreślony. Ponadto par. 3 ust. 3 wzoru umowy zamawiający w całości wykreślił.

Odwolujący zaś w odpowiedzi na stanowisko Zamawiającego oświadczył, iż nie cofa żadnego z zarzutów, dokonana modyfikacja po wniesionym odwołaniu stanowi stanowisko

Zamawiającego w niniejszej sprawie a zarzuty odwołania powinny być badane przez Izbę na moment wniesienia odwołania.

Izba uznała mając powyższe na względzie, iż należy skierować sprawę na rozprawę, celem merytorycznego jej rozpoznania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpatrzyła zarzut dotyczący naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 7 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp i art. 3531 KC oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zawarcie we wzorze formularza oferty i wzorze umowy postanowień zmuszających wykonawcę do nabycia od Zamawiającego używanego 10-letniego samochodu ciężarowego Kaiser Aquastar oraz do zaoferowania ceny za ww. samochód używany. Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że w świetle § 3 (obowiązki i prawa stron) ust. 1 wzoru umowy Zamawiający przewidział, że jako częściowe rozliczenie zakupu towaru, przekaże dostawcy aktualnie posiadany samochód zabudowany urządzeniem ssąco-płuczącym Kaiser Aquastar, marki i typu Mercedes – Benz 2648 o nr VINWDB9501431K587969, rok produkcji – 2001 o numerze rejestracyjnym SD10301.

Ponadto w załączniku nr 1 do SIWZ Zamawiający zawarł następujące postanowienia: „Deklarujemy”:

1. Wykonanie całości zadania za ostatecznym wynagrodzeniem w wysokości:
Nettozł słownie
Bruttozł słownie

W tym:

- 1.1 cena za dostawę samochodu nr 1 wraz z przeszkoleniem pracowników wytypowanych po stronie Zamawiającego:

Nettozł słownie
Bruttozł słownie

- 1.2 cena za samochód nr 2 wraz z przeszkoleniem pracowników wytypowanych po stronie Zamawiającego:

Nettozł słownie
Bruttozł słownie

1.3. cena za podany przez Zamawiającego samochód zabudowany urządzeniem ssąco-płuczającym Kaiser Aquastar, marki i typu Mercedes – Benz 2648 o numerze VINWDB9501431K587969, rok produkcji – 2001 o numerze rejestracyjnym SD10301.

Nettozł słownie

11

Bruttozł słownie

1.4 cena za dostawę samochodu nr 2 wraz z przeszkoleniem pracowników wytypowanych po stronie Zamawiającego pomniejszona o wartość posiadanego przez Zamawiającego samochodu zabudowanego urządzeniem ssąco-płuczającym Kaiser Aquastar, marki i typu Mercedes – Benz 2648 o nr VINWDB9501431K587969, rok produkcji – 2001 o numerze rejestracyjnym SD10301.

Nettozł słownie
Bruttozł słownie

W pierwszej kolejności Izba zwróciła uwagę na definicję dostaw zawartą w art. 2 pkt 2 ustawy Pzp zgodnie z którą przez dostawę należy rozumieć nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy najmu, dzierżawy oraz leasingu.

Z powyższego wynika, że definicja wskazana w ustawie Prawo zamówień publicznych eliminuje obowiązek wytworzenia rzeczy, w przeciwieństwie do definicji zawartej w kodeksie cywilnym (art. 605 kc). Ponadto Izba zauważa również, że w świetle przytoczonej definicji, biorąc pod uwagę, iż katalog wymienionych w niej umów (umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu) nie jest zamknięty należy stwierdzić, że ustawodawca nie ograniczył stronom przyszłej umowy o zamówienie publiczne (a w szczególności Zamawiającemu przygotowującemu postępowanie o udzielenie zamówienia) możliwości ukształtowania stosunku prawnego odpowiednio do swoich potrzeb w taki

sposób, aby zapewniło to w przyszłości właściwą realizację przedmiotu zamówienia.

Należy zatem stwierdzić, że otwartym katalogiem umów wskazanych w definicji dostawy ustawodawca umożliwił ukształtowanie stosunku prawnego w inny sposób niż w oparciu o umowę sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy czy też leasingu, a polegającą chociażby na wzajemnej wymianie bez konieczności sięgania po środki pieniężne (tzw. „umowa barterowa”) bądź też dopuszczającą częściowe rozliczenie środkami niepieniężnymi z zastrzeżeniem jednak, że taka umowa powinna wypełniać wszystkie przesłanki zawarte w definicji „zamówienia publicznego”.

