

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 22 maja 2015 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z 24 kwietnia 2015 r. zgłoszonych 26 kwietnia 2015 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Powiat Łosicki

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej o sygn. UZP/DKUE/KD/4/2015 z 17 kwietnia 2015 r., przekazanej za pismem z 17 kwietnia 2015 r. {znak pisma UZP/DKUE/MJ/W1/421/4(7)/15/IC-G} w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Zakup samochodów ratowniczo-gaśniczych oraz samochodu operacyjno-sztabowego w ramach Programu Współpracy Transgranicznej Polska - Białoruś - Ukraina 2007-2013, Priorytet 2 – Poprawa jakości życia, Zadanie 2.1. Ochrona środowiska w obszarze przygranicznym*, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Piotr Kozłowski
Członkowie:	Marek Koleśnikow
	Daniel Konicz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Łosicki przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”} postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pn. *Zakup samochodów ratowniczo-gaśniczych oraz samochodu operacyjno-sztabowego w ramach Programu Współpracy Transgranicznej Polska - Białoruś - Ukraina 2007-2013, Priorytet 2 – Poprawa jakości życia, Zadanie 2.1. Ochrona środowiska w obszarze przygranicznym* Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte 17 września 2013 r. Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2014/S_020-030833 z 29 stycznia 2014 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej, na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}. Wartość tego zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

I.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną wyżej wymienionego postępowania {sygn. UZP/DKU/KD4/2015}, w wyniku której w informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej stwierdził, że Zamawiający naruszył 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy pzp przez sposób opisu przedmiotu zamówienia w powiązaniu z określeniem terminu realizacji zamówienia.

W toku kontroli ustalono, co następuje:

Przedmiot zamówienia obejmował 7 szt. średniego samochodu ratowniczo-gaśniczego z wyposażeniem, ciężki samochód ratowniczo-gaśniczy wraz z przyczepą sprzętową oraz samochód operacyjno-sztabowy, których szczegółowy opis zawarto w załącznikach nr 1a, 1b i 1c do SIWZ.

Po pierwsze – stwierdzono, że część minimalnych wymagań techniczno-eksploatacyjnych określonych w tych załącznikach jest nieuzasadniona technicznie.

1. W zakresie parametrów technicznych średniego samochodu ratowniczo-gaśniczego (załącznik nr 1a do SIWZ):

Lp. 2.5. – stały napęd 4x4 uterenowiony, z możliwością wyboru przełożeń szosowych i terenowych, z możliwością blokady mechanizmu różnicowego osi tylnej, z blokadą mechanizmu międzyosiowego, z kołami pojedynczymi na przedniej osi oraz podwójnymi na osi tylnej, wyposażony w automatyczną lub zautomatyzowaną skrzynię biegów.

Ocena powyższego wymagania SIWZ powinna zostać odniesiona do warunków ruchu w jakich będą poruszały się zamawiane pojazdy. Jeżeli w większości będą to drogi utwardzone (co może potwierdzać wybrany typ ogumienia – szosowe), teoretycznie lepszym rozwiązaniem konstrukcyjnym byłby napęd 4x4 z dołączaną osią przednią. Analiza rynku pojazdów oferowanych w 2013 r. i 2014 r. wykazała jednak, że taki rodzaj napędu stanowił margines rynku w pojazdach spełniających choćby podstawowe z pozostałych kryteriów (oferowany jest przez producentów podwozi jako opcja dodatkowa).

Lp. 3.1. – zabudowa pożarnicza zbudowana w całości z materiałów kompozytowych odpornych na korozje.

Bardziej właściwe byłoby wymaganie odnoszące się do celu jaki ma zostać osiągnięty przez zastosowanie danego materiału (np. kryterium masowe, odpornościowe). Na rynku funkcjonują podmioty wykonujące zabudowy z innych materiałów.

Wskazanie konkretnego materiału mogło stanowić o ograniczeniu uczciwej konkurencji i nierównym traktowaniu wykonawców.

Lp. 3.12. – zbiornik wody wykonany z materiału kompozytowego lub aluminium (...).

Narzucenie konkretnego rozwiązania konstrukcyjnego wykonania zbiornika. Na rynku funkcjonują podmioty wykonujące zabudowy z innych materiałów.

Wskazanie konkretnego materiału mogło stanowić o ograniczeniu uczciwej konkurencji i nierównym traktowaniu wykonawców.

2. W zakresie parametrów technicznych samochodu ratowniczo-gaśniczego wraz z przyczepą sprzętową (załącznik nr 1b do SIWZ)

Lp. 2.2. – samochód wyposażony w silnik o zapłonie samoczynnym, posiadający aktualne normy ochrony środowiska (czystości spalin), spełniający minimum normę emisji spalin Euro V, przystosowany do pracy na krótkich odcinkach trasy, o mocy minimalnej 330 kW.

Nie określono jednak masa całkowitej – wykluczało to producentów oferujących pojazdy o najlżejszej konstrukcji, ale nie spełniające kryterium mocy minimalnej.

Lp. 2.5. – napęd 6x6 (podwozie drogowe, uterenowione) z możliwością blokady mechanizmu różnicowego osi przedniej, tylnej i międzyosiowego, skrzynia redukcyjna, pojedyncze koła na osi przednia], podwójne na osi tylnej, napęd przedni rozłączany; przekładnia hydrokinetyczna, skrzynia biegów wyposażona w chłodnicę oleju.

