



Warszawa, dnia

2022 r.

PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

DKZP.WKZ2.442.202.2021.PW

KND/217/21/DKZP

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

I. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które jest przedmiotem wniosku o wszczęcie kontroli.

Zamawiający:	Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Rzeszów Sp. z o.o. Aleja Generała Władysława Sikorskiego 328 35-304 Rzeszów
Rodzaj zamówienia:	dostawa
Przedmiot zamówienia:	zakup i dostawa 2 szt. fabrycznie nowych wózków widłowych wyprodukowanych w 2021 r.
Tryb postępowania:	tryb podstawowy bez negocjacji
Wartość zamówienia:	240 000,00 zł, co stanowi równowartość 56 215,00 euro
Data udzielenia zamówienia:	02.11.2021 r.
Wszczęcie kontroli:	na wniosek

II. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Po przeprowadzeniu niniejszej kontroli doraźnej na podstawie art. 607 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdza naruszenie art. 16 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 4 – 6 ustawy Pzp, polegające na opisanu przedmiotu zamówienia przy użyciu nazwy systemu stabilizacji wózka widłowego „SAS” charakteryzującego wyłącznie wózki widłowe marki Toyota, podczas gdy przedmiot zamówienia można było opisać w inny sposób oraz poprzez wprowadzenie do SWZ pozornej równoważności - bez opisanu kryteriów tej równoważności, co doprowadziło do ograniczenia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

UZASADNIENIE

Ogłoszenie o zamówieniu, mające za przedmiot zakup i dostawę 2 szt. fabrycznie nowych wózków widłowych wyprodukowanych w 2021 r., zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 października 2021 r. pod nr 2021/BZP/00235180/01.

Zgodnie z protokołem postępowania sporządzonym na druku ZP-TP, wartość zamówienia została ustalona w dniu 15 września 2021 r. na kwotę 240 000,00 zł (56 215,00 euro) na podstawie rozeznania rynku.

Zamawiający w piśmie skierowanym do UZP z dnia 26 maja 2021 r. wskazał, że: *w ramach przygotowań (...) Spółka opierała się na wstępnych ofertach oraz informacjach ustnych uzyskanych od podmiotów gospodarczych, które zajmują się dystrybucją lub serwisem tych urządzeń.* Zgodnie z przekazaną dokumentacją, przygotowując kontrolowane postępowanie o udzielenie zamówienia, Zamawiający otrzymał wstępne oferty od 2 firm, tj. X oraz Y.

W ofercie nr 1052 z dnia 2 września 2021 r., firma X zaproponowała wózek LINDE H25T o następujących parametrach:

- Udźwig 2500kg / 500 mm
- Maszt v3300
- Zasilany LPG – tylko LPG
- Kabina z ogrzewaniem
- Przesuw boczny zintegrowany
- Krata osłaniająca towar
- Siedzenie amortyzowane
- Opony pełne SE
- System płynnego pochyłu stabilizujący maszt
- Osłona stalowa na szybę.

Firma Y złożyła dwie oferty wstępne – ofertę nr 0169 KK z dnia 6 września 2021 r., w której również zaproponowała wózek LINDE H25T oraz ofertę nr 0179 KK z dnia 14 września 2021 r., w której zaproponowała wózek TOYOTA 8FGF25 o następujących parametrach:

- Udźwig nominalny 2500 kg przy środku ciężkości 500 mm
- Wysokość podnoszenia 3300 mm
- Masz duplex 3300
- Zasilany LPG + benzyna
- Kabina pełna wraz z ogrzewaniem
- Dźwignie mechaniczne

- Przesuw boczny zintegrowany
- Krata osłaniająca towar
- Skrzynia automatyczna
- Siedzenie amortyzowane
- Długość wideł 1200 mm
- Krata osłaniająca szybę przednią
- System SAS
- Opony pełne SE.

