

Sygn. akt: KIO/KD 48/16

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 10 sierpnia 2016 r.

po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

**Uniwersytet w Białymstoku,
ul. M. Skłodowskiej – Curie 14,
15-097 Białystok**

dotyczących „Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej” (znak: KD/44/16/DKUE) z dnia 30 czerwca 2016 r. w przedmiocie zamówienia publicznego na „Dostawę wraz z montażem wyposażenia podstawowego w budynku Instytutu Chemii Kampusu Uniwersytetu w Białymstoku przy ul. Ciołkowskiego (Przetarg IV)”. Projekt współfinansowany ze środków Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, Priorytet XIII Infrastruktura Szkolnictwa Wyższego, Działanie 13.1 Infrastruktura Szkolnictwa Wyższego (zadanie nr 1),

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Jolanta Markowska
Członkowie:	Lubomira Matczuk-Mazuś
	Grzegorz Matejczuk

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 30 czerwca 2016 r. odnośnie wskazanego w Informacji o wyniku kontroli naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity, Dz. U. z 2015 r., poz.2164 ze zm., zwanej dalej „ustawą Pzp”) nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia do wyniku kontroli, zgłoszone zostały przez Zamawiającego Uniwersytet w Białymstoku w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrolą doraźną następującą w przedmiocie zamówienia na „Dostawę wraz z montażem wyposażenia podstawowego w budynku Instytutu Chemii Kampusu Uniwersytetu w Białymstoku przy ul. Ciołkowskiego (Przetarg IV)”. Projekt współfinansowany ze środków Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, Priorytet XIII Infrastruktura Szkolnictwa Wyższego, Działanie 13.1 Infrastruktura Szkolnictwa Wyższego (zadanie nr 1). O wynikach przeprowadzonej kontroli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Zamawiającego, tj. Uniwersytet w Białymstoku, pismem z dnia 30 czerwca 2016 r., przesyłając Informację o wyniku kontroli (znak: UZP/DKUE/W1/421/44(4)/16/RS).

W przesłanej Zamawiającemu Informacji o wyniku kontroli stwierdzono, co następuje:

A. Opis i kwalifikacja prawna naruszeń:

Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przedmiotem zamówienia w kontrolowanym postępowaniu była dostawa mebli wraz z montażem, zgodnie z wymaganiami zawartymi w załączniku nr 1.1 i 1.2 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”. Zakres zamówienia został określony w zadaniach od 1 do 2. Zakres zamówienia obejmował:

- dostarczenie zamawianych mebli, ich rozładunek, wniesienie do pomieszczeń zamawiającego, a także montaż. Przez montaż należy rozumieć instalację kompletnych i gotowych do użycia mebli z uwzględnieniem ich dostosowania do pomieszczeń, w których będą użytkowane oraz do elementów znajdujących się w pomieszczeniach (montaż polegać miał w szczególności na ustawieniu, podwieszeniu i wypoziomowaniu poszczególnych elementów wyposażenia będących przedmiotem zamówienia).

W trakcie prowadzonego postępowania wykonawcy: DCD Habitat Sp. z o.o. oraz Alchem Grupa Sp. z o.o. wnosili do Zamawiającego o zmianę treści SIWZ i możliwość zastosowania rozwiązań równoważnych. Wykonawcy wskazywali m. in. na potrzebę zmiany poszczególnych zapisów w zakresie szafek, stelaży, blatów i przystawek. Zamawiający jednak konsekwentnie podtrzymywał wymogi zawarte w SIWZ, nie dopuszczając żadnego z rozwiązań zaproponowanych przez ww. wykonawców.

W postępowaniu, zarówno na zadanie nr 1 jak i nr 2, złożono jedną ofertę - firmy Koettermann Sp. z o.o.

W związku z wątpliwościami co do poprawności dokonania przez Zamawiającego w kontrolowanym postępowaniu opisu przedmiotu zamówienia w aspekcie jego zgodności z art. 29 ust. 2 oraz art. 30 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

wystąpił do biegłego, z prośbą o opinię w powyższej kwestii, a w szczególności o odpowiedź na następujące pytania:

- 1) Czy opis przedmiotu zamówienia dla zadań nr 1 i 2, m.in. wymagane certyfikaty, parametry, wymiary, wskazuje na rozwiązania konkretnego producenta mebli laboratoryjnych? Jeśli tak, to jakiego i które zapisy SIWZ na to wskazują?
- 2) Jeśli odpowiedź na pyt. 1 jest twierdząca, to czy w związku ze wskazaniem w SIWZ warunku „równoważności” do powyższych certyfikatów i parametrów, istnieją na rynku inni producenci/dostawcy mebli laboratoryjnych, którzy spełnialiby warunki SIWZ, tzn. czy są na rynku inne meble mające równoważne parametry i równoważne certyfikaty i tym samym spełniające warunki SIWZ i odpowiadające opisowi przedmiotu zamówienia (OPZ)?
- 3) Czy poza rynkiem krajowym biegłemu znani są producenci mogący spełnić wymagania opisane w SIWZ?
- 4) Czy wszystkie normy i certyfikaty wskazane w SIWZ to normy i certyfikaty polskie? Jeżeli odpowiedź jest negatywna proszę o wskazanie tych norm i certyfikatów.
- 5) Jeśli odpowiedź na powyższe pytanie jest przecząca proszę o przyporządkowanie wskazanych norm i certyfikatów do: europejskich aprobat technicznych; wspólnych specyfikacji technicznych; norm międzynarodowych; innych technicznych systemów odniesienia ustanowionych przez europejskie organy normalizacyjne zgodnie z art. 30 ust. 2 ustawy Pzp.

W ramach przygotowanej opinii, biegły, po dokonaniu szczegółowej analizy dokumentacji przedłożonej do zaopiniowania, odpowiedział na pytania Urzędu:

Ad 1.

„(...) Szczegółowa analiza rynku, przeprowadzona pod kątem możliwości zaoferowania asortymentu zgodnego z wymaganiami określonymi w SIWZ, w szczególności w zakresie wymaganych certyfikatów, parametrów, właściwości czy wymiarów specjalistycznego sprzętu stanowiącego wyposażenie laboratorium (przedmiot zamówienia), przeprowadzona dla potrzeb sporządzenia niniejszej opinii, jak również najlepsza wiedza opiniującego wskazują, iż przedmiot zamówienia został opisany ze wskazaniem na producenta Kottermann GmbH, której produkty są dystrybuowane przez firmę VWR International Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (...)”

