

WYROK
z dnia 24 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2012 r. przez wykonawcę **Fayat Bomag Polska sp. z o.o., ul. Szyszkowa 52, 02-285 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Utylizacji Odpadów Spółka z o.o w Elblągu, ul. Szańcowa 1, 82-300 Elbląg.**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Fayat Bomag Polska sp. z o.o., ul. Szyszkowa 52, 02-285 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Fayat Bomag Polska sp. z o.o., ul. Szyszkowa 52, 02-285 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Fayat Bomag Polska sp. z o.o., ul. Szyszkowa 52, 02-285 Warszawa** na rzecz **Zakład Utylizacji Odpadów Spółka z o.o w Elblągu, ul. Szańcowa 1, 82-300 Elbląg** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa procesowego.

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 **Elblągu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Zakład Utylizacji Odpadów Sp. z o.o., ul. Szańcowa 1 82-300 Elbląg wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę kompaktora z lemieszem w ramach projektu „Racjonalizacja gospodarki odpadami komunalnymi i rekultywacja składowisk odpadów w Elblągu”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 033971-2012-PL w dniu 1 lutego 2012 roku, a treść SIWZ została umieszczona na stronie internetowej Zamawiającego tego samego dnia.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami powyższego ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, Odwołujący - Fayat Bomag Sp. z o.o., ul. Szyszkowa 52, 02-258 Warszawa w dniu 10.02.2012r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który uniemożliwia uczciwą konkurencję wykonawców oraz powoduje nierówne traktowanie potencjalnych wykonawców.

Zarzucił Zamawiającemu określenie w SIWZ parametrów przedmiotu zamówienia publicznego (dostawa kompaktora z lemieszem) w taki sposób, że przedmiot zamówienia może zostać dostarczony tylko przez jednego producenta.

W związku ze zgłoszonymi zarzutami wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności polegającej na opublikowaniu ogłoszenia oraz zamieszczeniu SIWZ na stronie internetowej w taki sposób, aby poprawiona wersja SIWZ sporządzona została w sposób nienaruszający zasad uczciwej konkurencji i dopuszczających innych wykonawców do złożenia prawidłowej oferty, czyli w taki sposób, aby parametry kompaktora z lemieszem zostały opracowane przez Zamawiającego ponownie w sposób gwarantujący uczciwą konkurencję potencjalnych wykonawców. W związku z powyższym wniósł również o nakazanie Zamawiającemu określenie w ogłoszeniu i SIWZ nowego terminu składania ofert;

2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów wpisu od odwołania, ewentualnego wynagrodzenia biegłego oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego według norm przepisanych.

Jednocześnie, wnosił o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego Józefa Włodzimierza Poźdała na okoliczność określenia czy parametry techniczne określone przez Zamawiającego w SIWZ mają uzasadnienie techniczne i służą dostarczeniu najlepiej funkcjonującej maszyny.

Ostatecznie wnosił o dopuszczenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania.

Wskazał, że w SIWZ - załączniku do oferty: dostawa sprzętu - kompaktor z lemieszem, Zamawiający określił parametry wymagane dla przedmiotowego sprzętu, wśród których wymienionych parametrów przedmiotu zamówienia (kompaktora z lemieszem) znalazło się sześć, których spełnienie możliwe jest tylko przez jednego dostawcę - reprezentowanego obecnie na polskim rynku przez firmę TAMTRON producenta sprzętu - TANA.

W ocenie Odwołującego wskazane parametry nie są technicznie uzasadnione.

W zakresie pierwszego parametru dotyczącego ciężaru roboczego powyżej 37000-45500 kg - zdaniem Odwołującego - określenie progu ciężaru roboczego maszyny w sposób zaproponowany przez Zamawiającego nie ma żadnego uzasadnienia technicznego i sprawia, że tylko jeden producent jest w stanie dostarczyć maszynę o wskazanych parametrach.

Drugi z zaskarżonych parametrów stanowił wymaganie Zamawiającego związane z najmniejszą odległością pomiędzy wszelkimi osłonami kompaktora a powierzchnią, co najmniej 850mm.

Odwołujący potraktował ten parametr - „prześwit” (parametr ogólnie rozumiany, jako najniższa wartość pomiędzy podłożem a korpusem tzw. „podwoziem maszyny”), który w maszynach dwuwalcowych (np. TANA) określa prześwit w najdogodniejszym wybranym punkcie korpusu „tzw. podwozia” maszyny a w kompaktorach czterokołowych (BOMAG, CAT, HSW) prześwit określany jest, jako najniższa wartość podawana wzdłuż maszyny. W związku z tym – według Odwołującego - parametr ten nie może być elementem porównawczym dla maszyn o różnych konstrukcjach.