Zgodnie z definicją „zamówienia publicznego” sformułowaną w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, przed zamówienie publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Tym samym do wskazania, że zawarcie określonej umowy cywilnoprawnej jest udzieleniem zamówienia publicznego, konieczne jest aby umowa była odpłatna, jej stronami byli

12

zamawiający i wykonawca, zaś przedmiotem tej umowy muszą być usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Odnosząc się do przywołanej definicji zamówienia publicznego szczególną uwagę zwrócić należy na odpłatność umowy o takie zamówienie. W doktrynie prawa cywilnego przyjęto, że odpłatną czynnością prawną jest taka czynność, w której każda ze stron uzyskuje korzyść majątkową (rozumianą zarówno jako korzyść o charakterze pieniężnym, jak również inną korzyść majątkową w postaci świadczeń niepieniężnych). Zatem biorąc pod uwagę definicję zamówienia publicznego należy stwierdzić, iż jest nim umowa zawierana pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, w wyniku której, - korzyść majątkową otrzyma zamawiający w postaci wykonanego na jego rzecz zamówienia (usługi, dostawy lub roboty budowlanej), jak i wykonawca, otrzymujący korzyść w postaci zapłaty lub w innej formie, nie zawsze pieniężnej (jednak w postaci, której wartość możliwa jest do przedstawienia w pieniądzu). Tym samym na gruncie ustawy Pzp brak jest podstaw do przyjęcia, iż niedopuszczalnym byłoby uiszczenie wynagrodzenia wykonawcy częściowo bądź w całości w formie niepieniężnej. Powyższe zostało również potwierdzone przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 30 listopada 2005 r., sygn. akt III SA/Wa 1671/05, Lex nr 239145.

Zatem, argumentacja Odwołującego, iż rozwiązanie przyjęte w SIWZ dopuszczające formę rozliczenia w postaci przekazania używanego przez Zamawiającego pojazdu jest niedopuszczalne na gruncie zamówień publicznych, i nie może przez Izbę być podzielone. Umowę, której wzór Zamawiający zawarł w SIWZ, niewątpliwie cechuje odpłatność. Przewidziano w nim, iż częściową formę zapłaty będzie stanowił posiadany przez Zamawiającego samochód zabudowany urządzeniem ssąco-płuczącym Kaiser Aquastar, marki i typu Mercedes – Benz, którego wartość można przedstawić w jednostkach pieniężnych. Zatem przekazanie ww. samochodu ma być sposobem rozliczenia wzajemnych należności pomiędzy stronami (Zamawiającym a wykonawcą), co w świetle definicji zamówienia publicznego nie odbiera przyszłej umowie waloru odpłatności, jak również mieści się w ramach przyjętej - ustawą Prawo zamówień publicznych - definicji dostawy.

Jednocześnie, Izba zgodziła się z argumentacją Odwołującego, iż brak w SIWZ opisu przedmiotowego samochodu ciśnieniowego jest istotnym uchybieniem, w świetle ustawy Pzp niemożliwym do akceptacji. Zdaniem Izby informacja co do stanu technicznego używanego samochodu, który ma być formą rozliczenia, powinna zostać upubliczniona przez Zamawiającego w SIWZ, stanowi ona bowiem element niezbędny wykonawcom do prawidłowego wyliczenia ceny. Sposób obliczenia ceny natomiast zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp jest obligatoryjnym elementem SIWZ. Zaniechanie Zamawiającego w tym

13

zakresie nie daje się także pogodzić z zasadą jawności postępowania oraz fundamentalną dla systemu zamówień publicznych zasadą równości i uczciwej konkurencji. Wykonawcy powinni wiedzieć jaki dokładnie pojazd, o jakim stanie technicznym, ma być przedmiotem

rozliczenia, biorąc pod uwagę, iż w konsekwencji zawartej z Zamawiającym umowy, nabędą prawo własności tegoż samochodu, ale przede wszystkim dla tego, iż stan techniczny samochodu bezpośrednio rzutuje na zaoferowaną przez wykonawców cenę.

