

Sygn. akt: KIO/KD 52/16

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 6 września 2016 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych w dniu 8 sierpnia 2016 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **K. Szkoły w Krakowie**, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 2 sierpnia 2016 r. (znak: UZP/DKUE/KD/110/16) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę sali kinowej oraz przynależnych jej pomieszczeń

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: **Anna Chudzik**
Członkowie : **Agnieszka Trojanowska**
Renata Tubisz

wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną postępowania prowadzonego trybie przetargu nieograniczonego przez Szkołę w Krakowie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę sali kinowej oraz przynależnych jej pomieszczeń. W wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził cztery przypadki naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, w tym naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą

konkurencję, wskazując w SIWZ na produkty konkretnego producenta foteli (pkt 1 Informacji o wyniku kontroli).

W odniesieniu do pozostałych naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli, stwierdzić należy, że nie podlegają one ocenie Izby, gdyż w odniesieniu do naruszenia opisanego w punkcie 2 Informacji Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń, natomiast zastrzeżenia dotyczące naruszeń opisanych w punktach 3 i 4 Informacji zostały przez Prezesa Urzędu uwzględnione.

W zakresie naruszenia będącego przedmiotem oceny Izby (pkt 1 Informacji o wyniku kontroli) Prezes Urzędu ustalił, co następuje:

Przedmiotem zamówienia w kontrolowanym postępowaniu było wykonanie przebudowy sali kinowej oraz przynależnych jej pomieszczeń w Szkole w Krakowie, polegające na kompleksowej przebudowie z podniesieniem standardu pomieszczeń, wyposażenia audiowizualnego oraz instalacji i dostosowaniem do aktualnych obowiązujących przepisów i norm. Kontrolujący ustalił, że zgodnie w załączniku nr 1 do SIWZ Zamawiający postanowił, że: *Tam gdzie zamawiający wskazał pochodzenie (marka, znak towarowy, producent, dostawca itp.) zamawiający dopuszcza oferowanie przedmiotu zamówienia równoważnego pod warunkiem, że zapewnia on parametry nie gorsze od założonych w SIWZ.* Jednocześnie Zamawiający nie sprecyzował mierników równoważności, czy też wymagań co do dokumentów wymaganych na potwierdzenie równoważności. Opis przedmiotu zawiera natomiast odesłanie do dokumentacji projektowej oraz przedmiarów robót. Projekt Budowlany, z grudnia 2013 r., zawiera wskazanie na założone przez zamawiającego rozwiązanie projektowe foteli kinowych: „O” firmy D. Dokument ten zawiera dokładny opis ww. fotela kinowego. Dalsze części opracowań dołączonych do SIWZ, tj. Rysunek A10 i Rysunek A10a pn. „Przebudowa sali kinowej oraz przynależnych jej pomieszczeń” w legendzie (wg. ustaleń z inwestorem) w pkt nr 1 zawierają wskazanie dwóch różnych typów foteli kinowych: „C” firmy M. lub „O” firmy D. Dalej przedmiar robót ogólnobudowlanych wskazuje na przykładowe rozwiązania fotela kinowego w pozycji 253, tj.: „Kalkulacja indywidualna – Demontaż starych 250 miejsc oraz montaż nowych foteli np. „E” firmy A. lub np. „O” firmy D. lub np. „Os” firmy N., szt. 226”.

Kontrolujący ustalił, że w odpowiedzi na pytanie wykonawcy o treści: *Opis fotela oraz podany model nie są spójne. Bardzo proszę o podanie jednoznacznych parametrów fotela kinowego, zamawiający w odpowiedzi nr 14 w piśmie z 4 marca 2015 r. odpowiedział: Zamawiający dołączył do specyfikacji (uzupełnienie) dane techniczne fotela (Załącznik nr 39)”. Załącznik nr 39 to dokument o nazwie: „Opis techniczny foteli audytoryjno-kinowych*

tapicerowanych serii „One to One”. Dokument ten dotyczy wyłącznie jednego rozwiązania firmy D.

