

Sygn. akt KIO/KD 58/19

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 12 września 2019 roku

w sprawie zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zgłoszonych przez Zamawiającego, którym jest:

Gmina Andrychów

Rynek 15

34-120 Andrychów

w przedmiocie zamówienia publicznego na:

„Dostawę fabrycznie nowych, wyprodukowanych w 2017 r. dla potrzeb Gminy Andrychów”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący – **Katarzyna Brzeska**

Członkowie : **Anna Chudzik**

Danuta Dziubińska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 165 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Dostawę fabrycznie nowych, wyprodukowanych w 2017 r. autobusów dla potrzeb Gminy Andrychów*”, prowadzonego przez Gminę Andrychów.

W wyniku przeprowadzonej kontroli stwierdzono naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, przedstawionych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 7 sierpnia 2019 r.*, do których następnie Zamawiający wniósł zastrzeżenia, nie zasługujące – w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych – na uwzględnienie.

W informacji o wyniku kontroli wskazano naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję do wykonawców będących w stanie zaoferować pojazd konkretnej marki: Iveco. Powyższe naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, gdyż doprowadziło do ograniczenia konkurencji do podmiotu oferującego pojazd ww. marki.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:

Jak ustalono, w niniejszym postępowaniu ofertę złożył tylko jeden Wykonawca MMI SP. z o.o. Zbyszewo 2, 76 251 Zbyszewo za łączną cenę w kwocie 10.194.240,00 zł brutto, który zaoferował autobusy marki KAPENA Iveco nc URBY.

W dniu 24 maja 2017 r., została zawarta pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą MMI Sp. z o.o. Umowa nr BZP.272.7.2017 w sprawie zamówienia publicznego na: „*Dostawę fabrycznie nowych, wyprodukowanych w 2017 r. autobusów dla potrzeb Gminy Andrychów*” w ramach zadania: „*Rozbudowa i modernizacja infrastruktury techniczno - komunikacyjnej i lokalnego transportu publicznego w Andrychowie wraz z zakupem taboru autobusowego*”.

W trakcie analizy niniejszej sprawy przez Kontrolujących przeprowadzono rozeznanie rynkowe występując do 10 podmiotów z prośbą o wskazanie, czy oferowane przez te podmioty autobusy spełniają wszystkie wymagania określone w specyfikacji technicznej załączonej do pisma. W przypadku odpowiedzi twierdzącej, poproszono o podanie nazw modeli oraz ewentualnie o przesłanie karty technicznej lub innych dokumentów potwierdzających spełnienie ww. wymagań, a także o udzielenie informacji czy w dniu 8 maja 2017 r. posiadano możliwość dostarczenia na zamówienie ww. autobusów.

Podmioty: Volvo Polska Sp. z o.o., BUSIMPORT PL sp. z o.o., Solaris Bus & Coach S.A., POLSTER sp. z o.o. sp. k., Mercedes — Benz Polska Sp. z o.o., EvoBus Polska Sp. z o.o., MAN Truck&Bus Sp. z o.o., – AUTOSAN sp. z o.o. stwierdziły, że w ich ofercie nie było produktów, które spełniałyby wszystkie wymagania określone w załączonej specyfikacji technicznej. Podmiot Busprestige Premium Sp. z o.o. Sp. k nie odebrał ww. pisma. Podmiot CMS Auto Sp. z o.o. nie udzielił odpowiedzi na pismo Urzędu.

W niniejszej sprawie zlecono również wykonanie opinii Biegłemu Sądowemu — Rzecznawcy Polskiego Związku Motorowego Holding Sp. z o.o., z której wynika że jedynie pojazd marki IVECO spełniał wszystkie wymagania Zamawiającego, gdyż opisanie przedmiotu zamówienia i wskazanie jednej, konkretnej liczby dotyczącej dopuszczalnej masy całkowitej netto jako 7200 kg eliminowało inne pojazdy innych marek.

