

**UCHWAŁA**

**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

**z dnia 15 czerwca 2016 r.**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 24 maja 2016 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Powiat Braniewski, Plac Piłsudskiego 2, 14-500 Braniewo

dotyczących informacji z dnia 19 maja 2016 r. o wyniku kontroli doraźnej następczej w zakresie naruszeń ustawy – Prawo zamówień publicznych przekazanej w piśmie znak UZP/DKUE/W2/421/35/5/16/DD KD/35/16 w przedmiocie postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa fabrycznie nowej koparko-ładowarki”

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

**Przewodniczący:**

**Andrzej Niwicki**

**Członkowie:**

**Izabela Niedziałek-Bujak**

**Marzena Ordysińska**

wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia Zamawiającego z dnia 24 maja 2016 r. do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

## Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadziła kontrolę doraźną następczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Powiat Braniewski, którego przedmiotem jest dostawa fabrycznie nowej koparko-ładowarki.

Organ kontroli uznał, że zamawiający w tym postępowaniu naruszył art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję przez zawarcie w ww. opisie zamawianej koparko – ładowarki parametrów wskazujących na konkretny produkt określonego producenta.

Jak ustalono na podstawie dokumentacji kontrolowanego postępowania zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w ogłoszeniu oraz w § 3 pkt 3 siwz zamawiający wymagał, aby koparko - ładowarka spełniała poniższe minimalne wymagania:

„1) Fabrycznie nowa, rok produkcji 2015 lub 2014.

2) Silnik wysokoprężny z turbodoładowaniem, o maksymalnej mocy od 90 do 95 KM, spełniający normę emisji spalin Tier 4 lub równoważną, bez filtra cząstek stałych.

3) Minimalny moment obrotowy 430 Nm przy 1 400 obr/min.

4) Masa całkowita maksymalnie 8500 kg.

5) Skrzynia biegów typu Power Shift z co najmniej 4 biegami w przód i 4 wstecz rewers, (dopuszczalna skrzynia biegów automatyczna) wyposażona w blokadę zmiennika momentu.

6) Napęd na cztery koła, przednia oś skrętna, koła przednie rozmiar 400/70 - 20 cali, tylne 480/80 - 26 cali.

7) Układ hydrauliczny - pompa wielotłoczkowa o przepływie min 160 l/min i ciśnieniu roboczym min 250 bar.

8) Sygnał akustyczny cofania.

9) Kabina operatora spełniająca standardy normy ROPS/FOPS.

10) Światła przednie drogowe oraz dodatkowe oświetlenie robocze przód/tył.

11) Skrzynka narzędziowa.

12) Osprzęt ładowarkowy:

- a) łyżka ładowarki wielofunkcyjna o pojemności min 1,0 m<sup>3</sup> z widłami do palet,
- b) samo poziomowanie łyżki ładowarkowej,
- c) układ „powrót do kopania” łyżki ładowarkowej,
- d) wysokość załadunku co najmniej 3,0 m,

- e) wysokość podnoszenia widel co najmniej 2,5 m,
- f) wysokość wyładunku co najmniej 2,50 m, przechył łyżki 45 stopni,
- g) ładunek podnoszony do pełnej wysokości co najmniej 3000 kg,
- h) Siła skrawania łyżki min 6500 kG.

13) Osprzęt koparkowy:

- a) ramię robocze teleskopowe wysuwane,
- b) głębokość kopania min 5,5 m,
- c) zasięg na poziomie gruntu od osi obrotu ramienia co najmniej 6,5 m,
- d) zasięg na poziomie gruntu w bok od osi maszyny co najmniej 7,0 m,
- e) wysokość załadunku co najmniej 4,5 m,
- f) udźwig łyżki z wysuwem co najmniej 700 kg,
- g) udźwig łyżki bez wysuwu co najmniej 1400 kg,
- h) siła skrawania łyżki min 6000 kG,
- i) szybkozłącze koparkowe mechaniczne lub hydrauliczne,
- j) łyżka koparkowa o szerokości 330 - 370 mm,
- k) łyżka koparkowa o szerokości 580 - 620 mm,
- l) łyżka koparkowa o szerokości 850 - 9000 mm,
- m) łyżka skarpowa o szerokości 1400 - 1600 mm.

14) Układ SRS amortyzujący ruchy ramienia ładowarkowego podczas transportu.

15) Nawigacja satelitarna GPS z pomiarem stanu paliwa.

16) Pełna [gwarancja – dop. wł.] na okres min. 12 miesięcy bez limitu motogodzin.

17) Gwarancja na silnik, skrzynie jazdy i mosty na okres min. 60 miesięcy z limitem 2000 motogodzin.

18) Podjęcie naprawy gwarancyjnej przez serwis, w miejscu ewentualnego unieruchomienia maszyny (siedziba ZDP lub teren Powiatu Braniewskiego) w ciągu maksymalnie dwóch dni roboczych od telefonicznego powiadomienia o usterce.”

Jednocześnie zgodnie z § 3 pkt 5 siwz zamawiający wymagał, aby oferowany przedmiot dostawy posiadał:

„1) Kartę lub książkę gwarancyjną, deklarację zgodności CE, kartę pojazdu, instrukcję obsługi w języku polskim, opis do katalogu części zamiennych oraz inne wymagane prawem dokumenty pojazdu;

2) Wymagane atesty i spełniać warunki techniczne zgodne z europejskimi i polskimi normami.”

Jak wynika z dokumentacji postępowania, pismem z dnia 23.02.2015 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania do treści siwz wykonawcy Bergerat Mannoyeur Sp. z o.o. (wyłączny dystrybutor maszyn budowlanych CATEPILLAR) do siwz, tj.:

1. Czy zamawiający dopuszcza zmianę dotyczącą zapisu w zakresie masy całkowitej z „Masa całkowita maksymalnie 8500 kg” na „Masa całkowita maksymalnie 8650 kg”?

TAK

2. Czy zamawiający dopuszcza zmianę dotyczącą zapisu w zakresie silnika wysokoprężnego z „Silnik wysokoprężny z turbodoładowaniem, o maksymalnej mocy od 90 do 95 KM, spełniający normę emisji spalin Tier 4 lub równoważną, bez filtra cząstek stałych” na „Silnik wysokoprężny z turbodoładowaniem, o maksymalnej mocy od 90 do 95 KM, spełniający normę emisji spalin Tier 4 lub równoważną”?

