

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 25 stycznia 2017 r.**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 21 grudnia 2016 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Zamawiającego: **Zarząd Dróg Powiatowych w Kołobrzegu**  
ul. Gryfitów 8, 78-100 Kołobrzeg

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 14 grudnia 2016 r. (znak: UZP/DKUE/KD/84/2016) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - dostawa pn. *„Zakup sprzętu - samochodu ciężarowego wraz z remonterem drogowym typu patcher - przez Zarząd Dróg Powiatowych w Kołobrzegu przeznaczonego do naprawy nawierzchni drogowych”*

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**  
**Członkowie: Agata Mikołajczyk**  
**Aneta Młacka**

wyraża następującą opinię: zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej następczej przedstawionego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 14 grudnia 2016 r. – nie zasługują na uwzględnienie.

## Uzasadnienie

W wyniku kontroli doraźnej następczej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego przez Zamawiającego Zarząd Dróg Powiatowych w Kołobrzegu w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę pn. *„Zakup sprzętu - samochodu ciężarowego wraz z remonterem drogowym typu patcher - przez Zarząd Dróg Powiatowych w Kołobrzegu przeznaczonego do naprawy nawierzchni drogowych”*, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp” lub „ustawa”, o wartości zamówienia 361 788,60 zł (co stanowiło równowartość 85 632,46 euro), wszczętego w dniu 19.11.2014 r. (ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 380262-2014), finansowanego ze środków UE: Europejski Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013

– Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zwany dalej „Prezesem UZP”, wskazał w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 14 grudnia 2016 r., zwanej dalej też „Informacja o wyniku kontroli”, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, przez ustalenie jedynego kryterium oceny ofert – cena o wadze 100%, ponieważ dostawa, która stanowiła przedmiot udzielanego zamówienia nie była dostawą pojazdu powszechnie dostępnego.

Zamawiający – Zarząd Dróg Powiatowych w Kołobrzegu – wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej następczej w zakresie stwierdzonego naruszenia – pismo z dnia 21 grudnia 2016 r.

Prezes Urzędu nie uwzględnił zastrzeżeń, podtrzymał stanowisko dotyczące naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, wyrażone w Informacji o wyniku kontroli oraz przedstawił zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą, zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy Pzp (pismo z dnia 10 stycznia 2017 r.).

Stan sprawy w zakresie zastrzeżeń podlegających opiniowaniu, przedstawiający stanowiska Prezesa Urzędu i Zamawiającego, jest następujący.

**2.** Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku zamieszczona w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej.

Prezes Urzędu ustalił: przedmiot zamówienia obejmował zakup nowego, nieużywanego samochodu ciężarowego wraz z remonterem drogowym typu patcher przeznaczonego do naprawy nawierzchni drogowych. Sprzęt drogowy miał posłużyć do likwidacji ubytków nawierzchni i dużych spękań przy zastosowaniu grysu i emulsji asfaltowej, które odpowiednio dozowane i mieszane ze sobą w głowicy roboczej wbudowywane są pod

ciśnieniem w miejsca uszkodzeń nawierzchni drogi. Jedynym kryterium oceny ofert była cena o wadze 100%.

Zamawiający podał w Załączniku nr 1 do protokołu postępowania: „Sposób uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia kosztów ponoszonych w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia”, że „(...) opisał przedmiot zamówienia poprzez wskazanie standardowych określeń technicznych, które są używane w danej dziedzinie, tj. zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się w danej branży. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że przedmiot zamówienia: dostawa samochodu ciężarowego wraz z remonterem drogowym typu pacher jest dostawą oferowaną przez liczne podmioty oraz jest to dostawa zestandaryzowana. Ponadto Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia poprzez określenie parametrów technicznych uwzględnił koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. W okresie korzystania z przedmiotu zamówienia cena jest tylko jednym z elementów kosztów jakie poniesie Zamawiający, obok ceny istotne są także koszty eksploatacyjne, koszty serwisowania, koszty napraw, a także koszty nałożone przez normy prawne takie jak np. obowiązkowe ubezpieczenie OC samochodu, które zależy m.in.: od pojemności skokowej silnika. Przy konstruowaniu opisu przedmiotu zamówienia zamawiający uwzględnił elementy kosztowe, wpływające na koszt życia produktu, czyli przedział czasu od powstania (wytworzenia) wyrobu do jego likwidacji. Zamawiający precyzując opis przedmiotu zamówienia brał pod uwagę rozwiązania innowacyjne, gdyż rozwiązania innowacyjne technologicznie są na ogół znacznie tańsze w użytkowaniu. Mając na uwadze powyższe zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia uwzględnił wszelkie okoliczności, które wiążą się z całym okresem wykorzystania przedmiotu zamówienia jak np. koszty użytkowania, paliwa, serwis, itp. głównie po to, aby zaoferowany przez wykonawców sprzęt, który okazał stosunkowo najtańszy przy zakupie nie okazał się najdroższym w użytkowaniu w przeciwieństwie do sprzętu, który w chwili zakupu był droższy lecz gwarantuje niskie koszty eksploatacyjne”.

