Sygn. akt KIO/KD 3/24

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

Warszawa, dnia 7 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Monika Banaszkiewicz

Członkowie: Adriana Urbanik

Anna Wojciechowska

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 12 lutego 2024 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 15 lutego 2024 r.) zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez: zamawiającego Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. w Promniku

od wyniku kontroli doraźnej z dnia 31 stycznia 2024 r. (doręczonej zamawiającemu w dniu 6 lutego 2024 r.),

(znak: DKZP.WKZ3.442.80.2023.JB; KND/82/23/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa samochodu osobowego typu SUV" wyraża opinię:

zastrzeżenia zamawiającego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. w Promniku do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 31 stycznia 2024 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako „Prezes Urzędu" lub „Kontrolujący") przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazanego w sentencji uchwały (dalej jako „Postępowanie"), w wyniku której na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp") stwierdził naruszenie przez Zamawiającego:

- art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, naruszając zasadę równego traktowania wykonawców.

Kontrolujący uzasadnił swoje stanowisko w następujący sposób:

Opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pomimo, że ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany charakter, to zamawiający ma obowiązek przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić generalne warunki, jakie nakłada na niego ustawa Pzp. W szczególności zgodnie z 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".

Wskazany powyżej przepis służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji, a w konsekwencji – m. in. zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonej w art. 16 ustawy Pzp. 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".

Kontrolujący wskazał, że ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, iż zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub nawet pośrednio (jeśli nazwy własne nie zostaną wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na konkretny produkt) godziłby w zasadę uczciwej konkurencji. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert oraz może powodować oferowanie przez wykonawców produktów tylko i wyłącznie jednego producenta czy dystrybutora. W efekcie prowadzi to do powstania ułomnego rynku kreowanego przez zamawiających, na którym rzeczywistą konkurencję zastępuje quasi-konkurencja między dostawcami tej samej technologii lub produktów tego samego producenta lub dystrybutora.

Dodatkowo Kontrolujący zwrócił uwagę, że działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Kontrolujący wskazał na ugruntowany w orzecznictwie pogląd, iż „opis przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do sztucznego, nieuzasadnionego rzeczywistymi potrzebami zamawiającego ograniczenia konkurencji w postępowaniu. W związku z tym w przypadku zarzutów odwołania co do prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia badaniu

Izby podlega, czy kwestionowane postanowienia specyfikacji warunków zamówienia, zawierającej opis przedmiotu zamówienia i wymagań zamawiającego w tym zakresie, które np. eliminują wykonawcę z udziału w postępowaniu, są zamawiającemu niezbędne do zrealizowania rzeczywistych potrzeb związanych z realizacją nałożonych na niego zadań" (tak: wyrok KIO z dnia 5 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 1972/21).

Za nieprawidłowe należy zatem zdaniem Prezesa Urzędu uznać dookreślenie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego, tj. w oparciu o takie właściwości przedmiotu zamówienia, które nie mają znaczenia dla spełnienia celu, któremu ma służyć przedmiot zamówienia. W ocenie Kontrolującego Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję. Kontrolujący wskazał, że Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu zastosował zbyt rygorystyczne wymagania, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, które nie były uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ograniczyły krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Kontrolujący podkreślił, że opis przedmiotu zamówienia powinien odzwierciedlać rzeczywiste potrzeby i wymagania Zamawiającego (tak: wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt. KIO 1555/19). Tymczasem sam Zamawiający w złożonych przed Prezesem Urzędu wyjaśnieniach z dnia 23 sierpnia 2023 r. wskazał, że „opisane parametry i wymagania co do samochodu nie były wskazane i dobierane do konkretnych potrzeb i wymagań". Przedmiotowy pojazd miał być wykorzystywany do „celów służbowych związanych z obsługą spółki". Oczywistym zdaniem Prezesa Urzędu jest, że w tym przypadku nie można było wymagać od Zamawiającego, aby w opisie przedmiotu zamówienia wskazał cechy odpowiadające parametrom większości samochodów osobowych, niemniej jednak dokonanie tak zawężonego opisu przedmiotu zamówienia (m.in. maksymalna pojemność 2000 cm3 o mocy minimum 230 km, napęd 4x4 przyspieszenie od 0-100 km/s nie więcej niż 7,5 s, długość nie więcej niż 4700 mm, wysokość nie więcej niż 1680 mm, pojemność bagażnika 480-510 litrów, zintegrowane relingi dachowe, przyciemniane szyby tylnej części nadwozia, dolne listwy w kolorze nadwozia, klamki lakierowane w kolorze nadwozia z podświetleniem, podsufitka w kolorze ciemnym, system mocowania fotelika ISOFIX na zewnętrznych miejscach tylnej kanapy, zbiornik paliwa min. 70 litrów, wycieraczki przednie ze zintegrowanymi dyszami spryskiwaczy, półautomatyczna roleta bagażnika) nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego. Posługiwanie się parametrami technicznymi obejmującymi zewnętrzne wymiary pojazdu (długość nie więcej niż 4700 mm, wysokość nie więcej niż 1680 mm) nie ma znaczenia dla jego właściwości użytkowych, a w sposób nieuzasadniony oraz znaczący ogranicza krąg potencjalnych

