

Sygn. akt: KIO/2780/10

WYROK
z dnia 10 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 27 grudnia 2010 r. przez **FIRE MAX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-495 Warszawa, Al. Jerozolimskie 224** w postępowaniu prowadzonym przez **Port Lotniczy Wrocław S.A. z siedzibą we Wrocławiu, 54-530 Wrocław, ul.Skarżyńskiego 36,**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **FIRE MAX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-495 Warszawa, Al. Jerozolimskie 224** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **FIRE MAX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-495 Warszawa, Al. Jerozolimskie 224** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **4 317 zł 60 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta siedemnaście złotych sześćdziesiąt groszy) przez **FIRE MAX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-495 Warszawa, Al. Jerozolimskie 224** na rzecz **Portu Lotniczego Wrocław S.A. z siedzibą we Wrocławiu, 54-530 Wrocław, ul.Skarżyńskiego 36,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie Izby.

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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Port Lotniczy S.A. z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę dwóch fabrycznie nowych ciężkich lotniskowych samochodów ratowniczo-gaśniczych z ramieniem gaśniczym wraz z wyposażeniem w środki gaśnicze, materiały eksploatacyjne, materiały i urządzenia szkoleniowe, szkoleniem oraz dokumentacją techniczną dla Portu Lotniczego Wrocław S.A.”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 grudnia 2010 r., nr 2010/S 245-374785.

W dniu 27 grudnia 2010 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 27 grudnia 2010 r.) wobec czynności podjętych przez Zamawiającego, w toku przedmiotowego postępowania o zamówienie, polegających na ograniczeniu kręgu wykonawców mogących zrealizować zamówienie do jednej firmy dysponującej lotniskowymi samochodami ratowniczo-gaśniczymi, zgodnie ze specyfikacją techniczną stanowiącą załącznik nr 6 do SIWZ, wskazując na naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 29 ustawy Pzp, a w szczególności art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o uznanie zasadności odwołania poprzez zmianę specyfikacji technicznej, która nie będzie zawężała kręgu wykonawców i zapewnienie równego traktowania wszystkich uczestników postępowania ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego oraz poszanowanie uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m.in., iż Zamawiający w punkcie 3.1.3 specyfikacji technicznej wymaga dostarczenia pojazdu z silnikiem lub zespołem silników o mocy co najmniej 1200 KM, spełniających co najmniej normę czystości Euro lub Tier 3. Odwołujący może dostarczyć pojazd odpowiadający wymaganiom Zamawiającego, ale z zespołem silników o mocy 1120 KM. Nieznacznie mniejsza moc silnika wynika z konieczności zastosowania rozwiązań spełniających wprowadzaną do stosowania normę spalin EURO 5. Taki zespół silników charakteryzuje się wystarczającą mocą, momentem obrotowym i prędkością, aby pojazd osiągnął wszystkie założone parametry jazdy.

Zaoferowanie takiego zespołu silników pozwala na zaoferowanie pojazdu w konkurencyjnej cenie.

Jednocześnie podniósł, iż obecnie jedynie firma Rosenbauer International może dostarczyć pojazd z zespołem silników o łącznej mocy 1250 KM.

Ponadto dodał, iż zalecenia ICAO, NFPA oraz rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 września 2005 r. w sprawie przygotowania lotnisk do sytuacji zagrożenia oraz lotniskowych służb ratowniczo-gaśniczych nie określają mocy silników pojazdów ratowniczo-gaśniczych, a jedynie parametry trakcyjne takie jak czas rozpędzania i prędkość *maksymalną*.

W dniu 28 grudnia 2010 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, stosowne pismo oraz kopię odwołania, zamieszczając na swej stronie internetowej.

Zamawiający w dniu 5 stycznia 2011 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie:

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale II „Opis przedmiotu zamówienia” ppkt 3 „Opis ogólny przedmiotu zamówienia – wymagane parametry podstawowe pojazdu i wyposażenia”, ppkt 8 zamieścił postanowienie „silnik lub zespół silników wysokoprężnych o mocy co najmniej 1200 KM, Euro 4 lub Tier 3”. Ponadto w załączniku nr 6 do SIWZ „Specyfikacja techniczna (szczegółowy OPZ)” pkt 3.1.3 „Silnik” zamieścił wymagane parametry silnika lub zespołu silników, w tym „parametr: czas przyspieszenia 0-80 km/h, jednostka [s], wielkość wymagana <25; parametr: prędkość maksymalna, jednostka [km/h]; wielkość wymagana >115; parametr: masowy wskaźnik mocy, jednostka [kW/Mg], wielkość wymagana >17” oraz „moc silnika/zespołu silników nie mniejsza niż 1200 KM wg DIN”.