Zgodnie z ustaleniami kontroli, w terminie składania ofert do Zamawiającego wpłynęło 6 ofert. Dwóch wykonawców zaoferowało fotele typu „O” firmy D., dwóch wykonawców zaoferowało fotele „Os” firmy N., jeden wykonawca zaoferował fotele „A” firmy M. i jeden wykonawca zaoferował fotele „B PL” firmy E. W dniu 14.05.2015 r. została zawarta umowa nr 14/2015 na realizację przedmiotowego zamówienia z konsorcjum firm: I. Sp. z o.o., Sp. K., Żywiec, P. Sp. z o.o., Żywiec, które zaoferowało fotele typu „O” firmy D.

Prezes Urzędu stwierdził, że ocena prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia wymaga wiedzy specjalistycznej i zwrócił się na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp do biegłego o udzielenie odpowiedzi na poniższe pytania:

1. Czy opis przedmiotu zamówienia wskazywał na jednego producenta foteli? Jeśli tak – który to producent, i które zapisy SIWZ o tym przesądzają?
2. Czy możliwe było opisanie foteli za pomocą dostatecznie dokładnych określeń bez wskazywania znaków towarowych foteli?
3. Czy jeśli opis foteli wskazuje na konkretny produkt/producenta, możliwe było zaoferowanie foteli równoważnych, tj. foteli o parametrach nie gorszych niż opisane w SIWZ? Jeśli tak - które fotele dostępne na rynku można uznać za równoważne?
4. Czy oferta A. Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie była zgodna z SIWZ, tj. czy zaoferowane fotele miały parametry zgodne lub równoważne z wymaganiami opisanymi w SIWZ?
5. Czy oferta konsorcjum firm: I. Sp. z o.o. Sp. K Żywiec, P. Sp. z o.o. Żywiec była zgodna z SIWZ, tj. czy zaoferowane fotele miały parametry zgodne lub równoważne z wymaganiami opisanymi w SIWZ?

W odpowiedzi na powyższych pytania biegły w opinii, przy uwzględnieniu dokumentacji postępowania, udzielił następujących odpowiedzi:

Ad. 1. Dokładne parametry foteli wskazane w załączniku nr 39 do SIWZ na przykładzie fotela „O” firmy D. są zbyt szczegółowe aby można było zgodnie z nimi przedstawić fotel innego producenta, który by te parametry spełnił, są to:

- 1.1. wymiary stopy mocującej fotel do podłoża 292 x 77mm;
- 1.2. kolor elementów metalowych o nazwie „gunmetal” jest kolorem własnym producenta. Właściwe określenie koloru to podanie jego numeru z palety kolorów RAL lub NCS;
- 1.3. dokładny opis nogi fotela, z określeniem kształtu jego przekroju;
- 1.4. wymiary osłony podłokietnika określone jednoznacznie co do milimetra tj. 415x16x450 mm;

- 1.5. dokładne określenie szerokości podłokietnika - w tym przypadku 77 mm;
- 1.6. dokładny opis siedziska z podaniem jego wymiarów z dokładnością do 1 mm. Podobnie opisano oparcie;
- 1.7. mechanizm zamykania siedziska dokładnie określono na grawitacyjny;
- 1.8. dokładne określenie trzech stopni regulacji oparcia pod kątem 11°, 16°, 21°;
- 1.9. dokładne wymiary blatu do pisania tj. 250 x 335 mm i grubości 8 mm;

Ad. 2. *Możliwe było opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dokładnych wytycznych takich jak funkcja, graniczne wymiary gabarytowe oraz użytkowe np. wymiary siedziska, oparcia, podłokietnika, wymagania dotyczące bezpieczeństwa np. trudnopalność, atesty higieniczne. Biegły wskazał, że „w przypadku foteli do sali audytoryjnej lub kinowej ważnym parametrem jest rozmiar foteli, tak aby przy zachowaniu ich liczby w ilości 226 szt. zachować powierzchnię potrzebną do ewakuacji osób znajdujących się w sali, co jest bardzo istotne w kontekście spełnienia wymogów przeciwpożarowych”. Z kolei „konieczność wyposażenia fotela w blat do pisania można uwarunkować jego wymiarami minimalnymi np. takimi aby można było zmieścić na nim kartkę papieru o formacie A4”, natomiast „możliwość regulacji kąta pochylenia oparcia można uwarunkować bez podawania kątów rozwarcia 11, 16 oraz 21°.* Biegły dokonał porównania parametrów technicznych foteli „O” oraz „Os”, z którego wynika, że:

- przy założeniu, że w rzędzie jest 16 foteli – fotele „Os” są szersze łącznie o 48 cm (ich szerokość osiowa wynosi 550 mm podczas gdy foteli „O” 520), co nie wpływa ujemnie na spełnienie wymogów zawartych w przepisach przeciwpożarowych ponieważ pozostaje przejście o szerokości 139 cm w stosunku do wymaganych 120 cm;
- różnica w wysokości fotela (939 mm – „O”, 880 mm, 1060 mm z zagłówkiem – „Os”) nie wpływa na funkcjonalność;
- złożony pulpit nie wystaje poza obrys fotela w fotelu „O” (głębokość po złożeniu 463 mm), fotel „Os” wyposażony w pulpit zajmuje więcej miejsca o 8 cm co w przypadku 12 rzędów zwiększa ich łączny wymiar o 96 cm;
- różnica w szerokości podłokietnika wynosząca 3 cm (szerokość podłokietnika: w fotelu „One to one” 77 mm a w fotelu „Oscar” 80 mm) nie wpływa na komfort użytkowania fotela;
- wymiary stopy w przypadku fotela „O” (292x77 mm) są znacznie większe wykonane z blachy grubszej o ½ w stosunku do fotela „Os” (205x55 mm). Jednak sztywność stopy stalowej zależy nie tylko od wymiaru ale również od jakości stali użytej do produkcji, która nie została określona w SIWZ;
- wychylenie oparcia fotela „O” zwiększy jego głębokość o 10 cm z 463 mm do 563 mm, co w przypadku 12 rzędów (w opinii dokonano obliczeń dla 12 rzędów) zwiększa ich

- maksymalny rozmiar o 120 cm. Fotele „Os” zajmują więc łącznie mniej miejsca o 24 cm w osi podłużnej sali niż fotele „O”;
- rozwiązanie składania blatów nie wpływają na zwiększenie rozmiarów foteli względem siebie. Powierzchnia blatów jest porównywalna (fotel „O” – 250x335 mm, „Os” – 330x245);
 - siedziska są równoważne;
 - z punktu widzenia pełnionej funkcji mechanizmy są równoważne.

Ad. 3. Opis foteli jednoznacznie wskazuje na konkretny produkt/producenta. Na rynku nie można znaleźć innych foteli, które odpowiadają wszystkim parametrom wymienionym w załączniku nr 39. Parametry są zbyt szczegółowe. Biegły dokonał tabelarycznego zestawienia fotela typu „O” z fotelem „Os”, które dowodzi, że zastosowanie foteli innego producenta nie spowodowałoby kolizji z przepisami przeciwpożarowymi, jak również założona funkcja foteli zostałaby zapewniona.

Ad. 4. W odniesieniu do zgodności oferty wykonawcy A Sp. z o.o. z SIWZ biegły wskazał, że z odpowiedzi wykonawcy udzielonej w piśmie z dnia 27.04.2015 r. wynika, że w przypadku wyboru oferty tegoż wykonawcy podczas realizowania przedmiotowego postępowania inwestycyjnego stosuje on fotele „Os” firmy N. W tym przypadku wymagania opisane w SIWZ nie zostaną spełnione z powodu rozbieżności parametrów foteli „Os.” firmy N. względem foteli „O” firmy D. Parametry opisane w ww. punkcie 1.1.-1.9 nie zostaną spełnione.

Ad. 5. W odniesieniu do zgodności oferty złożonej przez konsorcjum firm: I. Sp. z o.o., Sp. k., P. Sp. z o.o. z SIWZ biegły wskazał, że z odpowiedzi wykonawcy z dnia 26.03.2015 r. wynika, iż w przypadku wyboru oferty tegoż wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu stosuje on fotele „O” firmy D. Wynika z tego że parametry zaproponowanych foteli są zgodne w całości wymaganiami zawartymi w SIWZ.