Wymaganie budzi wątpliwości, zwłaszcza w odniesieniu do kryterium zastosowania

przekładni hydrokinetycznej, wyposażenia skrzyni biegów w chłodnicę oleju oraz możliwości rozłączania napędu przedniego

Spełnienie tych kryteriów jest możliwe jedynie przez pojazd marki Volvo oraz ewentualnie (na specjalne zamówienie i po sprawdzeniu czy dla danej specyfikacji pojazdu jest to możliwe) przez pojazdy marki Scania, a także Mercedes-Benz. W przypadku pojazdów marki MAN przekładnie automatyczne z przetwornikiem hydrokinetycznym montowane są do pojazdów typowo terenowych o liczbie osi większej niż 6.

Brak jest uzasadnienia technicznego dla zastosowania takiej przekładni w pojeździe, który nie jest pojazdem stricte terenowym. W przypadku przekładni hydrokinetycznej niezbędne jest wyposażenie jej w dodatkową chłodnicę, gdyż podczas jej pracy wytwarzana jest duża ilość ciepła, a przegrzanie tego podzespołu jest najczęstszą przyczyną jego uszkodzenia. Oferowane przez pozostałych producentów pojazdów (ale również przez firmę Volvo) przekładnie zautomatyzowane – ze względu na swoją konstrukcję – nie wymagają stosowania dodatkowej chłodnicy oleju.

Zastrzeżenie możliwości rozłączania napędu przedniego można uzasadnić technicznie ekonomią eksploatacji lub poprawieniem właściwości jezdnych (i nie wyklucza jednocześnie pozostałych producentów pojazdów), jednak budzi wątpliwości ze względu na zastrzeżenie napędu stałego dla pojazdu opisanego w załączniku 1a do SIWZ.

Lp. 3.1. – zabudowa pożarnicza zbudowana w całości z materiałów kompozytowych o nieograniczonej odporności na korozję.

Wymaganie narzuca konkretne rozwiązanie konstrukcyjne wykonania zabudowy. Na rynku funkcjonują podmioty wykonujące zabudowy z innych materiałów.

Wskazanie konkretnego materiału mogło stanowić o ograniczeniu uczciwej konkurencji i nierównym traktowaniu wykonawców.

Lp. 3.12. – zbiornik wody wykonany z materiału kompozytowego (...)

Wymaganie narzuca konkretne rozwiązanie konstrukcyjnego wykonania zbiornika. Na rynku funkcjonują podmioty wykonujące zabudowy z innych materiałów.

Wskazanie konkretnego materiału mogło stanowić o ograniczeniu uczciwej konkurencji i nierównym traktowaniu wykonawców.

3. W zakresie parametrów technicznych samochodu operacyjno-sztabowego (załącznik nr 1c do SIWZ)

Wymagania w ujęciu całościowym spełniał wyłącznie jeden model samochodu, Mercedes-Benz Vito/Viano. Poszczególne wymagania, które wykluczają możliwość ofertowania innych pojazdów to: fotel kierowcy i pasażera komfortowy z elektryczną regulacją i pamięcią ustawień (Lp. 4.), wyposażenie w asystensia ruszania (Lp. 12.), układ klimatyzacji minimum dwustrefowy typu klimatronik (Lp. 18.), szyby części pasażerskiej tylnej

uchylane elektrycznie (Lp. 22.), reflektory bixsenonowe ze zintegrowanymi funkcjami świateł przeciwmgielnych i świateł do jazdy dziennej LED (Lp. 41.), wyposażenie w składany stolik umożliwiający wspinanie w zastosowane szyny podłogowe.

Większość ze wskazanych wyżej elementów wyposażenia faktycznie może pomagać w użytkowaniu pojazdu. Najczęściej jednak są to elementy wyposażenia wybierane przez klientów biznesowych wykorzystujących owe pojazdy jako luksusowe mobilne biura. Ich przydatność w pojeździe o typowo użytkowym charakterze jest dyskusyjna, zwłaszcza że zastosowanie się do wymagań zamawiającego ogranicza wybór do jednego modelu pojazdu (i producenta tzw. segmentu premium, a więc jednego z droższych dostępnych na tynku). Koszt zakupu takiego wyposażenia dodatkowego jest znaczny.

Część wyposażenia wymagana przez Zamawiającego może zostać pominięta lub zmieniona.

Elektrycznie ustawiane fotele z pamięcią nie wpływa na możliwości korzystania z pojazdu. Silniki elektryczne działają stosunkowo wolno, a manualne ustawienie fotela wcale nie musi trwać krócej niż elektryczne. Dodatkowo silniki te często ulegają awariom, których usunięcie jest dość drogie.

Asystent ruszania, w przypadku zastosowania automatycznej skrzyni biegów, będzie mało przydatny, gdyż sama skrzynia pozwala na łagodniejsze ruszanie na wzniesieniu.

Dwustrefowy układ klimatyzacji sterowanej elektronicznie mógłby być z powodzeniem zastąpiony przez układ sterowany manualnie. Wydajność byłaby zbliżona, a sterowanie łatwiejsze. Jedyną niedogodność to konieczność korygowania temperatury i siły nadmuchu w przypadku nadmiernego schłodzenia lub nagrzania wnętrza pojazdu.

