

Sygn. akt KIO/KD 19/14

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 18 marca 2014 roku**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 17 lutego 2014 roku zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zakład Usług Komunalnych sp. z o.o. w Mikołajkach, dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 5 lutego 2013 roku, znak: UZP/DKUE/KD/3/2014 w zakresie naruszenia przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:

Emil Kuriata

Członkowie:

Izabela Kuciak

Agnieszka Trojanowska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli są niezasadne.

UZASADNIENIE

Zamawiający – Zakład Usług Komunalnych sp. z o.o., ul. Warszawska 32; 11-730 Mikołajki, 2 maja 2011 roku wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem był „Zakup i dostawa fabrycznie nowej śmieciarki kompaktowej do zbiórki odpadów komunalnych.”.

Dnia 23 stycznia 2014 roku Prezes UZP wszczął kontrolę doraźną następczą. W informacji o wyniku kontroli doraźnej, z dnia 5 lutego 2014 roku, Prezes UZP stwierdził, iż zamawiający naruszył przepisy art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Pismem z dnia 17 lutego 2014 roku zamawiający wniósł do Prezesa UZP zastrzeżenia, nie zgadzając się z ustaleniami wyników kontroli.

Prezes UZP poinformował zamawiającego, iż nie uwzględnił zastrzeżeń do naruszeń art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, stwierdzonych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Jak wynika z akt postępowania kontrolnego, zamawiający udzielił zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup i dostawę fabrycznie nowej śmieciarki kompaktowej do zbiórki odpadów komunalnych. Wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego w wysokości 425 000,00 zł, co stanowiło równowartość kwoty 110 705,91 euro. Środki UE na realizację przedmiotowego zamówienia pochodziły z „Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2007 – 2013, oś 3: „Jakość życia na obszarach wiejskich i różnicowanie gospodarki wiejskiej”, w ramach działania 321: „Podstawowe usługi dla gospodarki i ludności wiejskiej.”.

Kontrolujący wskazał, iż zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia poprzez podanie parametrów technicznych zabudowy pojazdu oraz danych technicznych podwozia. „Dane techniczne podwozia” zamawiający opisał w następujący sposób – *„Podwozie ciężarowe o DMC w przedziale 15000 – 16000 kg, fabrycznie nowe, rok produkcji 2010 lub 2011, wyposażone w:*

- silnik wysokoprężny, 6 cylindrowy z systemem Common Rail z wtryskiem pod ciśnieniem 1600 bar;

- turbodoładowanie z zaworem upustowym oraz intercooler'em;
- moc silnika – min. 155 kW;
- pojemność skokowa silnika – 5800 – 5900 cm³;
- max. moment obrotowy 680 Nm;
- nośność osi przedniej – min. 5,8 tony;
- nośność osi tylnej – min. 10,9 tony;
- rozstaw osi – 4000-4185 mm;
- rozmiar kół – 11R22,5;
- zbiornik paliwa z tworzywa – min. 180 litrów;
- hamulce wentylowane tarczowe dla osi przedniej i tylnej;
- zawieszenie wielopiórowe przednie;
- zawieszenie pneumatyczne tylne;
- blokada tylnego mostu;
- ABS;
- norma emisji spalin EURO 5 (SCR);
- zbiornik AdBlue: max. 25 l – podgrzewany;
- podgrzewany filtr paliwa + podgrzewany filtr wstępny paliwa;
- skrzynia biegów – 6 biegowa;
- blokada mechanizmu różnicowego tylnej osi;
- pionowy wlot powietrza z filtrem powietrza ponad ramą i wydech pionowy;
- fabryczne światła obrotowe na dachu kabiny;
- podgrzewana elektrycznie przednia szyba;
- kolor kabiny: biały logo Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o.”.

W toku postępowania do zamawiającego wpłynęły m.in. następujące pytania odnośnie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia, na które zamawiający udzielił nw. odpowiedzi w dniu 9 maja 2011 r.:

1. Czy zamawiający dopuści silnik o pojemności 6,7 litra i max. momencie obrotowym powyżej 650? Silnik o takich parametrach charakteryzuje się większą trwałością i większym zakresem wykorzystania mocy, ponadto określone przez zamawiającego parametry silnika wskazują na jednego dostawcę?

– Odpowiedź zamawiającego – NIE.

2. Czy zamawiający dopuści opony o rozmiarze 315/80 R22,5 i bieżnikiem do zastosowań komunalnych, są to opony podobne parametrami do R11 R22,5 jednak o innym oznaczeniu?