Prezes Urzędu wskazał, że zgodnie z powyższą opinią opis foteli zamieszczony w załączniku nr 39 do SIWZ wskazuje jednoznacznie na konkretny model fotela, a tym samym jego producenta czyli fotel „O” firmy D. W opinii biegłego możliwe jest opisanie wymagań dotyczących parametrów foteli tak, aby nie wskazywały jednoznacznie na konkretny model. Zaznaczyć należy, że konstrukcja foteli stworzonych do pełnienia tych samych funkcji będzie zawsze podobna a ich wymiary będą się mieściły w ramach określonych norm dla mebli przeznaczonych do siedzenia. Różne będą rozwiązania konstrukcyjne, które zmierzają do osiągnięcia tego samego celu. Zatem niespełnienie parametrów zawartych w SIWZ na podstawie opisu fotela „O” nie oznacza, że inny wyrób będzie miał gorsze właściwości od fotela przyjętego za wzorcowy, w tym wypadku „O”.

Parametry wskazane w punkcie 1.1.-1.9. opinii nie są parametrami istotnymi dla funkcji użytkowych oraz dla trwałości mebla a ich zmiana nie będzie miała wpływu na walory użytkowe wyrobu.

Prezes Urzędu podniósł, że 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. 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. 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. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

Kontrolujący stwierdził, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretne produkty, tj. fotel kinowy typu „O” firmy D. Produkt ten został zarówno wskazany wprost w SIWZ, jak też został opisany za pomocą takich parametrów, że w praktyce niemożliwe było zaoferowanie produktów równoważnych, tj.: wymiary stopy mocującej fotel do podłoża 292 x 77 mm, kolor elementów metalowych o nazwie „gunmetal” (kolor własny producenta), dokładny opis nogi fotela, z określeniem kształtu jego przekroju, wymiary osłony podłokietnika określone jednoznacznie co do milimetra tj. 415x16x450 mm, dokładne określenie szerokości podłokietnika – 77 mm, dokładny opis siedziska i oparcia z podaniem jego wymiarów z dokładnością do 1 mm, dokładne określenie mechanizmu zamykania siedziska jako grawitacyjny, dokładne określenie trzech stopni regulacji oparcia pod kątem 11°, 16°, 21°, dokładne wymiary blatu do pisania, tj. 250 x335 mm i grubości 8 mm. O braku możliwości zaoferowania innych foteli świadczy także fakt, że Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę z fotelem kinowym „O”, natomiast odrzucił z powodu zaoferowania innego fotela oferty innych wykonawców. Określenie w opisie przedmiotu zamówienia parametrów wskazujących konkretnego producenta lub konkretny produkt, tj. określenie ich w taki sposób, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny

produkt, narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 8 sierpnia 2016 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia, w których podniósł, że *nazwa producenta musiała się przy tym pojawić wyłącznie dlatego, że akurat cechy produktu tego producenta były Zamawiającemu znane jako spełniające jego oczekiwania jako Zamawiającego i zostały one z opisu katalogowego zapożyczone do specyfikacji.* Nie oznaczało to jednak, że to produkt tego producenta był faworyzowany. (...) *żaden z elementów dokonanego opisu nie stanowił novum w zakresie produkcji przedmiotowych mebli tego typu, a zatem każdy doświadczony producent zajmujący się wyrobem mebli (foteli) mógł wytworzyć produkt równoważny, tj. spełniający parametry zadane przez Zamawiającego.* Zamawiający wskazał także, że jego wola w tym zakresie została *wystarczająco ostro i precyzyjnie wyartykułowana, skoro wskazał wyraźnie pisząc o produkcie równoważnym.* W opinii Zamawiającego nie miała znaczenia nazwa producenta, natomiast zastosowane przez niego kryteria techniczne i jakościowe nie wykluczały innych producentów.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń Prezes Urzędu w pełni podtrzymał stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli. Uzupełniająco, w zakresie stwierdzenia Zamawiającego, że każdy doświadczony producent zajmujący się wyrobem mebli (foteli) mógł wytworzyć produkt spełniający parametry wskazane przez Zamawiającego, Prezes Urzędu powołał się na uzupełniającą opinię biegłego, z której wynika, m.in. że *producent wprowadzając konkretny model mebla do produkcji musi ponieść koszty inwestycyjne polegające na utworzeniu linii produkcyjnej. Utworzenie linii produkcyjnej wiąże się z zakupem maszyn i urządzeń, dlatego produkcja taka musi gwarantować perspektywę zwrotu poniesionych nakładów. Stąd producenci mebli wprowadzając do planów produkcyjnych konkretne modele zakładają, że będą one wytwarzane przed długi czas w ilościach wielu tysięcy sztuk. Chcąc wprowadzić do produkcji nowy model mebla, producent musi w pierwszej kolejności stworzyć dokumentację techniczną (zaprojektować mebel od podstaw). W drugiej kolejności należy wykonać prototyp. Następnie należy wykonać partię próbną w celu przebadania ich właściwości wytrzymałościowych. Mebel musi sprostać wszystkim wymaganiom bezpieczeństwa pożarowego oraz higienicznego. Każdy wyrób wprowadzony do obrotu na terenie Unii Europejskiej musi posiadać znak Deklaracji Zgodności za znakiem CE, która dopuszcza go do obrotu na terenie Unii Europejskiej. (...) oferowane przez producentów fotele audytoryjne, które nie są wyposażone w rozwiązania techniczne fotela „O”, posiadają rozwiązania konstrukcyjne właściwe do stawianych im celów. Tym samym wyposażenie ich w obce im funkcje wiąże się ze zmianą ich konstrukcji,*

*a to wymusza ponowne ich opracowanie. Zatem: pod względem technicznym wykonanie serii foteli spełniających parametry foteli „O” wymaga stworzenia odrębnej linii technologicznej. (...) wytworzenie foteli audytoryjnych w ilości 226 sztuk wiąże się z nakładami pracy, które będą większe niż sam proces produkcyjny tychże foteli”. Pod względem ekonomicznym natomiast, zdaniem biegłego, „spełnienie wszystkich warunków potrzebnych do wykonania foteli w ilości 226 sztuk jest nieopłacalne. Koszty przygotowania produkcji nie zwrócą się. W takiej sytuacji należałoby koszty poniesione przez producenta przełożyć na kupującego, co wiąże się ze znacznie większą ceną wyrobów. Z powyższego Prezes Urzędu wywiódł, że dostosowanie produkcji przez innego producenta tak, aby wyprodukować fotel z parametrami wymaganymi przez zamawiającego (wskazującymi na fotel „O”) jest w praktyce niemożliwe. Wiąże się to bowiem z takim nakładem pracy, że pod względem technologicznym (organizacyjnym) i ekonomicznym, dla realizacji tylko tego zamówienia jest nieuzasadnione. Tym samym nie można się zgodzić z argumentem Zamawiającego, że każdy doświadczony producent foteli mógł stworzyć produkt równoważny, tj. spełniający parametry wymagane przez Zamawiającego. Dopuszczona przez Zamawiającego równoważność nie powinna polegać na akceptowaniu wyłącznie produktów spełniających dokładnie wszystkie wymagane parametry, ale na akceptowaniu także produktów w określonym zakresie innych, ale równoważnych np. pod względem funkcjonalnym. Prezes Urzędu dodał, że również z zamieszczonego w zastrzeżeniach zdania *Zamawiający jako nie profesjonalista w obrocie meblami audytoryjnymi wskazać mógł przy tym na innego każdego producenta tych mebli gdyby ustalił, że taki równoważny istnieje* wynika, że Zamawiający miał świadomość, że nie ma na rynku produktu spełniającego wszystkie wymogi określone w SIWZ.*

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:

Zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że stan faktyczny ustalony w toku kontroli nie był kwestionowany w zastrzeżeniach. Kwestią sporną była ocena ustalonego stanu faktycznego pod kątem jego zgodności z art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie

wykonawców. W świetle przywołanych przepisów swoboda zamawiającego w określaniu cech produktów, które chce zakupić, jest ograniczona koniecznością zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji. Z jednej strony oczywistym jest, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym nabywcą określonych towarów czy usług, a konieczności zachowania uczciwej konkurencji nie można utożsamiać z nakazem umożliwienia złożenia oferty przez jak najszerszy krąg wykonawców, w oderwaniu od potrzeb Zamawiającego. Z drugiej strony niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które nie jest podyktowane racjonalnymi i obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego.