Reflektory ksenonowe mają oczywiście wiele zalet w stosunku do klasycznych reflektorów halogenowych. W pojazdach użytkowych stosowane są jednak przez niewielu producentów. Dodatkowo brak jest uzasadnienia technicznego do tego, aby były one zintegrowane ze światłami przeciwmgielnymi i światłami LED do jazdy dziennej. Należało rozważyć wpisanie do wymagań konieczności zamontowania reflektorów dodatkowych dalekosiężnych, co poprawiłoby oświetlenie drogi w czasie jazdy nocnej, a jednocześnie umożliwiłoby zaoferowanie wykonawcom pojazdów pochodzących od innych producentów (pod warunkiem zmiany pozostałych wymagań)

Składany stolik umożliwiający wspinanie w zastosowane szyny podłogowe – tak sformułowane wymaganie jednoznacznie wskazuje na fabryczne rozwiązanie stosowane przez firmę Mercedes-Benz i mogło stanowić o ograniczeniu uczciwej konkurencji i nierównym traktowaniu wykonawców.

Po drugie – ustalono, że Zamawiający w dokonał podziału terminu wykonania

zamówienia na trzy daty, w których wykonawcy mieli dostarczyć gotowe pojazdy, tj.: 1) 30 kwietnia 2014 r. – dostawa trzech pojazdów (ciężki samochód ratowniczo-gaśniczy z przyczepą sprzętową, samochód operacyjno-sztabowy, 1 średni samochód ratowniczo-gaśniczy z funkcją ratownictwa technicznego; 2) 31 lipca 2014 r. – dostawa trzech średnich samochodów ratowniczo-gaśniczych z funkcją ratownictwa technicznego; 3) 31 października 2014 r. – dostawa trzech średnich samochodów ratowniczo-gaśniczych z funkcją ratownictwa technicznego; jednak nie później niż do 31 października 2014 r.

W trakcie postępowania jeden z wykonawców zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem dotyczącym terminu realizacji zamówienia, wskazując, że termin 31 października 2014 r. dla wszystkich samochodów, z opcją wcześniejszej dostawy, jest terminem realnym. Gdyby jednak miało być inaczej, oznaczałoby to niemożliwe do dotrzymania terminy dla pojazdu ciężkiego i sztabowego, ponieważ są to bardzo nietypowe pojazdy i żaden wykonawca nie zamawia w ciemno podwozi bazowych do zabudowy.

Zamawiający wyjaśnił wówczas, że zwrot „*jednak nie później niż do 31 października 2014 r.*” oznacza ostateczny termin dostawy trzech ostatnich średnich pojazdów.

Stwierdzono, że jest mało prawdopodobne, aby którykolwiek z podmiotów działających na polskim (lub europejskim) rynku był w stanie zrealizować dostawę pojazdów w wymaganym terminie do 30 kwietnia 2014 r., czyli 13 tygodni od momentu ukazania się ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie z uzyskanymi informacjami w okresie trwania przedmiotowego postępowania przetargowego, poza wykonawcą Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „Bocar” sp. z o.o., nie było producentów posiadających pojazdy na podwoziu o parametrach wymaganych przez zamawiającego w SIWZ oraz nie było wykonawców, którzy byliby w stanie złożyć ofertę w tym postępowaniu na dostawę wszystkich wymaganych pojazdów.

Powyższa ocena stanu faktycznego została dokonana z uwzględnieniem opinii biegłego – eksperta techniki motoryzacyjnej, ruchu drogowego oraz likwidacji szkód komunikacyjnych wpisanego m.in. na listę biegłych sądowych z zakresu techniki, wyceny wartości, kosztów napraw pojazdów samochodowych i mechanicznych, badań techniki pojazdów, technicznej likwidacji szkód komunikacyjnych, wyceny wartości i kosztów napraw maszyn budowlanych i rolniczych, do którego Prezes UZP, działając na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, zwrócił się o sporządzenie ekspertyzy obejmującej analizę parametrów technicznych zamawianych pojazdów, ofert dystrybutorów pojazdów oraz zastosowanych rozwiązań technicznych w celu określenia, czy Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób, który mógł utrudnić uczciwą konkurencję, a także,

czy termin realizacji zamówienia został wyznaczony z uwzględnieniem czasu niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawców zdolnych do jego realizacji, a tym samym, czy sposób opisu przedmiotu zamówienia oraz określony przez Zamawiającego termin realizacji zamówienia mogły stanowić o ograniczeniu konkurencji i nierównym traktowaniu potencjalnych wykonawców.

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

W pierwszej kolejności Prezes UZP zwrócił uwagę, że opis przedmiotu zamówienia stanowi istotną część regulacji ustawowej Prawa zamówień publicznych, gdyż jest jedną z najważniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania. Na zamawiającym ciąży ustawowy obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia za pomocą standardowych określeń technicznych, które zazwyczaj są używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży. W ustawie pzp ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowane potrzeby, jednakże każdy z podmiotów dokonujących zakupów określonego rodzaju dostaw, usług lub robót budowlanych ma obowiązek przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić pewne generalne warunki, jakie nakłada na niego ustawa pzp.

W szczególności opisu przedmiotu zamówienia nie można dokonywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 pzp). Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 pzp może mieć charakter bezpośredni (jeżeli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeżeli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt). Niezależnie od powyższego wszelkie czynności zamawiającego muszą być dokonywane zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust 1 ust 1 pzp.

Z powołanych przepisów ustawy pzp wynika zatem, że przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretny produkt lub konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby potencjalnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych (podobnie – wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 9 listopada 2005 r., sygn, akt II Ca 587/05, niepubl.; wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 25 stycznia 2008 r., sygn. akt II Ca 693/05, niepubl.).