wykonawców mogących złożyć ofertę.

Prezes Urzędu wskazał, że dla użytkownika w istocie znaczące powinny być parametry mające bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo, ekonomikę i komfort w trakcie normalnego i przewidywanego użytkowania przedmiotu zamówienia. W świetle powyższego brak jest obiektywnego uzasadnienia w ocenie Kontrolującego konieczności posiadania do celów służbowych Zamawiającego (zgodnie w wyjaśnieniami z dnia 23 sierpnia 2023 r. – „dojazd na spotkania, negocjacje, konferencje") pojazdu, który posiada m.in. konkretne wymiary oznaczone co do mm (długość oraz wysokość), silnik o ściśle określonej pojemności i mocy, przyspieszenie od 0-100 km/s nie więcej niż 7,5 s, czy też napęd 4x4. Kontrolujący wskazał na cztery pojazdy należące do kategorii SUV, które nie spełniają wymogów postawionych przez Zamawiającego.

Kontrolujący zwrócił uwagę, że nie jest dopuszczalne opisywanie przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego producenta, opis taki bowiem narusza zasadę konkurencyjności i równego dostępu. Kontrolujący wskazał również, że zgodnie z motywem 74 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, specyfikacje techniczne powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 99 ust. 4 ustawy Pzp wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji.

W aspekcie naruszenia art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp istotny dla oceny wymagań określonych przez Zamawiającego jest fakt, że w przedmiotowym postępowaniu została złożona tylko jedna oferta – wykonawcy Autoryzowany Dealer VOLVO Scandinavia Auto Sp. z o.o., 21-030 Motycz, ul. Konopnicka 164A. Jednocześnie jak wynika z ustaleń kontroli, zaoferowany przez tego wykonawcę model samochodu Volvo XC60 B5 AWD R-Design Benzyna spełnia wymagania opisu przedmiotu zamówienia.

Kontrolujący wskazał, że zgodnie z orzecznictwem KIO zabronione jest określanie równoważności w sposób pozorny, który de facto nie przewiduje żadnego rozwiązania alternatywnego. Jeżeli Zamawiający wprawdzie dopuszcza urządzenie równoważne, niemniej takie, które jest całkowicie zgodne pod względem wszystkich parametrów i funkcjonalności z urządzeniem określonego producenta lub określonego modelu, to mamy do czynienia jedynie z równoważnością iluzoryczną. Mając na uwadze powyższe Kontrolujący stwierdził, iż Zamawiający wskazując w SWZ, że dopuszcza „rozwiązania równoważne" bez wykazania dodatkowych cech i funkcjonalności produktu zastosował pozorny opis rozwiązań równoważnych. Nie sposób było bowiem zaoferować rozwiązań

równoważnych w odniesieniu do wskazanych przez Zamawiającego parametrów, co wymuszało na wykonawcach obowiązek zaoferowania wyłącznie rozwiązania referencyjnego, czyniąc dopuszczenie równoważności pozornym.