Ocena przedmiotowej sprawy wymagała ustalenia po pierwsze, czy Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób ograniczający krąg podmiotów mogących złożyć ofertę, a po drugie – czy takie ograniczenie jest usprawiedliwione specyfiką przedmiotu zamówienia i uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego.

Izba wzięła pod uwagę, że ze względu na fakt, iż ustalenie powyższych okoliczności wymagało wiadomości specjalnych, Prezes Urzędu na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zasięgnął opinii biegłego (rzeczoznawca P. w Katowicach w zakresie Technologii Drewna i Meblarstwa, biegły sądowy). Sformułowana przez Prezesa Urzędu ocena prawna wniosków wynikających z opinii biegłego była – zdaniem Izby – prawidłowa. Izba ocenę tę podziela i przyjmuje ją za własną.

Ustawa Pzp nie zawiera szczegółowych regulacji dotyczących znaczenia opinii biegłego i sposobu jej oceny. Ze względu na charakter postępowania kontrolnego za zasadne, zdaniem Izby, należy uznać posiłkowanie się zasadami wypracowanymi w tym zakresie w odniesieniu do postępowania cywilnego, zgodnie z którymi sąd nie może poczynić ustaleń sprzecznych z opinią biegłego, jeżeli jest ona prawidłowa i jeżeli odmienne ustalenia nie mają oparcia w pozostałym materiale dowodowym (m.in. wyrok SN z 27 listopada 1974 r., II CR 748/74), a podstawy do dokonania ustaleń faktycznych nie może stanowić opinia dowolna, sprzeczna z materiałem dowodowym, niepełna lub pozbawiona argumentacji umożliwiającej sądowi dokonanie wszechstronnej oceny złożonej przez biegłego (wyrok SN z 17 maja 1974 r., I CR 100/74). Przenosząc powyższe zasady na grunt postępowania kontrolnego należy stwierdzić, że w zakresie, w jakim sprawa wymaga wiadomości specjalnych, Kontrolujący (a za nim Izba) nie był uprawniony do poczynienia ustaleń sprzecznych z opinią biegłego, jeżeli opinia ta jest kompletna, spójna logicznie, zawierająca argumentację umożliwiającą dokonanie wszechstronnej oceny. Z kolei rozstrzygnięcie wbrew tej opinii byłoby zasadne pod warunkiem podważenia jej

wiarygodności lub wykazania wad takich jak wewnętrzna sprzeczność, niekompletność czy brak stanowczych konkluzji.