Zgodnie z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej jako „SWZ”, udostępnionej przez Zamawiającego na stronie internetowej kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w pkt III SWZ, Zamawiający zawarł następujące wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia:

Wózek 1

- 1. Silnik benzynowy zasilany LPG,*
- 2. Możliwość pracy na benzynie w przypadku braku lub awarii LPG,*
- 3. Udźwig max 2500kg,*
- 4. Wysokość podnoszenia od 0 do 3300mm,*
- 5. Maszt duplex 3300 lub odpowiedni,*
- 6. Maksymalna wysokość masztu w stanie złożenia: max 2140mm,*
- 7. Kabina pełna ogrzewana,*
- 8. Szyba przednia i tylna z wycieraczką oraz szyba dachowa,*
- 9. Siedzenie amortyzowane,*
- 10. Czujnik obecności operatora,*
- 11. Pas bezpieczeństwa z czujnikiem napięcia,*
- 12. Sygnał cofania i lampa bezpieczeństwa typu blue spot,*
- 13. Lusterko wsteczne panoramiczne,*
- 14. Sterowanie wózkiem - dźwigniowe (bez joysticka),*
- 15. Hydrauliczny zintegrowany boczny przesuw wideł,*
- 16. Krata ochrony ładunku,*
- 17. Skrzynia biegów automatyczna,*
- 18. Opony pełne super elastyczne w rozmiarze przód 700/12 i tył 600/9,*
- 19. Oświetlenie robocze przód i tył,*

20. 3 sekcje rozdzielacza z przewodami,

21. Widły o długości 1200 mm,

22. Funkcja poziomowania masztu,

23. System automatycznej stabilizacji wózka SAS,¹

24. Osłona z kraty na przedniej szybie.

Wózek 2

25. Silnik benzynowy zasilany LPG,

26. Możliwość pracy na benzynie w przypadku braku lub awarii LPG,

27. Udźwig 2300 kg na 500 mm,

28. Wysokość podnoszenia od 0 do 3300mm,

29. Maszt duplex 3300 lub odpowiedni,

30. Maksymalna wysokość masztu w stanie złożenia 21400 mm,

31. Kabina pełna ogrzewana,

32. Szyba przednia i tylna z wycieraczką oraz szyba dachowa,

33. Siedzenie amortyzowane,

34. Czujnik obecności operatora,

35. Pas bezpieczeństwa z czujnikiem zapięcia,

36. Sygnał cofania i lampa bezpieczeństwa typu blue spot,

37. Lusterko wsteczne panoramiczne,

38. Sterowanie wózkiem - dźwigniowe (bez joysticka),

39. Krata ochrony ładunku,

40. Skrzynia biegów automatyczna,

41. Opony pełne super elastyczne w rozmiarze przód 700/12 i tył 600/9,

42. Oświetlenie robocze przód i tył,

43. 4 sekcje rozdzielacza z przewodami,

44. System automatycznej stabilizacji wózka SAS,²

45. Wózek wyposażony w chwytak do bel,

46. Zakres otwarcia 500 – 1700 mm,

47. Długość ramion 1000 mm,

¹ Podkreślenie własne.

² Podkreślenie własne.

48. Wysokość ramion 350 mm,
49. Węże i szybkozłączki w komplecie,
50. Listwa ochronna nad karetką,
51. Listwy pod ramionami chwytaka wykonane z hardoxu lub odpowiedniej,
52. Ramiona chwytaka wykonane ze stali, pomalowane w kolorze czerwonym,
53. Siłowniki chwytaka zakryte maskownicą,
54. Funkcja poziomowania masztu,
55. Osłona z kraty na przedniej szybie.

Jak wynika z cytowanych zapisów opisu przedmiotu zamówienia, oba wymagane przez Zamawiającego wózki widłowe powinny być wyposażone w system automatycznej stabilizacji wózka SAS.

