

Sygn. akt: KIO/UZP 178/10

**WYROK**  
z dnia 24 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Członkowie: Magdalena Grabarczyk**

**Piotr Kozłowski**

**Protokolant: Patrycja Kaczmarek**

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 19 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **Agrex Arcon Sp. z o.o., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 372** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami MUNDO Sp. z o.o., 59-300 Lubin ul. Zielona 1** protestu z dnia 20 stycznia 2010 r.

**orzeka:**

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób podany w uzasadnieniu.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami MUNDO Sp. z o.o., 59-300 Lubin ul. Zielona 1**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawcę **Agrex Arcon Sp. z o.o., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 372;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 044 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami MUNDO Sp. z o.o., 59-300 Lubin ul. Zielona 1** na rzecz wykonawcy **Agrex Arcon Sp. z o.o., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 372** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów przejazdu;
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Agrex Arcon Sp. z o.o., 02-819 Warszawa, ul. Puławska 372.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami MUNDO Spółka z o.o., ul. Zielona 1, 59-300 Lubin wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Dostawa rozdrabniacza wolnoobrotowego i przesiewacza bębnowego do odpadów”.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742 i Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591 i Nr 219, poz. 1706), zwanej dalej w skrócie Pzp.

**12.01.2010 r.** ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2010/S 7–007537.

**20.01.2010 r.** wykonawca Agrex Arcon Sp. z o.o., ul. Puławska 372, 02-819 Warszawa wniósł protest wobec czynności zamawiającego naruszające zasady udzielania zamówień

polegających na opisaniu przedmiotu zamówienia, w sposób który uniemożliwia uczciwą konkurencję.

Zdaniem protestującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp;
- 2) art. 29 Pzp.

Protestujący wniósł o modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby zapewniał on zachowanie uczciwej konkurencji.

Alternatywnie protestujący wniósł o unieważnienie postępowania jako dotkniętego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Argumentacja protestującego.

Zamawiający w taki sposób opisał przedmiot zamówienia w części dotyczącej opisu rozdrabniacza, że przetarg może wygrać jedynie firma oferująca urządzenie DW 3060 BUFFALO wytwarzane przez firmę Doppstadt.

W dodatku nr 2 do specyfikacji „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” – Rozdrabniacz wolnoobrotowy – opis techniczny w pkt 11 Zamawiający jako jeden z parametrów konstrukcyjnych określił:

- 1) „Przeniesienie napędu na wał za pomocą zębatej przekładni mechanicznej z zabezpieczeniem przeciążeniowym realizowanym za pomocą sprzęgła hydrokinetycznego” – czyli zamawiający opisał patent stosowany przez firmę Doppstadt w urządzeniu DW 3060 BUFFALO, gdzie napęd ten realizowany jest z jednego końca wału rozdrabniającego, w dalszej części opisu zamawiający dopuszcza jako „równoważny”;
- 2) „Napęd z silnikami hydraulicznymi na obu końcach wału”.

W żaden sposób nie można uznać tych rozwiązań za równoważne. Jednemu oferentowi pozwala się na zaoferowanie napędu z jednej strony wału rozdrabniającego, a innym narzuca się konieczność zapewnienia napędu z dwóch stron, które to rozwiązanie zwiększa wydajność maszyny, ale równocześnie jest droższe w produkcji i pozbawia wykonawcę realnych szans konkurowania w tym przetargu, gdy 100% kryterium oceny ofert jest cena.

Orzeczenie KIO z 9 kwietnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 270/08) stwierdza: „Z opisu przedmiotu zamówienia nie może wynikać wybór konkretnego producenta i jedynie iluzoryczne dopuszczenie rozwiązań równoważnych”. Wymóg napędu z silnikami hydraulicznymi z obu końców wału jest nadmierny oraz zawyżony (w stosunku do pierwszego rozwiązania konstrukcyjnego) i zdaniem protestującego nie wynika z obiektywnych potrzeb zamawiającego.

