

WYROK
z dnia 22 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Agata Mikołajczyk
Aneta Młacka

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2013 r. przez wykonawcę SEZAM INSTAL P. C. i R. C. spółka jawna w Opolu w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 134 ust. 6 pkt 1) w związku z art. 67 ust. 1 ppkt a) i b) ustawy Prawo zamówień publicznych, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SEZAM INSTAL P. C. i R. C. spółkę jawną w Opolu, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Zamawiającego Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie na rzecz Odwołującego SEZAM INSTAL P. C. i R. C. spółki jawnej w Opolu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, 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 Warszawie.

Skład orzekający:

2

UZASADNIENIE

Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Dostawa fabrycznie nowych wyprodukowanych w 2013 r. pojazdów do hydrodynamicznego czyszczenia kanalizacji (ciśnieniowo-ssących z odzyskiem wody) - 2 szt”.

Wobec postanowień ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante oraz niedopuszczalnego wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, Odwołujący SEZAM INSTAL P. C. i R. C. spółka jawna w Opolu złożył odwołanie, zarzucając naruszenie przepisów:

- 1) art. 134 ust 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie przez Zamawiającego czynności polegającej na niewłaściwym zastosowaniu trybu na zamówienie z wolnej ręki.

- 2) art. 29 ust. 1, 2 oraz 3 w związku z art. 7 ust. 1 oraz 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję oraz poprzez wskazanie patentów, co nie było uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia.

W oparciu o tak wyartykułowane zarzuty, Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu zmiany trybu udzielenia zamówienia na przetarg nieograniczony;
 - 2) nakazanie Zamawiającemu dokonanie stosownych zmian w treści opisu przedmiotu zamówienia, w tym unikanie podawania nazw własnych oraz dopuszczenia rozwiązań równoważnych;
 - 3) nakazanie Zamawiającemu wprowadzenie ww. zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu;
- względnie nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania i powtórzenia go na warunkach zapewniających uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców;
- 4) 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).

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł następujące argumenty, mające przemawiać za jego uwzględnieniem:

- Co do zasady, zamawiający sektorowi powinni udzielać zamówień w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Przedmiotowe postępowanie jest jedynym przykładem znanym Odwołującemu próby udzielenia zamówienia na dostawę pojazdów do czyszczenia kanalizacji w trybie z wolnej ręki. Zgodnie bowiem z art. 134 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienia sektorowego można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1-5 oraz pkt 8 i 9. Zgodnie natomiast z art. 67 ust. 1 pkt 1 ppkt a i b ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: dostawy usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze oraz z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów.

-Artykuł 67 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych określa przesłanki stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Jak w przypadku wszystkich trybów niemających charakteru podstawowego, także w przypadku zamówienia z wolnej ręki zamawiający jest uprawniony zastosować ten tryb jedynie w okolicznościach określonych w ustawie. W pełni zachowuje aktualność (o aktualności orzecznictwa wydanego na podstawie poprzednio obowiązującej ustawy PZP, zob. J. Jerzykowski w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz WKP 2012*) stanowisko SN wyrażone w wyroku z dnia 6 lipca 2001 roku (sygn. akt III RN 16/01, OSNP 2001, nr 22, poz. 657), że przepis stanowiący, iż zamawiający może udzielić tzw. zamówienia z wolnej ręki tylko wtedy, gdy zachodzi jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności, powinien być interpretowany w sposób ścisły, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień publicznych w trybie przetargu. W doktrynie, jako przykład przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze (art. 67 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), „najczęściej wymienia się udzielanie zamówień *monopolistom naturalnym* (np. dostawy wody z sieci wodociągowej), jednakże omawiana przesłanka obejmuje wiele stanów faktycznych. Może np. znaleźć zastosowanie w sytuacji unikatowej technologii, którą dysponuje tylko jeden wykonawca, albo w konieczności kontynuowania standardu urządzeń, którymi dysponuje zamawiający” (zob. J. Jerzykowski w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP 2012, LEX nr 125890*). Przy czym ustawa wskazuje przyczyny techniczne przesądzające o możliwości wykonania zamówienia tylko przez jednego wykonawcę. Muszą one mieć charakter zobiektywizowany. Zgodnie z wyrokiem SN z 6 lipca 2001 roku (sygn. akt III RN 16/01, OSNP 2001, nr 22, poz. 657), „przesłanka *prawna*

jedynego „wykonawcy”, warunkująca dopuszczalność udzielenia tzw. zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu ustawy, ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca — monopolista, świadczący tego rodzaju szczególne usługi i przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, w której obiektywnie rzecz biorąc — w danym miejscu i czasie na rynku istnieje dwu lub więcej wykonawców, mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi, ponieważ w tym ostatnim przypadku decyzja o tym, któremu z nich należy udzielić zamówienia publicznego, powinna być podjęta w innym trybie przewidzianym ustawą o zamówieniach publicznych, zasadniczo w trybie przetargu”. Z kolei NSA podkreślał w wyroku z dnia 11 września 2000 roku (sygn. akt II SA 2074/00, Wokanda 2001, nr 1, poz. 39), iż „przekonanie wnioskującego o zatwierdzenie trybu zamówienia z wolnej ręki co do tego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne jest w stanie wykonać zamówienie, nie stanowi dostatecznej podstawy do przyjęcia, iż jest to jedyny wykonawca”. Przedstawioną linię orzecniczą popiera również Krajowa Izba Odwoławcza w swoich uchwałach ws. zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP. Zgodnie z uchwałą z dnia 25 czerwca 2009 roku (sygn. akt KIO/KD 16/09, LEX nr 590077) KIO podkreśla, iż „(...) „względy techniczne” o obiektywnym charakterze, na które powołuje się Zamawiający, a o których mowa w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy — Pzp muszą być poparte rzeczywistym monopołem danego wykonawcy na uzyskanie od niego zamówienia. Subiektywne przekonanie Zamawiającego, że tylko jeden wskazany przez niego wykonawca daje gwarancję najlepszego wykonania danego przedmiotu Zamówienia, nie jest wystarczającym wypełnieniem ww. przesłanki. Konieczne jest bowiem wskazanie, iż danego zamówienia nie jest w stanie wykonać żaden inny podmiot”. Z kolei w uchwale z dnia 30 grudnia 2009 roku (sygn. akt KIO/KD 54/09, LEX nr 590072) Izba wskazała, iż „Przesłanka wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę musi być zobiektywizowana, a przyczyny techniczne powinny zachodzić gdy niezbędnie konieczne jest posiadanie szczególnych kwalifikacji, sprzętu lub innego wyposażenia, a wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione”. Natomiast w uchwale z dnia 7 kwietnia 2009 roku (sygn. akt KIO/KD 8/09, LEX nr 490015) KIO wskazała iż „Przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp nie może znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy na rynku obiektywnie rzecz biorąc istnieją wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie”.

- Przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych zezwala na zamówienia z wolnej ręki, gdy przedmiot zamówienia służy tylko jednemu podmiotowi, a jego wyłączność podlega ochronie z mocy norm ustawowych. Ma to miejsce w szczególności w przypadku objęcia ochroną prawnoautorską lub patentową (zob. J.

Jerzykowski w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, WKP 2012, LEX nr 125890). Jednakże, oceniając dopuszczalność udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych, ocenie powinno podlegać także istnienie przedmiotów substytucyjnych w stosunku do przedmiotu, który zamawiający zamierza nabyć.

- Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia w sposób szczegółowy wskazał wymaganie, którym powinny odpowiadać zarówno samochody, jak i zabudowa ciśnieniowo-ssąca z odzyskiem wody. Niestosownie jednak przyjął w uzasadnieniu wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, iż na rynku istnieje jedynie jeden wykonawca zdolny wykonać dane zamówienie. Przede wszystkim Zamawiający wskazał, iż „w celu prawidłowego i sprawnego funkcjonowania Zakładu Sieci Kanalizacyjnej w MPWiK w m.st. Warszawie S.A. niezbędne są urządzenia do czyszczenia sieci kanalizacyjnej wyposażone w rozwiązania umożliwiające sprawne i efektywne czyszczenie sieci kanalizacyjnej oraz obsługę przez jednego operatora”. W dalszej części uzasadnienia Zamawiający podkreśla, iż możliwe jest to jedynie przez umieszczenie wszystkich elementów (bęben węża tłocznego małego, bęben węża tłocznego dużego oraz panel sterujący) na wysięgniku węża ssącego. Zamawiający wskazuje, iż tego typu system został opatentowany przez niemiecką firmę Wiedemann & Reichhardt GmbH. Przy czym Zamawiający dokonał w uzasadnieniu dosyć szczegółowego opisu pracy operatora, zapewniając, iż tego typu usługę można wykonać jedynie na sprzęcie wspomnianej powyżej firmy. Odwołujący nie zgadza się z powyższym stanowiskiem, gdyż na rynku funkcjonuje większa ilość firm, mogąca sprostać wymaganiom

stawianym przez Zamawiającego w OPZ. Tym samym Zamawiający nie wziął pod rozwagę względów technicznych o zobiektywizowanym charakterze. To, że w opinii Zamawiającego w/w firma jako jedyna jest zdolna do wykonania przedmiotowego zamówienia nie oznacza, iż jest to jedyny Wykonawca na rynku, który może sprostać wymaganiom stawianym przez Zamawiającego w OPZ. Co więcej, skoro sam Zamawiający zamierza udzielić zamówienia z wolnej ręki innemu podmiotowi niż Wiedemann & Reichhardt GmbH, to sam przyznaje, że istnieje więcej niż jeden podmiot zdolny do wykonania zamówienia. Co więcej, rozwiązania techniczne przyjęte przez firmę Wiedemann & Reichhardt GmbH nie są jedynymi, które mogą zapewnić wykonanie przedmiotowego zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w OPZ. Na rynku funkcjonuje wiele firm oferujących sprzedaż pojazdów do hydrodynamicznego czyszczenia kanalizacji (ciśnieniowo-ssących z odzyskiem wody). Tylko celem przykładu można wskazać na takie firmy, jak: KROLL Fahrzeugbau - Umwelttechnik GmbH, czy Odwołujący.

- Z niezrozumiałych względów, Zamawiający zignorował opublikowane w 2010 r. przez Urząd Zamówień Publicznych, Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających

na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę. Jak trafnie wskazuje bowiem UZP w przedmiotowym opracowaniu, *„Względy techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia bez konieczności przeprowadzenia procedury konkurencyjnej muszą mieć charakter zasadniczy, tak aby można było wykazać, że udzielenie Zamówienia innemu wykonawcy jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe i że ta okoliczność ma charakter nieprzewidywalny. Zatem istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, nie budzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania zamawiającego. Należy w tym wypadku brać pod uwagę nie tylko wykonawców prowadzących działalność na terenie Polski, ale również wykonawców pochodzących z innych państw członkowskich UE. Ponadto, do wykazania, że zamówienie może być wykonane tylko przez jednego wykonawcę nie wystarczy sam fakt, że ma ono złożony charakter, tym bardziej gdy jego realizacja została rozłożona na dłuższy okres lub fakt, że przedmiotem zamówienia są urządzenia o specyficznych cechach lub o specyficznych cechach ich montażu. (...). Należy więc wykazać również, że na rynku nie istnieją rozwiązania równoważne rozwiązaniom, objętym prawem autorskim lub patentem, które odpowiadałyby potrzebom zamawiającego. Tym samym, w sytuacji, gdy na rynku istnieje możliwość uzyskania zamówienia od innych wykonawców nie może on powoływać się na przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy PZP, ponieważ prowadziłoby to do nierównego traktowania wykonawców.”*

- Skoro na rynku funkcjonuje większa ilość podmiotów spełniająca wymagania techniczne przewidziane przez Zamawiającego, to nie mógł on powołać się na przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a i b ustawy Prawo zamówień publicznych i wyłonić Wykonawcę w trybie zamówienia z wolnej ręki. W omawianym przypadku konieczne byłoby raczej zorganizowanie przetargu i wyłonienie Wykonawcy, który będzie spełniał kryteria wymagane przez Zamawiającego (zarówno techniczne, jak i cenowe).