Przed upływem terminu składania ofert, Zamawiający w piśmie z dnia 21 października 2021 r. na podstawie art. 284 ust. 2 i ust. 6 ustawy Pzp udzielił następującej odpowiedzi na pytanie dotyczące wymogu, aby pojazd posiadał system automatycznej stabilizacji wózka SAS, tj.:

Pytanie nr 2

Pkt 23 SWZ – System automatycznej stabilizacji wózka SAS – ten opatentowany system posiadają tylko wózki marki Toyota i pytanie, czy jeśli takiego samego systemu nie ma wózek, który chcemy Państwu zaoferować, a jedynie podobny, to czy biorą Państwo pod uwagę takie oferty, czy wymogiem musi być właśnie SAS?

Ad. 2

Zamawiający wymaga dostarczenia wózków wyposażonych w system SAS. Zwiększona stabilność wózka jezdniowego może wpłynąć na zmniejszenie ryzyka względem wypadków.

Pismem z dnia 22 października 2021 r. uległ zmianie termin składania ofert na dzień 29 października 2021 r.

Pismem z dnia 25 października 2021 r. Zamawiający udzielił kolejnych wyjaśnień treści SWZ, tj.:

Pytanie 1

W ramach postępowania Zamawiający dopuszcza tylko oferowanie określonego typu wózka widłowego z systemem aktywnej stabilizacji (SAS), które to rozwiązanie techniczne stosowane jest i oferowane wyłącznie przez jednego z dostawców na rynku, tj. TOYOTĘ, przy czym wadą tego rozwiązania techniczne są problemy techniczne występujące w późniejszym okresie eksploatacji, znacząco wpływające na wzrost nakładów serwisowych oraz przerwy w pracy maszyny (pkt III, 23 i 44 SWZ);

Ad. 1.

Zamawiający wymaga dostarczenia wózków wyposażonych w system SAS lub równoważny (swz po. 23 i 44). W związku z powyższym zmianie ulega treść pkt 23 i 44 w rozdz. III SWZ Opis przedmiotu zamówienia. W/w punkty otrzymują nowe brzmienie:

WÓZEK 1

System automatycznej stabilizacji wózka SAS lub równoważny,

Wózek 2

44. System automatycznej stabilizacji wózka SAS lub równoważny.

Pytanie nr 2

Określenie terminu realizacji zamówienia na 7 dni od podpisania umowy (pkt IV SWZ), co jest terminem niemożliwym do zachowania (...).

Ad. 2

Zamawiający wydłuży termin dostawy do 14 dni od dnia podpisania umowy. (...).

Jak wynika ze zgromadzonego w sprawie materiału, jeden z Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia skierował do Zamawiającego pismo z dnia 26 października 2021 r. stanowiące ponowne i ostateczne wezwanie do zmiany wymaganych parametrów przedmiotu zamówienia i wydłużenia terminu składania ofert. W piśmie tym ww. Wykonawca wskazał m.in., że: *zmiana pkt II, 23 i 44 SWZ poprzez zaakceptowanie rozwiązań równoważnych „systemowi automatycznej stabilizacji wózka SAS” nie uchyla podstaw poprzedniego wezwania albowiem nie ma czegoś „równoważnego” opatentowanemu przez producenta TOYOTA rozwiązaniu technologicznemu jak system automatycznej stabilizacji wózka SAS! W konsekwencji dla ww. zamówienia dalej mamy do czynienia z naruszeniem podstawowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt, z góry wykluczający innych wykonawców. **Wykonawca oczekuje akceptacji przez Zamawiającego zmiany wymogu z pkt III, 23 i 44 SWZ, na system wspomagający zachowanie stabilizacji wózka widłowego, zakres którego to pojęcia spełniałby tak system automatycznej stabilizacji wózka SAS jak i inne rozwiązania technologiczne służące takiej funkcjonalności.***

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 29 października 2021 r., została złożona jedna oferta Wykonawcy Y – cena brutto: 300 735,00 zł.