NIE

Pismem z dnia 23.02.2015 r. ww. wykonawca zwrócił się do zamawiającego z kolejnymi pytaniami do siwz:

- czy zamawiający dopuszcza zmianę dotyczącą zapisu w zakresie osprzętu ładowarkowego z „Siła skrawania łyżki min 6500 kG.” na „Siła odspajania 6000 kG”?

- czy zamawiający dopuszcza zmianę dotyczącą zapisu w zakresie układu hydraulicznego z „Układ hydrauliczny - pompa wielotłoczkowa o przepływie min 160 l/min i ciśnieniu roboczym min 250 bar” na „Układ hydrauliczny - pompa wielotłoczkowa o przepływie min 125 l/min i ciśnieniu roboczym min 250 bar”.

Pismem z dnia 24.02.2015 r. zamawiający udzielił odpowiedzi informując, że nie dopuszcza powyższych zmian.

W toku postępowania wyjaśniającego poprzedzającego kontrolę w piśmie z dnia 9.07.2015 r. zamawiający wskazał, iż „Opis przedmiotu zamówienia i określenie parametrów przedmiotu zamówienia zostały opracowane w wyniku szczegółowej analizy własnych potrzeb Zamawiającego, co do przedmiotu zamówienia i przy zachowaniu należytej staranności. (...). Zgodnie ze złożonym, zaakceptowanym do dofinansowania w ramach programu wnioskiem zakupiony sprzęt ma być użytkowany przez Zarząd Dróg Powiatowych w Braniewie - dalej ZDP, w celu prowadzenia zadań w zakresie ochrony środowiska, w tym szczególnie na terenie obszarów Natura 2000 i ochrony przeciwpowodziowej, na terenach nadzalewowych i obszarach zależnych od rybactwa. Działania te będą polegały głównie na poprawie odwodnienia pasów drogowych, odpowiedniego utrzymania rowów przydrożnych i przepustów za pomocą zakupionej koparko - ładowarki. W związku z tym opisując przedmiot zamówienia szczególny nacisk położono na spełnienie aktualnych norm i wymagań w zakresie ochrony środowiska przed nadmierną emisją spalin i hałasu. W tym celu

postawiono warunek wynikający z obowiązujących przepisów: zgodności przedmiotu zamówienia z normą emisji spalin Tier 4 lub równoważną." Zamawiający wskazał również, iż „Jednostka organizacyjna Powiatu: ZDP od wielu lat pracuje własnym sprzętem na sieci dróg powiatowych, w tym m.in. 22- letnią koparko-ładowarką „Ostrówek”, która zostanie zastąpiona przez zakupiony w wyniku przetargu nowoczesny, spełniający aktualne normy i wymagania sprzęt. Parametry techniczne w postępowaniu przetargowym określone zostały w wyniku analizy potrzeb, przeznaczenia, charakteru pracy. Sprecyzowano m.in. wymagane przedziały i wartości minimalne dla: mocy, zasięgu, udźwigu, pojemności, wysokości załadunku czy głębokości kopania. Oprócz tego wzięto pod uwagę dotychczasowe doświadczenia w eksploatacji różnego rodzaju sprzętu posiadanego przez Beneficjenta. Uwzględniono warunki pracy oraz wygodę i koszty eksploatacji przedmiotu zamówienia. Właśnie koszty eksploatacji oraz wpływ na warunki użytkowania stosowanych w sprzęcie rozwiązań technicznych, umożliwiających spełnienie przez silniki norm emisji spalin zadecydowały o wprowadzeniu dodatkowego warunku: bez filtra cząstek stałych. Wg wiedzy posiadanej przez Beneficjenta jest to rozwiązanie najlepsze z możliwych i dostępnych obecnie na rynku, z punktu widzenia użytkownika sprzętu. Doświadczenie pokazuje, że filtry DPF w sprzęcie i pojazdach charakteryzują się zwiększonymi kosztami eksploatacji oraz problemami związanymi z koniecznością regeneracji, wymiany bądź serwisowania. Nie wynika to tylko z własnej opinii Beneficjenta ale jest to powszechny problem, na który wskazują użytkownicy i mechanicy sprzętu budowlanego. (...). Beneficjent dokonał analizy rynku z punktu widzenia spełnienia wskazanych parametrów przez potencjalnych Wykonawców i z analizy tej wynikało że poza wyłonionym Wykonawcą do udziału w postępowaniu mogli przystąpić inni Wykonawcy. Potrzeby Zamawiającego zostały określone warunkami, które mogły być spełnione przez maszyny dostawców najpopularniejszych koparko-ładowarek. Można tu wymienić największych producentów, którzy dostarczają koparko-ładowarki w przedmiotowej klasie. Są to m.in.: Case, Caterpillar, New Holland, Komatsu, Terex. Z rozeznania rynku otrzymano wiedzę o stosowanych przez producentów rozwiązaniach technicznych, zapewniających spełnienie zgodności z normą emisji spalin Tier 4 lub równoważną. Są to głównie trzy metody: 1) zastosowanie zaworu EGR (powtórne dopalanie spalin); 2) Ad Blue (stosowanie dodatkowego płynu eksploatacyjnego); 3) wbudowanie filtra cząstek stałych DPF. Pisma z branży maszyn budowlanych i wydawnictwa specjalistyczne wskazują jeszcze na rozwiązanie SCR (selektywna redukcja katalityczna). Ponadto istnieją kombinacje łączne stosowanych metod redukcji emisji spalin. Beneficjent określił warunek dla przedmiotu zamówienia wykluczając tylko jedną z dostępnych metod w filtr DPF. Każdy z Wykonawców miał więc możliwość techniczną, aby stosując pozostałe akceptowalne przez Zamawiającego metody złożyć ważną ofertę w postępowaniu

*przetargowym. Przykładem może tu być choćby koparko-ładowarka model 428F2 CAT, spełniająca wymagania określone w przetargu, której katalog ze stycznia 2015 przedstawiono w załączniku.*

*O powyższym świadczy również informacja drugiego Wykonawcy, który brał udział w postępowaniu przetargowym, mówiąca o tym, że „Określone parametry, wynikające z potrzeb Zamawiającego naszym zdaniem są teoretycznie możliwe do spełnienia przez wielu producentów koparko- ładowarek. Wymaga to oczywiście indywidualnego podejścia do zamówienia i ewentualnego wprowadzenia zmian w standardowo oferowanych jednostkach, np. zwiększenia siły skrawania łyżki do wymaganych wartości.”*

Pismem z dnia 17.07.2015 r. w uzupełnieniu do wcześniej udzielonych wyjaśnień zamawiający przekazał opinię rzeczoznawcy biegłego sądowego sporządzoną dla Zarządu Dróg Powiatowych w Braniewie nr 12/08/2015 z dnia 15.07.2015 r., dotyczącą prawidłowości wymagań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia siwz.