Następnie Prezes UZP wskazał, że w przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 pzp wystarczające jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, gdyż z przepisu tego wynika zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego ustalonego w toku kontroli z udziałem biegłego, Prezes UZP stwierdził, że Zamawiający w sposób wadliwy sporządził tzw. wymagania minimalne dla poszczególnych pojazdów stanowiące załączniki do SIWZ.

Nieuzasadnione technicznie zapisanie w warunkach zamówienia niektórych kryteriów techniczno-eksploatacyjnych oraz wskazanie materiałów do wykonania zabudowy mogło wykluczyć część podmiotów zajmujących się produkcją pojazdów pożarniczych. Wymagania minimalne Zamawiającego stanowiące załączniki 1a, 1b i 1c do SIWZ sformułowane zostały w sposób godzący w zasadę uczciwej konkurencji, gdyż wskazywały na konkretnych producentów. Natomiast termin dostawy pojazdów praktycznie uniemożliwił złożenie oferty podmiotom, które nie posiadały już zakupionych podwozi lub pojazdów bazowych spełniających wymagania SIWZ.

Ponadto wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia zgłaszali Zamawiającemu, że opis przedmiotu zamówienia utrudnia im złożenie ofert, co potwierdza, że ww. warunki utrudniały wykonawcom ubieganie się o przedmiotowe zamówienie.

Prezes UZP podsumował, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób, który utrudniał złożenie ofert części wykonawcom, a termin realizacji zamówienia nie został wyznaczony z uwzględnieniem czasu niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawców zdolnych do jego realizacji. Tym samym sposób opisu przedmiotu zamówienia oraz określony przez Zamawiającego termin realizacji zamówienia ograniczały konkurencję i powodowały nierówne traktowanie potencjalnych wykonawców.

II.

Zamawiający nie zgodził się z ustaleniami kontroli – wnosząc 28 kwietnia 2015 r. {pismem z 24 kwietnia 2015 r.} następujące zastrzeżenia:

Zamawiający zwrócił uwagę, że żaden z wykonawców nie skorzystał ze środków ochrony prawnej i nie złożył odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na opis przedmiotu zamówienia.

Zamawiający oświadczył, że przed ogłoszeniem zamówienia w sposób należyty dokonał szczegółowego rozpoznania rynku. Wynikało z niego, że wszystkie podmioty wykonujące specjalistyczną zabudowę pojazdów pożarniczych mogły dostarczyć pojazdy zarówno średnie, ciężkie, jak i operacyjno-sztabowy. Co jest łatwe do zweryfikowania na podstawie szczegółowych ofert publikowanych na stronach internetowych następujących firm: Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „Bocar” sp. z o.o., P.U.H. Moto-Truck, Stolarczyk Mirosław Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe, Wawraszek ISS sp. z o.o. S.K.A. oraz Szczęśniak Pojazdy Specjalne sp. z o.o.

Zamawiający przypominał, iż w rozdziale III pkt 7 SIWZ dopuścił powierzenie wykonania zamówienia podwykonawcom, a w rozdziale XII pkt 4 SIWZ dopuścił składanie ofert przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego biegły oceniający opis przedmiotu zamówienia nie wziął pod uwagę odnośnie samochodów będących przedmiotem przetargu następujących okoliczności: w jakich warunkach bojowych będą pracowały, na jakich terenach będą wykonywały swoje zadania, dla jakich jednostek straży pożarnej są przeznaczone (samochód ciężki wraz z przyczepą sprzętową oraz operacyjno-sztabowy – KP PSP Łosice, samochody średnie – jednostki OSP z terenu powiatu łosickiego).

Według Zamawiającego ponieważ biegły w opinii przy każdej uwadze do opisu przedmiotu zamówienia używa sformułowania „mogło stanowić o ograniczeniu konkurencji i nierównym traktowaniu potencjalnych wykonawców”, nie zarzuca Zamawiającemu, że dokonał opis przedmiotu zamówienia niezgodnie z zasadą uczciwej konkurencji.

Zdaniem Zamawiającego opinia biegłego nie uwzględnia również obowiązujących przepisów odnoszących się do pojazdów specjalnych, jakimi są samochody pożarnicze będące przedmiotem postępowania, które muszą spełniać wymagania zawarte w: 1) ustawie z 24 sierpnia 1991 r. o ochronie przeciwpożarowej (t.j. Dz. U. z 2009 r. nr 178, poz. 1380, z późn. zm.); 2) rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 20 czerwca 2007 r. w sprawie szczegółowych czynności wykonywanych podczas procesu dopuszczenia, zmiany i kontroli dopuszczenia wyrobów, opłat pobieranych przez jednostkę uprawnioną oraz sposobu ustalania wysokości opłat za te czynności (Dz. U. Nr 143, poz. 1001); 3) rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 20 czerwca 2007 r. w sprawie wykazu wyrobów służących zapewnieniu bezpieczeństwa publicznego lub ochronie zdrowia i życia oraz mienia, a także zasad wydawania dopuszczenia tych wyrobów do użytkowania (Dz. U. Nr 143, poz. 1002, z późn. zm.) - w tym też listę wyrobów oraz szczegółowe wymagania techniczno-użytkowe dla poszczególnych wyrobów.