Rozdrabniacz Terminator 5000 firmy Komptech z napędem hydraulicznym na jednym końcu wału, który możemy zaoferować w ramach przetargu jest maszyną o znacznie lepszych parametrach funkcjonalnych niż preferowany przez zamawiającego produkt Doppstadt. Nie wdając się w skomplikowane rozważania konstrukcyjno-techniczne wystarczy zwrócić uwagę na kilka parametrów. Powierzchnia mechanizmu tnącego:

Terminator 5000: (średnica wału 1,05 m, długość 3 m) – powierzchnia tnąca – 9,89 m<sup>2</sup>;

DW 3060: (średnica wału 0,6 m, długość 3 m) – powierzchnia tnąca – 5,65 m<sup>2</sup>.

Uwzględniając odpowiednio osiągalne obroty na minutę – powierzchnia mechanizmu tnącego oddziałująca na odpady w ciągu minuty w przypadku rozdrabniacza Komptech wynosi około 297 m<sup>2</sup>, a w przypadku rozdrabniacza Doppstadt około 181 m<sup>2</sup>.

Oznacza to, że w tym samym czasie odpady rozdrabniane są w przypadku maszyny Komptech przez ponad 60% większą powierzchnie tnącą wyposażoną w większą o ponad 42% liczbę tnących ostrzy-zębów (liczba zębów tnących na wale – Komptech wynosi 30, a Doppstadt – 21).

Oczywistym jest, że przekłada się to na wydajność i sprawność procesu rozdrabniania i nie ma wątpliwości, że rozdrabniacz Terminator 5000 funkcjonalnie znacznie przewyższa DW 3060.

Postawienie jeszcze wyższych wymogów – w postaci napędu na dwa końce wału – sprawi, że parametry funkcjonalne i użytkowe maszyny tak znacznie przewyższą parametry maszyny Doppstadt, że trudno tu będzie mówić o jakiegokolwiek równoważności przedmiotu zamówienia – co tym samym uniemożliwi porównanie ofert.

Urządzenie, w stosunku do którego wymogi są z klasy lux zawsze przegra konkurencję cenową z urządzeniem o wymaganej klasie standard, niezależnie od producenta.

Liczne orzecznictwo KIO, a także sądów jednoznacznie określa, że kwestionowany opis przedmiotu zamówienia sprzeczny jest z prawem i narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Wyrok SO w Lublinie z 5 maja 2008 r. (sygn. akt: IX Ga 44/08) „Treść art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Biorąc bowiem pod uwagę treść art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji przez zastosowanie określonych postanowień w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji”.

Dlatego protestujący wnosi o modyfikację postanowienia w dodatku nr 2 do specyfikacji Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – Rozdrabniacz wolnoobrotowy – opis techniczny w pkt 11:

„Przeniesienie napędu na wał za pomocą zębatej przekładni mechanicznej z zabezpieczeniem przeciążeniowym realizowanym za pomocą sprzęgła hydrokinetycznego; dopuszcza się napęd równoważny z silnikiem hydraulicznym z minimum jednej strony wału”.

Alternatywnie, w przypadku braku zgody na modyfikację protestujący wnosi o unieważnienie postępowania, jako dotkniętego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

**27.01.2009 r.** zamawiający zamieścił protest na stronie internetowej jednocześnie z informacją o oddaleniu protestu.

**27.01.2010 r.** zamawiający oddalił protest w całości.

Argumentacja zamawiającego:

Protestujący kwestionuje opis przedmiotu zamówienia dla rozdrabniacza wolnoobrotowego w zakresie wymagania dopuszczającego napęd równoważny z silnikami hydraulicznymi na obu końcach wału (pkt 11 dodatku nr 2 do specyfikacji). W efekcie żąda zmiany specyfikacji przez dopuszczenie napędu z silnikiem hydraulicznym z minimum jednej strony wału.

Uzasadniając swoje zarzuty protestujący nie kwestionuje, że napęd z dwóch stron zwiększa wydajność maszyny, jednak jego zdaniem jest on zbędny z punktu widzenia obiektywnych potrzeb zamawiającego.

Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem protestującego.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jednocześnie, stosownie do dyspozycji art. 29 ust. 2 Pzp, zamawiającym nie wolno opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Z treści protestu nie wynika w jaki sposób doszło do naruszenia wspomnianych przepisów.

Przypomnieć trzeba, że parametry techniczne zamieszczone w specyfikacji są wynikiem postulatów zgłaszanych przez protestującego w poprzednim przetargu. Wówczas protestujący przystał na takie warunki i złożył ofertę. Zamawiający stwierdza, że specyfikacja przygotowana na potrzeby obecnego postępowania nie ogranicza konkurencji oraz że pozwala wziąć w nim udział również protestującemu.