Z treści tej oferty wynika, że Wykonawca Y zaoferował wózek marki TOYOTA, model 02-8FGF25.

W dniu 29 października 2021 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez ww. Wykonawcę, z którym następnie w dniu 2 listopada 2021 r. została podpisana umowa nr 2047/2021 w sprawie zamówienia publicznego.

W przesyłanym do Urzędu piśmie z dnia 29 grudnia 2021 r., Zamawiający wyjaśnił, że: *wskazany w opisie przedmiotu zamówienia system aktywnej stabilności, jest systemem powszechnie stosowanym we większości wózków widłowych dostępnych na rynku. System ten zabezpiecza przed niekontrolowaną utratą stateczności wózka widłowego i jego wywróceniem. Na rynku powszechną jest wiedza, że wózek*

widłowy wyposażony w system aktywnej stabilności, to nic innego jak wózek wyposażony w jakiś system zabezpieczający przed utratą stateczności wózka. W załączeniu przedkładam oferty, które Spółka uzyskała w trakcie badania rynku, przed ogłoszeniem przedmiotowego postępowania na dostawę wózków widłowych. Z treści tych ofert wynika, że wszystkie dostępne na rynku wózki widłowe posiadają systemy wspomagające stabilizację.

Następnie Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią art. 99 ust. 6 w zw. z ust. 5 ustawy Pzp kryteria w celu oceny równoważności powinny być stosowane wyłącznie, gdy przedmiot zamówienia można opisać przez wskazania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, których charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Zauważyć należy, że w niniejszej sprawie zastrzeżony przez Spółkę wymóg posiadania przez wózek widłowy system stabilności SAS nie jest powiązany z żadnym z powyższych zakresów rozumienia równoważności.

Pismem z dnia 19 maja 2022 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wezwał Zamawiającego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w sprawie, w zakresie wskazania marek oraz modeli wózków widłowych, które według Zamawiającego posiadają system stabilizacji, który można określić jako równoważny (posiadający te same funkcje) systemowi aktywnej stabilizacji „SAS” stosowanemu w wózkach widłowych marki Toyota przy jednoczesnym zachowaniu wszystkich pozostałych parametrów określonych przez Zamawiającego w pkt III Specyfikacji Warunków Zamówienia, stanowiącym opis przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Zamawiający pismem z dnia 26 maja 2022 r. wskazał, że: w ramach przygotowań do analizowanego postępowania Spółka opierała się na wstępnych ofertach oraz informacjach ustnych uzyskanych od podmiotów gospodarczych, które zajmują się dystrybucją lub serwisem tych urządzeń. Spółka uzyskała wstępne oferty, które zostały Państwu przekazane przy ostatniej korespondencji. Oferty dotyczyły modeli wózków widłowych, które są wyposażone w system stabilizacji zapewniający zwiększony poziom bezpieczeństwa dla operatora wózka. Oferty wskazywały na modele dwóch różnych marek czyli Toyota i Linde. Na ich podstawie Spółka uznała, że system aktywnej stabilizacji SAS marki Toyota oraz system wspomagający stabilizację pochyłu masztu z regulacją marki LINDE – są równoważne. Spółka uznała, że oba systemy mają na celu zabezpieczenie przed niebezpieczeństwem utraty stateczności wózka. Podkreślając konieczność zapewnienia bezpieczeństwa pracy, jednocześnie nie ograniczając konkurencji, Spółka odpowiadając na pytania zadane w trakcie postępowania, udzieliła 25 października 2021 roku, odpowiedzi dopuszczającej zastosowanie w dostarczanych wózkach systemów równoważnych do stosowanych przez Toyotę. Warto podkreślić, że Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej – Rzeszów Sp. z o.o. nie jest podmiotem, który prowadzi działalność w zakresie produkcji, dystrybucji lub serwisu wózków widłowych i może polegać na informacjach pozyskanych z rynku. Spółka nie zlecała analizy technicznej sposobów na stateczność wózka widłowego, pozostając w przekonaniu, że zabezpieczenie urządzeń w tym zakresie jest dość powszechne w tym segmencie rynku.

