

Sygn. akt: KIO 898/17

WYROK
z dnia 17 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2017 r. przez wykonawcę – **L. & E. B. B. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Energa-Operator S. A. (...)**, przy udziale:

- A. wykonawcy **S. P. S.A. (...)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- B. wykonawcy **I. S. Sp. z o.o. (...)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **L. & E. B. B. (...)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15. 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **L. & E. B. B. (...)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **L. & E. B. B. (...)** na rzecz zamawiającego - **Energa-Operator S. A. (...)** kwotę **5.400 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia oraz noclegu pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego przez wykonawcę – L. & E. B. B. z siedzibą w Ś. [Odwołujący], którego przedmiotem jest „Dostawa i instalacja routerów w węzłach sieci TAN”. Publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 28 kwietnia 2017 roku, 2017/S 83-161738-2-17-PL.

Zdaniem wnoszącego odwołanie, Zamawiający – Energa – Operator S.A. z G. naruszył przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.] [ustawa Pzp] z uwagi na sformułowanie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z naruszeniem przepisów prawa - § 2 ust. 1 pkt 1.2. Załącznika nr 5 do SIWZ Wzór umowy: § 2 ust 1 „Wykonawca oświadcza, iż dostarczone urządzenia będą” (...) pkt 1.2 „wyprodukowane nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem podpisania Umowy”

Powyższe postanowienie narusza, zdaniem wykonawcy, art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy w związku z art. 29 ust. 2 Ustawy. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez wykreślenie w § 2 ust. 1 Załącznika nr 5 do SIWZ Wzór umowy punktu 1.2: „*wyprodukowane nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem podpisania Umowy*”.

Odwołujący podał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż wskazane w odwołaniu niezgodne z prawem postanowienia SIWZ powodują, że Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty i tym samym utraci szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może zatem ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy wskazanych w odwołaniu. Gdyby nie sprzeczność z prawem objętych odwołaniem postanowień SIWZ, Odwołujący mógłby złożyć ofertę, uzyskać zamówienie - a następnie należycie realizować zamówienie. Ustalenie przez Zamawiającego przedmiotowej treści SIWZ uniemożliwia Odwołującemu udział w postępowaniu. Ponadto - w wyniku w/w naruszeń przepisów Ustawy może dojść do następczego unieważnienia postępowania - co także naraziłoby Odwołującego na poniesienie szkody.

W uzasadnieniu wskazanego zarzutu podał w szczególności:

We Wzorze umowy przedmiot umowy Zamawiający określił w § 1, w którego ustępie 3 także odsyła do Załącznika nr 1 szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. Jednocześnie

Zamawiający zamieścił w Umowie § 2 „Oświadczenia Wykonawcy”. Są to oświadczenia, które nie odnoszą się do właściwości Wykonawcy, ale opisują przedmiot zamówienia. W § 2 ust. 1 Zamawiający de facto zamieścił kolejne elementy opisu przedmiotu zamówienia. Między innymi wskazując w pkt 1.2., iż dostarczane urządzenia będą „wyprodukowane nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem podpisania Umowy”. Wykonawca stwierdził, że Zamawiający nie wskazał żadnego uzasadnienia dla takiego wymogu. Także z treści SIWZ nie wynika, jaka jest podstawa wprowadzenia takiej cechy przedmiotu zamówienia. Jest to o tyle istotne, że zgodnie z przepisem art. 29 ust. 2 Ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Tymczasem przedmiotowy wymóg właśnie utrudnia uczciwą konkurencję. Na rynku istnieje bowiem szereg urządzeń, które spełniają wszystkie pozostałe wymagania SIWZ, a jedynie zostały wyprodukowane wcześniej niż 6 miesięcy przed podpisaniem Umowy. Tym samym przedmiotowy wymóg SIWZ jest nadmiarowy - w sposób nieuzasadniony ogranicza konkurencję. Zamawiający wprowadził warunek, który uniemożliwia dostarczenie urządzeń, które spełniają wszystkie wymagania określone w SIWZ. Zdaniem Odwoływającego nie istnieje rzeczywista sytuacja czy też potrzeby Zamawiającego, które uzasadniałyby wprowadzenia takiego elementu opisu przedmiotu zamówienia. A tylko wobec wykazania takich okoliczności Zamawiający byłby uprawniony do wprowadzenia przedmiotowego zapisu. Wskazał na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 23 marca 2017 r. KIO 445/17: „Właściwym, zdaniem izby, podejściem jest jednak zapatrywanie zgoła odmienne, wyrażające się dopuszczalnością stawiania przedmiotowi zamówienia nawet bardzo restrykcyjnych wymagań, o ile po stronie zamawiającego występują obiektywne powody ograniczania w taki sposób kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia.” Podał również, że w ostatnim czasie nie nastąpiła żadna zmiana technologiczna, która mogłaby uzasadniać wprowadzenie przez Zamawiającego przedmiotowego warunku. Oznacza to, że urządzenia wyprodukowane wcześniej niż 6 miesięcy przed zawarciem umowy mają taką samą funkcjonalność, jak urządzenia wyprodukowane później. Przedmiotowe postępowanie jest bowiem postępowaniem na dostawę konkretnych urządzeń C. - Zamawiający podał w SIWZ konkretne modele, a nawet part numbers zamawianych urządzeń. Zgodnie z polityką producenta (tj. firmy C.) data wyprodukowania urządzenia w ogóle nie wpływa na gwarancję producenta czy też na dodatkowe usługi serwisowe wymagane przez Zamawiającego. Niezależnie do daty produkcji urządzeń gwarancja na dostarczone urządzenia będzie zgodna w wymogami SIWZ - tj. będzie to gwarancja udzielona przez producenta, rozpoczynająca się w dniu odbioru końcowego (a nie np. w dacie wyprodukowania urządzeń). Taka sama sytuacja dotyczy usług serwisowych - okres ich świadczenia zaczyna się niezależnie do daty produkcji w dniu odbioru końcowego, a czas trwania - jest zgodny z SIWZ. A zatem - urządzenia

wyprodukowane wcześniej niż 6 miesięcy przed zawarciem umowy są identyczne pod względem zastosowanych technologii, co urządzenia produkowane obecnie; zaś wszystkie usługi związane z urządzeniami są niezależnie od daty produkcji i zawsze zaczynają być świadczone od daty odbioru przez Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że przy rozpatrywaniu zarzutu ograniczenia uczciwej konkurencji należy wziąć pod uwagę przede wszystkim szeroki krąg wykonawców i sposób oddziaływania opisu przedmiotu zamówienia na możliwość złożenia przez nich oferty. Przepisy art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp nie pozwalają bowiem nie tylko na taki opis przedmiotu zamówienia, który w sposób nieuprawniony ograniczy krąg wykonawców zdolnych zrealizować zamówienia, ale także w taki sposób, który bez uzasadnionego powodu wyeliminuje wielu dostawców, chociaż krąg wykonawców może być stosunkowo szeroki.

Odwołujący wskazał także, że w przypadku podnoszenia zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 Ustawy Pzp wystraszające jest, aby Odwołujący jedynie uprawdopodobnił możliwość naruszenia uczciwej konkurencji poprzez dany zapis SIWZ. Tak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 31 stycznia 2017 r. KIO 134/17: „Nadto Izba wskazuje, że zgodnie z utrwaloną już linią orzeczniczą wystarczającym do uwzględnienia odwołania jest, aby odwołujący się wykonawca uprawdopodobnił, że opis dokonany przez zamawiającego może utrudniać uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców/. To na Zamawiającym ciąży ciężar wykazania, że istnieją obiektywne przesłanki, które mogłyby uzasadniać wprowadzenie ograniczeń. W niniejszym przypadku - to Zamawiający musiałby, w jaki sposób urządzenia wyprodukowane wcześniej niż 6 miesięcy przed zawarciem umowy nie spełniają jego oczekiwań, wyrażonych w SIWZ.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił wykonawca S. P. S.A. z W., wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie wskazując w szczególności na konieczność zapewnienia jak najwyższych standardów oraz celem ograniczenia ryzyka awarii Zamawiający, co mają umożliwić urządzenia nowe - co do których nie ma ryzyka, że np. zalegały na magazynach. Stwierdził również, że działanie takie w żaden sposób nie narusza zasad konkurencji - nie ogranicza rynku, wprowadza jedynie dodatkowe wymogi, które nie ograniczają Zamawiającego do konieczności wyboru tylko

jednego, wskazanego wykonawcy (a tylko taka sytuacja mogłaby stanowić naruszenie konkurencji w tym przypadku), a w związku z tym, nie doszło do naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp i tym samym nie można mówić o naruszeniu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego I. S. Sp. z o.o. z W.
wnosząc o oddalenie odwołania

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie jest „Dostawa i instalacja routerów w węzłach sieci TAN”. Składa się ono z trzech zdań (części), z których każda zgodnie z § 1 ust.4 obejmuje następujące Produkty:

„Produkt nr 1) Plan Projektu;

Produkt nr 2) Projekt wykonawczy;

Produkt nr 3) Modernizacja węzła sieci technologicznej na GPZ

Uwaga: nie dotyczy przypadku, w którym Umowa jest realizowana w zakresie innym niż Zadanie nr 1 lub Zadanie nr 3

Produkt nr 4) Budowa węzła sieci technologicznej dla systemu TETRA

Uwaga: nie dotyczy przypadku, w którym Umowa jest realizowana w zakresie innym niż Zadanie nr 2

Produkt nr 5) Dokumentacja powykonawcza węzła sieci technologicznej.”

W § 1 ust.5 Wzoru umowy wskazano na terminy graniczne dla ich realizacji i tak:

„5.1. Produkt nr 1 zgłoszony do odbioru w terminie 5 dni roboczych od zawarcia Umowy,

5.2. Produkt nr 2 zgłoszony do odbioru w terminie 2 miesięcy od zawarcia Umowy,

5.3. Produkty nr 3 - 4 zgłoszone do odbioru w terminie 10 miesięcy od zawarcia Umowy.

5.4. Produkt 5 zgłoszony do odbioru w terminie 11 miesięcy od zawarcia Umowy.

5.5. Odbiór końcowy powinien nastąpić w terminie 12 miesięcy od zawarcia Umowy”.

W paragrafie 2 Wzoru umowy: „Oświadczenia wykonawcy” - wskazano na wymagane od wykonawcy oświadczenia.

Wykonawca w odwołaniu zakwestionował w § 2 ust 1 Wzoru umowy tylko jego pkt 1.2 zgodnie z którym: „Wykonawca oświadcza, iż dostarczone urządzenia będą: (...) „wyprodukowane nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem podpisania Umowy.” Żądając wykreślenia tego punktu, Odwołującego twierdził, że to postanowienie narusza art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 2 tej ustawy, albowiem w sposób nieuprawniony ogranicza krąg wykonawców zdolnych zrealizować zamówienia z powodu eliminowania wielu dostawców.

Zdaniem Izby stanowisko wykonawcy, w stanie faktycznym sprawy, nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdza przede wszystkim, że z kwestionowanym pkt 1.2 związany jest integralnie pkt 1.1. § 2 ust.1 Wzoru umowy, którego to wykonawca nie kwestionował. Zgodnie z postanowieniem tego punktu wykonawca dla realizacji Produktu 3 i Produktu 4 miał zapewnić, „*urządzenia fabrycznie nowe, pochodzące z bieżącej produkcji (..)*”. A zatem takie urządzenia, które bezpośrednio po ich wyprodukowaniu zostaną dostarczone do zamawiającego, a nie loco magazyn. To by oznaczało, że przy cyklu produkcji 3 miesięcy - czego strona odwołująca nie kwestionowała – możliwe byłoby po zawarciu umowy o realizację przedmiotowego zamówienia zlecić producentowi wykonanie potrzebnej liczby urządzeń. Strona odwołująca nie podnosiła argumentu braku możliwości dostarczenia wymaganych ilości w terminach granicznych przewidzianych dla realizacji Produktu 3 i Produktu 4.

Niewątpliwie Zamawiający w pkt 1.2. Wzoru umowy w kontekście pkt 1.1. zliberalizował wymaganie, co do daty produkcji urządzeń, dokonując niejako wykładni pojęcia „*bieżącej produkcji*” na potrzeby tego postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem produkcję bieżącą odniósł także do urządzeń wyprodukowanych w okresie 6 miesięcy poprzedzającym zawarcie umowy. Skreślenie punktu 1.2. – jak żąda Odwołujący – powodowałoby powrót do wymagania urządzeń z bieżącej produkcji, czyli produkcji z daty kiedy będzie zawierana umowa. To z kolei byłoby co do istoty niezgodne z oczekiwaniami Odwołującego, który nie określając, co prawda daty produkcji urządzeń, wskazywał na ich 5-letni dopuszczalny okres użytkowania oraz na urządzenia wyprodukowane wcześniej niż 6 miesięcy przed podpisaniem Umowy.

Izba zwraca jednocześnie uwagę, że to wykonawca zgodnie z dyrektywą art. 180 ust.3 ustawy Pzp zobowiązany jest wskazać czynność, w tym przypadku postanowienie specyfikacji, której zarzuca niezgodność z przepisami ustawy Pzp definiując okoliczności faktyczne i prawne, a także żądania. Z kolei Izba zgodnie z wytyczną z art. 192 ust.7 ustawy Pzp może rozstrzygać tylko w takim zakresie odwołanie.

Reasumując Izba stwierdza, że wobec tych ustaleń, w tym wobec nie kwestionowanego punktu 1.1., Izba nie mogła zgodzić się ze stroną odwołującą, że opis wymagania w punkcie 1.2. § 2 ust.1 utrudnia uczciwą konkurencję z tego powodu, że na rynku istnieje szereg urządzeń, które spełniają wszystkie wymagania SIWZ, albowiem ich wyprodukowanie wcześniej niż 6 miesięcy przed podpisaniem Umowy, oznaczałoby, że nie

będą pochodziły z „bieżącej produkcji”, a mianowicie z okresu którego będzie dotyczyła zawarta umowa.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp i na podstawie § 5 ust.3 pkt 2 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 ze zm.), Izba uznała za uzasadnione – w oparciu o przedłożone rachunki - koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł oraz noclegu pełnomocnika w kwocie 180 zł.

.....