- Zamawiający rażąco naruszył zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Uzasadnienie wyboru trybu z wolnej ręki, wydaje się bowiem być wprost zaczerpnięte z folderów reklamowych preferowanego wykonawcy, a nie wynikiem obiektywnej oceny rynku producentów i dostawców samochodów ciśnieniowych pod kątem realnych i obiektywnych potrzeb Zamawiającego. Przykładowo wskazywanie, że dochodzi do pobici personelu Zamawiającego w związku ze zbyt głośną pracą takiego pojazdu, równie dobrze mogłoby uzasadniać konieczność zabudowania na pojeździe armatki wodnej, w celu umożliwienia samoobrony pracownikom Zamawiającego.

- w zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1, 2 oraz 3 w związku z art. 7 ust. 1 oraz 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję oraz

poprzez wskazanie patentów, co nie było uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, wymagania stawiane przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia nie pokrywają się z treścią uzasadnienia dotyczącego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki (vide: Protokół postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki - postępowanie nr 02484/WS/PW/PWS-DZA/D/2013 wraz z załącznikiem nr 1). Natomiast samo uzasadnienie przytoczone przez Zamawiającego w Ogłoszeniu o dobrowolnej przejrzystości ex ante, nie pokrywa się z uzasadnieniem przytoczonym przez Zamawiającego w Protokole postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. W uzasadnieniu Zamawiającego jest mowa o podwójnym sprzęgle DUO, które to umożliwia zwiększanie obrotów pompy ciśnieniowej w zależności od potrzeb, bez konieczności zwiększania obrotów silnika spalinowego pojazdu. Zamawiający podkreśla, iż firma Wiedemann & Reichhardt GmbH posiada takowe sprzęgło, a co się z tym wiąże w sposób istotny zostają ograniczone koszty eksploatacji paliwa. Rozwiązania o takiej funkcjonalności są powszechnie stosowane przez producentów samochodów ciśnieniowych posiadających własne biura konstrukcyjne. Nie jest więc prawdą twierdzenie Zamawiającego, iż tylko sprzęgło DUO jest w stanie zapewnić taką funkcjonalność i nie istnieją w stosunku do niego rozwiązania równoważne. Zamawiający, powołując się w uzasadnieniu redukcji hałasu wskazał, iż firma Wiedemann & Reichhardt GmbH zarejestrowała podwójne sprzęgło DUO w urzędzie patentowym pod numerem DPA 10 2010 010 940.1. Zamawiający nie załączył jednak informacji o patencie, ani też nie doprecyzował w urzędzie patentowym, którego państwa w/ w rozwiązanie techniczne zostało zarejestrowane. W związku z brakiem w/w informacji Odwołujący nie jest w stanie odnieść się do informacji podanych przez Zamawiającego oraz odpowiednio ich zweryfikować. Odwołujący zauważył, iż w bazie niemieckiego Urzędu patentowego nie widnieje wskazany przez Zamawiającego numer, tak samo, jak w systemie Espacenet, zawierającym dokumenty Europejskiego Urzędu Patentowego oraz urzędów patentowych poszczególnych krajów europejskich ([http: / /pl.espacenet.com/singleLineSearch](http://pl.espacenet.com/singleLineSearch)). Zamawiający w Protokole postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki wskazał również, iż efektywne i sprawne czyszczenie sieci kanalizacyjnej możliwe jest jedynie poprzez umieszczenie wszystkich elementów, tj. bęben węża tłocznego małego, bęben węża tłocznego dużego oraz panel sterujący, na wysięgniku węża ssącego. Zamawiający wskazał, iż tego typu system jest opatentowany przez niemiecką firmę Wiedemann & Reichhardt GmbH, przy czym wskazał, iż informacja o patencie zostanie podana w załączeniu, czego jednak nie uczynił.

- Odwołujący wskazał na wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2012 roku, w którym Izba stwierdziła, iż „Zamawiający musi określić przedmiot w sposób obiektywny, unikając stosowania nie tylko znaków towarowych, patentów czy oznaczeń - jeżeli jednocześnie nie dopuszcza przy tym rozwiązań równoważnych - ale także doboru parametrów przedmiotu Zamówienia, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub konkretnego wykonawcę, a tym samym eliminowałyby w sposób nieuzasadniony możliwość zaoferowania innych produktów, spełniających obiektywne i uzasadnione potrzeby zamawiającego” (sygn. akt KIO 636/12, LEX nr 1148348). Zgodnie więc z powyższym, Opis Przedmiotu Zamówienia został dokonany przez Zamawiającego w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, co nie powinno mieć miejsca nawet w przypadku udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem Izby „(...) art. 29 ust. 2 PZP, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przywołany przepis wskazuje na obowiązek obiektywnego opisu przedmiotu zamówienia, co oznacza, iż zamawiający winien unikać stosowania wszelkich parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub konkretnego wykonawcę, zwłaszcza jeśli skutkiem tego następuje eliminacja innych potencjalnych uczestników postępowania” (wyrok KIO z dnia 1 marca 2013 roku, sygn. akt KIO 334/12, LEX nr 1127047). Nie ulega zatem wątpliwości, iż także opis przedmiotu zamówienia został dokonany przez Zamawiającego w sposób naruszający podstawowe zasady ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający w istocie najpierw opisał przedmiot zamówienia w sposób nieobiektywny, nie odnosząc się do własnych uzasadnionych potrzeb i funkcjonalności, lecz do opisów zawartych w — jak się wydaje — dokumentach przekazywanych mu przez preferowanego wykonawcę. Następnie, w oparciu o tak sporządzony opis przedmiotu zamówienia uznał, że na całym świecie oraz w całej Unii Europejskiej istnieje tylko jeden potencjalny wykonawca oferujący rozwiązania stosowane