Reasumując Kontrolujący uznał, iż mając na uwadze przytoczony stan faktyczny i prawny należy stwierdzić, że poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, naruszając zasadę równego traktowania wykonawców, Zamawiający naruszył art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, bowiem sformułowanie w SWZ wymogów dotyczących przedmiotu zamówienia niezgodnie z przepisami ustawy Pzp mogło mieć wpływ na liczbę złożonych w postępowaniu ofert.

Pismem z dnia 12 lutego 2024 r. doręczonym Prezesowi Urzędu dnia 15 lutego 2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 610 ust. 1 ustawy Pzp, zgłosił umotywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej.

Zamawiający podniósł, iż Kontrolujący jego zdaniem w pełni pomija fakt, że w chwili podjęcia decyzji o przeprowadzeniu postępowania przetargowego na rynku samochodowym z uwagi na sytuację związaną zarówno z pandemią wirusa SARS-CoV-2 dostępność aut spełniających choćby minimalne oczekiwania Zamawiającego była znacznie ograniczona, czas oczekiwania wynosił natomiast 12 miesięcy. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia dokonał uprzedniej weryfikacji dostępności pojazdów na rynku celem minimalizacji ryzyka nieracjonalnego zakupu. Pierwszy z ogłoszonych przez Zamawiającego przetargów został unieważniony - w dniu 12 kwietnia 2021 roku - na skutek braku ofert. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wskazał, że dokonał modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia tak, aby złagodzić warunki, a tym samym umożliwić większemu gronu możliwość złożenia ofert.

Kontrolowany wskazał, że toku postępowania przetargowego nie zostały zadane żadne pytania odnoszące się bezpośrednio do opisu przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy zdaniem Zamawiającego, że żaden podmiot nie wystąpił w stosunku do Zamawiającego z zapytaniem w przedmiocie spełnienia przez dany produkt wymaganych przez Zamawiającego parametrów pomimo dopuszczenia przez Zamawiającego rozwiązań równoważnych.

Zamawiający podkreślił, że w Specyfikacji Warunków Zamówienia, a dokładnie w opisie przedmiotu zamówienia (III.3. SWZ) wskazano, że jeżeli Wykonawca stwierdzi, że użyte w SWZ i w załącznikach do SWZ normy krajowe lub normy europejskie lub normy międzynarodowe mogą wskazywać na producentów produktów lub źródła ich pochodzenia to Zamawiający dopuszcza w tym zakresie rozwiązania równoważne. Oznacza to, że

parametry techniczne tak wskazanych produktów, określają wymagane przez Zamawiającego minimalne oczekiwania co do jakości produktów, które mają być użyte do wykonania przedmiotu umowy. Kontrolowany wskazał, że na Wykonawcy spoczywa ciężar wskazania „równoważności". Przy doborze materiałów równoważnych Wykonawca zobowiązany jest zapewnić również osiągnięcie wskaźników określonych w OPZ.

Zamawiający w złożonych zastrzeżeniach podniósł, że opisane parametry i wymagania co do samochodu nie były wskazane i dobierane do konkretnych potrzeb i wymagań. Wymagania techniczne jak i w kwestii wyposażenia były dobrane na podstawie wcześniej ustalonych modeli samochodów (min. Audi Q5, BMW X3, Lexus NX, Toyota RAV4), które na rynku wpisują się w segment średni i miały zapewnić równy dostęp do zamówienia, jednocześnie zabezpieczając, aby wykonawca nie zaoferował samochodu w klasie najniżej, który nie będzie spełniał zakładanego przeznaczenia pojazdu.