Zwrócił uwagę, że w maszynach dwuwalcowych oprócz prześwitu określonego w najdogodniejszym wybranym punkcie korpusu „tzw. podwozia” maszyny występuje inny parametr (związany ściśle z parametrem prześwitu i konstrukcją dwuwalcowej maszyny), który kłóci się z parametrem prześwitu. Jest to najmniejsza odległość pomiędzy osłonami mechanizmu napędowego walca.

Wskazał, że wartość tego parametru jest znacznie, tj. ok. 3 krotnie, mniejsza od wymaganego prześwitu, a parametr ten powoduje znaczne opory podczas jazdy maszyny i zwiększa zużycie mechanizmu napędowego walca, a co za tym idzie zwiększa koszty eksploatacji.

Zdaniem Odwołującego problem ten nie występuje w kompaktorach czterokołowych.

Trzeci kwestionowany przez Odwołującego parametr odnosił się do wymagania Zamawiającego dostarczenia przegubu łamliwego bez możliwości wahań na boki.

W zakresie tego zarzutu Odwołujący zwrócił uwagę, że zastosowanie przegubu wahliwo-łamliwego w kompaktorach ma ogromne znaczenie z punktu widzenia poprawy współczynnika zagęszczania i zawiera rozwiązanie mające na celu uzyskanie efektu polegającego na tym, że nacisk każdego koła na zagęszczaną powierzchnię jest zbliżony.

Zauważył, że po każdym przejeździe maszyny pozostaje równomiernie zagęszczony odcinek terenu (brak niedogęszczonych powierzchni), a zdecydowana większość walców zagęszczających (kompaktor należy do grupy maszyn zagęszczających) asfalt lub grunt produkowanych na całym świecie i oferowanych w krajach UE wyposażone jest w przegub wahliwo-łamliwy, który znacznie poprawia skuteczność zagęszczania podłoża.

Czwarty sporny parametr dotyczył szerokości zagęszczania przy dwukrotnym przejeździe bez pozostawienia niezagęszczonego pola powyżej 7500mm.

Wyjaśnił, że parametr określający szerokość zagęszczania jest ściśle związany z masą eksploatacyjną maszyny, co oznacza, że im bardziej zwiększa się szerokość zagęszczenia (np. w maszynach dwubębnowych) przy określonej masie eksploatacyjnej maszyny, tym zmniejsza się nacisk jednostkowy na zagęszczaną powierzchnię, co w efekcie zmniejsza skuteczność zagęszczania, a co za tym idzie zwiększają się koszty eksploatacji z uwagi na konieczność zwiększenia ilości przejazdów (wzrost ilości zużytego paliwa, czasu itd.).

Piąty podważany przez Odwołującego parametr wskazywał ilość zębów na walcu lub kołach jednej osi minimum 136 sztuk.

Wywodził, że parametr określający ilość zębów jest również związany z masą eksploatacyjną maszyny. W sytuacji, gdy szerokość walców w maszynach dwubębnowych jest większa od szerokości kół, to jest na nich zamontowanych więcej zębów.

Oświadczył, że ilość zębów w kompaktorze dwuwalcowym nie wpływa jednak korzystnie na skuteczność zagęszczania.

Twierdził, że zwiększając ilość zębów przy określonej masie eksploatacyjnej maszyny zmniejsza się nacisk jednostkowy na zagęszczaną powierzchnię, a w efekcie zmniejsza się skuteczność zagęszczania, a co za tym idzie zwiększają się koszty eksploatacji z uwagi na konieczność zwiększenia ilości przejazdów (wzrost ilości zużytego paliwa, czasu itd.).

Ostatni (szósty) zarzut odwołania dotyczył parametr określającego moc silnika wg ISO 9249 minimum 275-300kW.

Według Odwołującego parametr określający w przedziale moc silnika z ograniczeniem do 300 kW jest nieuzasadniony z technicznego punktu widzenia.

Zwrócił uwagę, że kompaktor jest maszyną pracującą na składowisku w niezwykle trudnych warunkach, gdzie moc maszyny jest bardzo ważnym elementem, a ograniczanie tego parametru wpływa na zmniejszenie osiągnięć maszyny, a co za tym idzie zwiększenie kosztów eksploatacji i wydłużenie czasu pracy.