Dalej biegły wskazał, iż *„(...) specyfika przedmiotu zamówienia, wymusza na producentach mebli laboratoryjnych dość dużą „elastyczność”, szczególnie w zakresie konstruowania mebli laboratoryjnych, materiałów z których mają zostać wykonane czy rozmiarów (dopasowywanych do indywidualnych potrzeb zamawiających). O ile parametry typu „rozmiar”, „technologia wykonania” czy „materiały” są możliwe do dopasowania (świadczą o tym chociażby pytania zadane do opiniowanego postępowania), o tyle wymagania*

dotyczące norm, certyfikatów czy wyników badań (wymaganych w SIWZ), ze względu na fakt, iż dysponuje nimi znikoma ilość producentów, lub momentami tylko jeden, zdaje się być nie do spełnienia przez kilku wykonawców (liczbę zapewniającą zachowanie uczciwej konkurencji) (...)"

Opiniujący, konkretyzując swoją ekspertyzę, wskazał, iż na rozwiązania konkretnego producenta wskazują m.in. poniższe zapisy SIWZ:

- *„(...) Żądanie potwierdzenia spełniania norm typu DIN (w stosunku do blatów do stołów laboratoryjnych) - jest to norma Niemieckiego Instytutu Normalizacyjnego (Deutsches Institut fur Normung), nieobowiązująca w Polsce. W konsekwencji żądanie potwierdzenia spełniania ww. normy eliminuje polskich wykonawców z możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego (...)"*;
- *„(...) Żądanie przedłożenia wraz z ofertą badań zawartości uwalnianego ołowiu i kadmu, wraz z certyfikatem lub protokołem z badań, wg normy PN-EN ISO 10545-15:1999 (wyrażone na stronie 5 załącznika 1.1 do SIWZ oraz na stronie 4 załącznika 1.2 do SIWZ) - z informacji uzyskanych od krajowych producentów mebli laboratoryjnych wynika, iż jest to wymóg ograniczający konkurencję, gdyż z ich najlepszej wiedzy wynika, iż tylko wykonawca wskazany w odpowiedzi na pytanie nr 1, tj. Kottermann GmbH (...)"*;
- *„(...) Parametry szafek i stelaży - rozmiary, rozwiązania, budowa - krajowi producenci mebli laboratoryjnych wskazują na przedstawienie w opisie przedmiotu zamówienia rozwiązań jednego wykonawcy (...)"*.

Ad 2.

Biegły wskazał, iż *„(...) nie zna żadnego producenta ani żadnego Wykonawcy, mogącego spełnić wymagania postawione przez Zamawiającego w SIWZ, w szczególności wymagania dotyczące certyfikatów, oprócz wskazanego w odpowiedzi na pytanie nr 1 niemieckiego producenta mebli laboratoryjnych Kottermann GmbH (...)"*.

Ad 3.

Odnosnie kwestii, czy poza rynkiem krajowym są producenci mogący spełniać wymagania SIWZ przedmiotowego postępowania, biegły wyjaśnił, iż *„(...) Na rynku krajowym funkcjonują wykonawcy specjalizujący się w produkcji i wyposażaniu laboratoriów w specjalistyczny sprzęt, m. in. w specjalistyczne meble laboratoryjne. Są to m.in. tacy wykonawcy jak Alchem Grupa Sp. z o.o., Poltech Sp. z o.o., Vinicom S.A, Plasmet sp. z o.o sp.k., STOLBET czy Alab Sp. z o.o. Na rynku zagranicznym, do renomowanych producentów wyposażenia laboratoryjnego należą, m. in.: Amerykańska firma „Teclab”, PSA Laboratory Furniture LLC, Litewska LaboChema, Duńska Detralab czy wymieniony wyżej niemiecki Kottermann GmbH & Co KG. Jednakże, z najlepszej wiedzy Opiniującego wynika, iż tylko ta ostatnia byłaby w stanie spełnić wymagania określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, gdyż w tzw. branży laboratoryjnej jest to firma ciesząca się*

największym uznaniem i renomą a także oferująca najlepsze i najbardziej niezawodne rozwiązania, spełniające wymagania nawet najbardziej wymagających odbiorców.

Ww. firmy zagraniczne to jedni z bardziej znanych producentów specjalistycznego wyposażenia laboratoriów. Specyfika branży powoduje jednak, iż wszyscy Wykonawcy specjalizujący się w dostarczaniu profesjonalnego wyposażenia laboratoryjnego muszą dostosować się do indywidualnych potrzeb zamawiających, dotyczących np. rozmiarów mebli, ich przeznaczenia, materiałów z których mają zostać wykonane, rozmieszczenia, itp. (...)"

Jednakże pomimo powyższych wyliczeń firm produkujących meble, biegły oświadczył, że „(...) wymagania opisane w SIWZ może najlepiej spełnić wskazany w odpowiedzi na pytanie 1 wykonawca Kottermann GmbH & Co KG, szczególnie ze względu na wymogi dot. materiałów wykonania oraz norm i certyfikatów, których wymagał Zamawiający (...)"

Ad 4.

Odnosnie kwestii art. 30 ust. 2 ustawy Pzp biegły odpowiedział, że nie wszystkie normy i certyfikaty wskazane w SIWZ to normy i certyfikaty polskie. Precyzując swoją ekspertyzę biegły zwrócił uwagę m.in. na:

- „(...) normę DIN, wymienioną w opisie przedmiotu zamówienia dotyczącym blatów do stołów laboratoryjnych, wskazaną również w odpowiedzi na pytanie nr 1. Zgodnie z powszechnie dostępnymi informacjami norma DIN jest normą Niemieckiego Instytutu Normalizacyjnego (Deutsches Institut für Normung), która obowiązuje jedynie w Niemczech, a nie w Polsce. Certyfikatem nie występującym w Polsce jest certyfikat SCC, wymieniony w opisie przedmiotu zamówienia dotyczącym szaf i szafek;
- SCC (ang. Safety Health Environment, Checklist, Contractors) to system zarządzania bezpieczeństwem pracy obowiązujący w takich krajach jak Niemcy, Austria, Szwajcaria a coraz częściej Francja i Skandynawia. Ów certyfikat jest wymagany do podjęcia pracy w przedsiębiorstwach z wdrożonym systemem SCC, które wykonują prace o podwyższonym ryzyku w branżach: petrochemicznej, mechanicznej, elektrycznej, budowlanej, inżynieryjnej, przemysłu ciężkiego, izolacji, rusztowaniowej, transportowej i logistycznej. Certyfikat SCC wydawany jest w formie dyplomu. Istotnym elementem na dyplomie jest logo SCC i logo instytucji akredytacyjnej, którą jest niemiecki DAkks. Certyfikat sec zachowuje ważność przez okres 10 lat (...)"

Ad 5.

Odnosnie normy DIN biegły wskazał, że „(...) norma DIN nie była normą obowiązującą na terenie RP. Jest to norma niemiecka, która obowiązywała w Niemczech,

z czasem zmieniona na normę DIN -EN (normę europejską). Po wejściu Polski do Unii europejskiej zaczęła obowiązywać norma PN-EN (...)”.