Według Zamawiającego uwzględnił okoliczność, że z uwagi na powyższe przepisy liczba dostawców jest ograniczona. Ponieważ pojazdy takie jak opisane w załączniku 1a i 1b

muszą posiadać świadectwo dopuszczenia CNBOP i PIB, Zamawiający nie mógł zakupić innych pojazdów. Przed i podczas przetargu Zamawiającemu znanych było co najmniej pięciu dla pojazdów z załącznika 1a i dwóch dla pojazdów z załącznika 1b funkcjonujących na rynku dostawców, których pojazdy posiadały takie świadectwa, Zamawiający pisząc SIWZ musiał brać tychże dostawców pod uwagę.

Zdaniem Zamawiającego ponieważ podwozie jest jedynie jednym z elementów pojazdu ratowniczo-gaśniczego, a dostawcy budują je na różnorodnych podwoziach (co zostało sprawdzone na stronach internetowych), sugestia biegłego, że parametry te może w zakresie pojazdu z załącznika 1a spełnić tylko Mercedes, nie może stanowić podstawy do zarzutu o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji.

Lp. 2.5. – wymagania wskazane w SIWZ zostały oparte na opinii strażaków z jednostek OSP, do których pojazdy miały trafić. Nie ma możliwości jednoznacznego wskazania, gdzie będą prowadzone akcje ratowniczo-gaśnicze i jakimi drogami będzie się poruszał pojazd. Wobec powyższego zastosowanie stałego (4x4) napędu jest rozwiązaniem jak najbardziej uniwersalnym, co również potwierdza biegły pisząc, że dołączany napęd (4x4) jest odpowiedni tylko na drogi utwardzone.

Lp. 3.1. {oba załączniki} – kompozytowa zabudowa została wybrana ze względu na jej odporność na korozję. Taką opinię wydały jednostki OSP i PSP użytkujące samochody wykonane z innych materiałów. Wadą zastosowania np. stali nierdzewnych jest możliwość pojawienia się korozji międzykrystalicznej (atak korozji na granicach ziaren stali nierdzewnej, która występuje w pobliżu spoin, szczególnie w strefie wpływu ciepła), która prowadzi do pęknięcia konstrukcji w pobliżu łączenia wchodzących w jej skład elementów. Według posiadanej przez Zamawiającego wiedzy prawie wszyscy dostawcy pojazdów pożarniczych w swojej ofercie posiadają zabudowy kompozytowe np. Wawraszek, Szczęśniak, Bocar.

Lp. 3.12. {oba załączniki} – każdy z dostawców pojazdów pożarniczych posiada w swojej ofercie zbiorniki wykonane zarówno z aluminium, jak i z kompozytu, które według wiedzy Zamawiającego są podstawowymi materiałami do produkcji zbiorników wodnych samochodów pożarniczych. W trakcie postępowania nie wpłynęło żadne zapytanie dotyczące możliwości zastosowania innego materiału do budowy zbiornika wody

Zamawiający podniósł, że przy podejmowaniu decyzji wybrania konkretnych rozwiązań technicznych dla ciężkiego samochodu ratowniczo-gaśniczego (6x6) musiał uwzględnić warunki garażowe, które zgodnie z uzyskanymi informacjami z CNBOP spełniały konkretnie tylko podwozia Volvo i Scania.

Ponadto w opinii Zamawiającego pojazdy obu dostawców spełniają wszystkie pozostałe kryteria SIWZ, które w swojej opinii porusza biegły

Lp. 2.2. – ze względu na podział pojazdów pożarniczych według PN-EN 1846-1:2000 pojazd ciężki ma określoną jedynie minimalną masę rzeczywistą (14 ton). Kierując się tym zapisem i opinią użytkowników tego typu pojazdów, została określona jedynie minimalna moc silnika. Dostawcy podwozi oferują szeroką gamę dostępnych silników różnej mocy i spełniają kryterium minimum mocy 330 kW, a wymienieni przez niego producenci podwozi w swojej ofercie posiadają takie silniki

Odnosząc się do uwag biegłego do załącznika 1c do SIWZ, Zamawiający w pierwszej kolejności zakwestionował adekwatność sugestii biegłego, że samochód Mercedes-Benz Vito/Viano spełnia zapisane kryteria tylko dlatego, że wymagał przebudowy i dodatkowego doposażenia przez dostawcę.

Dla Zamawiającego uwagi zgłoszone na temat ustawień foteli są niezrozumiałe i nie jest jasne jaka jest intencja biegłego, stąd nie może się do nich ustosunkować.

Podobnie Zamawiający ocenił uwagi biegłego dotyczące reflektorów i klimatyzacji. Według Zamawiającego obecnie reflektory ksenonowe są stosowane powszechnie, a nie tylko w tzw. segmencie premium, gdyż zapewniają poprawę widoczności na drodze, a zatem i bezpieczeństwa. Zdaniem Zamawiającego proponowane przez biegłego rozwiązania są przestarzałe i dość zaskakujące, jak na przykład reflektory dalekosiężne stosowane głównie w samochodach terenowych typu off-road.

Zamawiający stwierdził, że podany przez biegłego opis działania asystenta ruszania nie ma nic wspólnego z intencją Zamawiającego. Pojazd ten jest wyposażony w hak holowniczy i może holować przyczepę o dopuszczalnej masie całkowitej 2000 kg, a asystent ruszania ma za zadanie ułatwić ruszenie pod górę z tak dużymi obciążeniami.

Zamawiający wskazał, że szyny do montowania stolika są ogólnie dostępne i zostały zamontowane przez dostawcę samochodu pożarniczego. Sam stolik jest bardzo prostym elementem wykonanym przez dostawcę i nie ma nic wspólnego z firmą Mercedes-Benz.