Nie można zgodzić się również z argumentacją Zamawiającego, że zamiast opisu przedmiotowego samochodu wystarczającym byłoby dokonanie – na indywidualną prośbę wykonawcy – jego oględzin oraz udostępnienie przez Zamawiającego opinii. Izba zauważa, że możliwość dokonania oględzin powinna być przewidziana w SIWZ, tak aby każdy zainteresowany wykonawca na równych zasadach miał jednakową możliwość skorzystania z tego uprawnienia. W konsekwencji brak informacji co do stanu technicznego używanego samochodu oraz brak jakiegokolwiek informacji o możliwości uzyskania niezbędnych dla wyceny oferty danych stałoby w sprzeczności z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na względzie Izba nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji SIWZ w ten sposób, aby informacja co do stanu technicznego używanego pojazdu (samochodu zabudowanego urządzeniem ssąco-płuczącym Kaiser Aquastar, marki i typu Mercedes – Benz) znalazła się w specyfikacji, z uwzględnieniem informacji (w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu) o możliwości dokonania oględzin w siedzibie Zamawiającego.

W następnej kolejności Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w pkt. 17.1.1 cz. I SIWZ swoistego kryterium oceny ofert odnoszącego się do poszczególnych elementów składowych zamówienia (samochodów ciśnieniowych), jak też do ceny oferowanej za nabycie od Zamawiającego używanego samochodu ciśnieniowego Kaiser Aquastar. Izba uznała, że powyższy zarzut częściowo potwierdził się.

Izba ustaliła, że Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Pkt 17"Kryteria oceny ofert"

17.1 Kryteria i ich wagi: Oferty złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia będą oceniane według kryteriów podanych poniżej.

17.1.1 Cena – 100%

17.1.1.1 Cena za zakup i dostawę samochodu nr 1 wraz z przeszkoleniem pracowników wytypowanych po stronie Zamawiającego – 50% ceny.

Do oceny ofert brana będzie cena brutto za wykonanie całości zadania t.j. wszystkich prac opisanych w SIWZ pkt 1.6.1 wykonanych w całym okresie obowiązywania umowy

14

-
- najniższa cena otrzyma max. ilość pkt, t.j. 5
 - najwyższa cena otrzyma min ilość pkt, t.j. 1,
 - pozostałe oferowane wartości otrzymają proporcjonalną ilość punktów.

17.1.1.2 Cena za zakup i dostawę do siedziby Zamawiającego samochodu nr 2 wraz z przeszkoleniem pracowników wytypowanych po stronie Zamawiającego pomniejszona o wartość samochodu ssąco-płuczącego posiadanego przez Zamawiającego – 50%
Do oceny ofert brana będzie cena brutto za wykonanie całości zadania t.j. wszystkich prac opisanych w SIWZ pkt 1.6.2 wykonanych w całym okresie obowiązywania umowy

- najniższa cena otrzyma max. ilość pkt, t.j. 5
- najwyższa cena otrzyma min ilość pkt, t.j. 1,
- pozostałe oferowane wartości otrzymają proporcjonalną ilość punktów.

Zamawiający wybierze ofertę najkorzystniejszą z największą ilością punktów na podstawie ww. kryterium oceny ofert.

Izba nie zgodziła się z Odwołującym, że takie kryterium oceny ofert (uzależniające pośrednio przyznaną punktację od wskazanej ceny samochodu używanego) jest niedopuszczalne.

Zgodnie z treścią art. 91 ust. 2 ustawy kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. W niniejszym stanie faktycznym kryterium oceny ofert odnosić się będzie do zaoferowanej przez wykonawcę ceny. W opinii Izby przyjęcie, chociażby częściowej formy

rozliczenia niepieniężnego nie wyklucza jednocześnie możliwości oceny ofert w oparciu o kryterium ceny, co ma miejsce na gruncie omawianego przypadku, jednakże z zastrzeżeniem, że wykonawca otrzyma w części świadczenie niepieniężne w postaci używanego pojazdu.

Ponadto za chybiony uznać należy argument Odwołującego, iż kryteria oceny ofert w niniejszym postępowaniu odnoszą się do właściwości wykonawcy. Izba nie dopatrzyła się, aby kryteria oceny ofert, t.j. de facto cena - odnosiły się w jakikolwiek sposób do strony podmiotowej wykonawcy, czyli np. jego doświadczenia, wiedzy czy też sytuacji finansowej i ekonomicznej.

Niemniej jednak Izba zauważa, że kryteria oceny ofert powinny być opisane w sposób jednoznaczny i precyzyjny, tak aby umożliwiały Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

15

Izba zwróciła uwagę, iż Zamawiający zamierza oceniać cenę pojazdu nr 1 (waga – 50%) oraz różnicę ceny - pojazdu nr 2 i wartości samochodu używanego (50%). Dodac trzeba, iż Zamawiający nie wprowadził podziału zamówienia na części.