Ponadto, w piśmie z dnia 27 lipca 2016 r. Zamawiający wyjaśnił, że „ustalił cenę jako jedyne kryterium, ponieważ przedmiot zamówienia wymagany przez zamawiającego ma ustalony na rynku tego typu standard, brak jest indywidualizowania przedmiotu zamówienia na potrzeby poszczególnych zamawiających, a jednocześnie przez swoją powszechność na rynku maszyn drogowych ukształtowany jest jego standard, który jest łatwy do zdefiniowania, popularny i wykonywany przez wszystkich wykonawców działających w określonej branży, Zakup samochodu ciężarowego wraz z remonterem drogowym typu patcher jest dostawą popularną na rynku w danej branży, dostępną w stałej ofercie podmiotów zajmujących się tego typu świadczeniami (zamawiający posiada wiedzę, iż na rynku jest kilku producentów maszyn drogowych w tym m.in. Strassmayr, Mądro, Promad, Madrog, HDD Rollex, Kobit, czy też Schafer). Samochód ciężarowy wraz z remonterem drogowym typu patcher można nabyć

*bez względu na miejsce i czas, o czym świadczy fakt, iż zamawiający w ciągu 9 dni od dnia podpisania umowy z wykonawcą otrzymał zamawiany sprzęt (czyli nie był to sprzęt wytwarzany jednostkowo na indywidualne zamówienie). Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, poprzez wskazanie standardowych określeń technicznych, które są używane w danej dziedzinie, tj. zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się w danej branży. Określił szczegółowo wymogi dotyczące dostawy i ustalił standardy jakościowe. Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia określił na tyle jednoznacznie i ściśle przedmiot zamówienia oraz warunki jego realizacji, aby jedynym elementem odpowiedzi oferentów była cena. Określił dostawę używając powszechnie ustalonych, przeciętnych standardów jakościowych charakterystycznych dla danego rynku, a nie specyficzne wymagania wymagające indywidualnego podejścia. Zamawiany sprzęt był typowym, produkowanym w branży drogowej seryjnie, bez żadnych modyfikacji dokonywanych indywidualnie na zlecenie zamawiającego, oferowany na rynku, łatwo dającym się porównać pod względem jakości, funkcjonalności, czy też posiadanych parametrów. W związku z powyższym zamawiający uznał, że przedmiot zamówienia tj. dostawa samochodu ciężarowego wraz z remonterem drogowym typu pacher jest dostawą oferowaną przez liczne podmioty oraz jest to dostawa zestandaryzowana, sprowadzająca się do tego, iż wiadomo jaki ma być jej rezultat a mianowicie - naprawa nawierzchni drogowej przy zastosowaniu grysu i emulsji, a każdy dostarczony samochód będzie spełniał swoje zadanie w taki sam sposób. Każdy oferowany na rynku samochód wraz z remonterem ma takie samo znaczenie dla funkcjonowania i użytkowania przedmiotu zamówienia, a tym samym dla realizacji celu, dla którego dokonywano zakupu tj. dla naprawy dróg. Zamawiający zastosował jedynie kryterium ceny, gdyż objęta przedmiotem zamówienia dostawa o parametrach i cechach oraz wyposażeniu opisanych w SIWZ mogła zostać zrealizowana przez każdego z producentów maszyn drogowych funkcjonujących na rynku. Przedmiot zamówienia jest produktem typowym dla rynku drogowego, charakteryzującym się małym stopniem złożoności i dającym się łatwo porównać pod względem jakości, funkcjonalności czy też posiadanyymi parametrami z innymi produktami tego typu. Mając powyższe na uwadze zamawiający twierdzi, że dostawa objęta przedmiotem zamówienia mieści się w kategorii dostaw powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych”.*