Biegły wskazał m.in., że „analiza konstrukcji koparek głównych dostawców koparko-ładowarek (...) klasy odpowiadającej – dla parametrów wskazanych w siwz wskazuje, że „siły skrawania łyżki – odspajania wynoszą 6000-6500 kG. Zamawiający wskazał siłę min. 6500 kG. Minimalna siłą 6500 kG występuje w koparko- ładowarkach JCB. Pozostałe marki oferują siły nominalne 6000 kG lub 6300 kG.” Jednocześnie biegły wskazał, iż „Zmiany w zakresie parametrów maksymalnej siły skrawania łyżki o kilka procent nie mają sensu z punktu widzenia praktycznego. W praktyce pracy koparki wykorzystuje się w 95% siły w zakresie 2000-5000 kG. Wielkości skrajne 6000 lub 6500 kG wykorzystywane są sporadycznie”.

W terminie składania ofert (tj. 02.03.2015 r.) do zamawiającego wpłynęły 2 oferty złożone przez wykonawców INTERHANDLER Sp. z o.o. oraz MIRTRANS Sp. z o.o.

Obydwaj wykonawcy zaoferowali koparko – ładowarkę JCB 3 CX Turbo Plus.

W dniu 13.03.2015 r. została zawarta umowa z wykonawcą INTERHANDLER Sp. z o.o., której przedmiotem była dostawa fabrycznie nowej koparko – ładowarki JCB 3CX Turbo Plus, rok produkcji 2014.

Z uwagi na fakt, że rozstrzygnięcie, czy opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretne produkty, nie jest możliwe bez posiadania wiedzy specjalistycznej, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwróciła się na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z prośbą do biegłego o sporządzenie opinii w celu rozstrzygnięcia, czy zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób, który mógł utrudnić uczciwą konkurencję oraz czy zapisy zamawiającego o dopuszczalności złożenia ofert równoważnych (tj. o parametrach wyższych

od wskazanych w siwz i ogłoszeniu o zamówieniu) dają wykonawcom realną możliwość złożenia takich ofert.

W szczególności zwrócono się z prośbą o udzielenie odpowiedzi na pytania:

- 1) Czy w świetle ostatecznych postanowień siwz, zamawiający opisując przedmiot zamówienia użył parametrów technicznych wskazujących na wybór konkretnego produktu, tj. konkretnej marki i modelu koparko - ładowarki, będącej przedmiotem zamówienia? Jeśli tak, to jaki to produkt i które parametry o tym przesądzają?;
- 2) Czy produkty Case, Caterpillar, New Holland, Komatsu, Terex spełniają wymogi siwz? Jeśli nie, to których parametrów nie spełniają?;
- 3) Czy koparko – ładowarka CAT 428F2 spełnia wymogi SIWZ? Jeśli nie, to których parametrów nie spełnia?;
- 4) Czy koparko – ładowarka CAT 428F2 była w sprzedaży na dzień 02.03.2015 r. (termin składania ofert)?;
- 5) Czy w świetle ostatecznych postanowień siwz w dniu składania ofert (tj. w dniu 2 marca 2015 r.) istniała możliwość zaoferowania fabrycznie nowej koparko – ładowarki (rok produkcji 2015 lub 2014) o parametrach takich samych lub wyższych od wskazanych w siwz i ogłoszeniu o zamówieniu? Jeśli tak, poproszono o wskazanie konkretnych marek i modeli;
- 6) Czy wymagania zamawiającego odnośnie ww. parametrów koparko – ładowarki, które przesądzają o możliwości zaoferowania jednego produktu (jeżeli odpowiedź na pyt.1 jest twierdząca), można uzasadnić jego potrzebami, o których mowa w udzielonych wyjaśnieniach?

Odnosząc się do powyższych pytań biegły w opinii z dnia 22.04.2016 r.(data wpływu do UZP 25.04.2016 r.) przy uwzględnieniu przekazanej dokumentacji postępowania przedstawił poniższe stanowisko:

*„1. W świetle ostatecznych postanowień siwz, zamawiający opisując przedmiot zamówienia użył parametrów technicznych wskazujących na wybór konkretnego produktu, tj. konkretnej marki i modelu koparko-ładowarki, będącej przedmiotem zamówienia. Jest to maszyna marki JCB model 3CX Turbo Plus. Parametrami przesądzającymi o możliwości wyboru tylko tego modelu to: brak filtra DPF przy spełnieniu normy Tier4 oraz konieczność zastosowania systemu SRS. Parametrów tych nie spełnia jakakolwiek maszyna innego producenta. Istnieje ponadto szereg innych parametrów których nie spełniają poszczególne maszyny (opisane szczegółowo w ust. IV niniejszej opinii)*

*2. Produkty Case, Caterpillar, New Holland, Komatsu, Terex nie spełniają wymogów siwz w zakresie opisanym szczegółowo w ust. IV niniejszej opinii.*

3. *Koparko-ładowarka CAT 428F2 nie spełnia wymogów siwz w zakresie siły odspajania, układu SRS oraz możliwe, że również w odniesieniu do masy całkowitej.*
4. *Koparko-ładowarka CAT 428F2 najprawdopodobniej była w sprzedaży na dzień 02.03.2015r. (termin składania ofert) tzn. istniała możliwość jej zamówienia z terminem odbioru pod koniec marca 2015 r.*
5. *W świetle ostatecznych postanowień siwz w dniu składania ofert (tj. w dniu 2 marca 2015r.) [nie] istniała możliwość zaoferowania fabrycznie nowej koparko-ładowarki (rok produkcji 2015 lub 2014) o parametrach takich samych lub wyższych od wskazanych w siwz i ogłoszeniu o zamówieniu. Jediną maszyną spełniającą warunki wynikające z postanowień siwz był produkt JCB 3CX Turbo Plus.*
6. *Wymagania zamawiającego odnośnie parametrów wyż. wym. koparko-ładowarki, które przesądzą o możliwości zaoferowania jednego produktu, można jedynie w niewielkim stopniu uzasadnić jego potrzebami, o których mowa w udzielonych wyjaśnieniach (szczegółowe wyjaśnienie tej kwestii zawarto w ust. V niniejszej opinii). Tym niemniej, ze względu na fakt, iż parametry te zebrane łącznie, wykluczają innych dostawców, należy stwierdzić, że były one określone zbyt rygorystycznie w odniesieniu do ich istotności dla rzeczywistych możliwości wykorzystania w maszynie tego typu.”*