Odnosnie certyfikatu SCC biegły oświadczył, że nie są mu znane europejskie, wspólnotowe odpowiedniki ustanowione przez europejskie organy normalizacyjne, zgodnie z art. 30 ust 2 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na postawione przez Urząd pytania, biegły stwierdził m.in., że „(...) treść dokumentów przedłożonych do zaopiniowania, w szczególności opis przedmiotu zamówienia pozwala, po wnikliwej analizie, na stwierdzenie, iż Zamawiający przygotowując opis przedmiotu zamówienia naruszył przepisy art. 29 ustawy Pzp, w taki sposób, że dokonał opisu w sposób eliminujący z postępowania potencjalnych wykonawców a preferujący rozwiązania oferowane przez wykonawcę Kottermann GmbH & Co KG. Wskazują na to wyspecyfikowane parametry poszczególnych składowych zamówienia, które znajdują się w katalogu firmy Kottermann GmbH & Co KG (<http://www.koettermann.com/pl/systemlabor/katalog/index.htm>). W drodze przeprowadzonej analizy, jaką opiniujący wykonał, niejednokrotnie zauważono, że parametry jakie Zamawiający wyspecyfikował w SIWZ odpowiadają tym, które znajdują się w przytoczonym powyżej katalogu. Dodatkowo, co warte jest podkreślenia, nazewnictwo jakim zamawiający operował w SIWZ, także znajduje swoje źródło w materiale firmy Kottermann GmbH & Co KG. Ograniczenie konkurencji polegało, w szczególności na żądaniu certyfikatów i badań elementów przedmiotu zamówienia, którymi mógł wylegitymować się jeden wykonawca, jak również na opisanu elementów przedmiotu zamówienia w sposób nadto szczegółowy, wskazujący na rozwiązania jednego Wykonawcy. O niechęci do „otwarcia się” na innych potencjalnych wykonawców, będących w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie, świadczą również negatywne odpowiedzi na pytania zadane do analizowanego postępowania, w których to zamawiający konsekwentnie odmawiał zaoferowania rozwiązań zbliżonych do tych opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...)”.

Biegły przytoczył również jakich dokumentów i certyfikatów wymagał zamawiający w celu potwierdzenia, że wymagane dostawy spełniają wymagania określone w SIWZ. Po wymienieniu dokumentów i certyfikatów biegły wskazał, iż „(...)z jego najlepszej wiedzy wynika, że jedynym wykonawcą na rynku, mogącym przedłożyć wszystkie ww. dokumenty, certyfikaty oraz wyniki badań, bez konieczności wcześniejszego ubiegania się o ich wydanie, jest Wykonawca Kottermann GmbH. Zaznaczyć w tym miejscu należy, iż nie ma żadnych przeszkód faktycznych lub prawnych aby którykolwiek z innych, potencjalnych wykonawców - wytwórców wyposażenia laboratoryjnego, funkcjonujący na rynku, ubiegał się o wydanie ww. certyfikatów jeżeli takowych nie posiada lub posiada tylko niektóre z nich. Ubieganie się o wszystkie certyfikaty dla potrzeb jednego, analizowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie ma w ocenie opiniującego uzasadnienia ekonomicznego.

Niemniej jednak, wszystkimi certyfikatami, o których mowa w SIWZ dysponuje tylko jeden producent wyposażenia laboratoryjnego - Kottermann GmbH.

Ponadto, w ocenie opiniującego, bezpośrednim wskazaniem na konkretnego Wykonawcę jest żądanie przedłożenia certyfikatu lub protokołu z badań wg normy PN-EN ISO 10545-15:1999 - potwierdzającego zawartość uwalnianego ołowiu i kadmu. Z najlepszej wiedzy posiadanej przez opiniującego nikt oprócz producenta Kottermann GmbH nie posiada ww. certyfikatu. Z informacji uzyskanych w toku weryfikacji dokumentacji przetargowej wynika, iż jedynym właścicielem takiego certyfikatu jest właśnie Kottermann GmbH (...).

Biegły wymienił konkretne wymiary i parametry wymagane w SIWZ wskazujące bezpośrednio na firmę Kottermann GmbH, dodatkowo podając konkretną stronę katalogu ww. firmy potwierdzającą powyższe. Biegły wskazał, jak poniżej:

„(...)1) Szafka podblatowa z cokołem stalowym

Opisana na stronie opatrzonej numerem 83 opisu przedmiotu zamówienia dla zadania nr 1 - wymiary 1200 x 870 X 500mm.

Opis takiej szafki wraz z dostępnymi wymiarami znajduje się na str. 36, 37 katalogu załączonego do niniejszych wyjaśnień.

Ponadto na konkretnego producenta wskazują następujące zapisy opisu przedmiotu zamówienia (zawarte na stronie opatrzonej numerem 83 opisu przedmiotu zamówienia dla zadania 1 oraz na stronie 137 opisu przedmiotu zamówienia dla zadania nr 2:

„Wymagana jest konstrukcja samonośna, to oznacza, że szafka może stanowić jednocześnie stelaż stołu. Szafki na cokole muszą być wyposażone w cokoły, wewnątrz cokołu regulowane nóżki, Regulacja nóżek musi odbywać się wyłącznie od wewnątrz szafki. Płaszczyzna frontu cokołu musi być cofnięta o 3-4 cm od płaszczyzny frontu szafki (...)”.

Z najlepszej wiedzy opiniującego szafka z płaszczyzną frontu cokołu cofniętą na odległość maksymalną 4cm dysponuje jedynie producent Kottermann GmbH.

W ocenie opiniującego również wymaganie aby konstrukcja była samonośna, tzn. żeby szafka stanowiła jednocześnie stelaż stołu, jest wskazaniem na Kotermann GmbH.

Link do katalogu: <http://www.koettermann.com/p/systemlabor/katalog/index.htm>

2) Stelaże do stołów roboczych

Na konkretnego producenta wskazują opisane na stronie 84 metody i technologia wykonania stelaży: „Stelaże do stołów roboczych (...) wykonane wyłącznie z zamkniętych kształtowników stalowych ocynkowanych galwanicznie (grubość warstwy cynku minimum 2,5 µm) i dwustronnie pokrytych lakierem epoksydowym w kolorze białym nakładanym metodą proszkową i następnie wypalany w temp. Min. 210 °C (grubość powłoki lakierniczej min. 70 µm). Na konkretnego producenta wskazują również opisane na stronie 85 informacje dotyczące nośności stelaży: „Nośność stelaża z nogą w pozycji przedniej (stelaż „A” kształtny) - minimum 350 kg/m², z nogą w pozycji maksymalnie cofniętej (stelaż „C”

kształtny) - minimum 250 kg/m². Opis takiego stelaża znajduje się na stronie 42 katalogu załączonego do niniejszych wyjaśnień.

3) Przystawka do stołu wyspowego (m.in. postawiono wymóg dołączenia próbki)

Opisana na stronie opatrzonej numerem 91, opis przedmiotu zamówienia dla zadania 1 - wymiary 1200 x 150 x 1620mm. Opis takiej przystawki z dostępnymi wymiarami znajduje się na stronie 55 i 55 katalogu załączonego do niniejszych wyjaśnień.