Odwołujący zakwestionował powyższe postanowienia, wskazując iż na skutek określenia wymaganej mocy silnika lub zespołu silników jako nie mniejszej niż 1200 KM nastąpiło ograniczenie kręgu wykonawców mogących zrealizować zamówienie do jednego wykonawcy dysponującego silnikiem o wymaganej przez Zamawiającego mocy i zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 29, a w szczególności art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zakazuje takiego dokonywania opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję poprzez wskazanie konkretnego produktu, ale i takiego opisu przedmiotu zamówienia, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku, przy czym zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez Zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych, które nie odpowiadają jego potrzebom (np. jakościowym, funkcjonalnym, wymaganym parametrom technicznym), a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczenia dostępu do zamówienia. Zamawiający ma bowiem prawo ocenić swojej potrzeby i następnie dokonać zamówienia zgodnie z tym zobiektywizowanymi potrzebami, przy czym nie chodzi tu tylko i wyłącznie o rodzaj potrzeb, ale i konkretne wymagania co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Tak więc określenie wymogów, w tym przypadku dotyczących parametrów technicznych przedmiotu zamówienia trudnych, a nawet niemożliwych do spełnienia przez danego wykonawcę, co uniemożliwia mu złożenie oferty, nie oznacza jeszcze, iż w danym stanie faktycznym doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający określił kwestionowany parametr następująco „silnik lub zespół silników wysokoprężnych o mocy co najmniej 1200 KM, Euro 4 lub Tier 3”. Parametr ten – w ocenie Odwołującego – jest wymogiem ograniczającym konkurencję, gdyż może go spełnić jedynie pojazd z zespołem silników o łącznej mocy 1250 KM firmy Rosenbauer. Istotnie, co jest bezspornym, parametr ten spełnia pojazd firmy Rosenbauer. Jednak parametr ten spełnia także, co podnosił Zamawiający, a czego Odwołujący nie kwestionował, pojazd amerykańskiej firmy Colet. Zamawiający wskazywał, iż może go spełnić także pojazd firmy Ziegler, jak i ISS Wawraszek i Lentner, z czym już jednak Odwołujący się nie zgodził. Odwołujący podnosił bowiem, iż firmy te nie posiadają w swojej ofercie pojazdów o takiej mocy silnika, jak wymagana w niniejszym postępowaniu. Niemniej jednak konsekwentnie podkreślał, iż wykonawcy działający na rynku tego rodzaju pojazdów (samochodów ratowniczo-gaśniczych) nie posiadają „na stanie firmy” gotowych pojazdów lecz je realizują z określonych komponentów dopiero na konkretne zamówienie. Realizują więc pojazd pod konkretne potrzeby danego Zamawiającego, zwłaszcza, że – jak

podnosił Zamawiający – przedmiotem zamówienia jest dostarczenie pojazdu przez wykonawcę, który nie musi być jednocześnie producentem pojazdu (pkt 1.5. „Kontrola” Specyfikacji Technicznej (...)). Dostosowanie danego typu pojazdu m.in. poprzez zmianę typu lub marki silnika, co przyznał producent IVECO MAGIRUS, wymaga dłuższych prac produkcyjnych i konstrukcyjnych, gdyż wiąże się z modyfikacją elementów mechanicznych, elektronicznych i hydraulicznych oraz ich parametrów. Odwołujący zwracał także uwagę na trudności w zakupieniu silnika o większej mocy, jak również praktykę producentów, którzy rzekomo nie dostarczają tych silników (o większej mocy) innym producentom pojazdów lotniskowych. Jednak poza złożonym oświadczeniem nie przedłożył żadnych dowodów chociażby uprawdopodobniających, iż takie sytuacje istotnie mają miejsce. Może to być (nabycie odpowiedniego silnika) więc utrudnione, jednakże nie niemożliwe. Zamawiający podał bowiem nazwy kilku producentów silników o mocy wymaganej w Specyfikacji Technicznej (1200 KM), które mogą być nabyte dla realizacji przedmiotu zamówienia. Powyższe może więc powodować konieczność wydłużenia czasu na wykonanie takiego pojazdu, jednak Odwołujący w tym postępowaniu o taką modyfikację, wydłużenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia, nie wnosił.