Ostatni przetarg zdaniem zamawiającego dowodzi, że protestujący posiada w ofercie maszynę o parametrach spełniających wymagania specyfikacji. W związku z powyższym obecne działania protestującego zamawiający odbiera jako próbę wymuszenia na zamawiającym dopasowania wymagań pod konkretne urządzenie, które chciałby zaoferować

protestujący. Świadczy o tym także próba przekonania zamawiającego co do zmiany parametrów technicznych przez porównania rozwiązań konstrukcyjnych dwóch modeli rozdrabniaczy.

Porównując technologie przenoszenia napędu zamawiający zgodził się na alternatywny napęd hydrauliczny, jednakże wymaga, aby przeniesienie napędu odbywało się za pomocą dwóch silników hydraulicznych, które gwarantują osiągnięcie zbliżonych parametrów eksploatacyjnych do maszyn z napędem mechanicznym.

W związku z powyższą konstatacją zamawiający w całości podtrzymuje swoje wymagania zawarte w specyfikacji. Unieważniony przetarg daje zamawiającemu pewność, że na rynku są co najmniej dwa podmioty, które w swojej ofercie posiadają urządzenia opisane w specyfikacji. Unicestwia to argument protestującego, iż w postępowaniu doszło do naruszenia zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Pamiętać trzeba, że opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonuje wyłącznie zamawiający – stosownie do swoich potrzeb. Może tego dokonać przez opisanie parametrów technicznych przedmiotu zamówienia. Taki opis obowiązuje w sposób równy i obiektywny wszystkich wykonawców, niezależnie od prezentowanych przez tych wykonawców poglądów jaki produkt, o jakich parametrach technicznych jest lepszy (por. wyrok KIO z 26 czerwca 2009 r., sygn. KIO/UZP 739/09). W podobnym tonie wypowiedziała się Izba w orzeczeniu z 8 kwietnia 2009 r. (sygn. KIO/UZP 391/09) stwierdzając, że nie wszyscy wykonawcy działający w danym segmencie rynku muszą mieć zagwarantowany dostęp do zamówienia, jeżeli nie dysponują produktem o wymaganych właściwościach. Pełną aktualność zachowują również tezy zawarte w wyroku z 05 sierpnia 2009 r. (sygn. KIO/UZP 961/09), w którym uznano, że jeżeli wymogi stawiane przez zamawiającego są uzasadnione jego rzeczywistymi potrzebami, to nie ma znaczenia, że ograniczony krąg dostawców, a w skrajnych przypadkach – nawet tylko jeden dostawca, może zaoferować przedmiot zamówienia zgodny z opisem w specyfikacji. W orzeczeniu z 10 lipca 2009 r. (sygn. KIO/UZP 807/09) Izba uznała natomiast, że jeżeli potrzeba zamawiającego jest zobiektywizowana, może on tak opisać przedmiot zamówienia, że jest w stanie spełnić wymagania tylko jeden wykonawca. W takim bowiem wypadku celem nie jest preferowanie określonego wykonawcy, ale otrzymanie przez zamawiającego świadczenia odpowiadającego potrzebom zamawiającego.

Dochowanie zasady uczciwej konkurencji nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego produktów, które nie odpowiadają jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności, czy też wymaganych parametrów technicznych (tak wyrok KIO z dnia 12 listopada 2008 r., sygn. KIO/UZP 1155/08). Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa, ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Okoliczność o charakterze

notoryjnym, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania zamawiającego opisane w specyfikacji i mogą go zaoferować oraz że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji (por. wyrok KIO z dnia 9 października 2008 r., sygn. KIO/UZP 1024/08).

Zamawiający wydatkuje środki na zakup maszyn i to zamawiający będzie z nich korzystał. Dlatego zamawiający scharakteryzował przedmiot zamówienia tak, aby miał cechy, które pozwolą osiągnąć zakładane efekty, a jednocześnie w sposób zapewniający konkurencję między wykonawcami oferującymi odpowiedni sprzęt. Zachowanie polegające na wymuszeniu na zamawiającym dopuszczenia rozwiązań, których nie może on zaakceptować, ale wygodnych dla jednego, konkretnego wykonawcy nie może korzystać z ochrony prawnej.