4) Szafka wisząca nad stołem

Wymiary opisane na stronie opatrzonej numerem 104, tj. „szerokość 1200mm, wysokość 630mm. Opis takiej przystawki z dostępnymi wymiarami znajduje się na stronie 41 katalogu załączonego do niniejszych wyjaśnień.

5) Przystawki instalacyjne

Na konkretnego producenta wskazują opisane na stronie 90 metody i technologia wykonania przystawek: „Kolumny (słupy) przystawek („) wykonane wyłącznie z blachy stalowej o grubości 1mm (konstrukcja) 0,75mm (kasety - panele osłonowe i instalacyjne), ocynkowanej galwanicznie (grubość warstwy cynku minimum 2,5 µm) i dwustronnie pokrytej lakierem epoksydowym w kolorze białym nakładanym metoda proszkową i następnie wypalany w temp. 210 °C (grubość powłoki lakierniczej min. 70 µm)

Ponadto podane wysokości trzech wersji tj. 1320mm, 1620mm oraz 1920mm odpowiadają wymiarom podanym na stronie 55 katalogu załączonego do niniejszych wyjaśnień.

6) Szafka wisząca nad stołem

Wymiary opisane na stronie opatrzonej numerem 105, tj. „szerokość 1500mm, wysokość 630mm. Opis takiej przystawki z dostępnymi wymiarami znajduje się na stronie 41 katalogu załączonego do niniejszych wyjaśnień.

7) Stoły wagowe

Opisana na stronie opatrzonej numerem 144, opis przedmiotu zamówienia dla zadania 2 - wymiary szer. 900 x gł. 600 x wys.900/750mm (szer. x gł. x wys.). Opis takiej przystawki z dostępnymi wymiarami znajduje się na stronie 45 katalogu załączonego do niniejszych wyjaśnień (...).”

Podsumowując powyższe, biegły wskazał, iż „(...) nie ma cienia wątpliwości, że Zamawiającemu chodziło o zakup konkretnego produktu konkretnego producenta. Przywilejem Zamawiającego jest fakt, parafrazując zapisy ustawy, zamówienia tego czego potrzebuje. Zaś zapisy jasno także precyzują w jaki sposób ma to uczynić. W obecnym stanie zapisów SIWZ, Zamawiający przesadnie precyzyjnie opisał warunki jakie musi spełniać Wykonawca zamówienia. Także Parametry techniczne przedmiotu zamówienia charakteryzują się ekstremalną precyzją, która jednoznacznie na podstawie przytoczonych powyżej przykładów wskazuje intencje Zamawiającego, ukierunkowujące go w stronę produktów i usług firmy Kottermann (...).”

Mając na uwadze wyżej przytoczony stan faktyczny Prezes UZP 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.

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). W niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z tą drugą sytuacją. 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.

Ponadto, naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byliby w stanie wykonać dane zamówienie. Dodać też należy, że 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.

Prezes Urzędu wskazał, że z opinii biegłego wynika, że opis przedmiotu zamówienia utrudniał dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, a w konsekwencji utrudniał uczciwą konkurencję. W szczególności opis przedmiotu zamówienia zawierał wymagania co do parametrów mebli, które nie były uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie utrudniały złożenie oferty z produktami innych producentów niż Köttermann. Opis ten zawierał także wymagania co do posiadanych certyfikatów, których posiadanie nie było niezbędne dla prawidłowego wykonania zamówienia, np. wymóg posiadania certyfikatu SCC w ogóle nie obowiązującego na terenie Polski, jak również żądanie dokumentu dla potwierdzania spełniania norm typu DIN nieobowiązującej na terenie Polski. Ponadto, biegły wskazał na proces ubiegania się o określone certyfikaty, który wymaga podjęcia określonych działań na poziomie produkcji

mebli, tymczasem certyfikaty te (jak też próbki mebli) były wymagane wraz z ofertą. Wreszcie z analizy biegłego, popartej wskazaniem konkretnych stron katalogu firmowego firmy Köttermann, wynika, że opis przedmiotu zamówienia wskazywał wprost na wymiary i parametry mebli firmy Köttermann.

Mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny i prawny oraz treść opinii biegłego powołanego na potrzeby przedmiotowego postępowania, Prezes Urzędu stwierdził, że Zamawiający w sposób wadliwy dokonał opisu przedmiotu zamówienia. Ponadto, wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia, zgłaszali Zamawiającemu, że opis przedmiotu zamówienia utrudnia im złożenie ofert. Okoliczność złożenia wspomnianych wniosków do Zamawiającego potwierdza, iż ww. parametry utrudniały wykonawcom ubieganie się o zamówienie. Potwierdza to także fakt, że w postępowaniu złożono tylko jedną ofertę z meblami produkowanymi przez firmę Köttermann.

W tym stanie rzeczy Kontrolujący stwierdził, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania.

Prezes Urzędu poinformował, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu zastrzeżeń do wyniku kontroli doraźnej następczej w terminie 7 dni od dnia doręczenia Informacji o wyniku kontroli.

Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do wyników kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu w dniu 11 lipca 2016 r. Zamawiający zakwestionował fakt naruszenia przepisów art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający podniósł, że opinia, na której oparto większość twierdzeń wyniku kontroli, nie została sporządzona rzetelnie oraz nie uwzględnia uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, z których wynikały szczegółowe wymagania stawiane wykonawcom. Ponadto, opinia biegłego zawiera szereg błędów merytorycznych, co świadczy o niewystarczającym poziomie wiedzy biegłego w zakresie specyfiki przedmiotu zamówienia oraz rynku sprzedaży mebli laboratoryjnych.

Zamawiający wskazał, że gdyby inni wykonawcy mieli wolę złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu z łatwością mogliby podjąć działania, aby spełnić wszystkie wymagania Zamawiającego. Znaczna część przedsiębiorców działających na rynku sprzedaży mebli laboratoryjnych spełnia większość warunków postawionych przez Zamawiającego, zarówno w zakresie posiadanych norm i certyfikatów, jak i dysponuje większością mebli zamawianych w ramach postępowania. Biegły wydając opinię nie uwzględnił faktu, że dostosowanie się do wymagań Zamawiającego nie wymagało szczególnych zabiegów wpływających istotnie na działalność poszczególnych wykonawców. Z treści opinii wynika, że Zamawiający nie może wskazywać parametrów sprzętu, którego w rzeczywistości potrzebuje i który spełni swoją funkcję, jeżeli sprzęt taki nie jest ogólnie dostępny. Z drugiej strony biegły wskazał, że specyfika rynku sprzedaży mebli

laboratoryjnych wymusza na wykonawcach dużą elastyczność i konieczność dostosowania się do potrzeb zamawiających.