Zamawiający nie zgodził się ze stwierdzeniem biegłego, że jest to pojazd typowo użytkowy, a wykonanie jego jest niezgodne z jego przeznaczeniem, gdyż samochód operacyjno-sztabowy jest pojazdem wykorzystywanym jako mobilny punkt dowodzenia, działania sztabu akcji, czyli takie mobilne biuro. Jego wyposażenie musi umożliwiać pracę 5 - 6 osobom przez okres kilku godzin, a czasem w skrajnych przypadkach i kilkunastu, w każdych warunkach pogodowych. Celem zatem Zamawiającego było zapewnienie możliwie jak najlepszych warunków pracy funkcjonariuszy podczas stresujących warunków pracy związanych z koniecznością dowodzenia i podejmowania decyzji dotyczących prowadzonych działań ratowniczych, które mogą skutkować o życiu lub śmierci.

Zamawiający podniósł, że producenci tacy jak Mercedes, Scania czy MAN nie są dostawcami pojazdów pożarniczych, a jedynie producentami podwozi do tychże pojazdów.

Pojazdy pożarnicze budowane są w oparciu o różnego rodzaju dostępne na rynku podwozia, i każdy dostawca może zakupić dowolne podwozie, dowolnego producenta i na jego podstawie zbudować samochód ratowniczo-gaśniczy, operacyjno-sztabowy lub inne samochody specjalistyczne. Taką specyfiką samochodów specjalistycznych w ocenie Zamawiającego powoduje, że parametry dotyczące podwozi nie mogą być podstawą do zarzutu o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający przypominał, że 16 listopada 2013 r. wysłał, a 19 listopada 2013 r. ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wstępne ogłoszenie informacyjne, w którym podał opis rodzaju dostaw wraz ze wyszczególnieniem jakiego typu samochody będą przedmiotem przetargu. Zamawiający dodał, że ponieważ jeszcze w listopadzie były zapytania telefonicznie od dwóch firm: Wawraszek ISS sp. z o.o. sp. k. oraz Przedsiębiorstwa Specjalistycznego „Bocar” sp. z o.o. na temat postępowania, Zamawiający już na tym etapie postępowania uważał, że min. dwie firmy są nim zainteresowane i dysponują odpowiednimi zasobami do realizacji zamówienia. Zamawiający stwierdził w związku z tym, że termin, w którym potencjalni wykonawcy mogli wykonać pierwszą dostawę wynosił 23 tygodnie, a nie – jak podaje biegły – 13 tygodni.

Ponadto zdaniem Zamawiającego nie może stanowić uzasadnienia dla stwierdzenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji okoliczność, że z uwagi na termin realizacji zamówienia nie jest możliwe aktualnie zaoferowanie przez wykonawcę produktu, który spełnia oczekiwania Zamawiającego. Zamawiający powołał się w tym kontekście na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP/434/09).

Zamawiający wskazał, że w wyroku z 4 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1602/09) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że *zakaz wynikający z art. 29 ust. 2 ustawy PZP nie nakłada na zamawiającego obowiązku dostępu do zamówienia przez wszystkich wykonawców działających w danym segmencie rynku. Zamawiającemu przysługuje bowiem uprawnienie do określenia przedmiotu zamówienia w taki sposób, który zabezpiecza jego potrzeby. I nie chodzi tu tylko o rodzaj potrzeb, ale również konkretne wymagania co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Granicę swobody zamawiającego w tym zakresie stanowi sformułowanie przez zamawiającego takich wymogów, które mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję. Określenie wysokich, ale możliwych do spełnienia wymagań przedmiotu zamówienia, które pozostają w związku z samym zamówieniem i celem, jaki poprzez dane zamówienie zamierza osiągnąć zamawiający nie niweczy realizacji zasady uczciwej konkurencji.*

Z kolei w wyroku z 20 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 130/09) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że *Zamawiający ma prawo żądać wyższych parametrów niż przewidywane normą, jeżeli uzna to za uzasadnione.*

Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią art. 29 ust. 3 pzp jeżeli w opisie przedmiotu zamówienia wskazane są konkretne rozwiązania techniczne, dopuszcza się stosowanie rozwiązań równoważnych, co do ich cech i parametrów. Wszystkie ewentualne nazwy firmowe urządzeń i wyrobów użyte w opisie przedmiotu zamówienia powinny być traktowane jako definicje standardowe, a nie konkretne nazwy firmowe urządzeń wyrobów zastosowanych w dokumentacji. Obowiązek udowodnienia równoważności leży po stronie wykonawcy.

III.

Prezes UZP w piśmie z 8 maja 2015 r. {znak pisma UZP/DKUE/MJ/W1/421/4(14)/15/IC-G} nie uwzględnił powyższych zastrzeżeń Zamawiającego, do których odniósł się w szczególności w następujący sposób:

W pierwszej kolejności Prezes UZP wskazał, że biegły w następujący sposób odniósł się do zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego.

Biegły stwierdził, że uwzględnił zarówno akty prawne odnoszące się do kwestii związanych z opinią (w tym wyszczególnione przez Zamawiającego w zastrzeżeniach), jaki i warunki, w jakich będą pracowały pojazdy, a także specyfikę jednostek, które będą te pojazdy użytkowały.

Okoliczność, że wszystkie podmioty wykonujące pożarnicze zabudowy specjalistyczne mogły zaoferować wszystkie typy pojazdów nie oznacza, że szczegółowa specyfikacja zamówienia nie mogła ograniczyć konkurencyjności oferty jednego lub kilku wykonawców.