Odwołujący stwierdził, że przedmiotowe parametry nie są standardowymi parametrami charakteryzującymi urządzenie będące przedmiotem zamówienia, lecz są one charakterystyczne dla urządzeń produkowanych tylko przez jednego producenta reprezentowanego aktualnie na polskim rynku.

Odwołujący uznał, że takie określenie parametrów przedmiotu zamówienia było działaniem zamierzonym, mającym na celu ograniczenie konkurencji i udzielenie zamówienia konkretnemu producentowi i jako takie stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

W swoim odwołaniu na poparcie własnych twierdzeń przedstawił tabelę porównawczą wymaganych sześciu parametrów i proponowanych parametrów: kompaktora BOMAG BC 772 RB-2, kompaktora Tana Gx 380, kompaktora Cat 826H, kompaktora HSW 534-LA.

Pismem z dnia 21.02.2012r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1 w związku z art. 29 ust.2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.).

Kwestią zasadniczą dla rozstrzygnięcia rozpoznawanej sprawy było ustalenie czy zaskarżony przez Odwołującego opis przedmiotu zamówienia został dokonany w taki sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił rozmiaru rynku dostaw kompaktorów, co uniemożliwia stwierdzenie, że opis przedmiotu zamówienia mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a zgodnie z regułą wynikającą z art.6 kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Izba uznała, że wyjaśnienia Odwołującego dotyczące producentów kompaktorów nie zawierały potwierdzonych dokumentami informacji o zakresie świadczonych przez tych producentów dostaw.

Poza tym Odwołujący stwierdził, że nie posiada wiedzy na temat świadczonych dostaw przez producentów Sinoway, Lung i Raska. Wobec tego nie można wykluczyć, że wykonawcy oferujący maszyny tych producentów byłoby w stanie zaoferować je zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego.

Odwołujący przedstawił jedynie wyrywkowe kopie dokumentów ilustrujących parametry porównawcze czterech producentów (Bomag, Tana, Caterpillar, Huta Stalowa Wola) wobec dokonanej przez Zamawiającego opisu parametrów przedmiotu zamówienia.

Nadto Izba wzięła również pod uwagę, że do przedmiotowego postępowania odwoławczego nie zgłosili przystąpienia wykonawcy, którzy mogliby zaoferować wskazane przez Odwołującego porównawczo produkty. Brak ich udziału oznacza pośrednio, że opisany przez Odwołującego przedmiot zamówienia nie będzie utrudniał uczciwej konkurencji.

Wszystkie te okoliczności wskazują – w ocenie Izby – na możliwość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przy zastosowaniu spornego opisu przedmiotu zamówienia bez uszczerbku dla zachowania zasady uczciwej konkurencji.

W zakresie pierwszego zarzutu Izba doszła do przekonania, że ustalenie przez Zamawiającego ciężaru roboczego dotyczącego tego parametru zostało dokonane w ramach uzasadnionych jego potrzeb odpowiadających prowadzeniu wysypiska o średnim rozmiarze i Odwołujący może dociążyć maszynę, co pozwoli mu na spełnienie żądanego parametru.

Pełnomocnik Odwołującego na rozprawie oświadczył, że ma świadomość, że istnieje możliwość wprowadzenia w urządzeniu wielu opcji. Podobne oświadczenie zostało złożone przez Odwołującego w ramach postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie o sygn. akt KIO 1967/11, gdzie stwierdzono, że producent – firma Bomag – każdą produkowaną maszynę jest w stanie wyposażać w wiele dodatkowych opcji.

W zakresie drugiego zarzutu Izba podzieliła zapatrywanie Zamawiającego o konieczności zapewnienia konstrukcji ramy całkowicie zamkniętej, co zapewnia większą odporność na wszelkie uszkodzenia.

Jednocześnie Odwołujący nie wykazał relacji kosztów eksploatacji maszyny o konstrukcji dwuwalcowej do konstrukcji czterokołowej.

Zdaniem Izby Zamawiający w oparciu o własne kalkulacje finansowe i doświadczenia miał prawo dokonać wyspecyfikowania spornego parametru według własnych potrzeb.

Jeżeli Odwołujący jest w stanie dokonywać realizacji zamówień z uwzględnieniem różnych opcji, to również – zdaniem Izby – będzie w stanie dostosować odległości pomiędzy osłonami kompaktora a powierzchnią do parametru żądanego przez Zamawiającego.

W zakresie trzeciego zarzutu Izba wzięła pod uwagę, że Odwołujący może doposażyć maszynę w opcję ramy sztywnej. Takie stanowisko Odwołujący prezentował w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie o sygn. akt KIO 1967/11 (vide: 6 strona uzasadnienia wyroku z dnia 21 września 2011r.).

Z powyższego, zatem wynika, że Odwołujący będzie w stanie zaoferować opcjonalne rozwiązanie przewidujące ramę sztywną, które jest rozwiązaniem dopuszczonym i akceptowalnym przez producenta i niejednokrotnie stosowanym.

Izba nie podzieliła również czwartego zgłoszonego przez Odwołującego zarzutu odnoszącego się do szerokości zagęszczenia przy dwukrotnym przejeździe bez pozostawienia niezagęszczonego pola powyższej 7500 mm i uznała argumentację Zamawiającego o zmniejszonych kosztach eksploatacji, co do, których wiedza Zamawiającego została oparta na jego dotychczasowym doświadczeniu.

Nadto Izba uznała za wystarczająco przekonującą argumentację Zamawiającego o konieczności zapewnienia płaskiej i ubitej powierzchni po dwukrotnym przejeździe maszyny, co pozwala na łatwiejszy i dalszy wjazd samochodów – śmieciarek na powierzchnię składowiska, co ogranicza koszty związane z przepychaniem odpadów przez większą odległość oraz wpływa na bezpieczeństwo wjeżdżających samochodów, jak również ogranicza wyposażenie dojazdu na powierzchnię składowiska poprzez montaż dróg technicznych wykonanych z płyt betonowych, co jest ekonomicznie uzasadnione.

Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił żadnego przeciwdowodu, co według Izby oznacza, że nie zaprzeczył powyższym twierdzeniom Zamawiającego.

Rozpatrując piąty zarzut dotyczący ilości zębów na walcu lub kołach osi minimum 136 sztuk Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił, iż nie jest w stanie zmodyfikować zaoferowanego przedmiotu zamówienia o dodatkowe zęby, skoro jest w stanie wyposażyć przedmiot dostawy w wiele innych opcji.

Wreszcie w zakresie szóstego zarzutu Izba uznała, że to względy ekonomiczne podyktowały ograniczenie przez Zamawiającego żądanej mocy silnika.

Należy zwrócić uwagę, że co do zasady silniki o większej mocy powodują większe zużycie paliwa. Biorąc pod uwagę uwarunkowania funkcjonowania składowiska odpadów i sposób ich likwidacji - według Izby - Zamawiający miał podstawy do określenia zakresu wymaganej mocy silnika na poziomie określonym w SIWZ, na podstawie własnego doświadczenia, co odpowiada jego potrzebom.

Jednocześnie Izba nie uznała za niewystarczające do rozstrzygnięcia zarzutów, zgodnie z żądaniami Odwołującego, załączone do odwołania karty katalogów technicznych.

Załączone do odwołania dowody jedynie potwierdzają istniejące rozbieżności pomiędzy parametrami wskazanymi w SIWZ przez Zamawiającego, a tymi wymienionymi w kartach katalogowych produktów. Istnienie tych rozbieżności jedynie na tle wybranych przez Odwołującego produktów – w ocenie Izby - nie może stanowić dostatecznej podstawy do uznania, że opisany przedmiot zamówienia mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Dodatkowo Izba stoi na stanowisku, że okoliczność zmiany parametrów technicznych w stosunku do poprzednio prowadzonego postępowania przetargowego nie przesądza o tym, czy Zamawiający dokonał tych zmian w celu ograniczenia uczciwej konkurencji.

Ostatecznie Izba postanowiła również oddalić wniosek dowodowy o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego Józefa Włodzimierza Pożdżała, uznając dowodzenie okoliczności wskazanych w tym wniosku za nieuzasadnione do wykazania zgłoszonych zarzutów i nie przydatne do rozstrzygnięcia zagadnienia istnienia opisu przedmiotu zamówienia dokonanego przez Zamawiającego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, skoro ten przedmiot został opisany w SIWZ i jedynie jego treść podlega ocenie Izby

Zdaniem Izby istotne byłoby wykazanie jedynie, iż tak opisany przedmiot zamówienia mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, tj. dostęp do zamówienia. Chodzi, zatem o wyraźne wykazanie, że opis przedmiotu zamówienia został przeniesiony wprost ze specyfikacji technicznej jednego wykonawcy na rynku, który mógłby tak opisany produkt zaoferować.

Przeprowadzone postępowanie odwoławcze jednak nie potwierdziło powstania okoliczności polegającej na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

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).

Przewodniczący:

.....