Wymaganie spełnienia normy DIN 51045 w stosunku do blatów laboratoryjnych nie jest trudne do spełnienia, gdyż certyfikaty takie są w posiadaniu producentów blatów, od których producenci mebli nabywają blaty wraz z certyfikatem. Zamawiający podkreślił, że nie wymagał posiadania takiego certyfikatu przez wykonawcę – tj. dostawcę mebli. Treść SIWZ nie potwierdza, aby Zamawiający żądał potwierdzenia spełnienia norm DIN, a wymagano jedynie sprawdzenia właściwości blatu na wydłużalność termiczną na podstawie certyfikatu lub badań wg normy DIN. Nie znajduje uzasadnienia twierdzenie biegłego, że Zamawiający wymagał dostawy mebli jednego producenta, z uwagi na wymaganie przedłożenia wraz z ofertą badań zawartości uwalnianego ołowiu i kadmu wraz z certyfikatem lub protokołem z badań wg normy PN-EN ISO 10545-15:1999. Jest to bowiem norma europejska, która obowiązuje także w Polsce, a zatem nie było przeszkód, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu nabyli ceramikę spełniającą te wymagania. Ponadto, biegły oparł swoją opinię wyłącznie na ocenie rynku polskiego, bez uwzględniania potencjalnych wykonawców z innych krajów, mogących wziąć udział w postępowaniu, podczas gdy Zamawiający kierował postępowanie do wykonawców krajowych, jak i zagranicznych.

Biegły ograniczył swoje badania jedynie do producentów mebli, natomiast pominął podmioty handlowe lub dystrybutorów tych mebli, co świadczy o nierzetelności opinii. Badani producenci są ponadto konkurentami wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Zdaniem Zamawiającego, biegły w swoich badaniach pominął największych dostawców tego typu wyrobów w Polsce. Podkreślił, że większość polskich producentów nie umieszcza swoich katalogów mebli na stronach internetowych, a zatem biegły oparł opinię na niekompletnych i nierzetelnych informacjach o ofercie producentów mebli laboratoryjnych.

Zdaniem Zamawiającego, wymagane w SIWZ certyfikaty są powszechnie stosowane przez producentów wyposażenia laboratoryjnego oraz dostawców i montażystów tego sprzętu. Zamawiający zaznaczył, że w SIWZ dopuszczono certyfikaty równoważne, które miały zapewniać spełnienie norm europejskich w zakresie dostarczanych wyrobów najwyższej jakości, bezpiecznych dla pracowników i środowiska. Zdaniem Zamawiającego, nie można formułować zapisów SIWZ jedynie w oparciu o normy polskie, co stanowiłoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

Zamawiający podniósł, że wymaganie certyfikatu SCC nie jest wymaganiem nadmiernym, gdyż np. firma Danlab z s. w Białymstoku posiada taki certyfikat. Ponadto, użyte przez Zamawiającego nazewnictwo jest powszechnie stosowane w katalogach większości producentów mebli laboratoryjnych.

Zamawiający wyjaśnił, że wymaganie dotyczące certyfikatu lub protokołu z badań wg normy PN-EN ISO 10545-15:1999 wynika z potrzeb Zamawiającego. Uwalnianie metali ciężkich w laboratorium może mieć wpływ nie tylko na zdrowie osób tam pracujących ale także może zakłócać wyniki pomiarów i badań prowadzonych w laboratoriach badawczych.

Odnosząc się do poszczególnych parametrów mebli, zakwestionowanych przez biegłego, Zamawiający wskazał, że wymagane wymiary szafki podblatowej z cokołem stalowym są standardowe. Identyczna wysokość występuje w meblach firmy Walder. Ponadto, każda szafka podblatowa z cokołem jest konstrukcją samonośną, co zapewnia jej wyższą wytrzymałość. Stelaże do stołów roboczych wykonane z kształtowników stalowych ocynkowanych galwanicznie nie są wymaganiem nadmiernym, gdyż stanowią podstawę oferty większości producentów, podobnie jak wymaganie w zakresie nośności stelaża.

Biegły stwierdził również podobieństwo sposobu sporządzenia opisu wymogów przystawki do stołu wyspowego i przystawek instalacyjnych do katalogu wykonawcy Kottermann, jednak nie ma to znaczenia, gdyż wymiary zostały opisane w oparciu o standardowe wymiary oferowane przez innych producentów (także przez wykonawcę Matrix).

Wymiary szafki wiszącej nad stołem są standardowe, najczęściej stosowane przez innych producentów. Co do stołu wagowego, Zamawiający wyjaśnił także, że wymagane wymiary są standardowe, oferowane przez większość producentów stołów, w tym POLON LABOR.

Podsumowując, Zamawiający stwierdził, że nieuzasadnione są twierdzenia o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Wiele wymagań, co do których odniesiono się w wyniku kontroli, ma uzasadnienie w specyfice miejsca, w którym mają być zamontowane. Ponadto, Zamawiającemu zależało na jakości mebli i pewności, że będą posiadały odpowiednią wytrzymałość (40 lat). Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia było poprzedzone szczegółowym badaniem rynku dostawców przez Zamawiającego. Na polskim rynku jest kilkudziesięciu producentów i dystrybutorów mebli laboratoryjnych. Co najmniej kilka przedsiębiorstw ma w ofercie meble ze stali ocynkowanej o wymaganej w SIWZ grubości blachy, kształtach przystawek i konstrukcji szafek. Ponadto, wszystkie wymagane dokumenty miały oparcie w szczegółowych potrzebach Zamawiającego. Niskie zainteresowanie udziałem w postępowaniu nie wynikało natomiast z braku możliwości zaoferowania mebli spełniających wymagania SIWZ, a raczej z zakresu zamówienia oraz terminu wykonania i dostarczenia przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia 26 lipca 2016 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Zamawiającego, iż podtrzymuje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 30 czerwca 2016 r. (znak: UZP/DKUE/W1/421/44(4)/16/RS) odnośnie

naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.).