W ust. IV opinii biegły odniósł się do parametrów koparko - ładowarki określonych w siwz oraz parametrów koparek innych producentów mogących potencjalnie spełnić wymagania określone w siwz, takich jak: Caterpillar, Terex, Volvo, Case, Komatsu i New Holland, wskazując „Poniżej przedstawiono analizę parametrów poszczególnych maszyn w odniesieniu do zapisów siwz. Opisano tylko te parametry, które uniemożliwiają spełnienie warunków określonych w siwz.

#### 1. CAT 428F

- a) *Maszyna wyposażona w filtr DPF.*
- b) *Moment obrotowy przy 1 400 obr./min – 390 Nm.*
- c) *Maksymalna masa całkowita zależna od konfiguracji – możliwe przekroczenie.*
- d) *Maksymalny wydatek pompy układu hydraulicznego 125 l/min.*
- e) *Siła odspajania ok. 6 000 kG.*
- f) *Brak układu SRS.*

#### 2. Terex TLB840

- a) *Maszyna wyposażona w filtr DPF.*
- b) *Moment obrotowy przy 1 400 obr./min – 395 Nm.*
- c) *Pompa hydrauliczna typu zębatego.*
- d) *Głębokość kopania 5,39 m.*

- e) Siła skrawania łyżki ładowarki ok. 5 394 KG.
- f) Siła odrywania łyżki koparki ok. 4 742 kG.
- g) Brak łyżki o szerokości 330 -370 mm.
- h) Brak układu SRS.

### 3. Volvo BL61B

- a) Maszyna wyposażona w filtr DPF.
- b) Moment obrotowy przy 1 400 obr./min – 370 Nm.
- c) Masa całkowita ok. 9 890 kg.
- d) Maksymalny wydatek pompy układu hydraulicznego 112 l/min, ciśnienie robocze 220 bar.
- e) Siła skrawania łyżki ładowarki ok. 4 619 kG.
- f) Siła skrawania łyżki koparki ok. 5 680 kG.
- g) Głębokość kopania 5,32 m.
- h) Brak większości łyżek o podanych wymiarach.
- i) Brak układu SRS.

### 4. Case 580ST

- a) Moc silnika 97 KM.
- b) Maszyna wyposażona w filtr DPF.
- c) Maksymalne ciśnienie robocze układu hydraulicznego 205 bar.
- d) Głębokość kopania 5,435 m.
- e) Zasięg na poziomie gruntu od osi obrotu ramienia 6,24 m.
- f) Siła skrawania łyżki koparki ok. 5 428 kG.
- g) Brak większości łyżek o podanych wymiarach.
- h) Brak układu SRS.

### 5. Komatsu WB93R-5

- a) Moc silnika 99,2 KM.
- b) Nie spełniona wskazana norma emisji spalin.
- c) Moment obrotowy przy 1 200 obr./min – 420 Nm
- d) Maksymalna masa całkowita 9 000 kg
- e) Brak układu SRS.

### 6. New Holland B115B

- a) Moc silnika 110,00 KM.
- b) Nie spełniona wskazana norma emisji spalin.
- c) Maksymalny wydatek pompy układu hydraulicznego 156 l/min, ciśnienie robocze 205 bar.
- d) Masa całkowita 9 100 kg.

- e) Brak możliwości spełnienia wymagań odnośnie rozmiarów opon.
- f) Brak części łyżek o podanych wymiarach.
- g) Brak układu SRS.

#### 7. CAT 428F2

- a) Masa całkowita 8 425 kg (możliwe przekroczenie w zależności od wyposażenia).
- b) Siła odspajania ok. 6 000 kG.
- c) Brak układu SRS.”

Ponadto w ust. V opinii biegły wskazał, iż „Na podstawie informacji zamieszczonych na stronach internetowych autoryzowanego przedstawiciela marki Caterpillar oraz informacji udzielonych przez jego pracownika stwierdzono, iż maszyny CAT428F2 były wprowadzane na polski rynek w marcu 2015 r. i najprawdopodobniej była możliwość dostarczenia takiej maszyny pod koniec tego miesiąca. Istniała więc teoretyczna możliwość dostarczenia jej zgodnie z warunkami siwz. Należy jednak zauważyć, że nawet ten model koparko-ładowarki nie spełniał wszystkich warunków wyszczególnionych w siwz, a ponadto istniało ryzyko, iż terminu dostarczenia przedmiotu zamówienia nie uda się jednak dotrzymać (ryzyko wystąpienia nieprzewidzianych okoliczności – w przypadku nowych modeli)”. (...). Biegły podziela zdanie Zamawiającego dotyczące problemów związanych z filtrami DPF – to rzeczywiście dość kłopotliwe rozwiązanie, które zazwyczaj generuje dodatkowe (niemałe) koszty. Wskazane jednak metody alternatywne redukcji emisji szkodliwych substancji są albo mało skuteczne (zawór EGR) albo wymagają stosowania dodatkowego układu (wszystkie pozostałe). Każdy układ może potencjalnie generować dodatkowe koszty, a w przypadku układu opartego o dodatek płynu AdBlue dochodzi jeszcze koszt tegoż płynu. Tym samym wykluczenie wszystkich pozostałych producentów tylko ze względu na zastosowanie filtra DPF wydaje się nieuzasadnione. Dodatkowo wskazać należy również, że spełnienie normy Tier 4 bez stosowania dodatkowych układów katalitycznych (a w szczególności bez DPF-a) musiało wymusić zastosowanie innych modyfikacji silnika maszyn (np. zwiększenie ciśnienia doładowania, zwiększenie ciśnienia wtrysku paliwa). Wskazują na to również parametry silnika koparko-ładowarki JCB 3CX Turbo Plus. Takie wysilenie jednostki napędowej może wpłynąć negatywnie na jej trwałość, choć jest to teza czysto teoretyczna.