W zakresie zastrzeżeń dotyczących średniego samochodu ratowniczo-gaśniczego (załącznik nr 1a do SIWZ, biegły wyjaśnił, co następuje.

Lp. 2.5. – wymaganie zastosowania napędu 4x4 nie było kwestionowane jako naruszenie zasady uczciwej konkurencji, gdyż pojazdy z rozłączanym napędem stanowią margines oferty producentów. Skoro pojazdy mają poruszać się głównie w terenie rolniczym, być może właściwsze byłoby zastosowanie ogumienia uniwersalnego (typu A/T).

Lp. 3.1. i 3.12. – bardziej właściwe byłoby określenie parametrów, jakie mają zostać uzyskane, a nie narzucanie konkretnego materiału, nawet jeżeli większość wykonawców korzysta z technologii kompozytowej. Jeżeli istotnym czynnikiem była odporność na korozję,

można było wprowadzić do warunków zamówienia dodatkowa obwarowane gwarancyjne. Zabudowa kompozytowa ma również swoje wady (trudność napraw, możliwość pęknięcia).

W ocenie biegłego jeżeli niektóre z warunków zamówienia nie znajdują technicznego uzasadnienia, a powodują ograniczenie wyboru do jednego producenta podwozia, takie działanie można uznać za naruszanie zasady uczciwej konkurencji. Każdy z potencjalnych wykonawców najczęściej korzysta z podwozi któregoś z producentów. Jeżeli konkretne podwozie zostanie narzucone przez warunki zamówienia, wykonawca, który ma wynegocjowane najlepsze warunki z tym producentem będzie miał przewagę nad pozostałymi.

Ponadto może dojść do takiej sytuacji, gdy wymagane terminy będzie w stanie spełnić tylko jeden wykonawca gdyż np. ma już na stanie lub zamówił takie podwozie.

W zakresie zastrzeżeń dotyczących ciężkiego samochodu ratowniczo-gaśniczego (załącznik nr 1b do SIWZ) biegły wyjaśnił, co następuje.

Lp. 3.1. i 3.12. – analogicznie jak powyżej w odniesieniu do tych punktów.

Lp. 2.2. – fakt, że potencjalni wykonawcy mieli w ofercie pojazdy o odpowiedniej mocy nie oznacza, że warunki zamówienia nie ograniczały konkurencji. Jeżeli jeden z dostawców mógł zaoferować pojazd o wyższej mocy niż pozostałe, o niższej masie, jego oferta byłaby stawiana na równi z innymi, gdzie stosunek mocy do masy pojazdu byłby mniej korzystny (spełniałby bowiem tylko kryteria minimalne).

Zamawiający zakłada, że warunki zamówienia spełniały podwozia dwóch producentów. Pomija jednak całkowicie fakt, że oferta firmy Scania nie została jednoznacznie potwierdzona.

Ponadto z uwagi na termin dostawy pojazdów, jeżeli liczba ewentualnych wykonawców mogących spełnić wszystkie wymagania ograniczała się do dwóch, naturalnym i logicznym posunięciem byłoby jednak rozdzielanie zamówienia na poszczególne pojazdy.

W zakresie zastrzeżeń dotyczących samochodu operacyjnego (załącznik nr 1c do SIWZ) biegły wyjaśnił, co następuje.

W przypadku pojazdu operacyjnego jest jednak kilka nieuzasadnionych kryteriów, które całkowicie wykluczają inne pojazdy.

Jeżeli Zamawiający potrafi uzasadnić dlaczego pojazd operacyjny musi mieć elektrycznie regulowane fotele, to takie uzasadnianie powinien przedstawić.

Zdaniem biegłego Zamawiający nie posiada aktualnej wiedzy odnośnie reflektorów. tej kwestii. Stosowane obecnie reflektory halogenowe są znacznie skuteczniejsze niż miało to miejsce jeszcze kilka lat temu. Natomiast reflektory ksenonowe od pewnego czasu nie są ulepszane ze względu na rozwój oświetlenia w technologii LGD oraz laserowej. Ze względu na ograniczanie kosztów, niektórzy producenci pojazdów oferują reflektory ksenonowe o

obniżonej mocy. Z tego też względu nie można stwierdzić jednoznacznie, że reflektory ksenonowe będą lepiej oświetlać drogę od halogenowych. Ponadto biegły wyraził wątpliwość odnośnie potrzeby zintegrowania ze światłami ksenonowymi świateł przeciwmgłowych oraz dziennych w technologii LED. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego jedynie dwóch producentów pojazdów użytkowych o wymiarach zbliżonych do wyszczególnionych w SIWZ oferuje takie oświetlenie, są to dwa najdroższe pojazdy tego typu (a jeden nie spełnia niektórych pozostałych wymagań SIWZ). Zastosowanie dodatkowych reflektorów dalekosiężnych nie powinno dziwić Zamawiającego, gdyż jest to najlepszy sposób na poprawę oświetlenia w warunkach nocnych. Stosowanie tego typu oświetlenia w pojazdach stricte terenowych jest tylko potwierdzeniem ich przydatności i na pewno nie można uznać tego rozwiązania za przestarzałe.

W kwestii asystenta ruszania biegły stwierdził, że użytkownikami tego pojazdu są wykwalifikowani funkcjonariusze, którzy powinni potrafić ruszyć z wzniesienia nawet z przyczepą (zwłaszcza z automatyczną skrzynią biegów).