Zamawiający nie przewidział w SIWZ żadnego wzoru umożliwiającego porównanie oferty w tym kryterium w celu wyliczania liczby punktów przyznanej poszczególnym ofertom i wyłonienia oferty najkorzystniejszej.

Zgodzić się należy z Odwołującym, że Zamawiający przy tak skonstruowanych kryteriach nie będzie mógł w przyszłości dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. Trafnie obrazuje to przykład podany przez Odwołującego, który wskazał, iż w przypadku, gdy w niniejszym postępowaniu zostaną złożone oferty z następującymi cenami:

- 1) samochód nr 1 z ceną 2.900.000, 00 zł (oferta najdroższa w kategorii samochodu nr 1 – otrzyma 1 pkt), samochód nr 2 (wartość samochodu nr 2 pomniejszona o wartość używanego pojazdu) za cenę 100.000,00 zł (oferta najtańsza w kategorii samochodu nr 2 – otrzyma 5 pkt) – razem oferta otrzyma 6 pkt, z łączną ceną 3.000.000,00 zł,
- 2) samochód nr 1 z ceną 900.000, 00 zł (oferta najtańsza w kategorii samochodu nr 1 – otrzyma 5 pkt), samochód nr 2 (wartość samochodu nr 2 pomniejszona o wartość używanego pojazdu) za cenę 100.000,00 zł (oferta najtańsza w kategorii samochodu nr 2 – otrzyma 5 pkt) za cenę 1.700.000,00 zł (oferta najdroższa w kategorii samochodu nr 2 – otrzyma 1 pkt) – razem oferta otrzyma 6 pkt, z łączną ceną 2.600.000,00 zł.

Powyższe bezspornie dowodzi, iż kryteria oceny ofert zostały przez Zamawiającego ustalone wadliwie. Powołany przykład wprost wskazuje, iż w przypadku – złożenia w postępowaniu wyłącznie dwóch ofert taką samą liczbę punktów (max 6 pkt) otrzymają obie oferty różniące się cenowo. Nie wymaga dodatkowego dowodu zatem, iż postanowienia SIWZ dotyczące kryteriów oceny ofert nie gwarantują wyboru oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji uznać je należy za nieprawidłowe i wymagające korekty.

Nie można zgodzić się z Zamawiającym, iż w powołanym wyżej przykładzie uprawniony byłby do wyboru oferty najtańszej, niezależnie od przyznanej punktacji, ponieważ takie zachowanie Zamawiającego przeczyłoby zapisom SIWZ oraz prowadziło do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji.

Kryteria oceny ofert powinny być jasne zarówno dla Zamawiającego (przyznającego określoną punktację), jak i dla wykonawców, - biorących udział w postępowaniu, tak aby w przyszłości mieli oni możliwość zweryfikowania działań Zamawiającego podejmowanych w toku procedury oceny ofert.

W konsekwencji, Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert w sposób umożliwiający Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. Zasadnym jest wprowadzenie postanowień dotyczących kryteriów

16

oceny ofert odnoszących się do całości zaoferowanej przez wykonawcę ceny (cena za oba samochody pomniejszona o wartość pojazdu używanego wycenionego przez wykonawcę). Ponadto należy w SIWZ określić wzór, na podstawie, którego Zamawiający będzie dokonywał oceny złożonych ofert.

W następnej kolejności Izba zajęła się rozpoznaniem zarzutów dotyczących opisu

przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ wprowadził następujące zapisy:

Specyfikacja Istotnych warunków zamówienia – cz. II – część techniczna:

Pkt 3.1.1.1.4 pkt 4- Wąż ciśnieniowy o średnicy min. NW 25 i długości 120 m, termoplastyczny ESH-250 marki CanalJet, zamontowany na bębnie wykonanym w całości ze stali nierdzewnej. Napęd hydrauliczny bębna z płynną regulacją prędkości pracy. Kąt obrotu ramienia 180 st.

Pkt 3.1.1.6 ppkt 9 – Pompy oraz silniki hydrauliczne zabudowy marki Parker

Pkt 3.1.2.4 „Układ wysokociśnieniowy”, ppkt 1 – pompa wysokociśnieniowa – typ przemiennik ciśnienia o napędzie hydraulicznym – o wydatku nie mniejszym 500 l/min i maksymalnym ciśnieniu roboczym min. 200 bar, ppkt 4 – wąż ciśnieniowy długości 150 m, NW 32 mm termoplastyczny ESH – 250 marki CanalJet.