Niezrozumiałe jest dla biegłego określanie niektórych parametrów przedmiotu zamówienia na poziomie najniższym z występujących na rynku, a innych na najwyższym. Dodatkowo parametry te są bardzo szczegółowe, a ich wpływ na pracę maszyny często znikomy. Niewielkie modyfikacje tychże warunków rozszerzyłyby znacznie możliwość ofertowania przez innych dostawców. Należy mieć również na uwadze fakt, iż dotychczasowe zadania ZDP realizował przy pomocy 22 letniej koparko-ładowarki „Ostrówek” stąd określanie

*niektórych parametrów na maksymalnym dostępnym poziomie może być nieuzasadnione ekonomicznie. Również zakres prac, do jakich ma być wykorzystywany zakupiony sprzęt, nie uzasadnia konieczności spełnienia wszystkich wyszczególnionych w siwz wymagań.*

*Określenie maksymalnego wydatku pompy hydraulicznej i ciśnienia roboczego nie jest równoznaczne z rzeczywistością z mocą układu hydraulicznego (różne mogą być bowiem np. średnice siłowników). Ponadto Zamawiający określa siły jakimi powinna charakteryzować się maszyna więc narzucanie dodatkowych parametrów jest – zdaniem biegłego – niepotrzebne. Niższe ciśnienie może okazać się ponadto rozwiązaniem trwalszym.”*

Na koniec biegły podkreślił, iż „Najważniejszymi ograniczeniami w możliwości zaoferowania maszyn innych dostawców, których niewielka modyfikacja mogła wpłynąć istotnie rozszerzenie oferty, były:

- 1. górna granica mocy silnika – 95 KM (zalecane zniesienie lub podwyższenie),*
- 2. maksymalny moment obrotowy na poziomie 430 Nm przy 1 400 obr/min (zalecane obniżenie),*
- 3. maksymalna masa całkowita na poziomie 8 500 kg (później 8 650 kg – zalecane podwyższenie),*
- 4. maksymalny wydatek pompy hydraulicznej na poziomie 160 l/min i ciśnienie robocze min. 250 bar (zalecane obniżenie),*
- 5. siły skrawania łyżek (zalecane obniżenie),*
- 6. głębokość kopania (zalecane obniżenie),*
- 7. szerokości łyżek (zalecana zmiana zakresów),*
- 8. układ amortyzujący SRS (zalecane dopuszczenie układu równoważnego).*

*Biegły dodaje w tym miejscu, że wiele z wymienionych wyżej parametrów maszyn innych producentów (w odniesieniu do maszyny zaoferowanej w przetargu), dotyczących układów roboczych, mogłoby zostać spełnionych gdyby dopuszczone zostały maszyny o wyższej mocy i masie całkowitej oraz oczywiście z filtrem DPF.”*

Mając na uwadze wyżej przytoczony stan faktyczny kontrolujący podkreślił, że opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pomimo, że ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany charakter, to każdy z podmiotów dokonujących zakupów określonego rodzaju dostaw, usług lub robót budowlanych ma obowiązek przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić generalne warunki, jakie nakłada na niego ustawa Pzp.

Po pierwsze zamawiający zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia i jego cechy w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na proces sporządzania oferty (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp).

Po drugie zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wskazany przepis służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a w konsekwencji – m. in. zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt). Dodatkowo, działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny i prawny oraz treść opinii biegłego powołanego na potrzeby przedmiotowego postępowania, stwierdzono, że zamawiający w sposób wadliwy sporządził opis przedmiotu zamówienia wskazując na konkretny produkt, markę i model koparko-ładowarki, tj. JCB model 3CX Turbo Plus. Określone w siwz wymagania techniczne dotyczące wymogu braku filtra DPF przy spełnieniu normy Tier4 oraz konieczność zastosowania systemu SRS przesądzały o możliwości wyboru tylko ww. modelu koparko – ładowarki.

Z przedstawionej opinii biegłego wynika jednocześnie, że wymagań zamawiającego odnośnie parametrów przedmiotu zamówienia, które przesadzają o możliwości wyboru marki JCB model 3CX Turbo Plus, nie można uzasadnić potrzebami zamawiającego. Jak wskazał biegły, sformułowania opisu przedmiotu zamówienia zawarte w siwz oraz późniejsze wyjaśnienia udzielone przez zamawiającego zawierają wiele sprzeczności i trudnych do uzasadnienia zapisów. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia często określał parametry na poziomie najniższym z występujących na rynku, a innych na najwyższym. Parametry te były opisane bardzo szczegółowo, przy czym ich wpływ na pracę maszyny był często znikomy. Jak uznał biegły *„Niewielkie modyfikacje tychże warunków rozszerzyłyby znacznie możliwość ofertowania przez innych dostawców”*.

Mając na uwadze powyższe organ kontroli uznał, iż zapisy siwz w zakresie opisu przedmiotu zamówienia zostały przez zamawiającego sporządzone w sposób godzący w zasadę uczciwej konkurencji, bowiem wskazywały na konkretnego producenta. Tym samym zamawiający naruszył zasadę sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia zawartą w art. 29

ust. 2 ustawy Pzp, stanowiącą, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób który mógłby ograniczyć uczciwą konkurencję oraz określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający dopuścił się zatem naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

We wniesionych dnia 24 maja 2016 r. zastrzeżeniach Zamawiający nie zgodził się z zarzutem organu kontroli stwierdzając, że *„Określony w wyniku kontroli zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz w konsekwencji zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wywiedziony został w zasadzie wyłącznie w oparciu o opinię biegłego z dnia 22.04.2016 r., która w ocenie Zamawiającego jest nietrafna, nie poparta wyczerpującą analizą opiniowanego zagadnienia, a poza tym biegły (jak wynika z wniosków wyciągniętych w wyniku kontroli), dokonał czysto subiektywnej oceny uzasadnionych potrzeb Zamawiającego.”*