Prezes Urzędu wskazał w Informacji o wyniku kontroli, że zgodnie z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, kryterium ceny może być zastosowane przez zamawiającego jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, przy czym w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, ustawa dodatkowo wymaga wykazania w załączniku do protokołu

postępowania, w jaki sposób w opisie przedmiotu zamówienia zostały uwzględnione koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Ponieważ terminy „*powszechnie dostępny*” i „*ustalone standardy jakościowe*” nie są definiowane w żadnym akcie prawnym, mają one ocenny charakter więc muszą podlegać interpretacji w kontekście określonego przedmiotu zamówienia. Kierując się znaczeniem nadawanym tym pojęciom w języku polskim można przyjąć, że pod pojęciem „*powszechnej dostępności*” przedmiotu zamówienia, o której mowa w art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, należy rozumieć oferowanie dóbr o pożądanej przez zamawiającego charakterystyce przez liczne podmioty działające na rynku, co skutkuje łatwym dostępem do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr, czy usług. Pojęcie „*powszechnej dostępności*” nie odpowiada zatem, nabywaniu świadczeń o charakterze specjalistycznym, przeznaczonych dla wąskiego kręgu odbiorców, dostępnych jedynie u ograniczonej liczby specjalistycznych wykonawców, ani udzielaniu zamówień na wszelkie nietypowe zamówienia, wymagające szczególnych kwalifikacji, bądź wyjątkowego zastosowania, wymagające indywidualnego dostosowania do potrzeb klienta. Także pojęcie „*ustalonych standardów jakościowych*” należy odnosić do zamówień typowych, powtarzalnych, spełniających zarówno standardy wynikające z przyjętych dla tych zamówień norm określonych przepisami prawa, jak i wymagań przyjętych jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim.

Możliwość zastosowania kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert wymaga zatem, by nabywany przedmiot zamówienia cechowała zarówno „*powszechna dostępność*”, w opisanym wyżej rozumieniu, jak również by można mu było przypisać scharakteryzowane wyżej „*ustalone standardy jakościowe*”. Odnosząc powyższe do przedmiotowego zamówienia na dostawę nowego, nieużywanego samochodu ciężarowego wraz z remonterem drogowym typu patcher przeznaczonego do naprawy nawierzchni drogowych, Prezes Urzędu stwierdził, że tego typu samochodów nie można zaliczyć do pojazdów powszechnie dostępnych i zaspokajających bieżące potrzeby konsumenckie, gdyż są to samochody wyposażone w specjalistyczne urządzenia, i przeznaczone dla wąskiego grona odbiorców, a ich odbiorcami są głównie podmioty publiczne. Nie są też używane powszechnie przez przeciętnego nabywcę, ale przez podmioty wykonujące roboty i naprawy drogowe. Nie występują one w ofercie przeciętnego dealera samochodowego, ale oferowane są wyłącznie przez firmy wyspecjalizowane w branży pojazdów specjalnego przeznaczenia. Powyższe świadczy o tym, że samochód ciężarowy z remonterem typu patcher nie jest pojazdem powszechnie dostępnym, ale pojazdem specjalnym, oferowanym przez wyspecjalizowane firmy dla wąskiego grona nabywców i realizacji szczególnych zadań.

Mając powyższe na uwadze, Prezes Urzędu stwierdził, że przedmiot zamówienia w przeprowadzonym postępowaniu nie uzasadniał rezygnacji z innych kryteriów niż cena.

W związku z czym, zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, przez ustalenie jako jedyne kryterium ceny (waga 100%), ponieważ dostawa, która stanowiła przedmiot udzielanego zamówienia nie była dostawą pojazdu powszechnie dostępnego. Tym samym, zamawiający naruszył art. 91 ust. 2a ustawy Pzp. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

**Zamawiający** wniósł zastrzeżenia podnosząc, co następuje.

W informacji o wyniku kontroli zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 2a ustawy Pzp przez zastosowanie ceny jako jedyne kryterium oceny ofert.

