

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na najem długoterminowy samochodów osobowych na potrzeby Ministerstwa Środowiska.

Organ kontroli ustalił, iż zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu zamawiający wszczął dnia 22 listopada 2010 r. postępowanie o udzielenie zamówienia na najem ośmiu sztuk fabrycznie nowych samochodów osobowych na potrzeby Ministerstwa Środowiska. W rozdziale III pkt 1.3. siwz zamawiający, opisując warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp tj. dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia żądał od wykonawcy, by wykazał on, że dysponuje lub będzie dysponował samochodami osobowymi w ilości i o parametrach określonych w zał. 1 do siwz, przy czym wykonawca musiał dysponować lub wykazać, że będzie dysponował co najmniej czterema markami samochodów.

Kontrolujący wskazał, że możliwość kierowania się wymienionymi w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy kryteriami przy ocenie predyspozycji wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w przypadku dostaw dotyczy zasadniczo świadczeń wykonawcy związanych z instalacją lub rozmieszczeniem przedmiotu zamówienia. Potencjał techniczny służy weryfikacji rzetelności wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie obejmuje zatem przedmiotu zamówienia. Jak stwierdził organ kontroli, kwestionowany zapis siwz, mimo umiejscowienia go w wykazie dotyczącym potencjału technicznego, nie odnosi się do wykazania przez wykonawcę dysponowania określonym potencjałem technicznym (np. maszyny, urządzenia, środki transportu niezbędne do wykonania zamówienia), lecz dotyczy wachlarza asortymentu oferowanego przez wykonawcę oraz pośrednio opisu przedmiotu zamówienia. Jego celem jest, jak się wydaje, alternatywne wskazanie przedmiotu zamówienia, a nie weryfikacja zdolności wykonawcy do należy. W informacji wskazano także, że istotne jest, by w celu zapewnienia przejrzystości prowadzonego postępowania opis przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków były jednoznaczne i pozwalały wykonawcom na zrozumienie ich dokładnego zakresu.

W konkluzji uznano, że zamawiający w sposób nieprawidłowy sporządził opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt w ustawy pzp, co stanowi naruszenie przywołanego przepisu.

Kontrolujący wskazał, że zgodnie z r. III pkt 1.3. siwz zamawiający żądał, by wykonawca wykazał, że dysponuje lub będzie dysponował samochodami osobowymi w ilości

i o parametrach określonych w zał. Nr 1 do siwz, przy czym należało wykazać dysponowanie co najmniej czterema markami samochodów osobowych o określonych parametrach. Jednocześnie zamawiający nie wykazał w siwz liczby aut każdego spośród czterech zaoferowanych przez wykonawcę modeli, która zostanie przez niego wynajęta, jak również nie określił kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze dokonywanym spośród czterech modeli samochodów w ramach oferty najkorzystniejszej. Po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, w której wykonawca CAREFLEET S.A. wskazał modele Audi A6, Skoda Superb, BMW 523i oraz Mercedes Klasa E, zamawiający wybrał 8 aut modelu Mercedes E 200 CGI uzasadniając swój wybór względami ekologicznymi, technicznymi i bezpieczeństwem jazdy – ocena została dokonana na podstawie danych zebranych w tabeli z zestawieniem ww parametrów.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy pzp zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Brak jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie rzeczowym prowadzi do uznaniowej oceny ofert i dowolnego kształtowania zapisów umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazał na wyrok KIO/UZP 1388/10, zgodnie z którym nieokreślenie lub niedookreślenie przedmiotu zamówienia, w szczególności zakresu rzeczowego zamówienia, daje zamawiającemu możliwość realizacji umowy w sposób swobodny.

W podsumowaniu tej części informacji o wyniku kontroli stwierdzono, że niedookreślenie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia, polegające na braku wskazania liczby aut każdego spośród czterech zaoferowanych przez wykonawcę modeli, która zostanie przez niego wynajęta oraz braku opisanego wymaganych różnicujących je parametrów, stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku przeprowadzonej kontroli.

Zauważył, że zawarte w informacji o wyniku kontroli sformułowanie: *„przy ocenie predyspozycji wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w przypadku dostaw dotyczy zasadniczo świadczeń wykonawcy związanych z instalacją lub rozmieszczeniem przedmiotu zamówienia. Potencjał techniczny służy weryfikacji rzetelności wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie obejmuje zatem przedmiotu zamówienia.”* znajduje odzwierciedlenie w przepisie art. 22 ust. 5 ustawy pzp obowiązującym od dnia 20 lutego 2013 r., co oznacza, że przepis nie ma zastosowania do kontrolowanego postępowania, wszczętego dnia 22 listopada 2010 r. Stwierdził, że zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy pzp „opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków /.../ powinien być związany z przedmiotem

zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” i w oparciu o ten przepis zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający zauważył, że przedmiotem zamówienia nie była dostawa samochodów osobowych lecz ich najem obejmujący udostępnienie do używania ośmiu samochodów osobowych oraz świadczenie usług serwisowych (naprawy pojazdu, serwis ogumienia), usługi assistance, w trakcie obowiązywania umowy. W zamian za to zamawiający był zobowiązany zapłacić wykonawcy czynsz miesięczny i to właśnie cena czynszu stanowiła jedyne kryterium oceny ofert.