Jak stanowi dalsza część wyjaśnień Zamawiającego: Wydaje się, że powyższe przekonanie usprawiedliwia treść ofert Państwu przedłożonych, ale również i publikacje internetowe powołane w Państwa piśmie z 19 maja 2022r. Dodatkowo, wskazuję, że według innych publikacji powszechnie dostępnych, problem stateczności wózka i konieczności wprowadzenia w tym celu zabezpieczeń jest dość

często omawiany, przy czym właśnie system SAS marki Toyota jest najczęściej cytowanym przykładem takich zabezpieczeń. Ponadto, pojęcie stateczności wózka jest jednym z podstawowych zagadnień przy szkoleniu i egzaminach dla operatora wózków jezdniowych. Spółka pozostawała zatem w przekonaniu, że system SAS to powszechnie stosowany na rynku synonim dla systemów zabezpieczeń stateczności wózka, w które wyposażona jest zdecydowana większość dostępnych modeli wózków jezdnych różnych producentów. Na tej podstawie przyjęto dostatecznie dokładne i zrozumiałe określenie dla każdego podmiotu z branży.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego oznacza stworzenie warunków umożliwiających wykonawcom konkurowanie między sobą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na uczciwych zasadach. Dotychczasowe orzecznictwo i doktryna dają wiele przykładów naruszenia tej zasady, takich jak warunki udziału w postępowaniu lub opis przedmiotu zamówienia zawierający minimalne wymagania, które ograniczają udział w postępowaniu wszystkim wykonawcom poza jednym konkretnym wykonawcą bądź nieliczną grupą wykonawców lub opis, który ogranicza udział w postępowaniu wszystkim innym wykonawcom niż ci, którzy sprzedają produkty danej marki.

Zgodnie z przepisem art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Przepis art. 99 ust. 4 ustawy Pzp wprowadza negatywną przesłankę opisu przedmiotu zamówienia i stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przepis ten określa sposób realizacji zasady zachowania uczciwej konkurencji z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia. Cel regulacji z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp można zdefiniować, posługując się motywem 74 preambuły dyrektywy klasycznej, gdzie wskazano, że „specyfikacje techniczne [opis przedmiotu zamówienia] powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężenia konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę”. Zasadniczo każdy opis przedmiotu zamówienia oddziałuje na konkurencję. Dyrektywa klasyczna w motywie 74 preambuły dostrzega tę okoliczność, stwierdzając, że niedopuszczalne jest zawężenie, które ma charakter „sztuczny”, tzn. faworyzuje (lub dyskryminuje) określonego wykonawcę lub produkt. Niedopuszczalne jest zatem w świetle art. 99 ust. 4 ustawy Pzp zaburzenie konkurencji pomiędzy wykonawcami, mające swoją genezę w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia, polegające albo na preferencji w opisie konkretnego wykonawcy lub produktu, albo na niemającym uzasadnienia wyeliminowaniu wykonawcy lub produktu. Poprzez niedopuszczalne preferowanie należy rozumieć wszystkie zabiegi, przy użyciu dowolnych sposobów opisu przedmiotu zamówienia, które w sposób nieuzasadniony preferują lub wprost wskazują na konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt. Skutkiem takiego zapisu jest niemożność złożenia oferty zgodnej z tak sformułowanym opisem przedmiotu zamówienia przez wykonawcę innego niż preferowany

lub zaproponowania innego niż preferowany produkt. Zapisami eliminującymi określone produkty (i określonych wykonawców) będą zaś takie, które w sposób inny niż odpowiadający zobiektywizowanym i rzeczywistym potrzebom zakupowym zamawiającego związanym z realizacją przypisanych mu zadań, prowadzą do niemożności złożenia oferty przez określone grupy wykonawców (i zaproponowania określonych grup produktów).