Odnosząc się do zarzutów Zamawiającego, oraz uwzględniając argumenty biegłego zawarte w opinii uzupełniającej z dnia 18 lipca 2016 r. Prezes Urzędu stwierdził, że w przetargu nieograniczonym nie wystarczy spełnić większości wymagań zawartych w SIWZ, lecz trzeba je spełnić w całości, żeby ubiegać się o zamówienie. Zamawiający bardzo szczegółowo opisał przedmiot zamówienia, dopuszczając niewielkie tolerancje w wymiarach, które nie pozwalały na zaoferowanie produktu bardzo zbliżonego lecz dany konkretny produkt. Dodatkowo, Zamawiający wymagał bardzo konkretnych norm i certyfikatów, nie wskazując na równoważne, co ograniczało konkurencję do wykonawców posiadających tylko te wskazane certyfikaty i normy, których uzyskanie w trakcie postępowania byłoby technicznie i ekonomicznie wręcz niemożliwe, co potwierdził biegły w swojej opinii. Wszystkimi wymaganymi certyfikatami dysponuje tylko jeden producent wyposażenia laboratoryjnego – Koettermann GmbH. Zamawiający wskazywał, że większość wykonawców spełnia poszczególne parametry czy normy, jednocześnie podając jednak jedną tylko nazwę firmy lub wcale, z których żadna nie spełnia wszystkich wymagań łącznie. Uzyskanie w trakcie postępowania wymaganych norm czy certyfikatów wydaje się być nie do spełnienia wobec dysponowania nimi tylko przez jednego producenta. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm i certyfikatów powinien wyjść od normy zharmonizowanej dopuszczając normy równoważnie. W tym przypadku Zamawiający wskazał normy niepolskie i budzące wątpliwości co do ich zharmonizowania np. DIN. Wykonawcy zmuszeni byłiby do nabycia produktów od jednego de facto producenta posiadającego szczegółowo wskazaną normę DIN 51045, co ogranicza konkurencję. Wymaganie certyfikatu lub protokołu z badań wg PN-EN ISO 10545-15:1999 oznacza faktycznie wskazanie na jednego tylko producenta, tj. Koettermann GmbH. Zamawiający zaprzeczając temu twierdzeniu biegłego nie wskazał żadnego innego konkretnego podmiotu, który spełnia powyższe wymaganie.

Nie jest też prawdziwe twierdzenie, iż biegły oparł się niekompletnych i nierzetelnych informacjach, gdyż w opinii zostały wskazane jedynie przykładowe nazwy polskich i zagranicznych wykonawców/producentów wyposażenia laboratoriów, w tym mebli. Ponadto wymaganie wskazanych certyfikatów i norm jednocześnie od jednego producenta w sposób jednoznaczny ogranicza konkurencję. Zamawiający nie wskazał przy tym podmiotu, który oprócz wskazanej firmy niemieckiej spełnia te wszystkie wymagania. Zdaniem biegłego, powołanie się na konkretne normy i badania, które nie są zharmonizowane lub budzą wątpliwości zharmonizowania, wskazuje, że Zamawiający od początku wiedział, którą firmę chce wybrać do realizacji zamówienia.

Zdaniem Prezesa UZP, wymaganie normy SCC nie było podyktowane potrzebami

Zamawiającego. Certyfikat ten nie obowiązuje na terenie RP i jest wymagany na budowach o zwiększonym niebezpieczeństwie pracy, z czym nie mamy do czynienia na Uniwersytecie. Co do zastosowanego nazewnictwa, Zamawiający nie przedstawił dowodu na to, że takie nazewnictwo jest stosowane w katalogach innych producentów.

Okoliczność, że zakwestionowane przez biegłego poszczególne parametry mebli są standardowe i stosowane przez większość producentów, również nie została przez Zamawiającego udowodniona. Zamawiający podniósł zarzuty tylko do niektórych parametrów, a nie do najistotniejszych, które są decydujące dla oceny, że konkretne i bardzo szczegółowe wymagania spełnia tylko jeden producent. Zamawiający wskazując przykładowo innych wykonawców, spełniających wymagania (w każdym przypadku innego) nie wykazał, że wszystkie wymagania spełnia ten sam podmiot, inny niż Koettermann. Ponadto, w ocenie Prezesa UZP, chęć uzyskania przedmiotu dostawy wysokiej jakości nie może być powodem ograniczenia konkurencji.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, że potencjalni wykonawcy zwracali się do Zamawiającego z informacjami, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia im złożenie oferty, oraz że w postępowaniu wpłynęła w konsekwencji tylko jedna oferta, Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Podane przez Zamawiającego przykłady wykonawców spełniających pojedyncze parametry i wymagania SIWZ nie dowodzą, że byli wykonawcy, którzy spełniali te wszystkie wymagania łącznie. Należało zatem uznać, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretnego producenta mebli laboratoryjnych.

Prezes Urzędu zauważył, że analogiczne postępowanie prowadzone przez Zamawiającego było przedmiotem kontroli Prezesa UZP KD/16/15, w ramach której stwierdzono naruszenie tych samych przepisów w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia, który także wskazywał na meble firmy Koettermann. W tamtej sprawie zastrzeżenia wniesione przez Zamawiającego nie zostały uwzględnione w stanowisku wyrażonym przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO/KD 51/15).

Zgodnie z treścią art. 167 ust. 1 w zw. z art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń przez Prezesa Urzędu, zastrzeżenia zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 161 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, celem kontroli postępowania o udzielenie zamówienia przeprowadzonej przez Prezesa UZP, jest sprawdzenie zgodności

postępowania Zamawiającego z przepisami ustawy. Zgodnie z art. 163 ust. 3, stan faktyczny sprawy organ kontrolny ustala na podstawie całokształtu materiału zebranego w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli, w szczególności dokumentów związanych z postępowaniem, wyjaśnień kierownika i pracowników zamawiającego, opinii biegłych oraz wyjaśnień innych podmiotów.

Zastrzeżenia do wyników kontroli zgłoszone przez Zamawiającego podlegają opinii Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie, w jakim podważają dokonane w toku kontroli ustalenia faktyczne oraz ocenę prawną, w kontekście przepisów ustawy Pzp, zgodnie z art. 167 ust. 3 ustawy Pzp.

Prezes UZP jest uprawniony w toku kontroli, do zasięgnięcia opinii biegłego, jeżeli ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy lub dokonanie innych czynności w toku kontroli wymaga wiadomości specjalnych, a więc szczególnej wiedzy specjalistycznej z danej dziedziny, wykraczającej poza zakres, jakim dysponuje ogół osób inteligentnych i ogólnie wykształconych (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2015 r., sygn. akt I CR 331/15 niepubl.). Opinia biegłego wydana na wniosek organu kontrolującego jest szczególnym rodzajem dowodu w sprawie, z uwagi na rangę tego dowodu. Polemika ze stanowiskiem biegłego musi być oparta na dowodach w zakresie wiedzy specjalnej w ocenianym przedmiocie.

Prezes Urzędu przeprowadził kontrolę przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia z wykorzystaniem opinii biegłego w zakresie wskazanym w Informacji o wyniku kontroli.

Zamawiający, polemizując w zastrzeżeniach do wyników kontroli z ww. opinią, nie przedstawił dowodów, które w jakimkolwiek stopniu podważałyby ustalenia i wnioski biegłego przedstawione w opinii. Twierdzenia Zamawiającego, nie zostały poparte dowodami, a zatem stanowią jedynie stanowisko Zamawiającego, które nie może stanowić dowodu przeciwstawnego opinii biegłego.

Dodatkowo, Prezes UZP rozpoznał zastrzeżenia Zamawiającego, przeprowadzając postępowanie z dalszym udziałem biegłego, który wydał opinię uzupełniającą, która potwierdziła wcześniejsze ustalenia, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp: art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez nieprawidłowe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia.