przez producenta Wiedemann & Reichhardt GmbH, przy czym wykonawcą tym nie jest firma Wiedemann & Reichhardt GmbH, lecz Voltoria S.A.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia w tym w ogłoszenia publicznego, szczególności postanowienia o zamiarze zawarcia umowy, zaproszenia do złożenia oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby, będąc zobligowanym do zbadania z urzędu przesłanek materialnoprawnych warunkujących środki ochrony prawnej stwierdził, że Odwołujący legitymuje się przesłankami materialnoprawnymi, o których stanowi art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, środki ochrony prawnej w rozumieniu tego przepisu przysługują, obok wykonawcy zdefiniowanego w art. 2 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy uczestnika konkursu (art. 118 ustawy) również innemu podmiotowi. Takim podmiotem – jak w niniejszej sprawie - będzie przedsiębiorca, który mógłby być potencjalnym uczestnikiem postępowania konkurencyjnego (prowadzonego w jednym z trybów określonych ustawą), ale wobec wszczęcia postępowania, w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 134 ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy z naruszeniem – zdaniem Odwołującego - tego przepisu, uniemożliwił mu wzięcie udziału w postępowaniu w charakterze wykonawcy. Zdaniem Izby, potencjalnemu podmiotowi, mogącemu wykonać zamówienie i wyrażającemu taką chęć nie można a priori odmówić interesu we wnoszeniu odwołania w koniunkcji z utratą możliwości uzyskania zamówienia (możliwość poniesienia szkody), będącej wynikiem nieprawidłowo zastosowanego trybu udzielenia zamówienia. W niniejszej sprawie Izba uznała, że Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, na gruncie art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż jest on – niekwestionowanym przez Zamawiającego - przedsiębiorcą oferującym pojazdy tego rodzaju jak objęty zamówieniem (a nawet w przeszłości oferował Zamawiającego pojazd tego rodzaju) i tym samym mógłby potencjalnie ubiegać się o wykonanie dostawy, będącej przedmiotem zamówienia. To oznacza także, że udzielenie zamówienia przez Zamawiającego w trybie zamówienia z wolnej ręki na rzecz innego podmiotu, może spowodować powstanie po stronie Odwołującego szkody z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, o którego uzyskanie – jak wskazano - mógłby się realnie ubiegać. Zdaniem Izby, zbyt wąskie rozumienie interesu w koniunkcji z potencjalną możliwością poniesienia szkody pozostawałoby w sprzeczności m.in. z dyrektywą Rady 89/665/665

i 92/13/EWG zmienionych dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG.

Podkreślenia następnie wymaga, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy Prawo zamówień publicznych pozwala zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki wyłącznie w sytuacji, gdy dane dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Natomiast pkt b tego przepisu pozwala zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, gdy dane dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Przepis art. 134 ust. 6 pkt 1 ustawy powtarza wskazane przesłanki, adresując je do zamawiającego dokonującego zamówienia sektorowego.

Zamawiający wskazał te przepisy jako podstawę zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki i konsekwentnie prezentował w toku postępowania odwoławczego to stanowisko.

W uzasadnieniu wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, w ogłoszeniu o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* Zamawiający podał, że dostawy mogą być zrealizowane lub dostarczone tylko przez określonego oferenta z przyczyn technicznych, związanych

z ochroną wyłącznych praw. Zamawiający w sposób następujący uzasadnił przyjętą podstawę wyboru trybu: „W celu prawidłowego i sprawnego funkcjonowania Zakładu Sieci Kanalizacyjnej w MPWiK w m.st. Warszawie S.A. niezbędne są urządzenia do czyszczenia sieci kanalizacyjnej wyposażone w rozwiązania umożliwiające sprawne i efektywne czyszczenie sieci kanalizacyjnej oraz obsługę przez jednego operatora. Możliwe jest to jedynie poprzez umieszczenie wszystkich elementów takich jak bęben węża tłoczego małego, bęben węża tłoczego dużego oraz panel sterujący, na wysięgniku węża ssącego. Tego typu system jest opatentowany przez Niemiecką firmę Wiedemann & Reichhardt GmbH. Rozwiązanie firmy Wiedemann & Reichhardt GmbH objęte jest patentem w zakresie budowy wysięgnika prowadzącego wąż ssący, który hydraulicznie obracany o 1800i wysuwany o min. 1200 mm, zapewnia identyczne warunki pracy i zasięg po obu stronach pojazdu (w stosunku do osi podłużnej samochodu), na wysięgniku umieszczone są również bębny węża tłocznych oraz panel sterujący. Pracownik stojący nad studzienką ma wszystkie mechanizmy robocze niezbędne do czyszczenia kanałów (wężę ssący i ciśnieniowy, stały panel sterujący) w zasięgu ręki, na jednym wysięgniku. Rozwiązanie to znacznie ułatwia pracę operatora, ponieważ nie musi operować każdym z wymienionych mechanizmów osobno i powoduje znaczną oszczędność czasu i nakładów finansowych na eksploatację poprzez zmniejszenie obsady obsługi wymienionego pojazdu z zabudową Wiedemann & Reichhardt GmbH z dwóch osób na jedną. Bardzo istotną zaletą tego rozwiązania jest wspólny wysięgnik prowadzący wąż ssący i wężę ciśnieniowy, który zapewnia również możliwość omijania przeszkód terenowych, płotów,