**04.02.2010 r.** wykonawca Agrex Arcon Sp. z o.o., ul. Puławska 372, 02-819 Warszawa złożył odwołanie na postępowanie zamawiającego polegające na opisanu przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców – w sposób wyraźnie preferujący konkretny wyrób jednego producenta.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp;
- 2) art. 29 ust. 2 Pzp.

Odwołujący podnosi także, że zamawiający nie opublikował protestu wniesionego przez odwołującego w terminie wskazanym w art. 181 ust. 3 Pzp, tj. niezwłocznie, lecz dopiero 27.01.2010 r., tj. w dniu rozstrzygnięcia protestu.

Działanie to stanowi naruszenie art. 181 ust. 3 Pzp, a odwołujący mógł podnieść powyższą okoliczność dopiero w odwołaniu.

Odwołujący wniósł o zmianę postanowień specyfikacji w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, tj. modyfikację opisu przedmiotu zamówienia zawartą w dodatku nr 2 do specyfikacji „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – Rozdrabniacz wolnoobrotowy – opis techniczny” pkt 11 dopuszczając jako równoważny napęd z silnikiem hydraulicznym z jednej strony wału.

Alternatywnie odwołujący wnosi o unieważnienie postępowania jako dotkniętego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Argumentacja odwołującego:

W związku z oddaleniem protestu w całości wykonawca Agrex Arcon Sp. z o.o., ul. Puławska 372, 02-819 Warszawa złożył odwołanie podtrzymując całość zarzutów i argumentacji zawartych w proteście.

Jednocześnie ustosunkowując się do stanowiska zamawiającego zawartego w rozstrzygnięciu protestu odwołujący stwierdza, że zamawiający nie uzasadnił, dlaczego dla preferowanej przez siebie maszyny wystarczający jest jednostronny napęd wału z jednego silnika i jednej przekładni, zaś od maszyny „równoważnej” wymaga dwustronnego, dwusilnikowego napędu.

Odwołujący zwraca uwagę, iż to na zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia braku naruszenia przepisów w opisie przedmiotu zamówienia, co wynika z ugruntowanej linii orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, np. wyrok KIO z 18 listopada 2008 r., sygn. KIO/UZP 1240/08

Odwołujący ma obowiązek uprawdopodobnić, że wymagania zamawiającego odnoszące się do przedmiotu zamówienia mogą utrudnić uczciwą konkurencję, natomiast to na zamawiającym ciąży obowiązek dowiedzenia, że albo nie utrudnił on uczciwej konkurencji, albo ograniczenia wprowadzone przez zamawiającego w ramach postawionych wymagań mają uzasadnienie w obiektywnych potrzebach.

Wyrok KIO z 02 sierpnia 2008 r., sygn. UZP/ZO/0-943/07

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga faktycznego wykazania przez odwołującego, lecz uznaje za wystarczające samo uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji. Jeżeli zamawiający skutecznie nie udowodni, iż stawiany przez niego wymóg odnoszący się do parametrów technicznych przedmiotu zamówienia jest uzasadniony potrzebami zamawiającego i stanowi realizację celu założonego do osiągnięcia w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przyjąć należy, iż jest on sprzeczny z wymogami art. 29 ust. 2 Pzp.

Stwierdzenie zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, że tylko zastosowanie napędu za pomocą dwóch silników hydraulicznych montowanych z obu stron wału rozdrabniającego gwarantuje osiągnięcie zbliżonych parametrów eksploatacyjnych do maszyn z napędem mechanicznym z jednostronnym napędem wału rozdrabniającego, jest całkowicie nieuprawnione, nieobiektywne i błędne.

Zamawiający – jak sam stwierdził – skupił się na porównaniu technologii przenoszenia napędu w oderwaniu od pozostałych parametrów technicznych i funkcjonalnych urządzenia.