– Odpowiedź zamawiającego – NIE.

Ponadto, zamawiający dopuścił „zbiornik AdBlue większy niż 25 l” i nie zgodził się na pomarańczowy kolor kabiny.

W terminie składania ofert (tj. 16 maja 2011 r.) swoją ofertę złożył jedynie wykonawca „Eco-Clean” M., Ź. Sp. jawna. Wykonawca zaoferował dostawę pojazdu z podwoziem marki IVECO EURO CARGO 160E22/P z nadbudową śmieciarki marki COS.ECO typ K3-12 m³. Umowa w sprawie niniejszego zamówienia została zawarta z ww. wykonawcą dnia 25 maja 2011 r. (nr 1/Z/2011).

W związku z wątpliwościami, co do poprawności dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego z prośbą o opinię. W szczególności poproszono o udzielenie odpowiedzi na pytania:

1. *„Czy w świetle ostatecznych postanowień siwz, zamawiający opisując przedmiot zamówienia użył parametrów technicznych wskazujących na wybór konkretnego produktu, tj.: konkretnej marki i modelu samochodu ciężarowego, będącego przedmiotem zamówienia?”;*
2. *„Czy wymóg, aby dostarczony samochód posiadał [określone w siwz parametry, w tym] np.:*
 - a) *dopuszczalną masę całkowitą 15000-16000 kg;*
 - b) *pojemność skokową silnika 5800-5900 cm³;*
 - c) *nośność osi przedniej – min. 5,8 tony;*
 - d) *nośność osi tylnej – min. 10,9 tony,*

może wskazywać na konkretną markę i model samochodu ciężarowego?”.

Biegły został również zobowiązany do wskazania, jakie samochody odpowiadają parametrom technicznym określonym przez zamawiającego oraz podania cen rynkowych tych samochodów. Należało uwzględnić sytuację panującą na rynku motoryzacyjnym w maju 2011 r.

W sporządzonej ekspertyzie stwierdzono m.in. co następuje:

Ad. 1. *„W świetle ostatecznych postanowień siwz, zamawiający opisując przedmiot zamówienia, użył parametrów technicznych wskazujących na wybór konkretnego produktu, tj. konkretnej marki i modelu samochodu ciężarowego, będącego przedmiotem zamówienia”;*

Ad. 2. *„Wymóg, aby dostarczony samochód posiadał pojemność skokową silnika 5800-5900 cm wskazywał na konkretną markę i model samochodu ciężarowego.”.*

Biegły wskazał również, że „w treści opinii przeanalizowano kompletację 28 marek pojazdów oferowanych na polskim rynku w sieci dealerskiej producenta i tylko jeden samochód marki Iveco model EuroCargo spełniał kryteria wskazane w siwz w zakresie pojemności skokowej silnika w zakresie 5800-5900 cm”.

W ocenie kontrolującego, z powyższego jednoznacznie wynika, że opis przedmiotu zamówienia w kontrolowanym postępowaniu został sporządzony w sposób, który preferował samochód marki Iveco model EuroCargo.

Kontrolujący podkreślił, iż w niniejszym stanie faktycznym określone w s.i.w.z. wymagania techniczne dotyczące pojemności skokowej silnika w zakresie 5800-5900 cm, są specyficzne dla jednego modelu pojazdu, a tym samym, rozwiązania dotyczące wyposażenia pojazdu wskazują na wybór produktu konkretnego producenta.

Ponadto, w aspekcie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp istotne dla potwierdzenia prawidłowości powyższych ustaleń jest wskazanie, że w przedmiotowym postępowaniu ofertę złożył tylko jeden wykonawca, który zaoferował pojazd marki IVECO EUROCARGO 160E22/P.

Dlatego też kontrolujący stwierdził, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia poprzez wskazanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia parametrów, które posiada tylko jeden model samochodu ciężarowego naruszył zasadę określoną w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców określone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ograniczając krąg potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia, oferujących produkty innych marek.