zaparkowanych pojazdów, koszy itp. Nie ma również potrzeby obracania pojazdu i kilkakrotnego podejżdżania do studzienki, co jest bardzo istotne w warunkach zatłoczonej aglomeracji miejskiej gdzie bardzo często nie ma możliwości dojazdu samochodem dokładnie nad studzienką kanalizacyjną. Dzięki wydłużonemu zasięgowi wynoszącemu 3 m od krawędzi bocznych pojazdu, możliwy jest dostęp do studzienek kanalizacyjnych znajdujących się na posesjach, na które nie można wjechać samochodem ciężarowym. Możliwe jest również czyszczenie sieci np. nad źle zaparkowanym samochodem lub stojącym (przeszkadzającym) kontenerem na śmieci. Ze względu na to, iż bardzo dużą część kosztów eksploatacji tego typu pojazdów stanowi koszt zakupu paliwa, bardzo istotnym jest również jego ograniczenie. Firma Wiedemann&Reichhardt GmbH wyposaża swoje urządzenia, także w sprzętło podwójne DUO, które umożliwia zwiększanie obrotów pompy ciśnieniowej w zależności od potrzeb, bez konieczności zwiększania obrotów silnika spalinowego pojazdu. Skutkuje to obniżeniem zużycia paliwa oraz redukcją hałasu wywarzanego przez pracujący pojazd, powoduje również znaczną poprawę organizacji pracy poprzez wydłużenie okresu eksploatacji pojazdu bez potrzeby tankowania, co za tym idzie pracę w/w pojazdu w ruchu ciągłym przez trzy zmiany bez konieczności powrotu na stację paliw MPWiK S.A. Funkcjonalność ta jest bardzo ważna, ponieważ poruszanie się po Warszawie jest bardzo czasochłonne z powodu tzw. korków ulicznych. Pojazdy pracują bardzo często w godzinach nocnych i dlatego tak istotne jest, aby powodowały jak najmniejszy hałas, a ich praca była możliwie jak najmniej uciążliwa dla mieszkańców Warszawy. Rozwiązanie to zostało zarejestrowane przez firmę Wiedemann & Reichhardt GmbH w urzędzie patentowym. Wskazany Wykonawca firma Voltoria Consulting 09-402 Płock ul. Warszawska 4/2 jest jedynym, autoryzowanym przedstawicielem w Polsce firmy Wiedemann&Reichhardt.” Finalnie Zamawiający uznał, że tylko samochody wyposażone we wskazane rozwiązania spełniają jego wszystkie oczekiwania techniczne i „mając świadomość po rozpoznaniu rynku, że nie istnieją równoważne rozwiązania” firma Voltoria Consulting jest jedynym wykonawcą mogącym zrealizować przedmiotowe zamówienie.

Biorąc pod uwagę uzasadnienie trybu zamówienia z wolnej ręki zaprezentowane w ogłoszeniu o zamówieniu o dobrowolnej przejrzystości ex ante jak i protokole postępowania (z nieznaczną różnicą w tym ostatnim dokumencie, w zakresie wskazania, że rozwiązanie dotyczące wspólnego wysięgnika prowadzącego wąż ssący i wężę ciśnieniowy daje możliwość nie zajmowania dodatkowo pasa ruchu drogowego oraz że pracownicy Zamawiającego spotykają się wielokrotnie z niezrozumieniem ich pracy z uwagi na hałaśliwe działanie urządzeń, co skutkuje nieprzyjemnymi incydentami), oraz argumentację prezentowaną przez strony na rozprawie, stwierdzenia wymaga, że Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek uzasadniających dokonanie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Izba zwraca uwagę, że tryb zamówienia z wolnej ręki – tak jak podnosi się wielokrotnie w doktrynie oraz orzecznictwie krajowym i europejskim - stanowi najdalej idący wyjątek od zasady konkurencyjności postępowań na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. Zastosowanie procedur otwartych jest zasadą w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy bowiem pamiętać, iż fundamentalną zasadą udzielania zamówień publicznych jest zasada wolnej konkurencji, która zapewnia otwarty dostęp do rynku na równych prawach wszystkim podmiotom gospodarczym, wyrażającym pragnienie realizacji zamówienia. Powyższe potwierdza uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 6 lipca 2001 r. w spr.o sygn. akt III RN 16/01 OSNPC 2001: „przesłanka *prawna jedyne go wykonawcy, warunkująca dopuszczalność udzielenia tzw. zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu ustawy, ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca (...), świadczący tego rodzaju szczególne usługi i przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, w której obiektywnie rzecz biorąc – w danym miejscu i czasie na rynku istnieje dwu lub więcej wykonawców, mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi, ponieważ w tym ostatnim przypadku decyzja o tym, któremu z nich należy udzielić zamówienia publicznego, powinna być podjęta w innym trybie przewidzianym ustawą o zamówieniach publicznych, zasadniczo w trybie przetargu*”. Zwrócić warto także uwagę na orzecznictwo ETS (sprawa C - 199/85 Komisja przeciwko Republice Włoch), z którego wynika, że dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) nie jest wystarczające, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia - zamawiający musi bowiem przede wszystkim wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba podmiotów mogących wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. Ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury konkurencyjnej i udzielenia zamówienia z wolnej ręki ciąży na tym, kto wywodzi z tego skutki prawne, a więc na zamawiającym, który wszczyna takie postępowanie. Potwierdza to wyrok ETS z dnia 18.11.2004r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciw Republice Federalnej Niemiec (C-126/03).

Tym samym, tryb zamówienia z wolnej ręki można zastosować tylko w sytuacjach ściśle określonych przez ustawę, w tym przypadku art. 67 ust.1 pkt 1 ustawy, z uwzględnieniem dodatkowych przesłanek dedykowanych zamawiającemu dokonującemu zamówienia sektorowego, o których stanowi art. 134 ust. 6 ustawy, a żadna z przesłanek jego zastosowania nie może być traktowana w sposób rozszerzający. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie,