Pkt 3.1.2.6 pkt 5 - Pompy oraz silniki hydrauliczne zabudowy marki Parker

Zamawiający dokonał modyfikacji zapisów SIWZ dodając sformułowanie „lub równoważny, wyprodukowany w Unii Europejskiej”, Odwołujący nie cofnął powyższych zarzutów, uznając iż w takim kształcie nadal prowadzą do naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Punkty 3.1.1.6 ppkt 20 (zestaw sprężynowych pachółków) oraz 3.1.2.6 ppkt 19 został przez Zamawiającego wykreślony w wyniku dokonanej modyfikacji.

Izba zauważa, że Zamawiający zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na proces sporządzania oferty (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp). Ponadto opisu przedmiotu zamówienia nie można dokonywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp) oraz poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (nazw producentów), chyba że jest to uzasadnione jego specyfiką i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny" (art. 29 ust. 3 ustawy Pzp).

Nie ulega wątpliwości, że przepis art. 29 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter przepisu *lex specialis*, oznacza to, iż w każdym przypadku, gdy Zamawiający ma możliwość opisanie przedmiotu zamówienia bez konieczności posłużenia się nazwami własnymi, powinien tak

postąpić. Uprawnienie, wskazane w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp może być realizowane tylko w wyjątkowych sytuacjach po spełnieniu wymienionych w tym przepisie przesłanek, a opisowi towarzyszą wyrazy „lub równoważne”, co powoduje, iż konkretnie wskazane produkty nabierają przykładowego charakteru, a wykonawca ma prawo przedstawić w składanej przez siebie ofercie produkt bądź jego element inny niż wskazany przez zamawiającego, lecz spełniający wszystkie jego wymagania (wyrok z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05, niepubl).

Zatem należy wyraźnie podkreślić, iż przepisy ustawy Pzp dopuszczają możliwość opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia tylko w ściśle określonych przypadkach tj. gdy jest to uzasadnione specyfiką zamówienia lub gdy nie jest możliwe dokonanie opisu przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych, zrozumiałych dla potencjalnych wykonawców określeń. Wskazanie więc znaku towarowego, patentu lub pochodzenia jest wyjątkiem od reguły i nie powinno być interpretowane rozszerzająco.

Jednakże, w opinii Izby Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie wykazał, że Zamawiający nie był uprawniony do skorzystania z dyspozycji art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia. Przypomnienia wymaga, że ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, a Odwołujący w opinii Izby takich dowodów nie przedstawił.

Jednocześnie wobec stawianych zarzutów, Izba uznała za stosowne odniesienie się do dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji dodającej sformułowanie „lub równoważny”.

Odnosząc się do powyższej kwestii, tj. obowiązku ujęcia w opisie określenia „lub równoważne” w przypadku wykorzystania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia należy wskazać, iż oferta przedstawiająca produkt lub rozwiązanie równoważne to taka, która zawiera produkt zbieżny, nie zaś identyczny. Zamawiający dopuszczając produkt równoważny powinien więc w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamieścić istotne

z jego punktu widzenia wymogi, jakim produkt ten powinien odpowiadać. Zatem dopuszczeniu składania ofert równoważnych musi towarzyszyć precyzyjne określenie przez Zamawiającego parametrów technicznych i wymogów jakościowych dotyczących ofert równoważnych. Bez takiego określenia nie istnieje możliwość porównania ofert. Dla oceny ofert w postępowaniach, w których przewidziano składanie ofert równoważnych nie wystarczy dodanie sformułowania "lub równoważne", ale w SIWZ konieczne jest określenie uściślające wymogi Zamawiającego, odnoszące się do dopuszczalnego przez niego zakresu równoważności ofert. Zamawiający w SIWZ powinien doprecyzować zakres dopuszczalnej równoważności ofert. W przeciwnym razie nie będzie w stanie ocenić ofert pod kątem własnych potrzeb oraz porównać złożonych ofert. Koniecznym jest zatem użycie przez

18

zamawiającego sformułowań uściślających i podanie wymogów, (parametrów), odnoszących się do dopuszczalnego zakresu równoważności ofert, bowiem jedynie precyzyjne określenie równoważności daje bowiem Zamawiającemu możliwość oceny i porównania złożonych ofert. Powyższy pogląd jest ugruntowanym stanowiskiem zarówno w orzecznictwie sądów okręgowych jak i Krajowej Izby Odwoławczej. Zatem, Zamawiający w opisanych przypadkach powinien doprecyzować zakres dopuszczalnej równoważności ofert, tak aby w przyszłości mógł dokonać oceny złożonych ofert, nie naruszając jednocześnie zasady równości i uczciwej konkurencji.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, Izba uznała, że powyższe zarzuty nie znalazły potwierdzenia z zebranych przez Izbę materiale dowodowym.

Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ wprowadził następujące zapisy:

Specyfikacja Istotnych warunków zamówienia – cz. II – część techniczna:

Pkt 3.1.1.4 ppkt 1 „Układ wysokociśnieniowy” - pompa wysokociśnieniowa – typ przemiennik ciśnienia – o wydatku nie mniejszym niż 220 l/min i ciśnieniu roboczym 200 bar.

Pkt 3.1.1.5 „Odzysk wody” ppkt 1 – jednostopniowy system odzysku wody zapewniający ciągłą pracę urządzenia.

Pkt 3.1.2.2 „Nadbudowa” 1. Zbiornik – ppkt h) zbiornik wyposażony w obrotową ścianę działową (przegrodę) otwieraną i zamykaną hydraulicznie, uszczelnianą pneumatycznie, nieprzesuwaną.

Pkt 3.1.2.3 „Układ ssania”, ppkt 5 – Obrotowy bęben z wysuwany wysięgnikiem teleskopowym z węże ssącym. Napęd bębna z wysięgnikiem – hydrauliczny. Kąt obrotu wysięgnika min. 300 st. Zasięg pracy wysięgnika min. 280 m od osi podłużnej pojazdu.

Pkt 3.1.2.4 „Układ wysokociśnieniowy”, ppkt 1 – pompa wysokociśnieniowa – typ przemiennik ciśnienia o napędzie hydraulicznym – o wydatku nie mniejszym 500 l/min i maksymalnym ciśnieniu roboczym min. 200 bar,

Pkt 3.1.2.5. „Odzysk wody”, ppkt 1 – jednostopniowy system odzysku wody zapewniający ciągłą pracę urządzenia. Obrotowy filtr bębnowy (szczelinowy) o stopniu oczyszczania frakcji 0,5 mm umiejscowiony wewnątrz zbiornika w jego przedniej części, ppkt 3 – dodatkowe elementy płuczące filtr: a) wysokim ciśnieniem (min. 190 bar) podczas pracy urządzenia bez konieczności stosowania mechanicznego czyszczenia filtrów, b) niskim ciśnieniem o dużej wydajności (min. 250 l/min.) podczas pracy urządzenia.

19

Co do zarzutów dotyczących jednostopniowego systemu filtracji oraz przemiennika ciśnienia Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, iż w przypadku pomp nurnikowych (oferowanych przez Odwołującego) działają one z większym stopniem filtracji, Zamawiający zaś wymagał jednego stopnia filtracji. Zamawiający dodał, iż pompy nurnikowe charakteryzują się 4-5 stopniowym systemem filtracji, który Zamawiającemu nie będzie potrzebny, a który powoduje, iż dodatkowe elementy zabudowy zmniejszają funkcjonalność urządzenia, zwiększając również wagę pojazdu. Jak wyjaśnił Zamawiający system wielostopniowy zmniejsza wydajność takiego systemu i powoduje że jest dłuższy czas obsługi i dochodzą dodatkowe urządzenia, które należy obsłużyć. Zamawiający wymagał systemu jednostopniowego, (nie zaś wielostopniowego) ponieważ celem Zamawiającego nie było uzyskanie urządzenia dokładnie oczyszczającego wodę, ponieważ w całym systemie

oczyszczona woda (przy jednostopniowym systemie filtracji) wraca do kanału i w następstwie służy do ponownego jej oczyszczenia. Zatem Izba uznała, że powyższy zarzut nie znalazł potwierdzenia w świetle wyjaśnień Zamawiającego.