Zamawiający w dodatku nr 2 do specyfikacji, zawierającym szczegółowy opis przedmiotu zamówienia nie zawarł minimalnych parametrów technicznych i funkcjonalnych napędu mechanicznego ani hydraulicznego, np. odnoszących się do wydajności rozdrabniacza liczonych w tonach na godzinę (podanie takiego parametru wymagałoby podania także rodzaju rozdrabnianego materiału). W takim wypadku nieuprawnionym jest stwierdzenie



przez zamawiającego, że jedynie zastosowanie napędu za pomocą dwóch silników hydraulicznych z obu stron wału rozdrabniającego gwarantuje osiągnięcie zbliżonych parametrów eksploatacyjnych do maszyn z jednostronnym napędem mechanicznym wału rozdrabniającego. Skoro zamawiający nie opisał tych parametrów w specyfikacji, to nie może ich teraz porównywać.

Maszyny z napędem hydraulicznym, jednosilnikowym, jednoprzekładniowym są faktycznie równoważne z maszynami o napędzie mechanicznym z jednym silnikiem i jedną przekładnią oraz spełniają wszystkie wymagania zawarte w opisie technicznym zamówienia. Zamawiający w sposób subiektywny dokonał oceny parametrów eksploatacyjnych, których nie zdefiniował w specyfikacji ani nie uwzględnił w kryteriach oceny ofert.

Nie może to być podstawą dyskryminacji wykonawcy przez uznanie za równoważne parametrów konstrukcyjnych stosowanych przez innych producentów w maszynach o klasę wyższych niż preferowana maszyna wybranego producenta.

W istocie rzeczy zamawiający opisał w specyfikacji rozdrabniacz firmy Doppstadt model Buffalo 3060, jako produkt oryginalny, dopuszczając również „równoważne” wyroby. Rozdrabniacz produkcji firmy Doppstadt model Buffalo 3060 przenosi napęd z silnika spalinowego na wał rozdrabniający za pomocą jednej przekładni zębatej i sprzęgła przeciążeniowego. Napęd dostarczany jest na wał rozdrabniający tylko z jednej strony. Układ ten nazywany jest mechanicznym przeniesieniem napędu.

Równoważnym rozdrabniaczem do ww. jest rozdrabniacz produkcji firmy Komptech model Terminator 5000. Napęd z silnika przenoszony jest na pompę hydrauliczną, a następnie na silnik hydrauliczny i jedną przekładnię mechaniczną. Napęd dostarczany jest na wał rozdrabniający również tylko z jednej strony. Układ ten nazywany jest hydraulicznym przeniesieniem napędu typu „Load sensing”. Umożliwia on w sposób automatyczny dopasowanie obrotów wału rozdrabniającego (momentu obrotowego) w zależności od oporów rozdrabniania.

Zamawiający żąda faktycznie, żeby wykonawcy zamiast modelu Terminator 5000 zaoferowali jako równoważny model Terminator 5000S produkcji firmy Komptech. Terminator 5000S również posiada hydrauliczny układ przeniesienia napędu typu „Load sensing”, ale różni się od Terminatora 5000 posiadaniem dwóch przekładni mechanicznych i dwóch silników hydraulicznych przenoszących napęd na wał rozdrabniający z obu jego stron. Nie jest to rozwiązanie technicznie równoważne do rozwiązania firmy Doppstadt, a przewyższa go tak jak samochód z napędem na 4 koła przewyższa samochód z napędem na 2 koła. Z oczywistych względów jest równocześnie rozwiązaniem znacznie droższym w produkcji, co uniemożliwia konkurencję z modelem Doppstadt Buffalo 3060 pod względem cenowym.

Firma Doppstadt nie dysponuje rozwiązaniem technicznym rozdrabniacza z napędem mechanicznym przy pomocy dwóch przekładni z obu stron wału rozdrabniającego.

Rozdrabniacz Komptecha model Terminator 5000S nie ma swojego odpowiednika po stronie Doppstada ponieważ znacznie przewyższa go pod względem wydajności produkcji szczególnie przy bardzo ciężkich do rozdrabniania odpadach.

Zdaniem odwołującego odpowiednikiem maszyny Doppstadt Buffalo 3060 jest model Terminator 5000 produkcji firmy Komptech, chociaż biorąc pod uwagę średnicę wału rozdrabniającego, aktywną powierzchnię rozdrabniania, automatyczny układ dopasowujący moc rozdrabniania do oporów rozdrabniania maszyna Komptech jest bardziej wydajna i bardziej ekonomiczna w pracy, przez co jej cena na rynku jest znacznie wyższa od modelu Doppstadt.