Stosownie do art. 99 ust. 5 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Art 99 ust. 5 ustawy Pzp wprowadza przepis umożliwiający w ściśle określonych sytuacjach opisanie przedmiotu zamówienia (lub tylko jego niektórych elementów) przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Art. 99 ust. 5 ustawy Pzp stanowi wyjątek od reguły wyrażonej w art. 99 ust. 4 ustawy Pzp i umożliwia opisanie przedmiotu zamówienia lub jego części przy pomocy np. znaków towarowych, gdy nie jest możliwe opisanie go zgodnie z wymaganiami, o których mowa w art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Brak możliwości opisanie przedmiotu zamówienia na zwykłych zasadach musi mieć charakter obiektywny, co wynika z brzmienia art. 42 ust. 4 dyrektywy klasycznej, którego transpozycję stanowi omawiany przepis. W przywołanym przepisie dyrektywy klasycznej wskazano, że odniesienie do konkretnej marki, źródła, procesu itp jest dopuszczalne, jeżeli niemożliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób. Dozwolone na gruncie art. 99 ust. 5 ustawy Pzp są zatem sposoby opisu przedmiotu zamówienia, co do zasady, niedopuszczalne na gruncie art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, ale tylko w sytuacji, gdy: 1) nie jest obiektywnie możliwe opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, tj. w sposób inny niż za pośrednictwem znaków towarowych, patentów itp, oraz 2) użytym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniu, źródle lub szczególnemu procesowi towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Znak towarowy (patent, pochodzenie itp) w rozumieniu art. 99 ust. 5 ustawy Pzp stanowić będzie swoisty wzorzec techniczny, jakościowy lub funkcjonalny w szczególny sposób zastępujący opis, o jakim mowa w art. 99 ust. 1 i art. 101 ustawy Pzp. Użycie znaku towarowego produktu jako wzorca nie oznacza przede wszystkim, że wzorcowy produkt jest jedynym możliwym do zaoferowania zamawiającemu. Wykonawca będzie mógł zaoferować produkt równoważny, kierując się opisem równoważności zamawiającego (art. 99 ust. 6 ustawy Pzp). TSUE wskazał na możliwość stosowania tej normy wyłącznie w drodze wyjątku i tylko z zachowaniem ścisłej wykładni. Nie będzie zatem dopuszczalne stosowanie znaków towarowych jako konstytutywnego elementu opisu przedmiotu zamówienia, jeśli jest możliwe obiektywne opisanie przedmiotu przy pomocy zasad, o których mowa w art. 99 ust. 1 oraz art. 101 ustawy Pzp.

Stosownie do przepisu art. 99 ust. 6 ustawy Pzp jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

Celem art. 99 ust. 6 ustawy Pzp jest poinformowanie wykonawcy, które elementy produktu lub usługi opisane w sposób, o którym mowa w art. 99 ust. 5 ustawy Pzp, uważa za najistotniejsze. Przepis nakazuje, aby zamawiający, przywołując określenie identyfikujące konkretny produkt lub usługę wykonawcy lub producenta i stanowiące element opisu przedmiotu zamówienia, każdorazowo: stosował