Zamawiający, pismem z dnia 17 lutego 2014 roku (wpływ do UZP w dniu 18 lutego 2014 r.), zgłosił zastrzeżenia do wyników przeprowadzonej kontroli wskazując, iż w jego ocenie, w przedmiotowym (kontrolowanym) postępowaniu nie zostały naruszona zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający wskazał, iż formułując treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia kierował się głównie funkcjonalnością i takimi rozwiązaniami zamawianej śmieciarki, która byłaby najbardziej optymalna do potrzeb. Jednym z podstawowych kryteriów, którymi kierował się zamawiający w poszukiwaniach było rozwiązanie konstrukcyjne zabudowy, tj. brak odwłoka typowego dla większości śmieciarek, tak aby część zasypowa stanowiła całość z nadbudową i była nierozłączna w trakcie opróżniania - z uwagi na możliwość dokonywania

zrzutu odpadów bezpośrednio do znajdującej się na terenie zakładu sortowni, którą już dysponuje od 2008 roku. Pojazd z taką zabudową miałby możliwość podjechania bezpośrednio pod samą wiatę sortowni w celu wyrzucenia odpadów bezpośrednio do leja zasypowego. Inne śmieciarki - posiadające tzw. odwłok, tj. tylną część rozłączną w trakcie opróżniania, która przy wyładunku podnoszona jest do góry pod skosem, nie spełniałaby takiej roli, gdyż nie mogłaby podjechać bezpośrednio pod wiatę. Wówczas odpady musiałyby być wyrzucane na płytę obok sortowni i ładowane do zsypu przy pomocy innego pojazdu, np. ciągnika z turem, co byłoby bardziej pracochłonne i kosztowne, wymagające dodatkowej pracy maszyny i człowieka. Poszukiwana śmieciarka miałaby przy okazji takiego rozwiązania konstrukcyjnego inną ważną zaletę, tzn. mogłaby pracować w tzw. systemie satelitarnym, tj. zrzucać odpady do podobnej śmieciarki większej lub przyjmować odpady z mniejszej - pojazdy mogłyby niemal połączyć się. O takim rozwiązaniu zamawiający myślał na przyszłość, gdyż znacznie usprawniłoby to odbiór odpadów zwłaszcza z terenu miasta. Taka mini śmieciarka miałaby możliwość szybkiego i sprawnego wjechania niemalże w każdy zakątek miasta, w wąskie, zatłoczone w sezonie letnim uliczki i promenady, po czym podjechać do podstawionej śmieciarki większej, rozładować śmieci i wrócić do dalszej pracy. Pojemniki na odpady z terenu miasta Mikołajki w okresie sezonu opróżnia się kilka razy na dzień, dlatego też takie rozwiązanie znacznie usprawniłoby system wywozu. Dodatkowym elementem, który byłby przydatny dla obsługi to koryto, w które wyposażona miała być śmieciarka, umożliwiające łatwy załadunek worków z odpadami, dzięki któremu pracownicy nie byłiby narażeni na dźwiganie ciężarów. Zamawiający przeprowadził rozeznanie rynku, przejrzał też posiadane wcześniej oferty i znalazł taką, która wydawała się najbardziej odpowiednią. W materiałach na temat takiej śmieciarki zawarte były różne informacje techniczne zarówno zabudowy jak i podwozia, a ponieważ zamawiający nie dysponował wiedzą techniczną na poziomie oceny szczegółowych zapisów, a także nie potrafił ocenić, czy takie zabudowy i podwozia są charakterystyczne dla danego producenta, dlatego użył posiadanej w tamtym czasie oferty jako wzoru, który posłużyła do sporządzenia specyfikacji. W zakładzie zamawiającego nie ma inżyniera, który posiadałby wiedzę techniczną na takim poziomie, w poszukiwaniach i rozmowach z handlowcami zamawiający sugerował się głównie funkcjonalnością i możliwościami zastosowania takiego sprzętu w warunkach zamawiającego. Wspólnie z pracownikami obsługującymi na co dzień inne pojazdy, które zamawiający posiada, zinterpretował podane parametry pod kątem zastosowań do potrzeb, nie oceniając ich pod kątem, czy pasuje do jednej marki, modelu czy też nie. Takiej wiedzy zamawiający nie posiadał. Opracowana specyfikacja istotnych warunków zamówienia wskazywała dla potencjalnych dostawców takie wymagania, jakie najbardziej odpowiadały rozwiązaniom już posiadanym w zakładzie zamawiającego (np. przytoczona wiatka) oraz