Zaostrzenie wymagań w stosunku do produktów równoważnych w porównaniu z produktem oryginalnym przesądza o tym, że oferta obejmująca produkt równoważny nie będzie ofertą porównywalną, co poruszone zostało m.in. w wyroku Zespołu Arbitrów z 14 października 2005 r., sygn. UZP/ZO/0-2881/05.

Wyrok KIO z 7 kwietnia 2008 r., sygn. KIO/UZP 254/08 „Oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały określone w specyfikacji, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym”. Z tego wynika, że zamawiający nie opisał równoważności przez opis wymagań funkcjonalnych, lecz przez opis parametrów konstrukcyjnych, w istocie nie będących równoważnymi.

Wskazanie w opisie maszyny równoważnej konkretnego wymagania konstrukcyjnego, tj. posiadania 2 silników i tym samym 2 przekładni, w istocie wykluczyło możliwość dostawy maszyny równoważnej do opisanej w specyfikacji. Wymóg ten jest nieadekwatny do potrzeb zamawiającego. W przypadku zaoferowania przez wykonawcę urządzenia równoważnego to na wykonawcy będzie spoczywał obowiązek udowodnienia tej równoważności. Natomiast zamawiający jest zobowiązany określić w dokumentacji przetargowej parametry techniczne i użytkowe, jakie powinno spełniać urządzenie zamiennie. Produkt równoważny powinien posiadać ww. parametry takie same lub wyższe od produktu referencyjnego, opisanego w specyfikacji, i to od wykonawcy będzie zależało, jaki produkt zaoferuje. Zaproponowanie produktu o parametrach niższych stanowi dla wykonawcy ryzyko, iż oferta zostanie odrzucona. Powyższe stanowisko odwołującego potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, np.: sygn. KIO/UZP 536/09 z 7 maja 2009 r.: „Brak tolerancji, w zakresie określonych parametrów, tam gdzie jest to możliwe, bez naruszenia celów funkcjonalnych, zaprzecza regułem prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, otwartego na konkurencję i nie może być usprawiedliwieniem, do wprowadzania nieuzasadnionej obiektywnymi względami bariery dostępu do ubiegania się o realizację zamówienia, przez podmioty, które są w stanie właściwie je zrealizować, zapewnić dostawę nowoczesnych urządzeń do

przetwarzania osadów metodą ortweda, charakteryzujących się wymaganymi właściwościami, w pełni realizujących zakładane przez zamawiającego funkcjonalności”.

Naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nastąpiło więc na skutek zastosowania obiektywnie nieuzasadnionych, nadmiernych wymogów technicznych (parametrów konstrukcyjnych) w stosunku do innych urządzeń niż preferowane przez zamawiającego.

Fakt, że odwołujący może zaoferować rozdrabniacz o parametrach dopuszczonych w specyfikacji, nie zwalnia zamawiającego od zachowania zasad uczciwej konkurencji, tj. dopuszczenia rozwiązań faktycznie równoważnych pod względem parametrów funkcjonalnych i eksploatacyjnych.

**17.03.2010 r.** Krajowa Izba Odwoławcza odmówiła uchylenia zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu – sygn. akt KIO/W 27/10.

**Na podstawie dokumentacji postępowania, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron zaprezentowane w proteście, oddaleniu protestu i odwołaniu oraz podczas rozprawy wyrażone przez strony, a także biorąc pod uwagę dowody złożone przez:**

**1) odwołującego w postaci dowodu nr 1 tabeli analizy i porównania wybranych, głównych cech trzech maszyn DW3060, Terminator 5000 i Terminator 5000S;**

**2) zamawiającego w postaci:**

**a) dowodu nr 2 – specyfikacji z poprzedniego postępowania na okoliczność, że w poprzednim postępowaniu zamawiający ustanowił takie same wymagania techniczne i nie spotkały się one z protestem obecnego odwołującego,**

**b) dowodu nr 3 – wykresów na okoliczność porównania kosztów eksploatacji napędu bezpośredniego i hydraulicznego,**

**c) dowodu nr 4 tabele i foldery na okoliczność wydajności 60 i 80 ton urządzeń z napędem hydraulicznym oraz do 80 ton urządzenia z napędem mechanicznym,**

**– skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 29 Pzp – przez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań wskazanych dla

urządzeń równoważnych w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców – zasługuje na akceptację.

