

WYROK

z dnia 21 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2018 r. przez odwołującego: Mennica Polska Spółka Akcyjna, Al. Jana Pawła II 23, 00-854 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Tramwaje Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Siedmiogrodzka 20, 01-232 Warszawa,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: Mennica Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego: Mennica Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

### Uzasadnienie

Tramwaje Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Dostawa i kompleksowa obsługa serwisowo-eksploatacyjna mobilnych automatów biletowych”, (numer postępowania DWZ/112/2017), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 listopada 2017 r. pod nr 2017/S 225-469312.

W dniu 5 lutego 2018 r. wykonawca Mennica Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „odwołujący”), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył opisanie przedmiotu zamówienia przez zamawiającego w sposób, w który w ocenie odwołującego, utrudnia uczciwą konkurencję.

Zaskarżonym działaniom i zaniechaniom odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zakresie w jakim przez odpowiedź na pytanie nr 214 (wyjaśnienia i zmiany SIWZ nr 6 z dnia 26 stycznia 2018 r.) zmienił on opis przedmiotu zamówienia w zakresie sposobu wykorzystania zdemontowanych biletomatów przez określenie, że nie oczekuje ich zwrotu od wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. zmiany opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, że będzie oczekiwał od wykonawców zwrotu zdemontowanych biletomatów.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) w Części II Szczegółowy Opis Zamówienia, jak również w żadnym innym miejscu SIWZ, która została zamieszczona przez zamawiającego na stronie internetowej po wszczęciu postępowania, nie wskazano, co będzie należało do obowiązków wyłonionego w postępowaniu wykonawcy w zakresie zdemontowanych biletomatów. W ocenie odwołującego sugerowało to, że automaty pozostaną własnością zamawiającego. W związku ze złożonym przez jednego z wykonawców w postępowaniu pytaniem nr 214 o treści:

„Wnosimy o doprecyzowanie co Zamawiający rozumie przez wymianę obecnie eksploatowanych automatów na nowe? Czy w ramach wymiany Wykonawca ma przejąć na własność automaty BM-02? Czy Zamawiający dopuszcza modernizację obecnie eksploatowanych automatów i częściowe wykorzystanie podzespołów oraz dostosowanie ich do nowych wymagań?”

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi na powyższe pytanie:

„Zamawiający wymaga zastąpienia obecnie eksploatowanych biletomatów nowymi urządzeniami będącymi przedmiotem obecnego zamówienia. Demontaż i utylizacja biletomatów BM-02 należy do Wykonawcy, Zamawiający wymaga dostarczenia fabrycznie

nowych biletomatów, nie dopuszcza się wykorzystania w nowych biletomatach używanych części ani podzespołów.”

Udzielona przez zamawiającego odpowiedź na pytanie wskazuje w ocenie odwołującego doszło do rozszerzenia zakresu świadczenia wynikającego z SIWZ nowym obowiązkiem w postaci zagospodarowania przez wybranego wykonawcę zdemontowanymi biletomatami.

Pierwotna treść SIWZ takiego wymogu nie narzucała, co oznaczało, że wykonawcy nie znali przeznaczenia zdemontowanych biletomatów. Zatem do momentu opublikowania odpowiedzi na pytanie nr 214, wykonawcy mogli przygotowywać ofertę cenową w oparciu o założenie, że zdemontowane biletomaty będą przekazane zamawiającemu.

Wskazanie przez zamawiającego, że nie oczekuje zwrotu zamontowanych biletomatów otwiera konkurującym z odwołującym wykonawcom - producentom biletomatów możliwość zaoferowania cen ofertowych obniżonych o wartość uzyskanych profitów z modernizacji i ponownego wykorzystania części i podzespołów ze zdemontowanych urządzeń. Będą one mogły być w przyszłości powtórnie wykorzystane przez tych wykonawców po odpowiednich naprawach i regeneracji, w celu realizacji innego zamówienia. Odwołujący, z uwagi na specyfikę swojej działalności i stosowane przez niego technologie oraz fakt, że nie produkuje tego rodzaju automatów samodzielnie, nie może uwzględnić powyższej okoliczności w swojej kalkulacji ceny ofertowej. W konsekwencji konkurenci odwołującego będą mogli skorzystać z tzw. efektu skali i licząc na zyski ze zdemontowanych i przejętych urządzeń dokonać obniżenia cen ofert w sposób dostępny tylko dla nich.