Ponadto Zamawiający wskazał, iż *„(...) opisał przedmiot zamówienia i jego cechy w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na proces sporządzania oferty, które w pełni były uzasadnione jego zobiektywizowaną potrzebą - co wskazano podczas prowadzonej kontroli. W trakcie postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający dopuścił zmiany proponowane przez potencjalnych wykonawców, które były możliwe do zaakceptowania pod względem założonych celów, przeznaczenia i pracy sprzętu, jaki był przedmiotem zamówienia. Nie dopuszczono zmian w parametrach, które w sposób istotny dla Zamawiającego obniżyłyby użyteczność lub podniosły koszty eksploatacyjne w trakcie używania i sprzętu.”* Zdaniem Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie utrudniał zasady uczciwej konkurencji i nie naruszał zasady równego dostępu do zamówienia. Zamawiający wskazał, iż *„(...) nie stosował nazw własnych, nie wskazywał konkretnego wykonawcy lub dostawcy. Szczegółowy opis parametrów zawarty w SIWZ nie wskazywał na jednego konkretnego wykonawcę, czy na konkretny produkt, i był możliwy do spełnienia przez różnych dostawców, przy uwzględnieniu, że dostosują swoje produkty do stawianych wymagań. Chodzi tu o siłę odspajania, której warunek mógłby być spełniony przez producentów wielu modeli – taka możliwość techniczna i organizacyjna istniała, na co wskazuje Opinia biegłego rzeczoznawcy nr 12/08/2015. Ponadto w opinii tej wyraźnie wskazano, że ustalenie parametru osiągnięcia wymaganej emisji spalin bez użycia filtra cząstek stałych DPF jest dopuszczalne i uzasadnione*

*niezawodnością pracy, kosztami eksploatacji, kosztami przestojów oraz skutecznością oczyszczania spalin w warunkach szczególnie chronionych obszaru NATURA 2000.”*

*Jednocześnie Zamawiający podniósł, iż „(...) dla analizy powyższych okoliczności niezbędna jest specjalistyczna wiedza w zakresie możliwości określonego dodatkowego sparametryzowania sprzętu przez określonych producentów. Oznacza to, iż opieranie się w zakresie spełniania czy niespełniania parametrów przez określone maszyny, nie może być dokonane wyłącznie o karty katalogowe producentów wskazane na ich stronach itp., ponieważ tak jak np. w przypadku zakupu samochodów, w katalogach podane są podstawowe sparametryzowane wersje modeli, do których klient może zakupić zgodnie z własnymi upodobaniami dodatkowe wyposażenie. To samo ma miejsce również w przypadku dostawy koparko - ładowarki.”*

*W ocenie Zamawiającego za chybione należy uznać stwierdzenia w opinii biegłego z dnia 22.04.2016 r. wskazujące, że „parametrami przesądzającymi o możliwości wyboru tylko tego modelu jest: brak filtra DPF przy spełnieniu normy Tier4 oraz konieczność zastosowania systemu SRS”. Możliwość innych rozwiązań eliminujących niekorzystny dla zamawiającego filtr DPF została wykazana (np. koparko - ładowarka CAT 42SF2). Natomiast system SRS nie był na żadnym etapie kwestionowany przez wykonawców, ani nie wpłynęły pytania i propozycje zmian w tym zakresie. Jest to system amortyzujący ruchy ramienia ładowarkowego podczas transportu, istotny dla Zamawiającego, ponieważ na rozległej sieci dróg powiatowych (łącznie 345 km dróg zamiejskich, z czego 82 km położone są na obszarach chronionych) jest bardzo dużo przejazdów sprzętu. Koparko - ładowarka przemieszcza się pomiędzy poszczególnymi odcinkami, na których prowadzone są prace związane z poprawą odwodnienia. Są to przejazdy po drogach publicznych, pod ruchem, więc zwiększenie bezpieczeństwa oraz trwałości maszyny przez możliwość zastosowania systemu SRS jest w pełni uzasadniona.*

*Trudno również zgodzić się z zapisem treści opinii biegłego, że: możliwe, że koparko-ładowarka CAT 428F2 nie spełnia wymogów SIWZ, w odniesieniu do masy całkowitej, albowiem to sam dystrybutor sprzętu CAT wystąpił z propozycją zmiany zapisu SIWZ i dopuszczanie masy całkowitej maksymalnie do 8650 kg, na co Zamawiający się zgodził.”*

Prezes UZP rozpatrując zastrzeżenia zamawiającego uzyskał dodatkową opinię biegłego na okoliczności sporne i po analizie jej treści podtrzymał stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli, a złożone przez zamawiającego zastrzeżenia przekazał do

zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą na podstawie art. 167 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Po przeprowadzeniu analizy przedstawionej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz ustaleń dokonanych w toku kontroli, a także stanowiska Zamawiającego, Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Izba zauważa, że jedną z metod ustalenia i oceny stanu faktycznego w sprawie kontrolowanej jest, zgodnie z art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, opinia biegłych, jeżeli w toku prowadzenia czynności kontrolnych niezbędne jest uzyskanie wiadomości specjalnych. W ocenie składu opiniującego Izby Prezes Urzędu zasadnie skorzystał z opinii biegłego, a stwierdzenia zawarte w opinii biegłego znalazły potwierdzenie w stanie faktycznym sprawy, bowiem w postępowaniu złożone zostały 2 oferty (wykonawców INTERHANDLER Sp. z o.o. oraz MIRTRANS Sp. z o.o.) i obydwaj ci wykonawcy zaoferowali koparko – ładowarkę JCB 3 CX Turbo Plus. Ponadto, na nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia wskazuje także przekazana przez Zamawiającego opinia rzeczoznawcy biegłego sądowego mgr inż. M. M. sporządzona dla Zarządu Dróg Powiatowych w Braniewie nr 12/08/2015 z dnia 15.07.2015 r., z której wynika, że *„analiza konstrukcji koparek głównych dostawców koparko-ładowarek (...) klasy odpowiadającej – dla parametrów wskazanych w siwz wskazuje, że siły skrawania łyżki – odspajania wynoszą 6000-6500 kG. Zamawiający wskazał siłę min. 6500 kG. Nominalna siła 6500 kG występuje w koparko - ładowarkach JCB. Pozostałe marki oferują siły nominalne 6000 kG lub 6300 kG.”* Jednocześnie biegły powołany przez Zamawiającego wskazał, iż *„Wszelkie zmiany konstrukcyjne przy sprzedaży nowego sprzętu z gwarancją fabryczną wymagają zgody i zatwierdzenia przez biura konstrukcyjne producentów (...). Koszty logistyczne zmian projektowych i wykonawczych mają sens tylko przy większych zamówieniach, a nie przy zamówieniach jednej sztuki koparki. W takim przypadku koszty przeróbek, dostosowań do wymogów siwz i zmian dokumentacyjnych z pewnością przekroczyłyby potencjalny zysk ze sprzedaży jednej koparki czyniąc całe przedsięwzięcie nieopłacalnym”*.