Mając powyższe na względzie nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja podniesiona przez Zamawiającego w zastrzeżeniach. Izba – za Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych – nie dała wiary wyjaśnieniom Zamawiającego, że pismo Zamawiającego z dnia 27 października 2017 r., w którym wskazał iż nie przeprowadził on rozeznania rynku w zakresie „producentów posiadających w swojej ofercie wyspecyfikowane przez Zamawiającego autobusy, spełniające wszystkie wymagania wskazane w SIWZ”, zawiera błędną informację.

Izba podzieliła stanowisko Prezesa UZP oraz biegłego powołanego w niniejszej sprawie, że co do autobusów marki ISUZU, ZAZ, Autosan, Volkswagen, Mercedes mamy do czynienia z przypadkiem gdy ze względu na wymóg dopuszczalnej masy całkowitej określony jako 7200 kg nie jest możliwe złożenie oferty w tym postępowaniu. Natomiast odnośnie autobusów firmy VDL w ofercie tego producenta nie istniały produkty, które spełniałyby parametry dotyczące wymiarów oraz silnika.

Zatem zgodzić należało się że treść Szczegółowych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy zakwalifikować jako opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję w rozumieniu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp ze względu na preferowanie przez Zamawiającego konkretnej marki autobusu: Iveco.

Jak słusznie zauważono zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zatem opis przedmiotu zamówienia powinien być jasny, zrozumiały, zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty przetargowej.

Zgodnie zaś z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Co więcej, zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który' bezpośrednio lub nawet pośrednio naruszałby zasadę uczciwej konkurencji. Jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 ustawy Pzp użyty w treści tego przepisu zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” wskazuje, iż do naruszenia ww. przepisu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Zatem zgodnie z brzmieniem ww. przepisu, wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji w opisie przedmiotu zamówienia. Powyższa interpretacja została potwierdzona w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, np. w uchwale z dnia 6 lutego 2012 r., sygn. akt KIO/KD 14/12.

Zgodzić należało się również z Prezesem UZP, że określenie przedmiotu zamówienia powinno być poparte obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, jednakże art. 29 ustawy Pzp zakazuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję. Zamawiający sporządzając opis przedmiotu zamówienia nie powinien używać sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty, Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest więc nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu. Zgodzić również należało się z Prezesem UZP, że

zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłby we wskazaną zasadę, gdyż wpływa on na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert oraz może powodować oferowanie przez wykonawców produktów tylko jednego producenta czy dystrybutora.

Słusznie zauważono w informacji o wyniku kontroli, iż naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może nastąpić zarówno poprzez bezpośrednie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt dostępny na rynku, w szczególności poprzez odwołanie się do parametrów technicznych zamieszczonych w katalogu lub karcie technicznej danego urządzenia, bądź w sposób pośredni — poprzez zamieszczenie pojedynczych wymagań, które w oderwaniu od reszty zapisów opisu przedmiotu zamówienia może spełnić kilka urządzeń na rynku, lecz zebrane łącznie powodują ograniczenie konkurencji do jednego produktu na rynku.

Ponadto odnosząc się jeszcze do argumentacji Zamawiającego zawartej w zastrzeżeniach, że z definicji DCM wynika, iż jest to maksymalna masa, czyli wartość nie przekraczająca 7200 kg (czyli przedział do 7200 kg), a więc nie można mówić o konkretnej liczbie oraz że Zamawiający dopuszczał zaoferowanie autobusów o niższej DCM - należy stwierdzić, że powyższa argumentacja nie znajduje oparcia w dokumentacji postępowania. Izba nie dała wiary twierdzeniom Zamawiającego, że w przypadku dopuszczalnej masy przewidział przedział do 7200 kg, gdyż z wskazanych podstawowych wymiarów i parametrów pojazdu wynika konkretna wartość - 7200 kg – co wskazuje na brak dopuszczenia przedziału liczbowego, jak twierdzi Zamawiający w zastrzeżeniach. Zauważenia wymaga również to, że w sytuacji gdy Zamawiający dopuszczał przedziały wartości w wymaganiach, to wyraźnie powyższe artykułował - t.j. w parametrach dotyczących długości całkowitej, szerokości całkowitej, wysokości całkowitej, czy też chociażby rozstawu osi). Dlatego też argumentacja Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....