planom na przyszłość (zakup podobnej śmieciarki mniejszej). W żadnym wypadku nie było w zamiarze ograniczanie jakiegokolwiek konkurencji, a jedynie nabycie produktu, który spełniałby przytoczone wyżej potrzeby. Zamówienie przetargowe zostało umieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych prawidłowo, każdy z potencjalnych producentów miał możliwość zapoznania się z jego specyfikacją, zapytać czy wnieść zarzuty. Zamawiający potwierdził, iż na etapie przetargu padło zapytanie o możliwość dopuszczenia silnika o pojemności 6,7 litra, na które zamawiający odpowiedział przecząco, jednak odpowiedź miała swoje uzasadnienie. Powodem odmowy było przekonanie, że tak jak w przypadku samochodów osobowych, pojemność silnika ma zwykle decydujące znaczenie przy wyborze auta. Większość kierowców oraz ekspertów motoryzacyjnych wskazuje np. silnik diesla o pojemności 1,9 jako najbardziej ekonomiczny i żywotny silnik na rynku. Są owszem amatorzy zarówno większych jak i mniejszych silników, jednak w przypadku tych pierwszych, to nabywcami są głównie ci, którzy oczekują większej mocy i większych osiągnięć prędkości, jednak muszą się liczyć z większym wydatkiem na zakup auta i są narażeni na wyższe zużycie paliwa, natomiast ci, którzy wybierają auta małolitrażowe, cieszą się mniejszym spalaniem, ale i znacznie mniejszymi osiągnięciami i mocą. Parametry pojazdu, które podał zamawiający w specyfikacji, zostały wskazane na podstawie dostępnej oferty z przekonaniem, że są rynku podobne pojazdy. Jednocześnie zamawiający uznał, że skoro producent zabudowy wypuszcza na rynek swój produkt, zamieszcza informacje o nim w swoich ofertach, to znaczy, że jednocześnie dopasował do niego takie podwozie, żeby było jak najbardziej optymalne i sugerując się takim przekonaniem zamawiający wskazał jako wzór właśnie takie parametry. Zamawiający oświadczył, iż nie miał pojęcia, że w dzisiejszych czasach postępu technologicznego w motoryzacji wskazana pojemność silnika w przedziale 5,8 - 5,9 litra była barierą dla innych producentów podwozi. Zamawiający widywał przecież podobne gabarytowo śmieciarki na podwoziach Mercedesów, DAFów, MANów oraz innych, i nigdy nie przypuszczał, że ich silniki dostępne są w całkiem innych pojemnościach i tak diametralnie różnią się tymi parametrami. Zresztą widać to z przedłożonej dla potrzeb Urzędu informacji opinii biegłego w tym zakresie. Pojemności znacząco odbiegają od opisanych przez zamawiającego zarówno w górę jak i w dół, z różnicą grubo ponad 10% od parametrów zakładanych, co zdaniem zamawiającego wskazywałoby, że w danym segmencie pojazdów nie było podobnego dla opisanego pojazdu - jako optymalnego, więc nie można tu mówić o nieuczciwej konkurencji czy nierównym traktowaniu. Zdaniem zamawiającego, skoro był tylko jeden producent oferujący swój produkt, jako najbardziej optymalny dla tego typu zabudowy, to zamawiający nie miał podstaw do rozszerzania parametrów i zgadzać się np. na zwiększenie pojemności silnika. Zamawiający uznał wówczas, że większy silnik oznacza większe spalanie, więc skoro wystarczy mniejszy i jest on optymalny, to po co dopuszczać

coś na wyrost. Zgodził się natomiast na większy zbiornik AdBlue, bo wydawało się, że większy zbiornik może przynieść wyłącznie korzyści - na zasadzie zbiornika paliwa w samochodach osobowych, większy zbiornik, więcej zatankujesz, dalej zajedziesz. Zamawiający nie negocjował wszystkiego, tylko precyzował swoje potrzeby, co dowodzi czystych intencji. Przetarg dotyczył dostawy śmieciarki tj. kompletnego wielce specjalistycznego pojazdu, w którym główną rolę odgrywać miała jego zabudowa i jej funkcjonalność, bo to był ten najważniejszy element, który miał dla zamawiającego największe znaczenie. Zamawiający nie zamawiał samego podwozia, był on jednym z elementów. Sercem zamawianego pojazdu kompletnego miała być zabudowa i jej specyficzna funkcjonalność, a do tej kwestii żaden z potencjalnych producentów nie wnosił żadnych pytań, czyli można było domniemywać, że żaden inny nie miał takiej w swojej ofercie. Pojazd miał spełniać wymagania, co do jego użyteczności i to właśnie do firm zajmujących się zabudowami śmieciarek zamawiający kierował swoją ofertę, a nie do dostawców podwozi. Gdyby naprawdę w tym czasie był na rynku producent, który oferowałby taką właśnie zabudowę śmieciarki, o jaką zamawiający zabiegał i miałby do dyspozycji podwozia różnych producentów, zbliżone nieznacznie parametrami do tego optimum, które było wymagane, to mógł to zaoferować, zadać pytanie o możliwość dopuszczenia czegoś bardzo podobnego. Jednak nikt, poza tym wspomnianym, który nie został wzięty pod uwagę z uwagi na przytoczone uzasadnienie, nie zadawał pytań i nie wnosił później żadnych sprzeciwów. Należy więc domniemywać, że wówczas tylko jeden z oferentów posiadał produkt, który był dla zamawiającego potrzebny. Dlatego zamawiający uważa, że nie można w tym przypadku mówić o ograniczaniu konkurencji, skoro produktu, jakiego potrzebował zamawiający, nie posiadali inni producenci. Zamawiający wskazał, że to producenci powinni dostosowywać swoje produkty do potrzeb klientów, a nie odwrotnie.