Kwestionowany parametr istotnie nie jest określony w treści rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 września 2005 r. w sprawie przygotowania lotnisk do sytuacji zagrożenia oraz lotniskowych służb ratowniczo-gaśniczych (Dz. U. z 2005 r., Nr 197, poz. 1634 z późn. zm.), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie przygotowania lotnisk” – jak podkreślał Odwołujący na rozprawie – jako cecha funkcjonalna pojazdu, w oparciu o którą weryfikuje się dane pojazdu. § 7 ust. 1 przedmiotowego rozporządzenia stanowi jednak, iż zarządzający lotniskiem zapewnia „1) lotniskowe pojazdy ratowniczo-gaśnicze spełniające minimalne parametry charakterystyczne, określone w tabeli nr 5 (...)”, w której to wskazano m.in. „czas przyspieszenia 80 km/h w 25 sekund; prędkość maksymalna co najmniej 105 km/h”. Oznacza to więc, iż rozporządzenie określa jedynie minimalne parametry pojazdu, pozostawiając pewien margines dowolności, pozwalający danemu Zamawiającemu na ustalenie jego potrzeb, a tym samym wyartykułowanie szczegółowych wymogów dla pojazdu czy też pojazdów zamawianych dla konkretnego lotniska z uwzględnieniem wszystkich jego odrębności. Skoro więc w punkcie 3.1.3 „Silnik” zwrócono uwagę na dynamikę pojazdu obciążanego poprzez wskazanie trzech ważnych parametrów silnika lub zespołu silników, tj. czas przyspieszania, prędkość maksymalną i masowy wskaźnik, ich konsekwencją jest wskazanie mocy i moc silnika. Wymóg ten – jak podniósł Zamawiający – podyktowany jest tym, iż ubiega się on o wyższą kategorię ochrony przeciwpożarowej lotniska (według kryteriów technicznych lotniska dzielą się m.in. ze względu na kategorię ochrony przeciwpożarowej lotniska na 10 kategorii - od 1 do 10). Zamawiający posiada obecnie status lotniska 7 kategorii ochrony przeciwpożarowej, ale ubiega się o 8 kategorię ochrony

przeciwpożarowej lotniska. Ta wyższa kategoria (8), do której aspiruje, obliguje go do postawienia pojazdów, będącym przedmiotem zamówienia wyższych wymogów. Czas reakcji Lotniskowej Straży Pożarnej, a więc od ogłoszenia alarmu (powiadomienia o zdarzeniu) do interwencji, obejmujący m.in. uruchomienie pojazdu, dojazd na miejsce zdarzenia oraz rozpoczęcie akcji ratowniczej, wynosi „do trzech minut do każdego punktu drogi (dróg) startowej używanej do operacji lotniczych - na lotniskach naziemnych dla samolotów”. Dlatego też, uwzględniając – podnoszone przez samego Zamawiającego - uwarunkowania Portu Lotniczego we Wrocławiu (odległości od 2,5 do 3 km), koniecznym jest uzyskanie mimo tych odległości wymaganego czasu reakcji 180 sekund. Przedmiotem zamówienia jest pojazd o masie całkowitej - zgodnie z punktem „2.2.Masy” Specyfikacji Technicznej – nie przekraczającej 52 000 kg i składającej się „z masy własnej + masy załogi + masy wyposażenia zamontowanego na stałe + masy wyposażenia ruchomego określonego w punkcie 4 + masy środków gaśniczych + masy ewentualnego wyposażenia dodatkowego”. Minimalna masa tego pojazdu – jak podkreślał Zamawiający – przekroczy 49 000 kg. Aby więc osiągnąć wymagany powołanym wyżej rozporządzeniem czas reakcji istotna jest zdolność przyspieszenia od 80 km/h w czasie do 25 sekund, co warunkuje wyłącznie odpowiednia moc silników dostosowana do masy pojazdów przy pełnym ich obciążeniu. Tak więc Zamawiający wskazał wymagane parametry techniczne, które niewątpliwie umożliwią mu realizację założonego celu, w tym także określonego w ramach tego postępowania, a więc uzyskania statusu lotniska 8 kategorii ochrony przeciwpożarowej lotniska, a co nie będzie możliwe, gdy czas reakcji w sytuacji zagrożenia przekroczy 180 sekund na skutek tego, iż nie będzie możliwe osiągnięcie przyspieszenia 80 km/h w 25 sekund. Odwołujący oświadczył na rozprawie, iż oferowane przez niego pojazdy spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego, oczywiście z wyjątkiem dotyczącym wymaganej mocy silnika (1200 KM), a więc także przy tej mniejszej mocy oferowanego przez niego silnika (1120 KM) osiągają one przyspieszenie 80 km/h w 25 sekund. Oświadczenie to pozostaje jednak w sprzeczności z przedłożonymi przez Zamawiającego prospektami pojazdów Iveco Magirus, z treści których jednoznacznie wynika, iż takich parametrów, jak wymagane przez Zamawiającego, oferowane pojazdy nie osiągają. Przykładowo w prospekcie dotyczącym pojazdu „SUPERDRAGON ARFF 17000 DP500 HRET 15 euro” wskazano „przyspieszenie 0-80 km/h 30 s zależnie od obciążenia środkami gaśniczymi”, a dopuszczalną masę całkowitą pojazdu określono na „~48 500 kg”; w prospekcie dotyczącym pojazdu „SUPERDRAGON lotniskowy samochód ratowniczo-gaśniczy SUPERDRAGON ARFF 19000 DP500 EURO 5” wskazano „przyspieszenie: od 0 do 80 km/h w ciągu 30 s (pojazd w pełni obciążony)”, a „łączna rzeczywista masa całkowita: poniżej 48 000 kg”. Podobne dane zamieszczono w prospekcie „Prezentacja lotniskowych samochodów ratowniczo-gaśniczych – października 2010, seria DRAGON”, gdzie również czas przyspieszenia wynosił „25-30