Nie zgadzając się z zarzutem, Zamawiający wskazał: zgodnie z art. 91 ust. 2a („a”  *dodano w opinii*) ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w czasie, gdy udzielano zamówienia, kryterium ceny mogło być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia był powszechnie dostępny oraz miał ustalone standardy jakościowe, przy czym w przypadku zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, ustawa dodatkowo wymagała wykazania w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób w opisie przedmiotu zamówienia zostały uwzględnione koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. Bezspornym jest, że terminy „*powszechnie dostępny*” i „*ustalone standardy jakościowe*” nie są zdefiniowane w żadnym akcie prawnym i podlegają interpretacji w kontekście konkretnego przedmiotu zamówienia. Zamawiający dokonał takiej interpretacji uznając, że samochód ciężarowy wraz z remonterem drogowym typu patcher należy do rzeczy powszechnie dostępnych i o ustalonych standardach jakościowych w odniesieniu do branży drogowej. Określenie „*powszechnie dostępny*” należy odnieść do strony przedmiotowej i podażowej przedmiotu zamówienia. Wskazał, że dla każdego podmiotu funkcjonującego w branży drogowej możliwość nabycia samochodu ciężarowego wraz z remonterem drogowym typu patcher jest niczym nieograniczona. Pojazdy tego typu są w stałej ofercie producentów tych pojazdów, a terminy realizacji zamówień (ok. 9 dni) nie odbiegają od terminów dostawy nowych samochodów osobowych, nabywanych na podstawie oferty katalogowej. Wśród przesłanek zastosowania ceny jako jedyne kryterium oceny ofert ustawodawca nie wymagał, aby nabywany w trybie zamówienia publicznego przedmiot należał do przedmiotów powszechnie nabywanych przez każdego przeciętnego klienta (strona popytowa) - powszechna dostępność jako warunek powinna być odniesiona wyłącznie do branży, w której dany przedmiot znajduje zastosowanie.

Zgodnie z definicją określenia „*powszechny*” przymiotnik ten oznacza: częsty, ogólnie znany i stosowany. Nie ulega wątpliwości, że w branży drogowej samochód ciężarowy wraz z remonterem drogowym typu patcher jest pojazdem ogólnie znanym i stosowanym. Ponadto Zamawiający wskazał, że opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny

i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, przez wskazanie standardowych określeń technicznych, które są używane w danej dziedzinie, tj. zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się w danej branży. Określił szczegółowo wymogi dotyczące dostawy i ustalił standardy jakościowe. Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia określił na tyle jednoznacznie i ściśle przedmiot zamówienia oraz warunki jego realizacji, aby jedynym elementem odpowiedzi oferentów była cena. Przy tak dokładnym sprecyzowaniu wymagań w opisie przedmiotu zamówienia, oraz przy interpretacji wytycznych zawartych w ustawie Pzp, Zamawiający uznał cenę za jedyne kryterium, jakie mógł zastosować przy prowadzeniu procedury przetargowej.

Wobec powyższego, Zamawiający zwrócił się z prośbą o ponowną analizę kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia i uwzględnienie zastrzeżeń.

W załączeniu przedłożył: dwie przykładowe oferty sprzedaży sprzętu drogowego, zamieszczone w Internecie, z których wynika, że sprzęt jest dostępny „od ręki”.

**Prezes Urzędu** po rozpatrzeniu zastrzeżeń, podtrzymał stanowisko dotyczące naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 14 grudnia 2016 r., wskazując jak niżej.

W Informacji o wyniku kontroli stwierdzono naruszenie art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, poprzez wybór jako jedynego kryterium oceny ofert - kryterium ceny, pomimo że przedmiot udzielanego zamówienia tj.: samochód ciężarowy z remonterem typu patcher, nie jest pojazdem powszechnie dostępnym, ale pojazdem specjalnym, oferowanym przez wyspecjalizowane firmy dla wąskiego grona nabywców i realizacji szczególnych zadań.

Odnosząc się do treści wniesionych zastrzeżeń w pierwszej kolejności Prezes Urzędu zauważył, że Zamawiający nie kwestionuje faktu, iż zamawianego pojazdu nie można zaliczyć do pojazdów zaspokajających bieżące potrzeby konsumenckie oraz że ww. pojazd był wyposażony w specjalistyczne urządzenia, i przeznaczony dla wąskiego grona odbiorców. Ten fakt nie jest zatem przedmiotem sporu.

Zamawiający w przedłożonych zastrzeżeniach neguje natomiast sposób rozumienia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, a w szczególności znaczenie pojęć „*powszechnie dostępny*” i „*ustalone standardy jakościowe*”.