Poza tym w opinii biegłego, który sporządzał ekspertyzę na potrzeby Urzędu pojawia się zapis, z którego wynika, że przeanalizował on 28 marek pojazdów oferowanych na polskim rynku w sieciach dealerskich danych producentów. Nadal więc nie mamy wiedzy czy takie pojazdy nie występowały na innych rynkach i czy zainteresowani producenci, dealerzy czy też importerzy nie mogli dostarczyć produktu spoza Polski. Jesteśmy przecież członkiem UE i istnieje możliwość sprowadzania i sprzedaży pojazdów z zagranicy.

W związku z powyższym zamawiający wniósł o ponowne zbadanie sprawy i wzięcie pod uwagę nie tylko jednego z elementów specyfikacji, ale ogólnie całego przedmiotu zamówienia. Zamawiający nadal jest przekonany, że w tym wypadku nie naruszył określonych zasad. Zamawiając śmieciarkę kierował się jej funkcjonalnością dla określonych potrzeb i tak sprecyzował zamówienie. Gdyby zamawiający chciał zamówić po prostu

śmieciarkę i nie wskazał potrzeb, to mogłoby się okazać, że otrzymałby najtańszy produkt, który nie spełniałby oczekiwań zamawiającego, a na to zamawiającego nie stać. Zamawiający jest niewielką spółką gminną, której przyszło się zmierzyć z „rewolucją śmieciową” i każdy wydatek, żeby w ogóle trwać i przetrwać musi być przemyślany. Zakład działa na terenie dużego bezrobocia. Zamawiający wskazał, że nałożenie jakiegokolwiek kary mogłoby wiązać się z bardzo poważnymi konsekwencjami.

W odpowiedzi na zastrzeżenia zgłoszone od wyniku kontroli Prezes UZP podał, że nie uwzględnia zastrzeżeń zamawiającego, podtrzymując w tym zakresie dotychczasową argumentację.

Odnosząc się zaś do argumentacji zamawiającego, kontrolujący podał, co następuje.

W odniesieniu do informacji zamawiającego, iż *„przeprowadziliśmy rozeznanie rynku, przejrzelśmy też posiadane wcześniej oferty i znaleźliśmy taką, która wydawała nam się najbardziej odpowiednia. W materiałach na temat takiej śmieciarki zawarte były różne informacje techniczne zarówno zabudowy jak i podwozia, a także nie potrafiliśmy ocenić, czy takie zabudowy i podwozia są charakterystyczne dla danego producenta, dlatego użyliśmy posiadanej w tamtym czasie oferty jako wzoru, który posłużył nam do sporządzenia specyfikacji”*, biegły sądowy wyjaśnił, iż *„analiza dostarczonego materiału przez UZP pozwoliła m.in. na ustalenie, że samochód, którego dotyczyło zamówienie powinien posiadać: pojemność skokową silnika 5800 – 5900 ccm. Zawężenie pojemności skokowej silnika do różnicy tylko 100 ccm przy podaniu minimalnej i maksymalnej pojemności w sposób jednoznaczny (zdaniem Biegłego) zawężyło wybór oferty a wręcz wskazywało na konkretny pojazd – podwozie”*.