istnienie tylko jednego dostawcy lub wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania zamawiającego. Przesłanka istnienia jednego wykonawcy, warunkująca dopuszczalność udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu dotyczy sytuacji, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca - monopolista, świadczący tego rodzaju szczególne usługi, a obiektywne względy techniczne muszą być poparte rzeczywistym monopolem danego wykonawcy, warunkującym realizację danej usługi tylko przez tego wykonawcę. Udzielenie zamówienia z wolnej ręki możliwe jest tylko w przypadku, gdy nie istnieje na rynku jakakolwiek inna możliwość wykonania zamówienia przez innego wykonawcę (innych wykonawców), która alternatywnie realizowałyby cele danego postępowania. Izba podkreśla, że dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Prawo zamówień publicznych (a także art. 134 ust. 6 pkt 1), nie jest wystarczające wskazanie, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Przede wszystkim Zamawiający musi wykazać, że tylko i wyłącznie jeden wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem, obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do konkretnego zamówienia, istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Te okoliczności mogłyby być dotychczas zweryfikowane przez Zamawiającego, chociażby w trybie prowadzonych postępowań w konkurencyjnych trybach przewidzianych ustawą. Stanowisko Zamawiającego, że tylko firma Voltoria Cosulting z Płocka jest w stanie

zaoferować pojazd czyniący zadość wymaganiom Zamawiającego, wyprodukowany przez Wiedemann&Reinhardt GmbH nie została w żaden sposób zweryfikowana, jeśli wziąć pod uwagę, że zastosowanie trybu niekonkurencyjnego nie dało możliwości uzyskania odpowiedzi rynku na potrzeby Zamawiającego, w tym poznania odpowiedzi na pytanie, czy rzeczywiście inni wykonawcy nie zaoferują zgodnych z wymaganiami Zamawiającego pojazdów.

Istotne jest bowiem, że termin realizacji zamówienia przyjęty przez Zamawiającego w tym postępowaniu to data 16 grudnia 2013 r. Zatem do tego dnia miała nastąpić dostawa pojazdów zgodnych z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący wskazywał – czego Zamawiający nie zakwestionował – że każdorazowo dostawa pojazdów odbywa się na konkretne zamówienie i uwzględnia jednostkowe wymagania; pojazdy są wytwarzane pod konkretne potrzeby danego zamawiającego i dostosowane do wymagań ich nabywcy. Nie sposób zatem wyłaczyć – co też Odwołujący uprawdopodobnił złożonym na rozprawie pismem producenta pojazdów, które chciałby zaoferować – że w ustalonym przez Zamawiającego terminie wykonania zamówienia, zaoferowany zostałby pojazd, dostosowany do szczegółowych wymagań Zamawiającego.

14

Odwołujący złożył bowiem oświadczenie producenta pojazdów (Kroll Fahrzeugbau-Umwelttechnik GmbH w Wesel), które chciałby zaoferować Zamawiającemu, z którego wynika, że „Firma Kroll Fahrzeugbau jest w stanie wyprodukować, zgodnie z własnymi wytycznymi dotyczącymi produkcji, następujące przedmioty: 1) ramię teleskopowe z dużym bębnem wysokiego ciśnienia, małym bębnem wysokiego ciśnienia oraz prowadzeniem węża ssącego umożliwiającym równoległą pracę wszystkich węży wraz z panelem sterowania zamontowanym na ramieniu teleskopowym. W/w elementy mogą być obsługiwane przez jednego pracownika. Zasięg węży powinien wnosić około 3 metry od bocznych krawędzi samochodu. Ramię teleskopowe jest sterowane hydraulicznie, umożliwia obrót o 180 stopni oraz dysponuje wysięgiem teleskopowym wynoszącym ponad 1200 m; 2) rozwiązanie techniczne umożliwiające zwiększanie obrotów pompy wysokiego ciśnienia bez zwiększania obrotów silnika podwozia w celu zmniejszenia zużycia paliwa.”

Odwołujący złożył także na rozprawie wydruk ze strony internetowej firmy WIEDEMANN & REICHARDT GmbH, prezentujący pojazdy tego producenta a także kopię publikacji branżowej z której wynika, że istnieje jeszcze jeden producent który oferuje samochody z wysięgnikiem pozwalającym omijać przeszkody.

Oznacza to tyle, że Odwołujący uprawdopodobnił, że jest w stanie dostarczyć pojazd, który zostanie wyprodukowany z uwzględnieniem wytycznych, jakie byłyby postawione przez Zamawiającego, a także że rynek oferuje wachlarz pojazdów tego rodzaju, jakie są przedmiotem zamówienia, które mogą odpowiadać wymaganiom Zamawiającego.

Wnioskowanie, że pojazd, jaki byłby zaoferowany w warunkach konkurencyjnych, jak czynił to Zamawiający na rozprawie, argumentując, że pojazd na zdjęciu obrazującym sprzęt Odwołującego ma zbyt nisko umieszczony wysięgnik z bębmem, który nie pozwoli na pokonywanie przeszkód tj. płoty i zaparkowane pojazdy; a inny pojazd tj. firmy ASSMANN pozwala na obrót ramienia tylko z jednej strony, stanowi spekulację na podstawie tego, co jest nieznane. Postawienie konkretnych wymagań wobec przedmiotu zamówienia i złożenie w odpowiedzi na nie ofert dopiero pozwoli zweryfikować tezę, czy na rynku są dostępne przedmioty spełniające wymagania Zamawiającego, a dokładniej, czy takie przedmioty Zamawiającemu zaoferowano. Nawet doskonała znajomość przez Zamawiającego, który użytkuje pojazdy tego rodzaju, rynku pojazdów i oferty aktualnie dostępnej u różnych producentów (Zamawiający podawał na rozprawie, że użytkuje trzy rodzaje tego typu pojazdów) nie oznacza, że w odpowiedzi na popyt zgłoszony przez Zamawiającego aktualna, znana Zamawiającemu oferta producentów nie zostałaby dostosowana do jego potrzeb.

Powyższe dawało podstawę do przyjęcia, że Zamawiający bezpodstawnie założył, że na rynku nie istnieją podmioty inne, niż Voltoria Cosulting z Płocka, oferująca pojazdy

15

produkowane przez Wiedemann & Reinhardt GmbH, mogące sprostać wymaganiom stawianym w postępowaniu, a tym samym, że zachodzą podstawy do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, o których stanowi art. 67 ust. 1 pkt 1 ppkt a) ustawy Prawo zamówień

publicznych.