Odnośnie terminu realizacji zamówienia biegły wskazał, że nie można go liczyć od wstępnego ogłoszenia informacyjnego. Jeżeli wymagania co do pojazdu są tak szczegółowe, czas na realizację zamówienia powinien być taki, aby producenci pokazów pożarniczych mieli realną szansę na zamówienie podwozia i wywiązanie się ze wskazanych terminów. Gdyby wymagania były bardzo ogólne i dotyczyły tylko podstawowych kwestii, można by wymagać realizacji w krótszym terminie (zazwyczaj producenci zamawiają na początku roku pewną liczbę najbardziej popularnych podwozi).

Biegły podtrzymał stanowisko, że ponieważ Zamawiający sformułował swoje wymagania w sposób ograniczający możliwość zastosowania niektórych pojazdów bazowych oraz ich wyposażenia, a także wyznaczył nierealne w praktyce terminy dostawy pojazdów, zasada uczciwej konkurencji mogła zostać naruszona.

Prezes UZP zwrócił uwagę, że zasady wyrażone w art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy pzp wywodzą się wprost z dyrektywy 2004/18/WE, która już w preambule wskazuje na ich bezpośredni związek z zasadami i celami Unii Europejskiej wyrażonymi w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, a celem europejskich zamówień publicznych jest zapewnienie niedyskryminującego dostępu wykonawców do tych zamówień. Jest to szczególnie istotne w przypadku przedmiotowego zamówienia, którego wartość przekracza tzw. progi unijne i które jest współfinansowane ze środków unijnych.

Mając na uwadze opinię biegłego i okoliczności sprawy Prezes UZP podtrzymał swoje stanowisko, że postanowienia załączników 1a, 1b i 1 c do SIWZ i termin realizacji zamówienia zostały określone w sposób naruszający art. 29 ust. 1 pzp i art. 7 ust. 1 pzp.

Na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Prezes UZP przekazał 8 maja 2015 r. {pismem z tej daty, znak UZP/DKUE/MJ/W1/421/4(13)/15/IC-G(4137)} zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

IV.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa UZP, ustaliła i zważyła, co następuje:

Na podstawie przekazanych akt kontroli, Izba stwierdziła, że przywołane powyżej za informacją o wyniku kontroli okoliczności faktyczne sprawy odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy wynikającemu z tej dokumentacji.

W ocenie Izby zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia nie podważają prawidłowości wyniku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UZP.

Podnoszone przez Zamawiającego okoliczności natury generalnej, takie jak możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia czy dopuszczenie powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom, niczego nie wnoszą do sprawy.

Z kolei brak składanych odwołań w toku postępowania nie przesądza o tym, czy Zamawiający prawidłowo je przeprowadził.

Zamawiający bezpodstawnie przypisuje biegłemu nieuwzględnienie przepisów aktów prawnych dotyczących pojazdów pożarniczych, gdyż wymaganie posiadania przez pojazdy opisane w załącznikach nr 1a i 1b do SIWZ świadectwa dopuszczenia do stosowania w jednostkach ochrony przeciwpożarowej w ogóle nie było kwestionowane przez biegłego.

Zamawiający nie przedstawił również żadnego konkretnego przykładu nieuwzględnienia przez biegłego przeznaczenia pojazdów objętych przedmiotem zamówienia, w tym uwarunkowań terenowych i specyfiki jednostek straży pożarnej, które będą je eksploatowały. Zamawiający błędnie utożsamia preferencje zgłoszone przez użytkowników z uzasadnionymi technicznie obiektywnymi potrzebami.

Przede wszystkim Zamawiający zdaje się nie dostrzegać, że istotą stwierdzonego w wyniku kontroli naruszenia jest taki dobór niektórych wymaganych parametrów, że w połączeniu ze sposobem określenia terminu wykonania zamówienia mogło to powodować ograniczenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający skutecznie nie zakwestionował, że termin dostawy trzech pierwszych pojazdów (po jednym z każdego typu) uniemożliwił w praktyce złożenie oferty podmiotom, które nie posiadały wcześniej zakupionych podwozi pojazdów. Zamawiający błędnie chce brać pod uwagę okres od wstępnego ogłoszenia informacyjnego, które nie zawierało sprecyzowanych dopiero w s.i.w.z. wymagań przedmiotowych co do zamawianych pojazdów.

Zdaniem Izby nieuzasadnione jest oczekiwanie, aby potencjalni wykonawcy zamówienia dokonywali zakupów podwozi czy pojazdów bazowych uwzględniających szczególne wymagania Zamawiającego na zapas, nie wiedząc, czy mają szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, co można dopiero racjonalnie ocenić po publicznym otwarciu ofert. W przedmiotowym postępowaniu otwarcie ofert miało miejsce 24 lutego 2015 r., a zatem wykonawcy mieli tylko niespełna 10 tygodni od tej daty do daty wyznaczonej jako termin dostawy po jednym pojeździe z każdego typu. O tym, że wykonawcy potencjalnie zainteresowani przedmiotowym zamówieniem nie mogli dotrzymać takiego terminu świadczą najlepiej pytania zgłaszane Zamawiającemu, a także fakt, że ostatecznie została złożona tylko jedna oferta, pomimo że znany krąg wykonawców działających na krajowym rynku tego typów pojazdów jest znacznie szerszy.

Krajowa Izba Odwoławcza – działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....