W świetle powyższego należało uznać za celowe oparcie przez kontrolującego swojego stanowiska obok poczynionych samodzielnie ustaleń, również na opinii biegłego.

Jest oczywiste, że w procesie udzielania zamówienia publicznego sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego, która determinuje cały przebieg postępowania o udzielenie zamówienia i może wywrzeć wpływ na jego wynik. Dlatego dokonanie tej czynności z wymaga poszanowania przepisu art. 29 ustawy pzp i wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy pzp zasady nakładającej obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający nie może dokonać opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłby we wskazaną zasadę. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert oraz może powodować oferowanie przez wykonawców produktów tylko i wyłącznie jednego producenta czy dystrybutora. W efekcie prowadzi to do powstania rynku kreowanego przez zamawiających, na którym rzeczywistą konkurencję zastępuje pozorna konkurencja między dostawcami tej samej technologii lub produktów tego samego producenta. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy pzp), w tym także przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, z wyjątkiem przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką zamówienia i jednocześnie zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne” (art. 29 ust. 3 ustawy Pzp). W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji.

Izba podziela stanowisko organu kontroli, że naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy pzp może nastąpić w sposób bezpośredni oraz pośredni. Bezpośrednie naruszenie ww. artykułu zachodzi, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt poprzez wskazanie znaków towarowych, oznaczeń, patentów lub pochodzenia. Pośrednie naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia będzie miało miejsce, gdy produkt opisany przez zamawiającego nie będzie nazwany, jednakże wymogi i parametry przedmiotu zamówienia zostaną określone tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Zamawiający może obalić zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp jeśli wykaże, że opis przedmiotu zamówienia ma źródło w jego uzasadnionych potrzebach lub przez wykazanie, że wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia spełniają inne produkty w sposób zapewniający konkurencję. Przy czym w przypadku zamówienia,

którego poszczególne części składowe opisane zostały za pomocą wielu parametrów, nawet brak spełniania jednego z parametrów pojedynczego produktu niesie skutek niemożności złożenia oferty w ogóle.

Mając na uwadze charakter zastrzeżeń Zamawiającego, odnoszących się do zagadnień wymagających wiedzy specjalistycznej, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego sporządzającego opinię na potrzeby przedmiotowej kontroli z prośbą o odniesienie się do stanowiska Zamawiającego. W odniesieniu do powyższego biegły stwierdził, co następuje.

W opinii dodatkowej, której potrzeba wynikała z charakteru zastrzeżeń zamawiającego, biegły wskazał, iż dokonana przez niego ocena wynikała przede wszystkim z analizy parametrów technicznych maszyn i dopiero podczas formułowania wniosków, wyraził swoje zdanie dotyczące istotnych dla przedmiotowej sprawy kwestii. Tym samym zarzut Zamawiającego dotyczący braku dostatecznej analizy problemu oraz subiektywności opinii, należy uznać za niezasadny. W zakresie opisu przedmiotu zamówienia i jego cech, biegły podniósł, iż zastrzeżenia zamawiającego nie zawierają nowych informacji, które mogłyby wpłynąć na zmianę wydanej wcześniej opinii. Wskazał, iż *„Opis przedmiotu zamówienia był być może jednoznaczny, wyczerpujący, dokładny i zrozumiały jednak wskazywał równocześnie maszynę jednego producenta, co było sprzeczne z ideą postępowania przetargowego. Opis ten został najprawdopodobniej sporządzony w oparciu o dane koparko-ładowarki JCB 3CX Turbo Plus. Biegły nie kwestionuje takiego podejścia. (...). Zamawiający, sporządzając opis przedmiotu zamówienia, musiał oprzeć się o jakieś dane wyjściowe. Dobrze, jeżeli dane te pochodzą od najlepszych dostępnych maszyn czy urządzeń. W postępowaniu przetargowym chodzi jednak o to, żeby opis zamówienia nie faworyzował któregośkolwiek z potencjalnych dostawców. W przypadku tego konkretnego postępowania Zamawiający dopuścił tylko część zmian w opisie zamówienia, zaproponowanych przez jednego z dostawców. W mojej ocenie - i wbrew twierdzeniom Zamawiającego - odrzucona propozycja zmiany opisu nie obniżyłaby w sposób istotny użyteczności sprzętu i nie byłaby jednoznaczna z podniesieniem kosztów jego eksploatacji.”* W ocenie biegłego *„Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że nie stosował w opisie zamówienia nazw własnych. Chodzi o system stabilizacji tyżki SRS. Jest to nazwa stosowana wyłącznie przez firmę JCB. Nie ma tu znaczenia fakt, iż nikt nie kwestionował tego w trakcie postępowania przetargowego. Moim zadaniem była całościowa analiza opisu zamówienia, a nie tylko kwestii podnoszonych przez dostawców. Nie kwestionuję również zasadności obecności takiego systemu w maszynie, jednak opis zamówienia powinien zostać wówczas sformułowany w inny sposób np. z dopuszczeniem*

*równoważności lub - co byłoby najwłaściwsze - powinny zostać opisane cechy systemu, a nie jego konkretna nazwa wskazująca dodatkowo na jednego producenta.”*

*W odniesieniu do zarzutów Zamawiającego dotyczących możliwości dostosowania maszyn innych producentów w zakresie siły odspajania łyżki, biegły wskazał, iż „(...) taka możliwość faktycznie istnieje, jednak jest ona czysto teoretyczna. Wskazuje na to również opinia mgr inż. M. M. Zwiększenie ciśnienia w układzie hydraulicznym lub wręcz zwiększenie średnicy siłownika byłoby działaniem bez uzasadnienia ekonomicznego w kontekście uzyskanej poprawy parametrów siłowych. Osobną kwestią jest zachowanie gwarancji producenta na tak zmodyfikowany sprzęt - zwłaszcza, że chodziło o zakup wyłącznie jednej sztuki maszyny. Jeżeli Zamawiającemu zależało na jak największej sile odspajania łyżki, to nieuzasadnione było wyznaczenie górnej granicy mocy silnika. Biorąc pod uwagę wskazany charakter wykorzystania (utrzymanie i poprawa odwodnienia przydrożnych rowów i przepustów, a nie np. 3 zmianowa praca przy budowie dróg) dopuszczenie mniejszej siły odspajania nie wpłynęłoby negatywnie na możliwość wykorzystania maszyny.”*