Istotą sporu między stronami jest stwierdzenie zamawiającego, który porównując technologie przenoszenia napędu, zgodził się w specyfikacji na zaoferowanie urządzenia z bezpośrednim napędem mechanicznym albo alternatywnym napędem hydraulicznym. Zamawiający nie stawiał żadnych wymagań w stosunku do napędu mechanicznego, a wymagał, aby przeniesienie napędu hydraulicznego odbywało się za pomocą dwóch silników. Zostało to opisane w rubryce 11 »Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia« stanowiącego dodatek nr 2 do specyfikacji, cyt. „Przeniesienie napędu na wał za pomocą zębatej przekładni mechanicznej z zabezpieczeniem przeciążeniowym realizowanym za pomocą sprzęgła hydrokinetycznego; dopuszcza się napęd z silnikami hydraulicznymi na obu końcach wału.”.

W stosunku do tak sformułowanego opisu przedmiotu zamówienia wykonawca Agrex Arcon Sp. z o.o. złożył protest. Uzasadniając swoje zarzuty odwołujący nie kwestionuje, że napęd z dwóch stron zwiększa wydajność maszyny, jednak jego zdaniem dwustronny napęd jest zbędny z punktu widzenia obiektywnych potrzeb zamawiającego. Zamawiający nie uzasadnił ani w oddaleniu protestu, ani na rozprawie dlaczego dla maszyny o napędzie mechanicznym wystarczający jest jednostronny napęd wału z jednego silnika i jednej przekładni, zaś dla maszyny „równoważnej” wymagany jest dwustronny, dwusilnikowy napęd hydrauliczny.

Zdaniem Izby, zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga faktycznego wykazania przez odwołującego wykazania takiego naruszenia, ale uznaje się za wystarczające samo uprawdopodobnienie utrudnienia uczciwej konkurencji. Jeżeli zamawiający nie dowiedzie, że stawiany przez niego wymóg – odnoszący się do parametrów technicznych czy konstrukcji przedmiotu zamówienia – jest uzasadniony potrzebami zamawiającego i stanowi realizację celu założonego do osiągnięcia w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przyjąć należy, iż wymóg taki jest sprzeczny z dyspozycją art. 29 ust. 2 Pzp. Zamawiający musi uzasadnić stawiane wymagania w specyfikacji lub na ingerencję wykonawcy w wyjaśnieniach bądź rozstrzygnięciu protestu.

Stwierdzenie zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, że tylko zastosowanie napędu za pomocą dwóch silników hydraulicznych montowanych z obu stron wału rozdrabniającego gwarantuje osiągnięcie zbliżonych parametrów eksploatacyjnych do maszyn z napędem mechanicznym z jednostronnym napędem wału rozdrabniającego nie zostało przez zamawiającego wykazane, a w szczególności nie zostało odzwierciedlone w specyfikacji ani w rozstrzygnięciu protestu dlaczego rodzaj napędu mechanicznego jest o tyle sprawniejszy od napędu hydraulicznego urządzenia, że w przypadku mechanicznego napędu wystarczy

jeden silnik, a w przypadku napędu hydraulicznego konieczne są dwa silniki napędzające urządzenie.

Zamawiający uzasadnił konieczność stosowania w urządzeniu równoważnym (hydraulicznym) ekonomią (kosztami eksploatacji), ale w specyfikacji – zdaniem składu orzekającego Izby – nie odzwierciedlił tej dbałości o jak najniższe koszty eksploatacji wymagając od urządzenia równoważnego większego skomplikowania budowy bez uzasadnienia ani w ekonomice, ani w innych parametrach.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że takich cech przedmiotu zamówienia jak wydajność, niezawodność czy niski poziom kosztów eksploatacji nie można osiągać przez stawianie wymogów technologicznych czy konstrukcyjnych przedmiotu zamówienia, ale należy stawiać wprost wykonawcom wymagania spełniania przez oferowane przedmioty określonych cech lub nawet stawiania kryteriów przewidując odpowiedni przydział punktów w trakcie oceny ofert dla zaoferowanych przedmiotów zależnie od stopnia spełnienia pożądanych przez zamawiającego cech przez oferowany przedmiot.