Zdaniem zamawiającego, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia (najem samochodów), żądanie dysponowania samochodami osobowymi w określonej ilości o minimalnych parametrach nie może być traktowane, jak przedstawiono w informacji o wyniku kontroli, jako odniesienie do przedmiotu zamówienia, lecz jako warunek związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny.

Powołał opinię ze strony UZP: *„Warunki udziału w postępowaniu mają na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego lub w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia..”*. Wskazał także na treść odpowiedzi z 10.08.2012 r. na interpelację poselską o treści: *„Zamawiający mają swobodę w określaniu warunków udziału w postępowaniu, w tym warunków na potwierdzenie posiadania przez wykonawców doświadczenia i wiedzy niezbędnej do realizacji zamówienia, ale opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków powinien być proporcjonalny i adekwatny do przedmiotu zamówienia. Przy czym, w sytuacji, w której warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania doświadczenia i wiedzy, określone przez zamawiającego w ogłoszeniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia są nieproporcjonalne i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, wykonawca może zakwestionować je korzystając z przysługujących mu środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp.”*

Zauważył, że ustawa *„nie określa jakimi kryteriami należy się posługiwać, aby ustalić warunki udziału w postępowaniu w sposób nieograniczający uczciwej konkurencji i aby były adekwatne do przedmiotu zamówienia”* (uchwała KIO/KD/46/10), a *„warunki udziału w postępowaniu winny być formułowane w sposób odpowiadający wielkości, charakterowi, złożoności oraz rodzajowi przedmiotu zamówienia, objętego postępowaniem* (KIO/UZP/434/09).

Zamawiający stwierdził, że zgodnie ze stanem prawnym na dzień wszczęcia postępowania, miał obowiązek interpretować nakaz związania warunku z przedmiotem zamówienia jako dokonanie opisu warunku z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia i w granicach tego przedmiotu. Zauważył, że określeni warunku dysponowania samochodami o wskazanych

minimalnych parametrach miało służyć weryfikacji właściwości wykonawcy, jego potencjału technicznego, w świetle realizacji przyszłego zobowiązania. Warunek ten był związany z przedmiotem zamówienia, ale nie mógł być rozumiany jako sam jego przedmiot, którym był wyłącznie najem samochodów z obsługą serwisową, a nie dostawa samochodów.

W związku z powyższym uznał za niesłuszny zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 ustawy pzp.

W odniesieniu do wyniku kontroli w zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy pzp zamawiający stwierdził, że w siwz jednoznacznie i w sposób wyczerpujący określił minimalne parametry techniczne pojazdów, które miały być przedmiotem najmu. Wskazał na załączoną ekspertyzę Instytutu Transportu Samochodowego, zgodnie którą wskazane parametry nie utrudniały wykonawcom dostępu do zamówienia oraz zapewniały uczciwą konkurencję, gdyż w okresie przygotowania i prowadzenia postępowania, na rynku było co najmniej 10 marek samochodów spełniających określone wymagania.

Powołując treść z protokołu kontroli, iż *„nie wskazał w SIWZ liczby aut każdego spośród 4 zaoferowanych przez wykonawcę modeli, która zostanie przez niego wynajęta, jak również nie określił kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze dokonywanym spośród 4 modeli samochodów w ramach oferty najkorzystniejszej..”* zamawiający ponownie podkreślił, że przedmiotem zamówienia był najem samochodów, a jedynym kryterium wyboru właściwym dla przedmiotu zamówienia był cena tj. wysokość czynszu najmu. Wybór modeli samochodów nastąpił już po wyborze najkorzystniejszej oferty, czyli po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Stwierdził, że przytoczony w protokole wyrok KIO 1388/10 nie ma odzwierciedlenia w kontrolowanym postępowaniu, gdyż w sprawie przywołanej jeden z zarzutów uwzględnionych dotyczył wewnętrznie sprzecznego opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający stwierdził, że warunki dotyczące najmu pojazdów i ich obsługi technicznej zostały opisane w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a działania podjęte przez zamawiającego w uzgodnieniu z wybranym wykonawcą, prowadzone po zakończeniu postępowania, nie mogą być podstawą do formułowania zarzutów organu kontroli, gdyż wszystkie marki pojazdów, w ramach zaoferowanej ceny, musiały spełniać minimalne wymagania.

Prezes UZP wobec podtrzymania stanowiska wyrażonego w Informacji o wyniku kontroli 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 zasługują na uwzględnienie w części.