*Odnosząc się do zagadnienia dotyczącego zastosowania filtra DPF biegły wskazał „Nie kwestionuję w tym miejscu zasadności spełnienia - określonej w SIWZ - normy emisji spalin TIER4. Zdaję sobie sprawę z wykorzystania maszyny w obszarach programu NATURA 2000. Wskazaną wyżej normę spełnia również sprzęt innych producentów tyle, że przy zastosowaniu filtrów DPF. Oczywiście jest to rozwiązanie, które generuje pewne koszty, jednak - moim zdaniem - nie może przesądzać o odrzuceniu wszystkich pozostałych producentów. Gdyby filtr DPF był aż tak niepożądany, to inni producenci nie oferowaliby takich maszyn na rynku, gdyż nikt by ich nie kupował. Na koszty eksploatacji maszyny wpływa wiele czynników - brak jest przesłanek aby uznać, że maszyna z DPF-em na pewno wygeneruje w okresie kilkuletniej eksploatacji wyższe koszty niż maszyna bez tego rozwiązania. Może okazać się, że trwałość innych podzespołów lub ceny ich wymiany będą wyższe w przypadku maszyny bez filtra DPF.”*

*Jeśli chodzi o masę całkowitą koparko-ladowarki CAT 428F2 biegły wskazał na możliwość jej przekroczenia (w zależności od wyposażenia). „Z korespondencji prowadzonej z Zamawiającym przez przedstawiciela firmy Caterpillar wynika, że warunek ten zostałby spełniony, jednak nie udało mi się potwierdzić tej informacji u producenta we własnym zakresie (w tezie głównej opinii nie wyszczególniono tego warunku, jedynie w treści opinii zawarto zapis warunkowy).”*

*Podsumowując biegły stwierdził, iż „(...) argumenty Zamawiającego nie uzasadniają w jakikolwiek sposób zasadności zastosowania w maszynie wyłącznie systemu SRS oraz wykluczenia sprzętu wyposażonego w filtry DPF. Ponadto, możliwość dostosowania*

*parametrów koparko-ładowarek innych producentów istniała tylko teoretycznie i byłaby nieuzasadniona ekonomicznie.”*

Ponadto biegły wskazał, iż stwierdził szereg innych parametrów w opisie przedmiotu zamówienia, które znacząco ograniczały możliwość ofertowania przez innych dostawców, a które to parametry nie były uzasadnione wskazanym wykorzystaniem maszyny.

Biegły odniósł się także do opinii nr 12/08/2015 sporządzonej na zlecenie Zamawiającego przez rzeczoznawcę mgr inż. M. M. wskazując, iż opinia ta w znacznym stopniu potwierdza tezy zawarte w jego opinii. *„Kwestią sporną pozostaje zastosowanie filtra DPF. Zdaniem mgr inż. M. M. wykluczenie tego rozwiązania było uzasadnione. W mojej ocenie z taką tezą zgodzić się nie sposób, a uzasadnienie mojego stanowiska zostało zawarte we wcześniejszej części niniejszej opinii uzupełniającej oraz w opinii głównej. Filtr DPF jest jednym z wielu elementów eksploatacyjnych maszyny (generującym faktycznie pewne koszty) i nie powinien być wyłącznym czynnikiem determinującym jej wybór.*

*Odnosząc się do parametru siły odspajania, to mgr inż. M. M. sam wskazuje, iż parametr ten na poziomie 6 500 kg występuje tylko w maszynach JCB. Stwierdza również, że - „z technicznego punktu widzenia” - byłaby możliwość zwiększenia tegoż parametru w innych maszynach poprzez zwiększenie ciśnienia roboczego w układzie hydraulicznym i/lub zwiększenie średnicy wewnętrznej cylindra siłownika. Mgr inż. M. M. poddaje jednak w wątpliwość sens ekonomiczny takiej operacji przy zamówieniu jednej sztuki maszyny. Dodatkowo wskazuje, że zmiany takie mogłyby skutkować utratą fabrycznej gwarancji na maszynę. Wskazany wyżej rzeczoznawca ocenił ponadto, że zmiany maksymalnej siły skrawania w zakresie kilku procent nie mają istotnego znaczenia od strony praktycznej. W jego ocenie podczas pracy koparko-ładowarki wykorzystuje się w praktyce w 95% siły w granicach 2 000 - 5 000 KG, a wielkości skrajne np. 6 000 - 6 500 KG są używane rzadko.”*

Uwzględniając powyżej przedstawione stanowisko biegłego powołanego przez organ kontroli, jak i biegłego – autora opinii przedstawionej przez zamawiającego skład opiniujący Krajowej Izby Odwoławczej stwierdza, iż postanowienia siwz dotyczące opisu przedmiotu zamówienia wskazywały na konkretny produkt i jego producenta, a tym samym sformułowane zostały w sposób godzący w zasadę uczciwej konkurencji. Jednocześnie, wymagań Zamawiającego odnośnie parametrów przedmiotu zamówienia, które przesądzą o możliwości wyboru marki JCB model 3CX Turbo Plus, nie można uzasadnić potrzebami Zamawiającego. Sformułowania opisu przedmiotu zamówienia zawarte w siwz oraz późniejsze wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego zawierają wiele sprzeczności i trudnych do uzasadnienia zapisów. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia część parametrów określił na poziomie najniższym z występujących na rynku, a innych na

najwyższym. Parametry te były opisane bardzo szczegółowo, przy czym ich wpływ na pracę koparko - ładowarki był często znikomy. Jak uznał biegły „*Niewielkie modyfikacje tychże warunków rozszerzyłyby znacznie możliwość ofertowania przez innych dostawców*”, z którym to stwierdzeniem należy się zgodzić. Powyższe prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie spełnił ciężącego na nim obowiązku zapewnienia wykonawcom dostępu do zamówienia, gdyż ograniczył konkurencję do wykonawców będących w stanie zaoferować konkretny produkt będący przedmiotem zamówienia.

W konsekwencji ustalenie organu kontroli, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w ocenie Izby są zasadne i prawidłowe.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy pzp wyraziła opinię, jak w sentencji.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....