Zamawiający stwierdził, że chybione są podnoszone przez Kontrolującego w treści informacji o wyniku kontroli doraźnej argumenty w zakresie opisania przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję, naruszając zasadę równego traktowania, jak również braku obiektywnego uzasadnienia konieczności posiadania do celów służbowych pojazdu o ściśle określonej wymiarach czy pojemności i mocy bądź przyspieszenia. Zamawiający wskazał, że przede wszystkim dokonując opisu przedmiotu zamówienia skupił się na określeniu parametrów definiujących pojazd średniej klasy. Niezależnie od powyższego pewne elementy, wymogi stawiane potencjalnym wykonawcom należy uznać za standardowe i niebudzące wątpliwości przy opisie przedmiotu zamówienia nie tylko odnoszących się do pojazdów klasy średniej, lecz również niższej klasy. Interpretacja SWZ zdaniem Zamawiającego wskazuje, że potencjalni wykonawcy mogli zastosować inne rozwiązania (równoważne) - w tym m.in. zastosowanie pojemności zbiornika paliwa, bagażnika o większej lub mniejszej pojemności czy długości pojazdu - o ile powyższe nie wpływałoby na inne parametry takie jak osiągi mocy, zużycie paliwa - najistotniejsze z puntu widzenia Zamawiającego. Mając na uwadze powyższe, nie sposób w ocenie Kontrolowanego uznać jakoby wskazanie szczegółowych parametrów silnika czy wymiarów auta przy jednoczesnym dopuszczeniu rozwiązań równoważnych stanowi obejście obowiązku wynikającego z art. 99 ust. 5 i 6 ustawy Pzp, a tym samym nie można w niniejszej sprawie mówić o naruszeniu art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający nie zgadzając się ze stwierdzeniami zawartymi w wynikach kontroli wskazał, że zarówno wymiary auta, jak i napęd 4x4, moc silnika czy pojemność bagażnika wpływają nie tylko na bezpieczeństwo czy ekonomikę korzystania z pojazdu, lecz przede wszystkim na komfort, o którym to Kontrolujący wspomina w informacji o wyniku kontroli doraźnej. Wymiary pojazdu zdaniem Zamawiającego niewątpliwie wpływają nie tylko na komfort jazdy

czy parkowania, lecz również wynikają z możliwości garażowania danego pojazdu w określonym miejscu.

Kontrolowany stwierdził, że w niniejszej sprawie nie zaistniały żadne przesłanki pozwalające na ustalenie, że przedmiot zamówienia został opisany na podstawie katalogów jednego producenta, a tym samym z naruszeniem zasad konkurencyjności i równego dostępu do zamówienia. O powyższym na pewno nie może świadczyć fakt złożenia oferty przez jednego wykonawcę tj. Autoryzowany Dealer VOLVO Scandinavia Auto Sp. z o.o. Okoliczność ta według Zamawiającego nie wynika z dokonania przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencją, lecz z braku dostępności w danej chwili pojazdów na rynku motoryzacyjnym.

Pismem z dnia 20 lutego 2024 r. Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego Prezes Urzędu zauważył, że nie może znaleźć uzasadnienia twierdzenie Zamawiającego o dokonaniu modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia celem złagodzenia warunków zamówienia jak również przyjęte przez Zamawiającego założenie o dopuszczeniu rozwiązań równoważnych w kontekście ustalenia w toku kontroli, iż w rzeczywistości wskutek wskazania szczegółowych parametrów odnoszących się do przedmiotu zamówienia bez wykazania dodatkowych cech i funkcjonalności produktu, dopuszczenie rozwiązań równoważnych miało charakter pozorny i stanowiło obejście obowiązku wynikającego z art. 99 ust. 5 i 6 ustawy Pzp. Jednocześnie, w treści informacji o wyniku kontroli podkreślono, że ustawodawca jako przesłankę zastosowania dyspozycji art. 99 ust. 5 ustawy Pzp ustanowił brak możliwości opisania przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób. Biorąc pod uwagę fakt typowego charakteru przedmiotowego zamówienia nie sposób uznać, aby Zamawiający był obiektywnie pozbawiony możliwości sporządzenia wystarczająco precyzyjnego i zrozumiałego opisu przedmiotu zamówienia bez odwoływania się do określeń wskazujących na produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę.