W ocenie Izby, skierowane do biegłego pytania były sformułowane prawidłowo, w sposób pozwalający ustalić okoliczności istotne dla oceny dokonanego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Izba doszła również do przekonania, że sporządzona przez biegłego opinia (wraz z opinią uzupełniającą) nie była obarczona żadną z wad, które uzasadniałyby odstąpienie od jej uwzględnienia i dokonanie przez Kontrolującego własnych ustaleń wbrew tej opinii. Biegły jednoznacznie stwierdził, że parametry foteli wskazane na przykładzie fotela „O” firmy D. są zbyt szczegółowe aby można było zgodnie z nimi przedstawić fotel innego producenta, który by te parametry spełnił, że możliwe było opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dokładnych wytycznych takich jak funkcja, graniczne wymiary gabarytowe oraz użytkowe oraz że opis foteli jednoznacznie wskazuje na konkretny produkt/producenta, a na rynku nie można znaleźć innych foteli, które odpowiadają wszystkim parametrom. Zamawiający w zastrzeżeniach nie próbował wykazać wadliwości opinii biegłego, poprzestając na przeciwstawieniu tezom wynikającym z opinii własnej oceny i wskazując na okoliczności, które – w ocenie Izby – nie usprawiedliwiają przyjętego sposobu opisu przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do argumentów podniesionych w zastrzeżeniach po pierwsze stwierdzić należy, że nie stanowi usprawiedliwienia dla dokonanego opisu przedmiotu zamówienia fakt, że cechy produktu konkretnego producenta były Zamawiającemu znane jako spełniające jego oczekiwania i zostały one z opisu katalogowego zapożyczone do specyfikacji. Zamawiający ma obowiązek dołożyć należytej staranności przy opisywaniu przedmiotu zamówienia, dbając aby nie ograniczał on uczciwej konkurencji i nie może zasłaniać się tym, że znał akurat produkt konkretnego producenta. Zapożyczenie danych z opisu katalogowego, bez analizy, jakie funkcjonalności są dla Zamawiającego istotne i czy mogą być opisane w sposób umożliwiający zaoferowanie produktów różnych producentów, należy uznać za niewłaściwe. Stwierdzenie natomiast, że powyższe nie oznaczało faworyzowania konkretnego produktu, jest tezą zaprzeczającą wnioskowi wynikającym z opinii biegłego i niemającą oparcia w ustalonym podczas kontroli stanie faktycznym. Należy bowiem zauważyć, że oferty obejmujące fotele innych producentów zostały odrzucone jako niezgodne z SIWZ, a wybrana została oferta wykonawcy, który zaoferował fotele „O” firmy D.

Nie sposób również zgodzić się z przedstawioną w zastrzeżeniach tezą, że każdy doświadczony producent zajmujący się wyrobem mebli (foteli) mógł wytworzyć produkt równoważny, tj. spełniający parametry zadane przez Zamawiającego. Jak wynika z opinii biegłego, dostosowanie produkcji przez innego producenta tak, aby wyprodukować fotel

z parametrami wymaganymi przez zamawiającego jest w praktyce, z powodów technologicznych i ekonomicznych, niemożliwe.

Nie można również zgodzić się z Zamawiającym, że o prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia świadczy fakt, że wyraźnie dopuścił możliwość zaoferowania produktów równoważnych, w z związku z czym możliwe było zaoferowanie foteli innych producentów. W ocenie Izby, możliwość zaoferowania produktów innych niż „O” firmy D. miała charakter iluzoryczny, biorąc pod uwagę, że Zamawiający nie sprecyzował mierników równoważności, a parametry foteli określił z takim stopniem szczegółowości, że – jak wyraźnie stwierdził biegły – niemożliwe było zaoferowanie foteli innego producenta. Izba podziela stanowisko Prezesa Urzędu, że dopuszczona przez Zamawiającego równoważność nie powinna polegać na akceptowaniu wyłącznie produktów spełniających dokładnie wszystkie wymagane parametry, ale na akceptowaniu także produktów w określonym zakresie innych, ale równoważnych np. pod względem funkcjonalnym. Wobec faktu, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia nie od strony funkcjonalnej, ale przez wskazanie dokładnych parametrów fotela konkretnego producenta, dopuszczenie rozwiązań równoważnych nie miało znaczenia praktycznego i nie może być uznane za argument przemawiający za uwzględnieniem zastrzeżeń. Podkreślić również należy, że z opinii biegłego wynika, iż możliwe było – bez uszczerbku dla uzasadnionych oczekiwań zamawiającego – dokonanie opisu przedmiotu zamówienia za pomocą wytycznych funkcjonalnych lub parametrów granicznych.

Podsumowując, Zamawiający poprzez opis przedmiotu zamówienia ograniczył krąg wykonawców, którzy mogli złożyć zgodną z SIWZ ofertę, co potwierdza opinia biegłego. Jednocześnie Zamawiający nie wykazał, że taki opis przedmiotu zamówienia był konieczny, aby zamawiane produkty odpowiadały jego usprawiedliwionym oczekiwaniom. Wobec powyższego Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu, że opisując przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu Zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....