Zawarte w treści art. 91 ust. 2a ustawy Pzp terminy „*powszechna dostępność*” oraz „*ustalone standardy jakościowe*”, pomimo że nie zostały zdefiniowane w samej ustawie Pzp, posiadają ugruntowane zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie Prawa zamówień publicznych, jednolite znaczenie. Biorąc pod uwagę fakt, że pojęcia „*powszechnej dostępności*” oraz „*ustalonych standardów jakościowych*” zostały użyte także w art. 70 ustawy Pzp, uzasadnione jest skorzystanie w zakresie wykładni art. 91 ust. 2a ustawy Pzp

z dorobku doktryny i orzecznictwa wypracowanego w związku z interpretacją art. 70 ustawy Pzp. Wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) z dnia 28.11.2014 r. sygn. akt KIO 2395/14: *„Dostawy lub usługi powszechnie dostępne dotyczą zatem dóbr popularnych, zaspokajających potrzeby wszystkich kategorii odbiorców publicznych i prywatnych na terenie całego kraju. Rynek jest nimi nasycony, wszędzie i ciągle są oferowane jako dobra łatwo dostępne, które można nabyć na rynku lokalnym lub regionalnym”* {por. Ryszard Szostak, Udzielanie zamówienia publicznego w trybie zapytania o cenę, Studia Prawnicze, zeszyt nr 2 (172) 2007 r.; stanowisko przywołane również w uchwale Izby z 17 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/KU 10/09}. Aby zatem daną dostawę czy usługę zakwalifikować jako powszechnie dostępną musi ona służyć każdemu do zaspokajania jego bieżących potrzeb. Jednocześnie o dostępności usługi nie świadczy to od ilu podmiotów na rynku można ją kupić, ale to, czy usługa ta służy bieżącemu użytkownikowi przeciętnego odbiorcy.

Także z innych orzeczeń KIO wynika, że termin *„powszechna dostępność”* powinien być rozumiany jako dotyczący wszystkich, wszystkiego, pospolity, masowy, seryjny, popularny. Natomiast rzeczy powszechnie dostępne to takie, które jako dobra popularne są wszędzie na rynku oferowane. Można je nabywać bez względu na miejsce i czas, a dostęp do nich co do zasady nie jest ograniczony lub reglamentowany. W konsekwencji, przez *„powszechną dostępność dostaw lub usług”* należy rozumieć oferowanie dóbr o pożądanej charakterystyce przez liczne podmioty na rynku, co umożliwia łatwy dostęp do tych dóbr przez praktycznie nieograniczoną grupę konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr czy usług (por. opinia Urzędu Zamówień Publicznych pt. *„Nabywanie usług w trybie zapytania o cenę”*, podobnie uchwała KIO z dnia 5.10.2011 r. sygn. akt KIO/KD 75/11; uchwała KIO z dnia 26.08.2015 r. sygn. akt KIO/KD 47/15).

Prezes Urzędu wskazał: należy również podnieść, że KIO w uchwale z dnia 15.06.2011 r. sygn. akt KIO/KD 49/11, omawiając pojęcie usług powszechnie dostępnych odniosła się do podaży i popytu, o których pisze zamawiający, stwierdzając, że usługi *„powszechnie dostępne”* to takie, które są przez rynek często oferowane, a więc duża jest ich podaż, a przez to nietrudne są do zdobycia i znane przeciętnemu nabywcy. Przez szeroką dostępność ukształtowany jest przez rynek również ich standard, który dla przeciętnego klienta jest łatwy do zdefiniowania. Skoro przeciętny nabywca zna określoną usługę, wie co jest jej przedmiotem i jakie są jej standardy jakościowe, usługi te są powszechnie oferowane, co z kolei oznacza, że popyt na nie jest również wysoki (służą bowiem zapewnieniu realizacji bieżących potrzeb), a tym samym świadczy to o nieskomplikowanym charakterze tych usług. Tezy zawarte w uchwale KIO mają też zastosowanie do dostaw.

W świetle przytoczonych wyżej rozważań, Prezes Urzędu uznał: nie można się zgodzić z Zamawiającym, że powszechność zamówienia oznacza, że *„dla każdego podmiotu*



*funkcjonującego w branży drogowej możliwość nabycia samochodu ciężarowego wraz z remonterem drogowym typu patcher jest niczym nieograniczona*". Gdyby tak rozumieć powszechną dostępność, to prawie do wszystkich dostaw możliwe byłoby stosowanie wyłącznie kryterium ceny, gdyż niemal każdy przedmiot jest dostępny dla podmiotu, który funkcjonuje w danej branży. Tymczasem celem wprowadzenia przez ustawodawcę art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, było ograniczenie liczby postępowań, w których stosuje się wyłącznie kryterium ceny. Zatem sposób rozumienia tego przepisu przyjęty przez Zamawiającego jest nie tylko sprzeczny z wyżej przytoczonym orzecznictwem, ale także prowadziłby do sytuacji, w której przepis ten w praktyce prawie nigdy nie miałby zastosowania.

