

WYROK
z dnia 7 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

**Członkowie: Marek Kolesnikow
Sylwester Kuchnio**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**Fire-Max**” Sp. z o.o., **Al. Jerozolimskie 224, 02-495 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komendę Miejską Państwowej Straży Pożarnej w Kielcach, ul. Sandomierska 81/83, 25-324 Kielce** protestu z dnia 4 sierpnia 2009 r.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

2. kosztami postępowania obciąża Komendę Miejską Państwowej Straży Pożarnej w Kielcach, ul. Sandomierska 81/83, 25-324 Kielce i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez „**Fire-Max**” Sp. z o.o., **Al. Jerozolimskie 224, 02-495 Warszawa**,

-
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 062 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Komendę Miejską Państwowej Straży Pożarnej w Kielcach, ul. Sandomierska 81/83, 25-324 Kielce** na rzecz „**Fire-Max**” Sp. z o.o., **Al. Jerozolimskie 224, 02-495 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „**Fire-Max**” Sp. z o.o., **Al. Jerozolimskie 224, 02-495 Warszawa**.

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej w Kielcach zamierza udzielić zamówienia publicznego na dostawę jednego fabrycznie nowego samochodu z drabiną automatyczną o wysokości ratowniczej 37 m (SD – 37) dla Komendy Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej w Kielcach.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem w dniu 21 lipca 2009 r., pod numerem: nr 2009/S 137 - 200189.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz) była dostępna na stronie internetowej zamawiającego od dnia 21 lipca 2009 r.

FIRE-MAX Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie wniósł protest zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 39, art. 42 ust. 1 art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655 ze zm.). Protest obejmował czynności polegających na nie opublikowaniu siwz wraz z ogłoszeniem o zamówieniu, ustaleniu niewłaściwego z przepisami terminu składania ofert i ograniczeniu kręgu wykonawców mogących uzyskać zamówienie do jednej firmy dysponującej podporami wysuwanymi poziomo (system H) i czterema wejściami do kosza ratowniczego drabiny przez sformułowane w siwz kryteria oceny ofert.

Ostatni z przywołanych zarzutów był kontynuowany w odwołaniu.

Odwołujący się w treści odwołania wskazał, że ustalone przez zamawiającego wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia określone są rygorystyczne, mimo że nie są uzasadnione potrzebami zamawiającego, a przy tym ograniczają krąg wykonawców mogących zrealizować zamówienie do jednej firmy dysponującej jednocześnie podporami wysuwanymi poziomo (system H) i czterema wejściami do kosza ratowniczego drabiny.

Odwołujący się kontynuując zarzut protestu podniósł, że ograniczenie przez zamawiającego, w kryterium oceny ofert punktowanych parametrów technicznych w kryterium technika (20 %) tylko do dwóch parametrów, stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i wskazuje jednoznacznie na jedynego wykonawcę, który może zrealizować zamówienie. Podniósł również, że zamawiający wprowadził zapis pozornie dopuszczający równoważność, jednocześnie nie punktując rozwiązań innych niż preferowane.

Odwołujący się wniósł o: uwzględnienie odwołania, nakazanie zamawiającemu zmianę treści siwz przez uwzględnienie w ocenianych parametrach technicznych rozwiązań oferowanych przez inne firmy (katalog przykładowych parametrów został wskazany w odwołaniu) oraz o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest w dniu 4 sierpnia 2009 r. (pismem z tej daty), odwołanie w dniu 21 sierpnia 2009 r. za pomocą placówki pocztowej operatora publicznego (pismo z dnia 11 sierpnia 2009 r.). Zamawiający otrzymał kopię treści w dniu 21 sierpnia 2009 r. (via faks) z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* Pzp.