W świetle powyższego, Izba stwierdziła, że zastrzeżenia do wyniku kontroli zgłoszone przez Zamawiającego – Uniwersytet w Białymstoku - w przedmiotowym postępowaniu nie zasługują na uwzględnienie w zakresie stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób godzący w zasadę uczciwej konkurencji, bowiem

wskazywały na konkretnego producenta mebli laboratoryjnych – firmę Koettermann. Izba w pełnym zakresie podzieliła stanowisko organu kontrolującego, nie znajdując podstaw do uwzględnienia zastrzeżeń Zamawiającego.

Przedstawiony stan faktyczny w Informacji o wyniku kontroli, zastrzeżeniach Zamawiającego i stanowisku organu kontrolującego w informacji o nieuwzględnieniu zastrzeżeń, jest na tyle dokładny, przedstawiający czynności w porządku chronologicznym i niekwestionowany przez strony postępowania kontrolnego, wobec czego ponowne przedstawianie stanu faktycznego w sprawie nie jest celowe.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Rozwinięciem tej zasady w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zakaz wynikający z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp - przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wystarczy zatem samo uprawdopodobnienie naruszenia ww. zasad, aby stwierdzić naruszenie powyższych przepisów. Orzecznictwo, co do opisu przedmiotu zamówienia w takich okolicznościach, jest jednoznaczne, np. w wyroku z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05, Sąd Okręgowy w Bydgoszczy orzekł: *„Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.”*

Na wstępie należy wskazać, że złożenie tylko jednej oferty w okolicznościach tej sprawy, można uznać za fakt świadczący o tym, że wymagania dotyczące spełnienia norm i certyfikatów, szczegółowe parametry przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ, nie znajdujące oparcia w uzasadnionych i obiektywnych potrzebach Zamawiającego, mogły utrudniać udział potencjalnych wykonawców w postępowaniu. Dodatkowym argumentem jest okoliczność, że wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu wnioskowali do Zamawiającego o dokonanie zmian w opisie przedmiotu zamówienia, sygnalizując Zamawiającemu, że opis ten uniemożliwia im złożenie ofert. Wskazać należy, że Zamawiający nie przedstawił dowodów ani wiarygodnej argumentacji, która prowadziłaby do innej oceny w tym zakresie, niż została przyjęta przez Prezesa Urzędu. Z uwagi na brak podważenia przez Zamawiającego w sposób rzeczowy i jednoznaczny oceny dokonanej przez Kontrolującego, wspartej dowodem z opinii biegłego, Izba nie miała podstaw do przyjęcia, że zgłoszone zastrzeżenia w tym zakresie zasługują na uwzględnienie.

Izba podzieliła w pełni stanowisko Prezesa Urzędu w zakresie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretnego producenta – firmę Koettermann, naruszając tym samym przepis art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III C 1161/09, wskazał: „Zakaz utrudniania uczciwej konkurencji jest naruszony wtedy, gdy w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego dostawcę lub konkretny produkt, działając w ten sposób niezgodnie z obowiązkiem obiektywnego i równego traktowania wszystkich podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie publiczne.”

W wyroku z dnia 24 stycznia 2012 r., sygn. akt VI ACa 965/11, Sąd Apelacyjny w Warszawie orzekł: „2. Przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia musi odbyć się z poszanowaniem zasad określonych w art. 7 i 29 p.z.p. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę, bądź też które eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. (...) Zakaz, o którym mowa w art. 29 ust. 2 p.z.p. zostanie naruszony, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne. (...) 4. Dyspozycją art. 29 ust. 2 p.z.p. objęte jest zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, więc spełnienie dyspozycji tego przepisu niekoniecznie musi przybierać charakter bezpośredniego godzenia w uczciwą konkurencję.”

W świetle jednolitego stanowiska orzecznictwa i doktryny bezwzględny zakaz opisu przedmiotu zamówienia, w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję doznaje ograniczenia wyłącznie przez usprawiedliwione obiektywne potrzeby zamawiającego.

Zamawiający w zastrzeżeniach twierdził, że dokonany przez niego opis przedmiotu zamówienia nie ograniczał uczciwej konkurencji, gdyż istnieją inne podmioty, które mogły wykonać zamówienie opisane przez Zamawiającego (oprócz firmy Köttermann). Ponadto, według Zamawiającego, z posiadanych przez niego informacji i rozeznania rynku wynika, że w Polsce jest kilkudziesięciu producentów mebli laboratoryjnych oraz kilkudziesięciu dystrybutorów mebli laboratoryjnych. Dodatkowo, Zamawiający wskazał, że miał na uwadze także producentów zagranicznych, z krajów Unii Europejskiej oraz z poza tego obszaru. Co najmniej kilka przedsiębiorstw ma w swoim standardowym programie produkcyjnym meble laboratoryjne spełniające wymagania SIWZ. Zamawiający twierdził, że szczegółowe wymagania sformułowane w SIWZ, zarówno co do żądanych dokumentów, jak i rozwiązań technologii wykonania znajdują odzwierciedlenie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego i nie są trudne do spełnienia przez potencjalnych wykonawców.

W świetle zgłoszonych zastrzeżeń, Izba stwierdziła, że Prezes Urzędu prawidłowo ustalił stan faktyczny w niniejszej sprawie. Zgromadzony materiał dowodowy jednoznacznie potwierdza ustalenia dokonane przez Prezesa Urzędu.

Jak słusznie zauważył Prezes Urzędu, w przetargu nieograniczonym nie wystarczy spełnić większości wymagań zawartych w SIWZ, lecz trzeba je spełnić w całości, żeby ubiegać się o zamówienie. Przy tak szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, jak w przedmiotowym postępowaniu (niewielkie tolerancje w wymiarach), nie było możliwe zaoferowanie produktu bardzo zbliżonego (równoważnego) lecz tylko dany konkretny produkt, konkretnego producenta. Opis przedmiotu zamówienia został wprost zaczerpnięty z katalogów konkretnego producenta.

Dodatkowo, Zamawiający wymagał spełnienia wymogów bardzo konkretnych norm i certyfikatów, nie wskazując równoważnych, co stanowiło istotne ograniczenie konkurencji do wykonawców posiadających tylko te wskazane certyfikaty i normy. Uzyskanie tych certyfikatów i badań w trakcie postępowania i na potrzeby tego jednego postępowania, jak stwierdził biegły w swojej opinii, byłoby technicznie i ekonomicznie wręcz niemożliwe. Nie był kwestionowany przez Zamawiającego fakt, że od początku, tj. od samego wszczęcia postępowania, producent wyposażenia laboratoryjnego – Koettermann GmbH dysponował wszystkimi wymaganymi certyfikatami. Jak stwierdził biegły w przedłożonej opinii, jest to jedyny producent ww. sprzętu, który jako jedyny dysponował tymi certyfikatami. Chociaż Zamawiający wskazywał, że większość wykonawców spełnia poszczególne parametry czy normy, to jednocześnie podawał jednak pojedyncze nazwy firm, spełniających poszczególne wymagania, z których żadna nie spełnia wszystkich wymagań łącznie. Zamawiający nie wskazał żadnej innej firmy, która spełniałaby jednocześnie wszystkie wymagania SIWZ.