W odniesieniu do argumentu dotyczącego nieskierowania do Zamawiającego pytań dotyczących treści SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, Prezes Urzędu wskazał, iż jak wynika z dokumentacji postępowania, wykonawcy kierowali do Zamawiającego pytania w tym zakresie, co potwierdza m.in. treść dokumentu pn. “Informacja dla wykonawców nr 2” z dnia 8 lipca 2021 r. Niezależnie od powyższego Kontrolujący podkreślił, iż nawet w przypadku braku wniosków o zmianę treści SWZ, nie może stanowić to argumentu przesądzającego o prawidłowości przygotowania treści opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisami ustawy Pzp, wobec faktu oceny tych okoliczności w toku kontroli z perspektywy obiektywnej, względem której kwestia ewentualnych wniosków czy

wątpliwości podnoszonych przez wykonawców może mieć charakter wyłącznie subsydiarny.

Prezes Urzędu zauważył, że Zamawiający nie wykazał w toku kontroli w jaki sposób uwzględnił w treści opisu przedmiotu zamówienia wymagania techniczne oraz parametry dotyczące wyposażenia na podstawie modeli samochodów wskazanych na stronie 2 zastrzeżeń od wyniku kontroli. Należy podkreślić, iż w treści informacji o wyniku kontroli (str. 4-5) Kontrolujący wskazał 4 modele samochodów należące do kategorii SUV, które nie spełniają wymagań opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego akurat wymogi przewidziane przez niego w opisie przedmiotu zamówienia miałyby “definiować pojazd średniej klasy”, biorąc pod uwagę duże zróżnicowanie powyższych kryteriów pomiędzy pojazdami należącymi do kategorii SUV na rynku. Kontrolujący podkreślił także, iż Kontrolujący wskazał na konkretne parametry opisu przedmiotu zamówienia niespełniane przez różne pojazdy należące do kategorii SUV, co wyklucza możliwość uznania tych parametrów za „standardowe i niebudzące wątpliwości przy opisie przedmiotu zamówienia”. Zdaniem Prezesa Urzędu konstrukcja opisu przedmiotu zamówienia daje podstawę do uznania, iż niespełnienie któregokolwiek z wymogów przesądza o niezgodności oferowanego produktu z warunkami zamówienia. Kontrolujący zauważył, że wobec braku sprecyzowania przez Zamawiającego realnych kryteriów równoważności, brak jest podstaw do twierdzenia, że wykonawcy mogli zastosować inne „równoważne” rozwiązania. Kontrolujący wskazał, że Zamawiający nie sprecyzował, co oznacza pojęcie „minimalne oczekiwania” czy też „nie gorsze” w kontekście danego zamówienia.

Prezes Urzędu wskazał, że w sytuacji możności opisu przedmiotu zamówienia za pomocą ściśle sprecyzowanych parametrów, Zamawiający nie może powoływać się na ogólnikowe stwierdzenie o dopuszczeniu rozwiązań równoważnych, bowiem pozbawia to opis przedmiotu zamówienia podstawowej cechy jednoznaczności wynikającej z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Kontrolujący wskazał, że dla uzasadnienia zastosowanych wymogów dotyczących wymiaru auta, napędu, mocy silnika czy pojemności bagażnika Zamawiający przywołał jedynie ogólnikowe argumenty dotyczące „komfortu jazdy czy parkowania” oraz „możliwości garażowania danego pojazdu w określonym miejscu”, bez wyjaśnienia, dlaczego akurat tak dobrane parametry miałyby gwarantować akceptowalny poziom komfortu jazdy/parkowania z uwzględnieniem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, jak również – nie udowadniając, czy Zamawiający faktycznie nie posiada możliwości garażowania pojazdów innych aniżeli pojazdy o określonych w opisie przedmiotu zamówienia wymiarach. Kontrolujący podkreślił, że Zamawiający przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie może kierować się wyłącznie subiektywnym przekonaniem o wyższości określonego rozwiązania technicznego, lecz

musi ono znajdować odzwierciedlenie w obiektywnie uzasadnionych potrzebach Zamawiającego.