Ponadto, w odniesieniu do uwagi zamawiającego, że *„powodem odmowy [dopuszczenia silnika o pojemności 6,7 litra] było przekonanie, że tak jak w przypadku samochodów osobowych, pojemność silnika ma zwykle decydujące znaczenie przy wyborze auta. Większość kierowców oraz ekspertów motoryzacyjnych wskazuje np. silnik diesla o pojemności 1,9 jako najbardziej ekonomiczny i żywotny silnik na rynku. A my uznaliśmy wówczas, że większy silnik oznacza większe spalanie, więc skoro wystarczy mniejszy i jest on optymalny, to po co dopuszczać coś na wyrost”*, biegły sądowy wyjaśnił, iż *„powyższe stwierdzenie jest, co najmniej nielogiczne, ponieważ aż pięć samochodów przedstawionych w treści opinii pierwotnej posiadało pojemność mniejszą, czyli „powinny być bardziej ekologiczne”, tj.: DAF, MAN, MERCEDES-BENZ, NISSAN, RENAULT”*.

Podsumowując, biegły sądowy stwierdził, iż „*tylko samochód marki: Iveco model EuroCargo spełniał kryteria wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie pojemności skokowej silnika w zakresie 5800 – 5900 ccm*”.

Izba w pełni podziela stanowisko prezentowane przez Prezesa UZP (kontrolującego), dodatkowo podnosząc, co następuje.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania. Na zamawiającym ciąży ustawowy obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia za pomocą standardowych określeń technicznych, które zazwyczaj są używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży. Ponadto ważne jest dokonanie opisu cech przedmiotu zamówienia, które mają dla zamawiającego istotne znaczenie. Należy wskazać, iż pomimo, że ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany charakter, to każdy z podmiotów dokonujących zakupów określonego rodzaju dostaw, usług lub robót budowlanych ma obowiązek przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić pewne generalne warunki, jakie nakłada na niego ustawa Pzp.

Po pierwsze zamawiający zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia i jego cechy w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na proces sporządzania oferty (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp).

Po drugie opisu przedmiotu zamówienia nie można dokonywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp) oraz poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (nazw producentów), chyba że jest to uzasadnione jego specyfiką i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny" (art. 29 ust. 3 ustawy Pzp).

Niezależnie od powyższego wszelkie czynności zamawiającego muszą być dokonywane zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy.

Z powołanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wynika zatem, iż przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nie utrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretny produkt, bądź które eliminowałyby

konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych (wyrok SO w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, niepubl.; wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05, niepubl.).

Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może być realizowane w sposób bezpośredni, a także w pośredni, tj. przez wskazanie wprost na określonego producenta lub produkt albo poprzez takie opisanie zamówienia, które wskazuje na producenta lub produkt. Na powyższe zwróciła uwagę także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 maja 2010 r. (sygn. KIO/UZP 634/10), w którym Izba stwierdziła, że *„dyskryminacja wykonawców może wynikać z użycia przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń konkretnego producenta lub konkretnego produktu (dyskryminacja bezpośrednia) lub posługiwania się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta lub konkretny produkt (dyskryminacja pośrednia). Jako formę dyskryminacji pośredniej przyjmuje się również ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia do jednego wykonawcy lub ogranicza krąg wykonawców do podmiotów mogących zaoferować urządzeniu tylko jednego producenta”*. Z powyższego wynika, iż wystarczającym dla stwierdzenia naruszenia zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp jest takie zestawienie przez zamawiającego charakterystycznych lub granicznych parametrów nabywanych produktów, że wskazuje ono na konkretny produkt, eliminując jednocześnie możliwość zaoferowania produktów innych producentów.

Ponadto Izba wskazuje, iż zobiektywizowane potrzeby zamawiający przedstawił tylko co do naczepy (zabudowy), a nie dla podwozia. Co więcej sam przyznał, że taką zabudowę można zabudowywać na podwoziach różnych firm. Z zastrzeżeń wynika, że zamawiający nie zbadał, czy podane przez niego parametry dla podwozia nie mają charakteru dyskryminującego, a jedynie, jak sam stwierdził, tak mu się wydawało. W konsekwencji opis przedmiotu zamówienia dla podwozia ogranicza nie tylko samochody mniej ekologiczne, ale także te bardziej ekologiczne, co potwierdził biegły w uzupełniającej opinii. Dla naruszenia normy art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, wystarczającej jest jedynie uprawdopodobnienie utrudnienia uczciwej konkurencji, stąd nie można ocenić pierwszej opinii biegłego jako niekompletnej, gdyż nie odnoszącej się do podwozi wszystkich producentów na świecie.

W ocenie Izby stwierdzenie wyeliminowania za pomocą opisu przedmiotu zamówienia 27 z 28 przebadanych marek wysoce uprawdopodobnia utrudnienie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie przepisu art. 167 ust. 3 ustawy Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....