Zamawiający o oddaleniu protest powiadomił w dniu 11 sierpnia 2009 r. (pismem z tej daty) podnosząc, że ma prawo ustalić parametry oceny technicznej przedmiotu zamówienia według własnych potrzeb i oczekiwań w szczególności dla dobra społeczności lokalnej i użytkowników, którym ten przedmiot będzie służył. Wywiódł, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie określa ile parametrów oceny technicznej należy uwzględnić, aby dokonać oceny oferowanego przedmiotu zamówienia. Stanowi to uprawnienie zamawiającego, który ma określić i zabezpieczyć przede wszystkim swoje oczekiwania w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie interes oferentów. Ponadto sposób rozeznania rynku i oceny przedmiotu zamówienia jest w kompetencji Zamawiającego, który dał możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych, co w pełni wyczerpuje, realizuje zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania oferentów.

Izba ustaliła na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania oraz pism wskazanych w treści uzasadnienia oraz po wysłuchaniu stanowisk stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 191 ust. 3 Pzp wyznacza granice rozpoznania zarzutów odwołania. Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. W proteście odwołujący się podniósł zarzut sformułowania kryteriów oceny ofert w sposób wskazujący na jednego wykonawcę - umożliwiając tylko jednemu wykonawcy zrealizowanie zamówienia. Zarzut ten był kontynuowany w odwołaniu i został podtrzymany na rozprawie. Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut dotyczący wadliwego opisu przedmiotu zamówienia, braku sformułowania warunków równoważności preferowanych przez zamawiającego rozwiązań technicznych podnoszony w odwołaniu. Zarzut ten nie był poprzedzony protestem.

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący się zarzucając zamawiającemu naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji przez ustalenie dyskryminujących go kryteriów oceny ofert, zmierza do uzyskania zamówienia.

Kontynuowanie przez zamawiającego postępowania, nie powoduje utraty interesu prawnego przez odwołującego się. Odwołujący się nie złożył oferty w postępowaniu, natomiast konsekwentnie podtrzymując zarzuty zawarte w proteście, wniósł odwołanie. Zamawiający prowadząc dalej postępowanie i dokonując czynności otwarcia ofert, mimo, że wobec wniesienia protestu mógł zaniechać tej czynności, naraża się na konieczność uwzględnienia

konsekwencji swego działania przy wykonywaniu wyroku Izby. Prawem uczestnika rynku zamówień publicznych jest domaganie się respektowania przez zamawiających ustawowych zasad udzielania zamówień oraz by wybór oferty najkorzystniejszej następował w warunkach realnej konkurencji. Kryteria oceny ofert ustalone przez zamawiającego mogą spowodować uszczerbek w interesie prawnym odwołującego się w uzyskaniu. Izba interes prawny odwołującego się upatruje w prawidłowym złożeniu środków ochrony prawnej oraz w ich skierowaniu na treść dokumentów postępowania w taki sposób, by doprowadzić do ich zgodności z przepisami prawa oraz umożliwić odwołującemu się zdolnemu do realizacji zamówienia ubieganie się o nie na równych, konkurencyjnych zasadach.

Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia oferty w postępowaniu, którego wady wskazał w treści środków ochrony prawnej, jedynie w celu uzyskania materialnoprawnej przesłanki umożliwiającej rozpoznanie podnoszonych zarzutów. Analogiczne stanowisko wyraziła Izba

m. in. w wyroku z dnia 11 stycznia 2008 roku sygn. akt KIO/UZP/55/07. „zmiana okoliczności (otwarcie ofert), niezależna od wykonawcy, nie może wpływać negatywnie na ocenę (...) prawa (Wykonawcy) do wnoszenia środków ochrony prawnej, jeżeli dochował on należytej staranności na każdym etapie”.

Interes prawny odwołującego się wyraża się również w domaganiu się, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa a zawarta umowa nie dotknięta była sankcją nieważności *ex tunc* z powodu wady postępowania (art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, w zw. Z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp). Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 19.12.2007 roku (sygn. akt V Ca 2506/07) wskazał, że „interes prawny w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca ma prawo oczekiwać, że sam proces udzielenia zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i z tego wynika jego interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej”. Pogląd powyższy, mimo że wyrażony został w innym stanie prawnym, zachowuje aktualność, szczególnie w odniesieniu do wnoszenia środków ochrony prawnej na treść dokumentacji postępowania.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiot zamówienia zgodnie z częścią III siwz stanowi dostawa jednego fabrycznie nowego samochodu z drabiną automatyczną o wysokości ratowniczej 37 m (SD – 37) PN-EN 1846-1 S-1-3-37-0-1 dla Komendy Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej w Kielcach. Odwołujący się wykazał, że na rynku działają dwaj wykonawcy oferujący dwie różne drabiny o wysokości SD - 37 cm, stanowiące przedmiot zamówienia:

1. odwołujący się – oferujący samochód specjalny – drabinę typu SD 37 typ DLK 37 CS na podwoziu MECO MAGIRUS MLC 160E30FF – produkowaną przez MECO MAGIRUS Brandschutztechnik GmbH z siedzibą w Ulm;
2. Mirosław Stolarczyk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe z siedzibą w Kielcach – oferujący samochód specjalny – drabinę typu SD 37 typ L 39 CAN na podwoziu Mercedes Benz 976.X7 ATEGO – produkowaną przez METZ Aerials GmbH & Co.KG z siedzibą w Karlsruhe.

Potwierdza to pismo Centrum Naukowo Badawczego Ochrony Przeciwpożarowej im. Józefa Tuliszkowskiego w Józefowie k/Otwocka z dnia 2 października 2009 r., złożone przez odwołującego się, stwierdzające, że tylko te dwa samochody posiadają świadectwa dopuszczenia. Wymóg uzyskania świadectwa dopuszczenia do użytkowania wynika z art. 7 ustawy z 24 sierpnia 1991 r. o ochronie przeciwpożarowej (Dz. U. Nr 147, poz. 1229 ze zm.) oraz rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 20 czerwca 2007 r.

w sprawie wykazu wyrobów służących zapewnieniu bezpieczeństwa publicznego lub ochronie zdrowia i życia oraz mienia, a także zasad wydawania tych wyrobów do użytkowania (Dz. U. Nr 143, poz. 1002).

Zamawiający ustalił w XVIII siwz następujące kryteria oceny ofert:

1. cena - 80 %;
2. ocena techniczna – 20 %.

W Specyfikacji Technicznej (Załączniku Nr 5 do siwz) zamawiający opisał wymagane cechy podwozia, kabiny, zabudowy pożarniczej, wyposażenia zespołu drabiny, kosza ratowniczego oraz wyposażenia dodatkowego oraz warunków gwarancji i serwisu.

Zasady oceny technicznej zamawiający wskazał w pkt 8 Specyfikacji Technicznej. Zamawiający ustalił, że ocenie podlegać będzie sposób wysuwania podpór bocznych wg pkt 4.4 oraz ilość wejść do kosza wg pkt 5.5. Zgodnie z pkt. 4.4. - podpory wysuwane poziomo (system H) otrzymują 50 pkt. Podpory wysuwane skośnie lub inne rozwiązanie otrzymuje 0 pkt, lecz nie eliminuje to oferty. W pkt 5.5 zamawiający ustalił, że kosz wyposażony w cztery wejścia otrzymuje 50 pkt, kosz wyposażony w trzy wejścia otrzymuje 0 pkt, lecz nie eliminuje to oferty. Wyniki postępowania przed Izbą wskazują, że przy ocenie zarzutów odwołania należy wziąć pod uwagę trzy czynniki kształtujące kryteria oceny ofert: wagę kryteriów – relacje kryterium ceny do kryterium oceny technicznej, dobór parametrów punktowanych w kryterium oceny technicznej oraz sposób przyznawania punktów w tym kryterium. Łącznie wskazane czynniki zostały ukształtowane w sposób dyskryminujący odwołującego się. Za niesporne uznaje Izba, że oba pojazdy oferują zbliżone rozwiązania techniczne, różniące się jednak w poszczególnych parametrach, w tym, w parametrach wybranych przez zamawiającego do oceny technicznej. Odwołujący się podniósł, że kryteria oceny technicznej sformułowane przez zamawiającego pozbawiają go możliwości uzyskania jakichkolwiek punktów w tym kryterium. Zamawiający twierdzeniu temu nie zaprzeczył, zatem chybione jest stanowisko zawarte w rozstrzygnięciu protestu dotyczące możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych. Zamawiający wywodził na rozprawie wyższą, z jego punktu widzenia, użyteczność drabiny typu SD 37 typ DLK 37 CS, zatem produkt odwołującego się nie jest z jego punktu widzenia równoważny. Skoro na rynku występują aktualnie tylko dwa rozwiązania, z których jedno zamawiający zamierza punktować, dopuszczenie możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych ma jedynie formalny, a nie materialny, charakter. Zamawiający zamierza przyznać punkty jedynie za dwa parametry, w ten sposób, że punktowane są jedynie rozwiązania techniczne zastosowane w drabinie typu SD 37 typ L 39