Nie można też zgodzić się z poglądem Zamawiającego, że dostawa ww. pojazdu jest dostawą powszechnie dostępną, ponieważ *„pojazdy tego typu są w stałej ofercie producentów tych pojazdów, a terminy realizacji zamówień (ok. 9 dni) nie odbiegają od terminów dostawy nowych samochodów osobowych, nabywanych na podstawie oferty katalogowej*". Aby daną dostawę czy usługę zakwalifikować jako powszechnie dostępną musi ona służyć każdemu do zaspokajania jego bieżących potrzeb. Samochód ciężarowy wraz z remonterem drogowym typu patcher jest wyposażony w specjalistyczne urządzenia, i przeznaczony dla wąskiego grona odbiorców, a odbiorcami tego rodzaju pojazdów są głównie podmioty publiczne. A zatem ww. pojazd nie jest dobrem popularnym i łatwo osiągalnym, zaspokajającym potrzeby wszystkich kategorii odbiorców publicznych i prywatnych, które oferuje się wszędzie, zarówno na rynku lokalnym, jak i krajowym. Tym samym dostawę samochodu ciężarowego wraz z remonterem drogowym typu patcher nie można uznać za powszechnie dostępną.

Dodatkowo to, że pojazdy tego typu są w stałej ofercie producentów, a terminy zamówień są krótkie, nie zmienia faktu, że producentami tych pojazdów są wyspecjalizowane firmy, a przeciętny dealer samochodowy nie ma ich w swojej ofercie. Zatem, jeszcze raz należy podkreślić, że nie są to pojazdy powszechnie dostępne.

O powszechności dostępu do danego produktu nie świadczy bowiem techniczna, czy organizacyjna łatwość jego nabycia, ale m.in. to, czy możliwe jest jego wykonanie przez wykonawcę bez specjalnego przygotowania i kwalifikacji i czy jest dobrem wykorzystywanym przez ogół konsumentów na rynku.

Prezes Urzędu zauważył też, że w zastrzeżeniach Zamawiający kilkakrotnie odwołał się do branży, w której występuje samochód ciężarowy z remonterem drogowym typu patcher. Powtórzył zatem za Informacją o wyniku kontroli, że powszechność danej roboty, dostawy czy usługi, należy odnosić do ogółu rynku, nie zaś do konkretnej branży, gdyż w ramach danej branży dany produkt będzie zawsze łatwo dostępny, co nie oznacza, że jest powszechny w ogóle. Tym samym Zamawiający podkreślając *„branżowość*" zamówionego

pojazdu, jednocześnie potwierdza, że nie jest to pojazd dostępny powszechnie, skoro jego powszechność jest ograniczona do danej branży. Ponadto powszechność samochodu ciężarowego z remonterem drogowym typu patcher należałoby rozpatrywać raczej w kontekście branży motoryzacyjnej, nie zaś drogowej. Za pojazdy powszechnie dostępne w branży motoryzacyjnej można uznać zwykle samochody osobowe, ale nie pojazd specjalny przeznaczony do naprawiania nawierzchni dróg, o którego istnieniu, możliwości zakupu i sposobie wykorzystania przeciętny konsument najczęściej nie wie.

Prezes Urzędu zaznaczył również, że w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej nie kwestionował spełnienia przesłanki dotyczącej ustalonych standardów jakościowych zamawianego pojazdu. Niemniej, na marginesie podniósł, że wskazanie przez Zamawiającego na jednoznaczny i wyczerpujący opis pojazdu może potwierdzać prawidłowe zastosowanie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, natomiast nie potwierdza prawidłowego zastosowania art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

Reasumując Prezes Urzędu uznał, że przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do naruszenia wskazanego w Informacji o wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie. Tym samym podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej i nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego. Wskazał, że zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem ww. zastrzeżeń do wyniku kontroli doraźnej następczej, przekazane one zostaną do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

**Krajowa Izba Odwoławcza, opiniując zastrzeżenia Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej następczej, na podstawie analizy stwierzonego naruszenia przepisu ustawy przedstawionego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej oraz zastrzeżeń Zamawiającego uznała, że zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.**

Celem kontroli jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy (art. 161 ust. 2 ustawy Pzp). Kontrola postępowania prowadzona na zasadzie legalności ma na celu formalną zgodność postępowania z przepisami ustawy, bez względu na przyczyny postępowania Zamawiającego i skutki wynikające z naruszenia przepisów ustawy. Zatem, opiniowaniu Izby podlegają zastrzeżenia – stanowisko Zamawiającego podważające ustalenia faktyczne w toku kontroli doraźnej następczej oraz ocena prawna tego stanu w kontekście przepisów ustawy Pzp.