Powołując się na orzecznictwo KIO Kontrolujący wskazał, że po stronie Zamawiającego leży obowiązek udowodnienia poprawności swojego działania, co wynika z zakazów niedozwolonego działania zawartych w art. 16 i art. 99 ust. 4 ustawy Pzp. Zatem, dowód na okoliczność, że do utrudnienia uczciwej konkurencji nie doszło ciąży na Zamawiającym. Zamawiający, negując ustalenia kontroli doraźnej, nie przedstawił konkretnych i wiarygodnych dowodów wskazujących na istnienie innych pojazdów spełniających wymogi wynikające z opisu przedmiotu zamówienia aniżeli zaoferowany model Volvo XC60 B5 AWD R-Design Benzyna.

Mając powyższe na uwadze Prezes Urzędu wskazał, że zasadne jest uznanie, iż poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, naruszając zasadę równego traktowania wykonawców, Zamawiający naruszył przepisy art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Wobec nieuwzględnienia wniesionych zastrzeżeń Prezes Urzędu – na podstawie art. 610 ust. 2 ustawy Pzp – przekazał zastrzeżenia Zamawiającego do zaopiniowania przez Izbę.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie ustaliła i zważyła:

Zastrzeżenia Zamawiającego z dnia 12 lutego 2024 r. do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 31 stycznia 2024 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia, w kontekście ustaleń faktycznych i obowiązującego stanu prawnego - podzieliła stanowisko prezentowane przez Prezesa Urzędu, że zachodziły podstawy do przypisania Zamawiającemu naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, naruszając zasadę równego traktowania wykonawców.

Na wstępie wskazania wymaga, że bezsporny pozostawał stan faktyczny w odniesieniu do stwierdzonych przez Kontrolującego naruszeń. W toku kontroli właściwie ustalono i przedstawiono stan faktyczny sprawy, dlatego też ustalenia Prezesa Urzędu w tym zakresie Izba przyjmuje za własne. Istotą sporu jest interpretacja ustalonego stanu faktycznego i jego ocena pod kątem zgodności z przepisami ustawy Pzp. Izba za własną przyjęła argumentację prezentowaną przez Prezesa Urzędu, uznając ją za kompleksową i wyczerpującą, a w konsekwencji nie widząc potrzeby jej powielania.

Rozważania w przedmiotowej sprawie należy rozpocząć od wskazania przepisów, które Zamawiający każdorazowo powinien wziąć pod uwagę dokonując opisu przedmiotu zamówienia. Zawarte są w nich podstawowe zasady, którymi powinien kierować się Zamawiający.

Zgodnie z 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.” Stosownie do treści 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''.”

Z kolei art. 16 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że:

„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”

Zamawiający w złożonych zastrzeżeniach, aby mogły one zostać uwzględnione powinien skutecznie wykazać, że w kontrolowanym postępowaniu nie doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również opisania przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, opisania przedmiotu zamówienia w sposób prowadzący do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców. Zdaniem Izby, to po stronie Zamawiającego leży obowiązek udowodnienia poprawności swojego działania. Zamawiający nie poparł swojego stanowiska żadnymi dowodami.

Zamawiający w złożonych zastrzeżeniach jedynie wybiórczo odniósł się do stanowiska Kontrolującego zawartego w informacji o wyniku kontroli doraźnej. Wskazał on m.in. na to, że po unieważnieniu z uwagi na brak ofert pierwszego prowadzonego przez niego postępowania dokonał modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia tak, aby złagodzić warunki, a tym samym umożliwić większemu gronu możliwość złożenia ofert. Nie wskazał jednak chociażby w formie zestawienia na czym miałoby polegać owo złagodzenie warunków i jakie elementy miały wpłynąć na zwiększenie konkurencji w prowadzonym przez niego postępowaniu. Zamawiający podniósł, że dokonując opisu przedmiotu

zamówienia dokonał uprzedniej weryfikacji dostępności pojazdów na rynku celem minimalizacji nieracjonalnego zakupu. Nie przedstawił jednak na poparcie tego twierdzenia żadnego dowodu, chociażby zestawienia analizowanych pojazdów.