W pierwszym rzędzie należy wskazać, że przedmiotem zamówienia, jak wynika z dokumentacji postępowania jest długoterminowy najem przez zamawiającego ośmiu fabrycznie nowych samochodów osobowych o określonych minimalnych parametrach technicznych wraz serwisem. Stosownie do ustawowej definicji zawartej w art. 2 pkt 2 ustawy pzp najem w rozumieniu przepisu jest rodzajem nabycia rzeczy i mają do niego zastosowanie przepisy o dostawach.

W postanowieniach rozdziału III pkt 1.3. siwz zamawiający, opisując warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp tj. dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym żądał od wykonawcy, by wykazał on, że dysponuje lub będzie dysponował samochodami osobowymi w ilości i o parametrach określonych w zał. 1 do siwz, przy czym wykonawca musiał dysponować lub wykazać, że będzie dysponował co najmniej czterema markami samochodów. Jest to opis służący ocenie predyspozycji wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i weryfikacji realnych możliwości wykonawcy ubiegającego się o zamówienie.

Izba zauważa, że warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 ustawy oraz ustalane przez zamawiającego muszą pozostawać w związku z przedmiotem zamówienia i być do przedmiotu zamówienia proporcjonalne. Jeśli zatem przedmiotem zamówienia jest najem rzeczy, naturalne jest stwierdzenie, że wykonawcy można, a wręcz celowe jest postawienie warunku dysponowania rzeczą, która ma być najęta. W sprawie niniejszej żądanie dysponowania samochodami osobowymi w określonej ilości o minimalnych parametrach nawet jeśli zostało opisane, jak stwierdził kontrolujący, z odniesieniem do przedmiotu zamówienia, jest warunkiem związanym z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalnym, a zatem dokonany zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy pzp. W ocenie Izby specyfika przedmiotu zamówienia wręcz wymaga, by związek warunku z przedmiotem zamówienia był jak najbliższy. Fakt, iż wymagany do wykazania spełnienia warunku udziału potencjał techniczny lub jego część, będzie wykorzystany przy wykonywaniu zamówienia, jest okolicznością naturalną.

Skład opiniujący zastrzeżenia nie podziela zatem poglądu organu kontroli o naruszeniu przez zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, a fakt odniesienia warunku udziału w zakresie przedmiotu zamówienia trudno uznać za czynność naruszającą wskazany przepis.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy pzp Izba uznaje zastrzeżenia zamawiającego za niezasadne.

Istotnie przedmiot zamówienia został opisany w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący. Jak ustalono, po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, w oparciu o kryterium ceny najmu, zamawiający wybrał spośród czterech marek zaoferowanych, 8 aut modelu Mercedes E 200 CGI uzasadniając ten wybór względami ekologicznymi, technicznymi i eksploatacyjnymi, a także rocznikiem produkcji, niezawodnością i bezpieczeństwem. Wybór modeli pojazdów nastąpił po wyborze najkorzystniejszej oferty, czyli, jak stwierdził zamawiający, po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Potwierdza się zatem ustalenie kontrolującego, że wykonawcy składając ofertę zobowiązywali się do wynajęcia ośmiu samochodów osobowych o nieokreślonej marce/modelu. Nie były przy tym znane kryteria ostatecznego wyboru dokonanego przez zamawiającego, gdyż nie określono w siwz, jakie parametry przedmiotu najmu zdecydują o uznaniu, że spełnia on oczekiwania zamawiającego. W konsekwencji opis przedmiotu zamówienia cechowała niepewność co do rzeczywistego kształtu zobowiązania stron i skutek w postaci znacznego marginesu swobody po dokonaniu wyboru oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza zauważa przy tym, że następstwem nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia jest niemożność przygotowania i złożenia prawidłowej oferty, a następnie określenie zakresu świadczenia wykonawcy w umowie, który musi być, stosownie do art. 140 ust. 1 ust. 1 ustawy pzp, tożsamy z tożsamy z zobowiązaniem zawartym w ofercie. Izba stwierdza także, że błędne stanowisko jest zamawiającego, iż dokonał on ostatecznego wyboru modeli samochodów już po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaje się to sugerować, że po wyborze oferty, a przed zawarciem umowy zamawiający był uprawniony do przeprowadzenia dodatkowej procedury nie przewidzianej przepisami prawa, w tym Prawa zamówień publicznych. Należy podkreślić, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na gruncie ustawy, zgodnie z treścią art. 2 ust. 7a ustawy (w brzmieniu tego przepisu obowiązującym od 29 stycznia 2010 r., Dz. U. z 2009 r. Nr 223, poz. 1778), da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych rozpoczynający się z chwilą ogłoszenia o zamówieniu, przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy. Wprawdzie przepis nie określa momentu zakończenia tego postępowania, ale „treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w

sprawie zamówienia publicznego.” Powyższe stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale III CZP 103/10 z dnia 17 grudnia 2010 r. Tak więc ocena oferty także na etapie wyboru modeli pojazdów dokonywana była bezspornie pod rządami ustawy pzp, natomiast co najmniej wobec niedostatecznego opisu przedmiotu zamówienia nie mogła być dokonana w zgodzie z przepisami.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....