zwrot „lub równoważny” oraz dokonywał opisu kryteriów równoważności. Kryteriami równoważności będą wybrane cechy określające przedmiot zamówienia opisany przez zamawiającego za pomocą określeń, o jakich mowa w art. 99 ust. 4 ustawy Pzp. Opis tych kryteriów równoważności, zgodny z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, powinien pozwolić rozpoznać potencjalnym wykonawcom produkt lub usługę inną niż referencyjna, a w wystarczającym stopniu spełniającą oczekiwania zamawiającego, a następnie zapewnić realną możliwość jej zaoferowania.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt sprawy, należy w pierwszej kolejności zauważyć, iż wbrew wyjaśnieniom Zamawiającego nie wszystkie dostępne na rynku wózki widłowe posiadają systemy wspomagające stabilizację. Zamawiający w trakcie badania rynku przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uzyskał oferty handlowe jedynie od 2 podmiotów, w których zaproponowano wózki wyłącznie dwóch marek, tj. Toyota i Linde (przy czym zaproponowany wózek marki Linde nie spełniał wymagań Zamawiającego, gdyż był zasilany wyłącznie LPG). Tymczasem na rynku dostępne są wózki widłowe także innych firm, np.: Still, Dosan, Crown, Combilift, Promag czy Unicarriers.

Wskazać należy również, że system „SAS” nie jest powszechnie stosowanym synonimem systemów zabezpieczeń stosowanych w większości wózków na rynku. Jest natomiast systemem opatentowanym przez firmę Toyota i stosowanym wyłącznie w wózkach widłowych tej marki. Ustalenie powyższego nie wymagało specjalistycznej wiedzy, gdyż informacje te są powszechnie dostępne w Internecie. Wpisując w wyszukiwarkę internetową hasło „system stabilności wózków widłowych SAS” wszystkie wyniki wyszukiwania wskazują na wózki widłowe marki Toyota. Jest to zatem wiedza powszechnie dostępna, a brak doświadczenia Zamawiającego z tego typu przedmiotem zamówienia nie usprawiedliwia nieuprawnionego posłużenia się w opisie przedmiotu zamówienia nazwą charakteryzującą produkt konkretnej marki. Ponadto podkreślenia wymaga fakt, iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do Zamawiającego wpływały wnioski o wyjaśnienie treści SWZ, w których wykonawcy wyraźnie zwracali uwagę, iż system „SAS” jest stosowany wyłącznie w wózkach widłowych Toyoty.

Jednocześnie w przedmiotowym postępowaniu nie została spełniona przesłanka konieczna do zastosowania art. 99 ust. 5 ustawy Pzp, tj. niemożliwość opisu przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób. O powyższym świadczy pismo Wykonawcy X z dnia 26 października 2021 r., w którym zawarta została propozycja zmiany opisu przedmiotu zamówienia z „system automatycznej stabilizacji wózka SAS” na „system wspomagający zachowanie stabilizacji wózka widłowego”, zakres którego to pojęcia spełniałby tak system automatycznej stabilizacji wózka SAS jak i inne rozwiązania technologiczne służące takiej funkcjonalności.

Ponadto należy wskazać, że Zamawiający odpowiadając na wniosek o wyjaśnienie treści SWZ, pismem z dnia 21 października 2021 r. odrzucił możliwość zaoferowania rozwiązań podobnych do systemu „SAS”, co mogło już na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyeliminować niektórych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Jednocześnie należy zauważyć, że chociaż w kolejnych wyjaśnieniach treści SWZ z dnia 25 października 2021 r. Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne przez zastosowanie sformułowania „lub równoważny”, jednakże nie opisał w żaden sposób jakie kryteria ma spełniać system równoważny systemowi „SAS”.

Jak ustalono w toku kontroli doraźnej w oparciu o informacje zawarte na stronie internetowej³ oraz materiał filmowy dotyczący sposób działania systemu „SAS” zamieszczony na kanale Youtube „ToyotaMHPolska”⁴, system „SAS” posiada 6 zaawansowanych funkcji, tj.: 1) redukcja prędkości na zakrętach, 2) cylinder blokujący tylnej o5) kontrola poziomowania wideł, 6) aktywny synchronizator układu kierowniczego. Jednocześnie system „SAS” pozwala na aktywne monitorowanie kluczowych parametrów pracy wózka.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, że ilość poszczególnych funkcji, które składają się razem na działanie systemu „SAS” sprawia, że bez opisanego parametrów stabilności wózka widłowego, na których zależy Zamawiającemu, niemożliwe było zaoferowanie innych wózków widłowych niż Toyota nawet przy założeniu, że wózki widłowe innych firm posiadają w jakimś stopniu podobne systemy wspomagające stabilność.