Zamawiający nie sprostął także obowiązкови wykazania drugiej przesłanki stanowiącej uzasadnienie trybu zamówienia z wolnej ręki, to jest że zamówienie może zostać wykonane wyłącznie przez wskazany podmiot z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, to jest patentu dotyczącego sprzęgła DUO. Podane w uzasadnieniu wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki wskazanie, że zastosowane w pojazdach firmy Wiedemann & Reichhardt GmbH sprzęgło podwójne DUO umożliwia zwiększanie obrotów pompy ciśnieniowej w zależności od potrzeb, bez konieczności zwiększenia obrotów silnika spalinowego pojazdu powoduje obniżenie zużycia paliwa oraz redukcję hałasu wytwarzanego przez pracujący pojazd, także nie uzasadnia przyjętej przez Zamawiającego podstawy zamówienia z wolnej ręki. Posłużenie się zastrzeżoną nazwą, wynikającą z patentu, czy nawet wstępnej publikacji zgłoszenia patentowego, w zestawieniu z uzasadnieniem podanym w tej części dla zastosowanego trybu zamówienia z wolnej ręki, nie pozwala na przyjęcie że mamy do czynienia z możliwością nabycia przedmiotu od jednego tylko wykonawcy w związku z ochroną praw wyłącznych. Zamawiający nie kwestionował, że oznaczenie „sprzęgło DUO” jest oznaczeniem stosowanym wyłącznie przez jednego producenta, wskazał także wyraźnie w protokole postępowania oraz w ogłoszeniu, że rozwiązanie to zostało opatentowane przez firmę Wiedemann & Reinhardt GmbH w urzędzie patentowym. Rezultat tego samego rodzaju, pozwalający osiągnąć cele wskazywane przez Zamawiającego (redukcja hałasu pracującego pojazdu, zmniejszone zużycie paliwa w wyniku zwiększania obrotów pompy ciśnieniowej bez konieczności zwiększenia obrotów silnika spalinowego pojazdu) może zostać zapewnione w następstwie zastosowania także innego rozwiązania, aniżeli opisane poprzez wskazanie rozwiązania konkretnego producenta.

Uznano zatem, że Zamawiający decydując się w analizowanej sytuacji na tryb zamówienia z wolnej ręki nie dał sobie szansy zweryfikowania, czy przy prawidłowym – czyniącym zadość wymaganiom przepisów art. 29 – 30 ustawy Prawo zamówień publicznych - opisie przedmiotu zamówienia, nie znaleźliby się inni wykonawcy, którzy zaoferowaliby niezbędne pojazdy. Nie zapominając bowiem, że warunki techniczne oraz terminy realizacji zamówienia mają być przede wszystkim podyktowane uzasadnionymi, obiektywnymi potrzebami zamawiającego, co w konkretnej sytuacji może powodować – choćby pośrednio - ograniczenie konkurencyjności postępowania, preferując jeden z podmiotów, znajdujący się w bardziej dogodnej sytuacji dla realizacji zamówienia, posiadający już spełniający potrzeby zamawiającego przedmiot, gotowy do jego zaoferowania w postępowaniu, Izba podkreśla, że

jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych jest zasada tzw. neutralności opisu przedmiotu zamówienia. Zasada ta oznacza w praktyce eliminację z opisu wszelkich elementów, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę. Zgodnie bowiem z art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a dyskryminacja wykonawców może przejawiać się w takim opisie przedmiotu zamówienia, który nie jest uzasadniony obiektywnymi wymaganiami zamawiającego, a faktycznie ogranicza konkurencję na rynku. W konkluzji stwierdzenia wymaga, że podstawą zastosowania przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b ustawy jest szczególny charakter danego zamówienia powodujący, że może zostać ono zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę, przy czym nie jest wystarczające, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie najlepiej bądź w najszerszym zakresie. Dla jej zastosowania niezbędne jest wykazanie, że dany produkt może być wytworzony (lub dostarczony) tylko przez określonego wykonawcę oraz, że na rynku (szeroko rozumianym – krajowym i zagranicznym) nie istnieją rozwiązania, które pod względem funkcjonalnym mogłyby stanowić rozwiązania równoważne - odpowiadające potrzebom zamawiającego - oferowane przez danego wykonawcę, jak również gdy ze względu na ochronę praw wyłącznych, przykładowo posiadanie opatentowanych rozwiązań tylko jeden wykonawca może wykonać zamówienie.

Tym samym, w sytuacji, gdy na rynku istnieje możliwość uzyskania zamówienia od innego wykonawcy (innych wykonawców) nie można powoływać się na ten przepis, albowiem takie zachowanie prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców. Rzeczywisty monopol danego wykonawcy musi mieć charakter trwały i nieprzewidywalny oraz podlegać obiektywnej ocenie. Izba zwraca uwagę, że na podstawie okoliczności faktycznych nie jest możliwe wnioskowanie o braku możliwości przeprowadzenia postępowania konkurencyjnego

w jednym z trybów otwartych, włącznie z konkurencyjnymi procedurami negocjacyjnymi oraz o braku możliwości wyłonienia innego wykonawcy, spełniającego wymagania stawiane przedmiotowemu zamówieniu, niż firma Voltoria Consulting.

Iżba podkreśla, że w postępowaniu odwoławczym, w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy i zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności, to na Zamawiającym ciążył obowiązek w związku z art. 6 kc, wskazania dowodów na potwierdzenie rzeczywistego monopolu firmy Voltoria Consulting. Zamawiający obowiązkowi dowiedzenia powyższego nie sprostął, podczas gdy Odwołujący wykazał, że producent pojazdów, które chciałby zaoferować Zamawiającemu jest gotów wyprodukować pojazdy posiadające ramię teleskopowe z dużym bębniem wysokiego ciśnienia, małym bębniem wysokiego ciśnienia oraz prowadzeniem węża ssącego umożliwiającym równoległą pracę wszystkich węży wraz z panelem sterowania zamontowanym na ramieniu teleskopowym a także wyposażone w rozwiązanie umożliwiające

zwiększanie obrotów pompy wysokiego ciśnienia bez zwiększania obrotów silnika podwozia w celu zmniejszenia zużycia paliwa.