CAN, które otrzymają punkty. Jedynym wykonawcą, który otrzyma punkty w kryterium oceny technicznej (i to w maksymalnej wysokości) jest Mirosław Stolarczyk.

Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby oraz ukształtować kryteria oceny ofert w taki sposób, aby oferta wybrana w wyniku ich zastosowania jako najkorzystniejsza, spełniała wymagania i zaspakajała w możliwie największym stopniu potrzeby zamawiającego, pod warunkiem, że postanowienia siwz nie naruszają zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 2.250.000 zł.

Waga procentowa oceny technicznej (20%) powoduje zatem, że odwołujący się, aby złożyć konkurencyjną ofertę i mieć szansę na uzyskanie zamówienia, musiałby, w celu zrekompensowania braku punktów za ocenę techniczną, zaoferować cenę o ok. 400.000 zł niższą, niż Mirosław Stolarczyk. Odwołujący się podniósł, że tak znaczna różnica stanowiłaby cenę o charakterze dumpingowym, czemu zamawiający nie zaprzeczył.

Zamawiający nie udowodnił, iż kwestionowany sposób przyznania punktów w kryterium oceny technicznej oraz dobór punktowanych parametrów są uzasadnione jego potrzebami. Zawarte w treści pkt 4.4 załącznika Nr 5 do siwz i podtrzymywane w postępowaniu odwoławczym stwierdzenie, że preferowany przez zamawiającego system H daje większe możliwości wykorzystania drabiny w warunkach różnorodnego ukształtowania terenu i zabudowy charakterystycznej dla miasta Kielce z uwagi na możliwość indywidualnego oparcia podpory na różnej wysokości pozostało bez dowodu.

Ze złożonego na rozprawie listu referencyjnego z dnia 2 października 2009 r. wystawionego przez Komendanta Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej w Nowym Sączu wynika, że oferowana przez odwołującego się drabina Iveco Magirus typ DLK 37 CS sprawdza się na terenie o zróżnicowanej wysokości. Istnienie porównywalnych warunków na terenie miasta Kielce i Nowego Sącza potwierdził zamawiający na rozprawie. Pozbawienie odwołującego się możliwości uzyskania punktów za ocenę techniczną za spełnienie parametru wskazanego w pkt 4.4. nie znajduje zatem uzasadnienia.

Postępowanie przed Izbą wykazało, że zamawiający przygotowując postępowanie umożliwił Mirosławowi Stolarczykowi zaprezentowanie swego produktu. Możliwości takiej nie miał odwołujący się. Z oświadczeń złożonych przez strony na rozprawie wynika, że drabina, której producentem jest METZ Aerials GmbH & Co.KG, posiadana przez zamawiającego wyprodukowana została przed 30 laty. Natomiast drabina dostarczona przez odwołującego się użytkowana przez jednostkę w Starachowicach posiada długość – 30 m - inną, niż

zamawiana w aktualnym postępowaniu. Doświadczenie związane z użytkowaniem wskazanych urządzeń nie może być miarodajne dla oceny możliwości technicznych drabiny

o długości 37, którą mógłby zaoferować odwołujący się. W konsekwencji zamawiający przygotowując postępowanie nie zbadał, jak uczynił to w przypadku Mirosława Stolarczyka, funkcjonowania produktu, który może zaoferować odwołujący się. Załączone przez zamawiającego do odpowiedzi do odwołania zdjęcia ukazujące te fragmenty miasta Kielce, na których drabina Iveco Magirus typ DLK 37CS nie sprawdziłaby się, nie mogą potwierdzać stanowiska zamawiającego. Według stanu sprawy ustalonego na rozprawie twierdzenia zamawiającego w tym zakresie muszą być uznane za gołosłowne.