sec.” dla SUPERDRAGONx8 (s. 4 prospektu), „w 25/28 s.” dla SUPER DRAGONx8 (s. 5 prospektu) i „25*” dla SUPERDRAGON 8x8 z uwagą „przy masie 46.000 kg” (s. 27 prospektu). Informacje takie zamieszczono również w Magazynie Fire-Max wydanie V 1/2010, w którym podano, odnosząc się do pojazdu Superdragonx8 ARFF 17000 DP 500 HRET, iż „pomimo ogromnej masy pojazdu, które wynosi 48500 kg, pojazd osiąga przyspieszenie od 0 do 80 km/h w czasie poniżej 30 sek., przy prędkości maksymalnej 120 km/h”. Należy w tym miejscu podkreślić, iż rzeczywista masa całkowita pojazdu będącego przedmiotem zamówienia wynosić ma od 49 000 do 52 000 kg. Natomiast w odniesieniu do pojazdów SUPERDRAGON jako umożliwiającą osiągnięcie określonego przyspieszenia (25 sekund jedynie w przypadku rzeczywistej masy całkowitej na poziomie 46 000 kg), przewidziano niższą rzeczywistą masę całkowitą („poniżej 48 000 kg”, „przy masie 46.000 kg”, „48500 kg”) niż wymagana przez Zamawiającego (49 000 kg). Tym samym wątpliwym jest – jak wynika z treści przedłożonych materiałów Iveco Magirus - dostarczenie przez Odwołującego pojazdu o niższej mocy (1120 KM) niż wymagana przez Zamawiającego, który uwzględniając rzeczywistą masę całkowitą pojazdu (49 000 kg do 52 000 kg) spełni wymóg przyspieszenia 80 km/h w 25 sekund. A uzyskanie takiego właśnie przyspieszenia warunkuje osiągnięcie wymaganego czasu reakcji (180 sekund) i w konsekwencji podniesienie kategorii ochrony przeciwpożarowej lotniska.

Tym samym stwierdzić należy, iż wskazanie wymogu dotyczącego przedmiotu zamówienia (parametru mocy silnika) trudnego, a nawet niemożliwego do spełnienia przez wykonawcę, w tym stanie faktycznym przez Odwołującego, nie stanowi dostatecznej podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Tak więc stawiany Zamawiającemu zarzut nie potwierdził się.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych przez Odwołującego we wniesionym odwołaniu, tj. art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 29, w tym art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumenty złożone na rozprawie przez Odwołującego, tj.: „Zestawienie mocy silników –przetargi w latach 2009-2010 obejmujące m.in. pojazdy z napędem 8x8 (z zespołem gaśniczym na wysięgniku lub z działkiem na dachu)”, oświadczenie producenta Iveco Magirus, pismo producenta Iveco Magirus, oraz Zamawiającego, tj.: broszury: „SUPERDRAGON ARFF 17000 DP500 HRET 15 EURO 5, IVECO MAGIRUS”, „SUPERDRAGON lotniskowy samochód ratowniczo-gaśniczy

SUPERDRAGON ARFF 19000 DP500 Euro 5, IVECO MAGIRUS”, „Prezentacja lotniskowych samochodów gaśniczych – seria DRAGON 2, IVECO MAGIRUS”, wykres „Zależność zdolności przyśpieszania w zakresie 0-80 km/h w czasie 25 s. od masy i mocy pojazdu” oraz wyciąg z „Magazynu Fire-Max” – wydanie V, 1/2010, uznając je za stanowisko je składających.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego materiałów złożonych przez Zamawiającego w języku angielskim, tj. wydruku ze strony internetowej „Products – Jaguar Series”, broszury „SUPER DRAGON 2; IVECO MAGIRUS” oraz broszury „AIRPORT CFR VEHICLE; IMPACT – 6000; IVECO MAGIRUS” ze względu na to, iż postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim (art. 9 ust. 2 ustawy Pzp), a wyspecyfikowane dokumenty złożone zostały bez tłumaczenia na język polski (§ 19 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r., Nr 48, poz. 280)).

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego i ograniczające je do wysokości 3 600,00 zł oraz koszty dojazdu na posiedzenie Izby w wysokości 717,60 zł, stosownie do faktury oraz kopii biletów złożonych do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....