W zakresie zarzutu dotyczącego filtra bębnowego oraz jego elementów płuczających Zamawiający wyjaśnił, iż nie są mu potrzebne systemy mechaniczne, ponieważ filtr jest zanurzony w ściekach i nie ma potrzeby stosowania dodatkowych, mechanicznych sposobów oczyszczania filtra, zaś specyfikacja precyzowała dokładnie wymagania w tym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kąta obrotu wysięgnika węża ssącego, Izba dała wiarę wyjaśnieniom Zamawiającego, iż istotnym jest zastosowanie ww. kąta obrotu, gdyż w codziennej praktyce mniejszy kąt obrotu stanowi duże utrudnienie podczas pracy w ciasnych, zatłoczonych uliczkach, w miejscach gdzie urządzenia kanalizacyjne przebiegają po terenach prywatnych, bez możliwości dojazdu, zatem trudno przyznać rację stanowisku Odwołującego, iż tak dokonany opis przedmiotu utrudnia uczciwą konkurencję.

W zakresie zarzutu dotyczącego obrotowej ściany działowej, Izba uznała za zasadne stanowisko Zamawiającego, że przegroda umożliwia odseparowanie systemu filtrującego od reszty zbiornika, zaś zamknięcie ściany umożliwia np. odpompowywanie mocno zagęszczonych ścieków, bez użycia systemu odzysku wody, czyli użycia filtra obrotowego. Otwarcie przegrody umożliwia wykorzystanie całej pojemności zbiornika podczas pracy z odzyskiem wody, a po jej zakończeniu umożliwia bezproblemowy dostęp do filtra w celu jego wyczyszczenia.

Izba uznała, że powyższe zarzuty nie znalazły potwierdzenia, a odnosząc się do argumentacji Odwołującego, iż Zamawiający dopuszczając rozwiązania proponowane przez Odwołującego nie poniesie strat, należy stwierdzić, że Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia i w konsekwencji ma prawo określić przedmiot

20

zamówienia stosownie do swoich potrzeb. Ograniczenie w tym zakresie stanowi art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zakazujący opisywania przedmiotu zamówienia, w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Ponadto Izba orzekając, nie brała pod uwagę wydruków ze stron internetowych, złożonych przez Odwołującego, uznając iż dane zawarte na stronach internetowych mogą być modyfikowane, zmieniane i zdaniem Izby nie mogą stanowić wystarczającego dowodu okoliczności, na które powołuje się strona w postępowaniu odwoławczym.

Zgodnie z art. 190 ust. 7 ustawy Pzp Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie zebranego materiału. Skoro Odwołujący wywodzi, że opis przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję, to powinien powyższe wykazać w toku postępowania odwoławczego. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, zaś postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasad kontrydiktoryjności, 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).

W zakresie zarzutów dotyczących terminów realizacji Izba ustaliła, że: Pkt 1.2 cz. I SIWZ Zamawiający zamieścił wymóg, aby dostawa samochodu nr 1 nastąpiła nie później niż w terminie 120 dni od dnia zawarcia umowy, a przeszkolenie pracowników Zamawiającego miało nastąpić w ciągu 60 dni od daty dostawy samochodu. W przypadku samochodu nr 2 Zamawiający wymagał, aby jego dostawa nastąpiła nie później niż w terminie 180 dni od dnia zawarcia umowy, a przeszkolenie pracowników Zamawiającego nastąpiło w ciągu 60 dni od daty dostawy tego samochodu. W treści w pkt II.3 ogłoszenia o zamówieniu, jako czas trwania zamówienia lub termin realizacji wskazano „Okres w dniach 240 (od udzielenia zamówienia)”.

Izba uznała, że powyższy zarzut nie potwierdził się biorąc pod uwagę wyjaśnienia Zamawiającego złożone przed Izbą, że terminami obowiązującymi są terminy wskazane w

SIWZ, dla dostaw poszczególnych samochodów, zaś termin 240 dni, jest terminem maksymalnym i obejmuje termin dostawy określony do 180 dni oraz termin przeprowadzenia szkolenia do 60 dni, co łącznie wynosi 240 dni.

21

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego pkt 3.1.2.6 ppkt 19, 3.1.1.6 ppkt 20 oraz § 3 ust. 3 wzoru umowy w wyniku modyfikacji Zamawiający wykreślił powyższe zapisy, zatem zarzuty postanowienia SIWZ nie były przedmiotem rozpoznania przed Izba.

Konkludując, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego m. in. przepisów art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 12, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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 rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w tym także co do uzasadnionych kosztów Odwołującego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika, jednakże z ograniczeniem ich wysokość do kwoty określonej w § 3 pkt 2 b) niniejszego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

22