Ponadto, jasno wynika z przepisów ustawy Pzp, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm i certyfikatów powinien wyjść od normy zharmonizowanej, dopuszczając normy równoważnie. W przypadku tego postępowania Zamawiający wskazał normy niepolskie, budzące wątpliwości co do ich zharmonizowania, w tym np. normę DIN. Aby złożyć ofertę, wykonawcy zmuszeni byli zatem do nabycia produktów de facto od jednego tylko producenta posiadającego szczegółowo wskazaną normę DIN 51045. Nie budzi wątpliwości Izby fakt, że wymaganie certyfikatu lub protokołu z badań wg PN-EN ISO 10545-15:1999 oznacza faktycznie wskazanie na jednego tylko producenta, tj. Koettermann GmbH, co wyjaśnił jednoznacznie biegły w swojej opinii. Zamawiający, zaprzeczając temu twierdzeniu biegłego, nie wskazał żadnego innego konkretnego podmiotu, który spełnia powyższe wymaganie.

Zamawiający nie wykazał także, że wskazane normy i certyfikaty są powszechnie stosowane przez producentów mebli laboratoryjnych, chociaż tak twierdził w zastrzeżeniach. W tym zakresie Zamawiający nie podważył wiarygodności opinii w sposób skuteczny. Podkreślić należy, że Zamawiający w świetle ustawy Pzp nie ma dowolności w doborze norm za pomocą, których opisuje przedmiot zamówienia (art. 30 ust. 1 ustawy Pzp). Podstawą opisu przedmiotu zamówienia nie może być norma lokalna danego państwa członkowskiego nie przenosząca normy europejskiej. W konsekwencji domaganie się certyfikatów na zgodność z taką normą stanowi nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia. Nawet w przypadku, kiedy normy możliwe do zastosowania nie przenoszą norm europejskich, to zamawiający także nie ma dowolności i powinien kierować się treścią art. 30 ust. 2 ustawy Pzp, który tworzy hierarchię systemów normalizacyjnych na potrzeby ustawy. Obowiązkiem zamawiającego jest w takim przypadku dopuszczenie norm równoważnych opisanym. W niniejszej sprawie Zamawiający żądał dokumentu na zgodność z normą niemiecką nie przenoszącą norm europejskich, co było sprzeczne z wymogami ustawy Pzp i rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że biegły oparł się na niekompletnych i nierzetelnych informacjach o rynku polskich i zagranicznych wykonawców/producentów wyposażenia laboratoriów, w tym mebli. W świetle treści opinii, wiarygodność i rzetelność biegłego w powyższym zakresie nie budzi wątpliwości. Istotny jest natomiast fakt, że Zamawiający nie wskazał podmiotu ani polskiego, ani zagranicznego, który spełniał łącznie wszystkie wymagania Zamawiającego (oprócz firmy Koettermann).

Biorąc pod uwagę powyższe, a dodatkowo fakt, że Zamawiający wskazał w SIWZ konkretne normy i badania, które nie są zharmonizowane lub budzą wątpliwości co do ich zharmonizowania, przekonywujące jest twierdzenie biegłego, że Zamawiający od początku wiedział, którą firmę chce wybrać do realizacji zamówienia. Taki wniosek jednoznacznie wypływa z treści opinii. Wskazać tu należy także na wymaganie dotyczące normy SCC. Zamawiający nie wykazał, że wymaganie to było podyktowane obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Nie wykazał jakiegokolwiek związku tego wymagania z przedmiotem zamówienia - certyfikat ten nie obowiązuje na terenie RP i jest on wymagany na budowach o zwiększonym niebezpieczeństwie pracy, z czym nie mamy do czynienia przy realizacji przedmiotu zamówienia w tej sprawie.

Okoliczność, że zakwestionowane przez biegłego poszczególne parametry mebli są standardowe i stosowane przez większość producentów, również nie została przez Zamawiającego udowodniona. Zamawiający w sposób wybiórczy podniósł zarzuty tylko co do niektórych parametrów, a nie do najistotniejszych, które są decydujące dla oceny, że konkretne i bardzo szczegółowe wymagania spełnia tylko jeden producent. Zamawiający

wskazując przykładowo innych wykonawców, spełniających wymagania (w każdym przypadku innego) nie wykazał, że wszystkie wymagania spełnia co najmniej jeden dodatkowo podmiot, inny niż Koettermann. Podane przez Zamawiającego przykłady wykonawców spełniających pojedyncze parametry i wymagania SIWZ nie dowodzą, że byli wykonawcy, którzy spełniali te wszystkie wymagania łącznie. W zakresie wykorzystanego nazewnictwa, Zamawiający również nie przedstawił dowodu na to, że takie nazewnictwo jest stosowane w katalogach innych producentów.

Biorąc pod uwagę powyższe należało uznać, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany przez Zamawiającego w sposób mogący utrudnić uczciwą konkurencję, w szczególności w sytuacji, gdy na rynku jest wielu producentów oferujących meble laboratoryjne metalowe, którzy, pomimo zainteresowania udziałem w postępowaniu, nie byli w stanie złożyć oferty, spełniającej wszystkie wymagania Zamawiającego zawarte w opisie przedmiotu zamówienia. W szczególności Izba zważyła, że Zamawiający nie przeprowadził jakichkolwiek dowodów, nie wykazał m.in., że producenci mebli laboratoryjnych o innych rozwiązaniach konstrukcyjnych czy wymiarach są w stanie dostosować swoją produkcję do potrzeb Zamawiającego, uzyskać wymagane certyfikaty i protokoły z badań na zgodność z normami wskazanymi przez Zamawiającego w SIWZ i zaoferować przedmiot zamówienia spełniający szczegółowe parametry, pochodzący od innego producenta niż Koettermann.

W ocenie Izby, także teza, że wymagania w zakresie żądanych dokumentów, jak i rozwiązań technologii wykonania przedmiotu zamówienia znajdują odzwierciedlenie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, nie ma oparcia w zgromadzonym materiale dowodowym.

W ocenie Izby Prezes Urzędu przeprowadził wyczerpujące postępowanie dowodowe dopuszczając dowód z opinii biegłego oraz dowód z opinii uzupełniającej. Zamawiający zarzucał niekompletność i nierzetelność opinii oraz brak kwalifikacji biegłego, ale nie wykazał, że biegły sporządził opinię nieodpowiadającą bieżącej wiedzy z zakresu przedmiotu opinii.

Reasumując, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zastrzeżeń do wyniku kontroli zgłoszonych przez Zamawiającego w zakresie stwierdzenia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretnego producenta mebli laboratoryjnych.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....