Kontrolowany w złożonych zastrzeżeniach podniósł również, że w toku postępowania nie zostały zadane żadne pytania odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu zamówienia. Jak słusznie wskazał Prezes Urzędu nie może stanowić to argumentu przesądzającego o prawidłowości przygotowania treści opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisami ustawy Pzp, wobec faktu oceny tych okoliczności w toku kontroli z perspektywy obiektywnej, względem której kwestia ewentualnych wniosków czy wątpliwości podnoszonych przez wykonawców może mieć charakter wyłącznie subsydiarny. Co więcej należy wskazać, że z informacji dla wykonawców nr 2 z dnia 8 lipca 2021 r. potencjalny wykonawca zadał pytanie dotyczące możliwości dopuszczenia samochodu z napędem diesel. Zamawiający jednak nie wyraził zgody, nie podając uzasadnienia swojego stanowiska.

Kontrolowany podniósł, że dopuścił on zastosowanie produktów równoważnych, próżno jednak szukać w dokumentacji postępowania opisu na czym owa równoważność miałaby polegać. Wskazał natomiast, że ciężar wykazania równoważności spoczywa na wykonawcy. Jest to zatem w ocenie Izby równoważność pozorna, bowiem skoro Zamawiający nie opisał szczegółowo produktów równoważnych, nie sposób wymagać od wykonawców, aby podejmowali próbę wykazania, że proponowane przez nich produkty są równoważne. Kontrolowany w złożonych zastrzeżeniach podnosi, że inne samochody, poza Volvo XC60 B5 AWD R-Design Benzyna, również spełniają jego wymagania, jednak nie załączył na to jak wskazano powyżej żadnego dowodu. Wymienione przez niego samochody (poza audi Q5) pokrywają się z analizowanymi przez Prezesa Urzędu. Kontrolujący dokonał szczegółowej analizy poszczególnych parametrów we wszystkich tych pojazdach, natomiast Zamawiający poprzestał na gołosłownym stwierdzeniu, że samochody te również spełniają jego wymagania.

Dla uzasadnienia zastosowanych wymogów dotyczących wymiaru auta, napędu, mocy silnika czy pojemności bagażnika Zamawiający przywołał jedynie, jak słusznie wskazał Prezes Urzędu, ogólnikowe argumenty dotyczące „komfortu jazdy czy parkowania" oraz „możliwości garażowania danego pojazdu w określonym miejscu", bez wyjaśnienia, dlaczego akurat tak dobrane parametry miałyby gwarantować akceptowalny poziom komfortu jazdy/parkowania z uwzględnieniem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, jak również – nie udowadniając, czy Zamawiający faktycznie nie posiada możliwości garażowania pojazdów innych aniżeli pojazdy o określonych w opisie przedmiotu zamówienia wymiarach. Na marginesie zauważyć, należy, że pojazd o minimalnie mniejszych wymiarach byłby łatwiejszy zarówno do garażowania, jak i parkowania, bez

utraty wskazywanego przez Zamawiającego komfortu jazdy. Izba podziela stanowisko zaprezentowane przez Kontrolującego, że Zamawiający przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie może kierować się wyłącznie subiektywnym przekonaniem o wyższości określonego rozwiązania technicznego, lecz musi ono znajdować odzwierciedlenie w obiektywnie uzasadnionych potrzebach Zamawiającego. W ocenie Izby Kontrolowany nie podołał wykazaniu, że wymagane przez niego parametry tj. m.in. moc silnika, pojemność bagażnika, wymiary minimalne pojazdu, podświetlenie klamek czy system mocowania fotelika ISOFIX na zewnętrznych miejscach tylnej kanapy są mu obiektywnie potrzebne.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie, gdyż doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Prezesa Urzędu.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 610 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie: