

Sygn. akt: KIO/1099/10

**WYROK**  
**z dnia 18 czerwca 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 2 czerwca 2010 r. przez **Schmidt Polska Sp. z o.o., ul. Skrajna 80, 25-650 Kielce** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, Al. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn**

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie**
- kosztami postępowania obciąża **Schmidt Polska Sp. z o.o., ul. Skrajna 80, 25-650 Kielce** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Schmidt Polska Sp. z o.o., ul. Skrajna 80, 25-650 Kielce** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę rozsypywarek środków chemicznych w ilości 32 szt. z podziałem na zadania: Zad. I - IV”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 27 maja 2010 r., pod nr: 2010/S 101-153526. Postępowanie to zostało podzielone przez Zamawiającego na cztery części z możliwością składania ofert częściowych.

W postępowaniu tym firma Schmidt Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (dalej: „Odwołujący”) w dniu 2 czerwca 2010 r. złożyła odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Złożone odwołanie dotyczy wszystkich części zamówienia.

Odwołujący w treści odwołania zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ustawy Pzp. Wskazane naruszenie – w jego ocenie – polega na wprowadzeniu w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) w części „Ogólne warunki techniczne rozsypywarek” wymogu, by rozsypywarka była wyposażona w system rozbrylający i dawkujący materiał na całej długości skrzyni, przy jednoczesnym braku zapewnienia przez Zamawiającego możliwości składania ofert równoważnych w tym zakresie.

Podnosząc zarzuty Odwołujący wniósł o rozpoznanie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SIWZ z jednoczesnym usunięciem z jej treści wymogu, aby rozsypywarka była wyposażona w system rozbrylający i dawkujący materiał na całej długości skrzyni.

Podnosząc zarzuty i żądania Odwołujący wskazał, że oczekiwany przez Zamawiającego system rozbrylający i dawkujący materiał na całej długości skrzyni jest stosowany wyłącznie przez jednego producenta, tj. Epoke Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a ponadto producent ten opatentował to rozwiązanie. Podkreślił, że z punktu widzenia funkcjonalności urządzenia nie ma znaczenia jak jest dawkowany materiał, czy na

całej długości pojazdu, czy na końcu rozsypywarki. W urządzeniach ważne natomiast jest tylko, aby odpowiednia dawka (ciężarowa) w odpowiednim czasie znalazła się na talerzu rozsypującym. Odwołujący podkreślił też, że system dawkowania na całej długości skrzyni jest bardziej pracochłonny w obsłudze, bo trzeba go często kalibrować, inne zaś systemy tej kalibracji nie wymagają. Zdaniem Odwołującego rozsypywarka ma spełniać zadanie polegające na prawidłowym posypywaniu powierzchni drogi odpowiednim środkiem chemicznym, obojętne natomiast jest to, w jaki sposób tenże środek chemiczny będzie dawkowany na talerz rozsypujący. Wskazanie w SIWZ jednego opatentowanego rozwiązania, które nie ma żadnego wpływu na efektywność i funkcjonalność pojazdu będącego przedmiotem dostawy ewidentnie preferuje konkretnego producenta, który taki system opatentował i stosuje w swoich pojazdach.

Podnosząc powyższe Odwołujący wskazał na orzecznictwo KIO w sprawie opisu przedmiotu zamówienia na potwierdzenie zasadności stawianych w odwołaniu zarzutów.

W dniu 14 czerwca 2010 r. Zamawiający drogą faksową złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, że żaden z zarzutów podniesionych w odwołaniu nie zasługuje na uwzględnienie. Stwierdził, że żaden ze wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp (art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 7) nie został naruszony. Podkreślił, że Opis przedmiotu zamówienia dla niniejszego postępowania nie narusza zasad uczciwej konkurencji, nie wskazano w nim znaków towarowych, patentów ani pochodzenia zamawianych maszyn lub rozwiązań technicznych w nich zastosowanych, jak również, że wskazane rozwiązania nie preferują żadnego, konkretnego producenta. Zamawiający podkreślił, że wymóg systemu rozbrylającego i dawkującego materiał na całej długości skrzyni został wprowadzony nieprzypadkowo i wskazał w tym zakresie na sprawdzone zalety tego systemu, m.in. podnosząc, że:

- wał rozbrylający na całej długości nie dopuszcza do zbrylowania materiału i rozdrabnia go zapewniając ciągłe podanie;
- wał dawkujący, zapewnia właściwe dawkowanie materiału wzdłuż całej długości piaskarko-solarki podaje dokładnie określoną ilość materiału na talerz rozsypujący bez brył i kamieni.

Powyższe ma wpływ na zużycie materiału, a także na niski moment rozruchowy, minimalne zużycie części, łatwość obsługi, równomierność skrzyni zapobiegające poziomemu przenoszeniu się środka ciężkości.

Tym samym Zamawiający podkreślił, że z punktu widzenia funkcjonalności rozwiązanie ma znaczenie, wbrew twierdzeniom Odwołującego.

Zamawiający podniósł również, że przed ogłoszeniem postępowania posiadał wiedzę, iż oprócz wskazanego w odwołaniu producenta – firmy Epoke Sp. z o.o. istnieją na rynku

polskim i europejskim inni dostawcy maszyn z systemem rozbrylającym i dawkującym materiał na całej długości skrzyni i przedstawił w tym zakresie 3 oświadczenia tych firm (Epoke Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Sławomir Kamiński prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Integraf z siedzibą w Gdyni oraz Ozamet Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie).

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy ustaliła i zaważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wykazując, iż opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego narusza uczciwą konkurencję i tym samym ogranicza mu możliwość uzyskania zamówienia, co wskazuje również na możliwość poniesienia przez tego wykonawcę konkretnego uszczerbku.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z:

1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia
2. Oświadczenia z dnia 10 czerwca 2010 r. Sławomira Kamińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą INTEGRA z siedzibą w Gdyni,
3. Oświadczenia z dnia 11 czerwca 2010 r. Ozamet Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie,
4. Oświadczenia z dnia 10 czerwca 2010 r. Epoke Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
5. oświadczeń i wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na piśmie i ustnie do protokołu z rozprawy.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Podstawą podjętego przez Izbę rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie jest to, iż Odwołujący nie udowodnił, iż określony przez Zamawiającego w dziale III SIWZ pkt I Ogólne warunki techniczne rozsyrywarki ppkt 4 wymóg, aby rozsyrywarka była wyposażona, system rozbrylający i dawkujący materiał na całej długości skrzyni, narusza zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu.

To na Odwołującym, który z opisanego przez Zamawiającego wymogu SIWZ czyni warunek naruszający przepisy ustawy Pzp dotyczące zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp oraz posiłkowo z art. 6 Kc, spoczywa ciężar wykazania, że wskazane naruszenie prowadzi do ograniczenia konkurencji.

Odwołujący z kwestionowanego wymogu SIWZ wywodzi, że owo rozwiązanie jest rozwiązaniem, które może być dostarczone przez jedynego producenta, tj. firmę Epoke Sp. z o.o., a dodatkowo, że to rozwiązanie zostało opatentowane przez tę firmę. Z dokumentów przedstawionych w odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego, tj. z oświadczeń trzech firm (INTEGRA, OZAMET I EPOKE) wynika, że rozsyrywarki stanowiące przedmiot zamówienia mogą być przez te trzy firmy zrealizowane. Rozsyrywarki – jak wynika z oświadczeń tych firm - są wyposażone w system rozbrylający oraz system dozujący, które to systemy są wbudowane na całej długości skrzyni ładunkowej. Zamawiający przyjmuje zatem, że wymóg, aby rozsyrywarka była wyposażona w system rozbrylający i dawkujący, tj. podający, czy dozujący materiał (w przypadku OZAMET i INTEGRA – system w postaci ślimaka) na całej długości skrzyni, jest wypełniony także przy zastosowaniu systemu dozującego materiał w postaci ślimaka. W kwestionowanym przez Odwołującego zapisie SIWZ (dział III pkt I ppkt 4) mówi się jedynie o wyposażeniu rozsyrywarki w system rozbrylający i dawkujący materiał na całej długości skrzyni. Rozumienia tych systemów – przede wszystkim systemu dawkującego materiał - nie zostały w żaden sposób zdefiniowane, ani ustawowo, ani też przez Zamawiającego w postanowieniach SIWZ. Tym samym zatem również system podający materiał, czy też dozujący (dawkujący) materiał na całej długości skrzyni funkcjonujący w postaci ślimaka jest dopuszczalny w tym postępowaniu przez Zamawiającego. Uwzględniając powyższe, skoro Odwołujący – jak oświadczył w toku rozprawy - dysponuje on rozsyrywarkami, które działają na zasadzie ślimaka co do podawania materiału powyższe postanowienie SIWZ nie jest ograniczające dla Odwołującego w złożeniu przez niego oferty w tym postępowaniu.

Izba nie stwierdziła też, aby postanowienia SIWZ w kwestionowanym zakresie zawierały jakiegokolwiek wskazanie znaków towarowych patentów, czy też pochodzenia, co wprost wskazywałoby na naruszenie art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący nie przedstawił na potwierdzenie stawianych zarzutów żadnych dowodów w sprawie, które uzasadniałyby ograniczenie konkurencji w niniejszym postępowaniu, które

uniemożliwiłoby Odwołującemu złożenie oferty w tym postępowaniu, w szczególności wobec złożenia przez Zamawiającego oświadczeń trzech firm, które są w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie publiczne.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....