Izba wyraża w formie uchwały opinię w sprawie nieuwzględnionych przez Prezesa Urzędu zastrzeżeń Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej następczej, zgodnie z art. 167 ust. 3 ustawy Pzp.

Opinia – w rozumieniu wskazanego przepisu – ma na celu m.in. przedstawienie poglądu na sprawę będącą przedmiotem sporu, z jednej strony ustaleń faktycznych i oceny prawnej Prezesa Urzędu, z drugiej argumentacji Zamawiającego, która ze swej istotny – zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej następczej – powinna zmierzać do zasadnego zakwestionowania i podważenia stanowiska przedstawionego w Informacji o wyniku kontroli.

Przedmiotem opinii są zastrzeżenia Zamawiającego do ustaleń wyniku kontroli, że dostawa samochodu ciężarowego wraz z remonterem drogowym typu patcher przeznaczonego do naprawy nawierzchni drogowych, nie stanowi przedmiotu powszechnie dostępnego.

Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu w zakresie stwierdzonego naruszenia przepisu art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, przedstawionego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 14 grudnia 2016 r. oraz w Informacji o nieuwzględnieniu zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego (pismo z dnia 10 stycznia 2017 r.), uznając za stanowiskiem Prezesa Urzędu, że Zamawiający w przedłożonych zastrzeżeniach neguje sposób rozumienia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, a w szczególności znaczenie pojęcia „powszechnie dostępny”, stanowiącego podstawę stwierdzenia naruszenia tego przepisu.

Zgodnie z treścią art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – *Kryterium ceny mogło być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia był powszechnie dostępny oraz miał ustalone standardy jakościowe (...), a w przypadku zamawiających, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.*

Zarówno w ocenie Prezesa Urzędu, jak też w zastrzeżeniach Zamawiającego stwierdzono, że pojęcie użyte w przepisie – „powszechnie dostępny” – nie zostało zdefiniowane na potrzeby udzielania zamówień publicznych, zatem jak wskazano w przywołanym przez Prezesa Urzędu orzecznictwie i doktrynie, pojęcie to należy rozumieć w odniesieniu do konkretnego przedmiotu zamówienia. Na podstawie tego, że dla podmiotu funkcjonującego w branży drogowej lub motoryzacyjnej możliwość nabycia samochodu ciężarowego wraz z remonterem drogowym typu patcher jest niczym nieograniczona i według stanowiska Zamawiającego, pojazdy tego typu są w stałej ofercie producentów tych pojazdów, a terminy realizacji zamówień (ok. 9 dni) nie odbiegają od terminów dostawy nowych samochodów osobowych nabywanych na podstawie oferty katalogowej, nie można przyjąć, że charakteryzują się one powszechną dostępnością produktu, zważywszy chociażby na fakt, że cecha ta stanowiła (obok ustalonych standardów jakościowych),

podstawę odstępstwa od zasady ustanawiania kryteriów oceny ofert: cena i kryteria pozacenowe. Zatem, powszechną dostępność należy odnieść do interpretacji tego pojęcia wskazanej w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej oraz w Informacji o nieuwzględnieniu zastrzeżeń Zamawiającego.

Izba uznała też za zasadne stanowisko, że możliwość zastosowania kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert wymaga, by nabywany przedmiot zamówienia cechowała zarówno „powszechna dostępność”, w opisanym wyżej rozumieniu, jak również by można mu było przypisać scharakteryzowane wyżej „ustalone standardy jakościowe”. Zamówienia na dostawę nowego, nieużywanego samochodu ciężarowego wraz z remonterem drogowym typu patcher przeznaczonego do naprawy nawierzchni drogowych, nie można zaliczyć do pojazdów powszechnie dostępnych i zaspokajających bieżące potrzeby konsumenckie, gdyż są to samochody wyposażone w specjalistyczne urządzenia, i przeznaczone dla wąskiego grona odbiorców, a ich odbiorcami są głównie podmioty publiczne. Używane są przez podmioty wykonujące roboty i naprawy drogowe. Oferowane są wyłącznie przez firmy wyspecjalizowane w branży pojazdów specjalnego przeznaczenia. Samochód ciężarowy z remonterem typu patcher jest pojazdem specjalnym, oferowanym przez wyspecjalizowane firmy dla wąskiego grona nabywców i do realizacji szczególnych zadań.