Odwołujący w ramach prowadzonej działalności gospodarczej wykorzystuje urządzenia techniczne w postaci automatów biletowych, składających się z konkretnych komponentów montowanych w określonej konfiguracji na etapie produkcji. Dobór powyższych podzespołów oraz technologia produkcji urządzeń przy ich wykorzystaniu stanowi indywidualną cechę produktu i jest charakterystyczna dla każdego z producentów automatów biletowych. W biletomatach stosowane są unikalne rozwiązania sprzętowe powiązane z autorskim oprogramowaniem producenta. Komponenty te umożliwiają producentowi dowolną ich modernizację i przystosowanie do nowych projektów. Inne podmioty nie posiadają tej wiedzy i technologii, dlatego też urządzenia te są dla nich bezwartościowe.

Odwołujący wskazał, że producent urządzeń, który pozyska używane automaty swojej produkcji, może je dowolnie zmodernizować i zrewitalizować, ponieważ posiada dostęp do ich technologii w taki sposób, że niewielkim kosztem, uzyska pełnowartościowe urządzenia, które może wykorzystać w dowolnym, realizowanym projekcie. Wedle szacunków odwołującego, wartość odtworzonych w ten sposób urządzeń jest zbliżona do 70% ich wartości początkowej. Takiej możliwości jak producent sprzętu użytkowanego aktualnie przez zamawiającego, nie posiada żaden inny startujący w opisanym postępowaniu podmiot, w tym również odwołujący, co stanowi w jego ocenie rażące naruszenie konkurencyjności postępowania .

Producent dotychczasowych biletomatów działający w tej samej branży co odwołujący, ma ponadto możliwość regeneracji wymontowanych części i podzespołów z przejętych biletomatów i wykorzystania ich w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej. Powyższe umożliwi mu przede wszystkim realizowanie działań serwisowych i zobowiązań gwarancyjnych przez użycie regenerowanych komponentów do napraw urządzeń o podobnej konfiguracji, wykorzystywanych w innych zamówieniach. Pozyskanie tak dużej ilości podzespołów pozwoli na znaczną redukcję kosztów serwisowych dla wykonawcy, który stosuje wybrane komponenty w swoich produktach. Według wiedzy odwołującego, wartość komponentów znajdujących się w starych biletomatach należących do zamawiającego, które mogą zostać ponownie wykorzystane może wynieść nawet 3 000 zł za każdy biletomat, co daje łączną wartość 576 000 zł. Okoliczność ta daje producentowi biletomatów możliwość obniżenia ceny oferty o wyżej wskazaną kwotę.

Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem odwołującego, zmiana wprowadzona do zakresu obowiązków przyszłego wykonawcy przedmiotowego zamówienia w drodze udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 214 - dodanie obowiązku zagospodarowania przez wykonawców zdemontowanych biletomatów i możliwość przejęcia ich na własność powoduje, że naruszone zostały zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W efekcie niektórzy wykonawcy mogą przez ww. zmianę znaleźć się w sytuacji uprzywilejowanej względem odwołującego.

Odwołujący wskazał, że wprowadzenie do SIWZ zmiany zgodnej z jego oczekiwaniami nie będzie prowadziło do udzielenia przez zamawiającego zamówienia na wykonanie usług nieodpowiadających jego potrzebom - zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Zmiana będzie natomiast skutkować dopuszczeniem szerszej niż dotychczas konkurencji między zainteresowanymi zamówieniem wykonawcami i zniesie nieuzasadnione ograniczenia dostępu do tego zamówienia.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Nadrzędnym celem wszczęcia i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zaspokojenie obiektywnych i uzasadnionych potrzeb zamawiającego, a nie maksymalne poszerzenie dostępu do zamówienia wykonawcom. Wynika to z interpretacji art. 7 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.” Literalna wykładnia przepisu wskazuje, że przestrzeganie tych zasad jest sposobem, w jaki prowadzone ma być postępowanie o udzielenie zamówienia, nie zaś samoistnym, równorzędnym dla udzielenia zamówienia celem prowadzenia postępowania. Art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 2077) stanowi z kolei, że wydatki publiczne powinny być dokonywane:

1. w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:

- a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
- b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

Z przytoczonego przepisu wynika, że obowiązkiem zamawiających przy planowaniu wydatków publicznych jest takie sporządzanie opisów przedmiotu zamówienia, by zapewnić efektywne i oszczędne zrealizowanie swoich uzasadnionych potrzeb. Art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych nie pozostawia wątpliwości - zamawiający mają gospodarować powierzonymi im środkami publicznymi w sposób celowy i racjonalny, a zatem pierwszeństwo ma zaspokojenie ich uzasadnionych potrzeb. W obrębie tych potrzeb, zamawiający ma maksymalnie rozszerzyć krąg potencjalnie zainteresowanych wykonawców. Nadrzędne jest jednak zrealizowanie założonych przez zamawiającego celów postępowania. W tej kwestii orzecznictwo Izby jest jednoznaczne - zamawiający ma prawo ograniczyć