W tym miejscu należy wskazać, że w trakcie prowadzenia kontroli doraźnej Prezes Urzędu zwrócił się do przedstawicieli i dystrybutorów różnych marek wózków widłowych z prośbą o wskazanie czy oferowane przez te podmioty wózki widłowe posiadają systemy, które można określić jako równoważne (posiadające te same funkcje) systemowi „SAS”.

Z uzyskanych informacji wynika, że wózki niektórych firm w ogóle nie posiadają systemów zarówno równoważnych jak i podobnych do systemu „SAS”. Przedstawiciele pozostałych firm wskazywali natomiast, że oferowane przez nich wózki posiadają systemy w jakimś sensie podobne do systemu „SAS” (których celem jest zapewnienie stabilności pojazdu czyli zapobieżenie przewróceniu się wózka) wyposażone w takie funkcje jak redukcja prędkości na zakrętach lub redukcja prędkości jazdy przy uniesionych widłach. Jednakże równocześnie informowali, że w ich wózkach stosowane są inne rozwiązania techniczne niż w przypadku systemu „SAS”, których nie można określić jako równoważne, natomiast samo pojęcie „stabilności” wózka widłowego ma charakter względny i zależny od zapatrywań ich producentów i potrzeb użytkowników tych pojazdów. W pismach tych podkreślano równocześnie, że określenie „SAS” jest stosowane przez jednego producenta wózków widłowych – przez firmę Toyota.

Zatem w kontrolowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający posłużył się w opisie przedmiotu zamówienia nazwą systemu stabilizacji wózka widłowego „SAS” opatentowanego przez Toyotę i używanego wyłącznie w wózkach widłowych tej firmy, mimo iż jak wynika z wyjaśnień złożonych na wezwanie UZP oczekiwał jakiegokolwiek systemu *zabezpieczeń stateczności wózka*, w które to systemy zdaniem Zamawiającego wyposażona jest większość dostępnych na rynku modeli wózków widłowych.

Ponadto Zamawiający pierwotnie nie dopuścił rozwiązań równoważnych, co również potwierdził w pierwszych wyjaśnieniach treści SWZ, a następnie ostatecznie dopuszczając rozwiązania równoważne nie opisał kryteriów równoważności. Powyższe działania Zamawiającego skutkowały złożeniem jednej oferty i rezygnacją z ubiegania się o zamówienie publiczne przez wykonawców innych niż oferujących wózki widłowe marki Toyota.

Reasumując, należy stwierdzić, że Zamawiający poprzez opisanie przedmiotu zamówienia przy użyciu nazwy systemu stabilizacji wózka widłowego „SAS” charakteryzującego wyłącznie wózki

³ Link do strony: <https://toyota-forklifts.pl/nasza-oferta/system-aktywnej-stabilnosci-sas/>.

⁴ Link do filmu: <https://www.youtube.com/watch?v=7IPIHusvoZJY>.

widłowe marki Toyota w sytuacji gdy przedmiot zamówienia można było opisać w inny sposób oraz poprzez wprowadzenie do SWZ pozornej równoważności - bez opisanie kryteriów równoważności, co doprowadziło do ograniczenia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu, naruszył przepisy art. 16 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 4 – 6 ustawy Pzp, co w przedmiotowej sprawie miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż zgodnie z art. 610 ust. 1 ustawy Pzp, od wyniku kontroli doraźnej Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*.

W przypadku gdyby ww. zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej zgłaszała osoba upoważniona przez kierownika zamawiającego proszę o przesłanie pełnomocnictwa do występowania przed Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych jako centralnym organem administracji rządowej.