Również Izba podzieliła stanowisko przedstawione w Informacji o nieuwzględnieniu zastrzeżeń wskazujące orzecznictwo i doktrynę, które jednoznacznie ukształtowały interpretację spornego pojęcia – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 listopada 2014 r. sygn. akt KIO 2395/14, wskazane w tym wyroku stanowisko Ryszarda Szostaka, *Udzielanie zamówienia publicznego w trybie zapytania o cenę*, Studia Prawnicze, zeszyt nr 2 (172) 2007 r., również uchwała Izby z dnia 17 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/KU 10/09, także inne orzeczenia KIO. Termin „powszechna dostępność” powinien być rozumiany jako dotyczący wszystkich, wszystkiego, pospolity, masowy, seryjny, popularny. Natomiast rzeczy powszechnie dostępne to takie, które jako dobra popularne są wszędzie na rynku oferowane. Można je nabywać bez względu na miejsce i czas, a dostęp do nich co do zasady nie jest ograniczony lub reglamentowany. W konsekwencji, przez „powszechną dostępność dostaw” należy rozumieć oferowanie dóbr o pożądanej charakterystyce przez liczne podmioty na rynku, co umożliwia łatwy dostęp do tych dóbr przez praktycznie nieograniczoną grupę konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr czy usług – w opinii Urzędu Zamówień Publicznych pt. *„Nabywanie usług w trybie zapytania o cenę”*; podobnie w uchwałach KIO: z dnia 5 października 2011 r. sygn. akt KIO/KD 75/11; z dnia 26 sierpnia 2015 r. sygn. akt KIO/KD 47/15 oraz z dnia 15 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO/KD 49/11 – *„powszechnie dostępne” to takie, które są przez rynek często oferowane, a więc duża jest ich podaż, a przez to nietrudne są do zdobycia i znane przeciętnemu nabywcy.*

Na podstawie ukształtowanej w orzecznictwie i doktrynie interpretacji przedmiotowego pojęcia, Izba uznała, że „*powszechna dostępność*”, bo o takiej dostępności stanowi przepis, przy uwzględnieniu wykładni językowej, oznacza dostępność dotyczącą produktów pospolitych, masowych, seryjnych, popularnych. Specjalistyczny samochód przeznaczony do specjalnego celu charakteryzuje się różnymi parametrami technicznymi poszczególnych elementów konstrukcyjnych oraz wyposażenia, zatem nie sposób uznać go za produkt powszechnie dostępny. Ponadto dystrybuowany w sposób selektywny, stanowi dobro, którego sprzedaż wymaga odpowiednich kwalifikacji i potencjału.

Podzielając ustalone znaczenie pojęcia „*powszechnie dostępny*” i aprobując stanowisko Prezesa Urzędu, że samochód ciężarowy z remonterem typu patcher nie jest pojazdem powszechnie dostępnym, ale pojazdem specjalnym, oferowanym przez wyspecjalizowane firmy dla wąskiego grona nabywców i realizacji szczególnych zadań, a więc przedmiot zamówienia w kontrolowanym postępowaniu nie uzasadniał rezygnacji z innych kryteriów oceny ofert niż cena

– Izba uznała, że nie zasługuje na uwzględnienia stanowisko Zamawiającego negujące ocenę, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował przepis art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, przez ustalenie jako jedynego kryterium ceny (waga 100%), ponieważ dostawa, która stanowiła przedmiot udzielanego zamówienia nie była dostawą pojazdu powszechnie dostępnego.

Tym samym Izba podzieliła stanowisko, że Zamawiający naruszył art. 91 ust. 2a ustawy Pzp (naruszenie stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej) oraz, że wskazanie przez Zamawiającego na jednoznaczny i wyczerpujący opis pojazdu może potwierdzać prawidłowe zastosowanie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, natomiast nie potwierdza prawidłowego zastosowania art. 91 ust. 2a ustawy Pzp (wskazania w Informacji o nieuwzględnieniu zastrzeżeń Zamawiającego).

Reasumując powyższe, Izba wyraziła opinię jak na wstępie, na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Pzp.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....