Powyższe decydowało o uznaniu stawianych - wobec dokonanego przez Zamawiającego wyboru trybu postępowania zarzutów – za uzasadnione.

Uwzględniono żądanie nakazania Zamawiającemu unieważnienia postępowania, prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 134 ust. 6 pkt 1) w związku z art. 67 ust. 1 ppkt a) i b) ustawy Prawo zamówień publicznych, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamówienie, którego przedmiot nie wykazuje cech pozwalających na uznanie, że mamy do czynienia z zaistnieniem przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, a także że możliwość jego nabycia od jednego tylko wykonawcy wynika z potrzeby ochrony praw wyłącznych, powinno być przeprowadzone w trybie konkurencyjnym. Zgodnie z treścią art. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony; zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie. Nie nakazywano – mimo wniosku Odwołującego powtórzenia postępowania i zmiany trybu udzielenia zamówienia na przetarg nieograniczony. Przeprowadzenie postępowania jest bowiem następstwem konkretnej potrzeby zamawiającego i do niego należy decyzja co do prowadzenia procedury mającej na celu nabycie określonego dobra. Przeprowadzenie jednak takiego postępowania wymaga zachowania trybu konkurencyjnego. W takim jednak wypadku zamawiający jest obowiązany do poszanowania zasad rządzących postępowaniem, w tym przeprowadzenia go na warunkach zapewniających uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców.

Nie nakazywano również Zamawiającemu dokonania zmian w treści opisu przedmiotu zamówienia, w tym unikania podawania nazw własnych oraz dopuszczenia rozwiązań równoważnych. Wydane w sprawie rozstrzygnięcie może dotyczyć wyłącznie tego postępowania, które jest przedmiotem postępowania odwoławczego, to jest prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 134 ust. 6 pkt 1) w związku z art. 67 ust. 1 ppkt a) i b) ustawy Prawo zamówień publicznych, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *„Dostawę fabrycznie nowych wyprodukowanych w 2013 r. pojazdów do hydrodynamicznego czyszczenia kanalizacji (ciśnieniowo-ssących z odzyskiem wody) - 2 szt”*, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 czerwca 2013 r. pod nr 2013/S 121-208193. Opis przedmiotu zamówienia pozostaje zatem sprawą przyszłego, ewentualnego postępowania. Istotne jest bowiem, że konkretny opis przedmiotu zamówienia jest dokonywany dla danego postępowania – zastrzeżenia formułowane w tym

postępowaniu, prowadzonym w niewłaściwym, niekonkurencyjnym trybie nie muszą być zatem aktualne wobec ewentualnego postępowania prowadzonego na zasadach konkurencyjnych. Dostarczenie wymaga bowiem, że niewłaściwy, wskazujący na konkretne rozwiązania i patenty opis przedmiotu zamówienia stanowi następstwo dokonanego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o podstawę wynikającą z art. 134 ust. 6 pkt 1) w zw. z art. 67 ust. 1 ppkt a) i b) ustawy Prawo zamówień publicznych, przy czym ten tryb

z jego istoty nie jest konkurencyjnym, a zatem i opis przedmiotu zamówienia wskazujący na konkretne rozwiązanie jest jednocześnie uzasadnieniem dla wyboru trybu postępowania. Postulaty wynikające z treści powołanych przepisów, w tym przede wszystkim z treści art. 29 ust. 1 i 2 ustawy odnoszą się do postępowań prowadzonych w tych trybach, w których ma miejsce konkurencyjność, podczas gdy zamówienie z wolnej ręki z założenia jest skierowane wobec jednego tylko wykonawcy, zatem i opis przedmiotu zamówienia nie jest tu nastawiony na realizację konkurencyjnego uczestnictwa wykonawców w postępowaniu, ale na jak najdokładniejszą indywidualizację przedmiotu zamówienia, jego sprecyzowanie dla podmiotu, z którym zostanie zawarta umowa. Tym samym uznano, że wytyczne i nakazy względem przyszłego, odnoszącego się do ewentualnego następnego – prowadzonego w otwartej procedurze – postępowania, w szczególności w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia, nie mogą mieć miejsca. Takie postępowanie na zasadach konkurencyjnych nie zostało wszczęte, opis przedmiotu zamówienia nie został więc w nim dokonany, zatem wytyczne co do tego przedmiotu, sposobu jego opisu – poza uniwersalnymi spostrzeżeniami, wyżej przedstawionymi – są przedwczesne, a w żadnym razie nie mogą być odniesione do tego postępowania, które jest przedmiotem postępowania odwoławczego, to jest postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Nakazywanie zatem dokonania opisu przedmiotu zamówienia w konkretny sposób musiałoby odnosić się do aktualnie prowadzonego postępowania, to jest w trybie zamówienia z wolnej ręki, to postępowanie jednak – z uwagi na zastosowanie przez Zamawiającego niewłaściwego trybu – winno zostać unieważnione. Tym samym, jakiekolwiek postulaty i nakazy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia dla potrzeb tego postępowania są zarówno bezprzedmiotowe jak i bezcelowe.

Reasumując, potwierdziły się stawiane w odwołaniu wykonawcy wykonawcę SEZAM INSTAL P. C i R. C..... spółka jawna w Opolu zarzuty, wskazujące na niedopuszczalne zastosowanie przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 134 ust. 6 pkt 1) w związku z art. 67 ust. 1 ppkt a) i b) ustawy Prawo zamówień publicznych.

19

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) *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). Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r., ograniczając wysokość kosztów do kwoty 3.600,00 zł maksymalnie dopuszczalnej w myśl przywołanego przepisu.

Skład orzekający:

20