Izba nie znalazła również podstaw do przyjęcia, że kosz, w który wyposażona jest drabina oferowana przez odwołującego się posiada gorsze funkcjonalności (różnice istotne w czasie akcji ratowniczej), niż kosz, w który wyposażona jest drabina oferowana przez Mirosława Stolarczyka. Pozbawienie odwołującego się możliwości uzyskania punktów w tym podkryterium jest nieuzasadnione.

Zamawiający oświadczył również, że przygotowując postępowanie nie badał rynku dostawców a wiedzę o fakcie, że tylko jeden dostawca może otrzymać punkty w kryterium oceny technicznej powziął dopiero w wyniku dokonanej czynności otwarcia ofert, gdy jedyną ofertę złożył Mirosław Stolarczyk. Nawet przy uznaniu stanowiska zamawiającego za wiarygodne, świadczy ono o braku należytej staranności przy przygotowywaniu postępowania.

Reasumując, ustalone przez zamawiającego relacja kryterium ceny i kryterium oceny technicznej, dobór podkryteriów oraz sposób przyznawania punktów w kryterium oceny technicznej powodują, że złożenie oferty nie podlegającej odrzuceniu przez odwołującego się jest możliwe, jednak możliwość uzyskania przez niego zamówienia jest faktycznie wyłączona. Izba stwierdza, że kryteria oceny ofert ustalone przez zamawiającego w sposób nieuzasadniony faworyzują wyłącznie jednego wykonawcę - Mirosława Stolarczyka.

Zamawiający dopuścił się naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, gdyż uniemożliwił rzeczywistą konkurencję między działającymi na rynku podmiotami mogącymi zrealizować zamówienie. Obowiązek zamawiającego otwierania się na konkurencję wynika z prawa wspólnotowego, potwierdzony jest również w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Sformułowanie kryteriów oceny technicznej w taki sposób, że punkty uzyskać może wyłącznie jeden wykonawca, w sytuacji, gdy zamawiający nie uzasadnił należyście doboru punktowanych parametrów narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący się udowodnił, że sformułowane przez zamawiającego relacja kryterium ceny i kryterium oceny technicznej, dobór podkryteriów oraz sposób przyznawania punktów w kryterium oceny technicznej przesądzą o wyniku postępowania już na etapie publikacji siwz, uniemożliwiają udzielenie zamówienia publicznego w warunkach rzeczywistej konkurencji między wykonawcami, którzy wg postanowień siwz, mogą złożyć oferty nie podlegające odrzuceniu – odpowiadające granicznym wymaganiom zamawiającego. Twierdzenia zamawiającego, że dobór parametrów i sposób ich punktacji wynikają z jego realnych potrzeb pozostało bez dowodu.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w sformułowanych w siwz kryteriach oceny ofert znalazł potwierdzenie.

Naruszenie przepisów ustawy, których dopuścił się zamawiający ma wpływ na wynik postępowania. Izba na podstawie art. 191 ust. 1 oraz art. 191 ust. 1 a uwzględniła odwołanie. Izba jest związana zarzutami, nie zaś żądaniami, protestu (arg. *a contrario* z art. 191 ust. 3 Pzp). W obecnym stanie prawnym Izba nie może unieważnić postępowania, jest to wyłączna kompetencja zamawiającego.

Na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 2 Pzp Izba nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji siwz w taki sposób, by kryteria oceny ofert umożliwiły dokonywanie wyboru najkorzystniejszej oferty z zachowaniem zasad udzielania zamówień publicznych.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego, na podstawie rachunku

przedłożonego do akt sprawy, ograniczając je do wysokości kwoty 3600 zł zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....