dostęp wykonawców do przedmiotu zamówienia, pod warunkiem, że ograniczenie to wynika tylko z potrzeb prawidłowej realizacji zamówienia i nie jest do tych potrzeb nieadekwatne. Zamawiający zatem sam określa cele postępowania i kształtuje opis przedmiotu zamówienia uwzględniając przytoczone wyżej zasady racjonalnej gospodarki finansowej. Izba nie może więc nakazać mu odbioru niepotrzebnych już biletomatów, bo naraziłoby to zamawiającego na konieczność poniesienia dodatkowych, nieuzasadnionych kosztów. W ocenie Izby nic nie stało na przeszkodzie, by zamawiający opisał przedmiot świadczenia jako wymianę czyli zamianę starego sprzętu nowym. Określenie przedmiotu świadczenia zawarte w SMWZ jest zgodne z prawem, pozwala na rozwiązanie problemu pozbycia się starego, zużytego sprzętu i zastąpienia go nowym, w drodze udzielenia jednego zamówienia.

Izba nie stwierdziła, by zamawiający opisując przedmiot zamówienia działał w celu ograniczenia dostępu wykonawców do zamówienia, ani też w sposób wskazujący na preferowanie określonych wykonawców. Odpowiedź na pytanie nr 214 nie stanowi zmiany, a jedynie doprecyzowanie sposobu realizacji świadczenia przez wykonawcę. Odwołujący nie zaprzeczył podniesionemu przez zamawiającego argumentowi, że żaden z wykonawców na etapie prowadzonego przez wszczęciem przedmiotowego postępowania dialogu technicznego, nie był zainteresowany odkupieniem starych biletomatów. Kwestia ta zatem była bezsporna między stronami. W dialogu technicznym uczestniczył między innymi producent dotychczas eksploatowanych przez zamawiającego biletomatów. Skoro podmiot ten nie był zainteresowany odkupieniem starych automatów, to argumentacja odwołującego wskazująca na uprzywilejowaną pozycję producenta dotychczasowych urządzeń nie może być uznana za trafną. Producent biletomatów nie skorzystał z okazji ich pozyskania od zamawiającego, mimo, że na etapie dialogu technicznego nie wiedział jeszcze, że możliwe będzie przejęcie starych urządzeń w ramach ich wymiany na nowe. Podważa to wiarygodność twierdzeń odwołującego o wysokiej wartości wymienianych automatów.

Odwołujący - w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej może sprzedać przejęte od zamawiającego biletomaty. Jeśli - zgodnie z argumentacją zawartą w treści odwołania - sprzęt ten rzeczywiście ma wartość wynikającą z faktu, że producent sprzętu lub współpracujące z nim podmioty mogą być zainteresowane wykorzystywaniem używanych podzespołów, to odwołujący nie powinien mieć problemu z odsprzedażem starych biletomatów tym podmiotom. Sam odwołujący w toku rozprawy wskazał, że zdarzyło mu się już odsprzedać stare automaty na rzecz wykonawcy Mera Systemy, czyli producenta biletomatów podlegających wymianie w ramach przedmiotowego postępowania. Z tego względu nie można się zgodzić z argumentacją, że niektóre podmioty odniosą korzyść z przejęcia starych biletomatów i będą przez to w uprzywilejowanej pozycji, podczas gdy dla innych będzie oznaczać to wyłącznie dodatkowe koszty.

Izba nie uwzględniła argumentacji odwołującego wskazującej, że jeśli postępowanie wygra producent starych biletomatów, to możliwe jest użycie wbrew woli zamawiającego, do serwisowania nowych urządzeń, części zamiennych pochodzących z używanych, zregenerowanych automatów. Nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, że wykonawca będzie realizował umowę w sposób nienależyty, sprzeczny z jej treścią i wymaganiami SMWZ. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów mogących poddać w wątpliwość wiarygodność i rzetelność któregokolwiek z potencjalnych uczestników postępowania.

Odwołujący, mimo rozbudowanej argumentacji, nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających wysoką wartość starych biletomatów. Izba nie mogła zatem uwzględnić twierdzeń odwołującego wskazujących, że wartość ta pozwoli przejmującemu sprzęt wykonawcy na odpowiednie jej w kalkulowanie w cenę oferty w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto przedstawione przez odwołującego w toku rozprawy dokumenty nie dowodzą, że w biletomatach BM-02 i BM-05 występują te same podzespoły. Wskazane nazwy i producenci podzespołów są takie same, ale przedstawione informacje są bardzo ogólne i nie zawierają żadnych danych technicznych pozwalających na pozytywną weryfikację argumentacji odwołującego w tym zakresie.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie naruszył art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, 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 rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 wraz ze zm.).

Przewodniczący:.....