Stawianie nierównych wymagań w stosunku do produktów równoważnych w porównaniu z produktem oryginalnym przesądza o tym, że oferta obejmująca produkt równoważny nie będzie ofertą porównywalną, co poruszone zostało m.in. w wyroku Zespołu Arbitrów z 14 października 2005 r., sygn. UZP/ZO/0-2881/05.

Wyrok KIO z 7 kwietnia 2008 r., sygn. KIO/UZP 254/08 „Oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały określone w specyfikacji, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym”. Zamawiający nie opisał równoważności przez opis wymagań funkcjonalnych, ale przez opis konstrukcji, w istocie bez wykazania równoważności dwóch konstrukcji urządzeń – z jednym silnikiem mechanicznym i z dwoma silnikami hydraulicznymi.

Zdaniem odwołującego żądanie urządzenia z dwoma silnikami jest żądaniem produktu droższego o większej funkcjonalności (napęd hydrauliczny) i tańszego o mniejszej funkcjonalności (napęd mechaniczny), co ze względu na cenę będzie skutkowało nierównym traktowaniem wykonawców przez zamawiającego. Odwołujący chciałby, aby równoważność była określona tylko frazą „dopuszcza się napęd równoważny” i do tego stanowiska przychyliła się skład orzekający Izby.

Zdaniem odwołującego, zamawiający postawił nierówne warunki uczestnictwa zdając sobie sprawę, że wykonawca oferujący napęd hydrauliczny musi zaoferować maszynę o znacznie lepszych cechach i droższą.

Zamawiający nie wykazał żadnego uzasadnienia funkcjonalnego i technicznego dla większego wymagania w stosunku do przedmiotu określonego jako równoważny.

Izba stoi na stanowisku, że naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez zamawiającego nastąpiło na skutek zastosowania nieuzasadnionych, nadmiernych wymogów technicznych, konstrukcyjnych w stosunku do innych urządzeń niż preferowane przez zamawiającego w pkt 11 opisu przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1-3 Pzp.

Udzielenie zamówienia w takim przypadku mogłoby stanowić naruszenie art. 7 ust. 3 Pzp, na którego podstawie zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W związku z tym, zgodnie z art. 191 ust. 2 pkt 1 Pzp i żądaniem odwołującego, Krajowa Izba Odwoławcza nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany treści pkt 11 opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego dodatek nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postulowanym przez odwołującego zakresie. Ze względu na dopuszczenie przez zamawiającego do złożenia i otwarcia ofert nakaz ten jest niewykonalny i dlatego zamawiający będzie musiał rozważyć unieważnienie postępowania.

Skład orzekający Izby nie brał pod uwagę wszystkich przedstawionych przez strony orzeczeń, gdyż nie były one wydane w stanach faktycznych analogicznych do rozpatrywanego.

Ponadto z:

- 1) dowodu nr 1 »analiza i porównanie cen trzech maszyn DW3060, Terminator 5000 i 5000S« nie wynika niezbicie jakie byłyby ceny zaoferowane w przetargu z innym opisem równoważnego przedmiotu zamówienia;
- 2) dowodu nr 2 »specyfikacji z poprzedniego postępowania« nie wynika że wykonawcy w innym postępowaniu (szczególnie ze zmienionymi kryteriami) muszą przyjąć bez zastrzeżeń przednią specyfikację;
- 3) dowodu nr 3 »wykresy mówiące o porównaniu kosztów eksploatacji napędu bezpośredniego i hydraulicznego« nie wynika, że w przypadku zastosowania konkretnych silników i rozwiązań technicznych jedne urządzenia będą bardziej ekonomiczne od innych, tym bardziej, że zamawiający w postępowaniu nie eksponował czynnika oszczędności eksploatacji w szczególności w kryteriach wyboru najkorzystniejszej oferty, ani w żadnych swoich postanowieniach;
- 4) dowodu nr 4 »tabele i foldery mówiące o wydajności 60 i 80 ton urządzeń z napędem hydraulicznym oraz do 80 ton urządzenia z napędem mechanicznym« nie wynika, jak będą się zachowywać różne urządzenia w praktyce i jakie będą posiadać parametry, które mogą być brane pod uwagę przez zamawiającego podczas oceny ofert.

Z przytoczonych powodów Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. 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 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742 i Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591 i Nr 219, poz. 1706) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Legnicy**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* niepotrzebne skreślić