Warszawa, 9 października 2008 r.

UZP/DKD/KN/91/2008

Informacja o wyniku kontroli następczej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli

Zamawiający:	Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego ul. Korsarzy 34 70-540 Szczecin
Rodzaj zamówienia:	dostawa
Przedmiot zamówienia:	zakup samochodów dla potrzeb Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego – część III zamówienia
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	352.459,01 zł. (90.907,89 euro)

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli następczej przedstawionej dokumentacji postępowania, stwierdzono następujące nieprawidłowości:

1. W kontrolowanym postępowaniu w części 3 zamówienia zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zamieścił szczegółowy opis parametrów zamawianych samochodów

osobowych w klasie wyższej. Zamawiający wskazał, że samochody mają spełniać następujące wymagania:
Silnik benzynowy
Pojemność nie większa niż 2600 cm³
Moc maksymalna powyżej 200 KM
Skrzynia biegów: manualna sześcio - biegowa
Rodzaj nadwozia: sedan (cztero - drzwiowy)
Lakier metalizowany - grafitowy
Pojemność zbiornika nie mniej niż 70 l
Minimum 7 poduszek powietrznych
System ABS z elektronicznym układem podziału sił hamowania
Elektroniczny układ stabilizacji toru jazdy z układem kontroli trakcji oraz z układem awaryjnego hamowania
Hamulce tarczowe z przodu i z tyłu
Światła przeciwmgielne
Kolumna kierownicy z regulacją odległości i pochylenia
Elektryczne sterowanie szyby drzwi przednich/tylnych
Klimatyzacja - dwustrefowa, z automatyczną regulacją temperatury
Lusterka boczne - składane, sterowane i podgrzewane elektrycznie
Czujniki parkowania z przodu i z tyłu
Światła Bi-ksenonowe ze spryskiwaczami
Radio CD
Elektroniczny immobilizer
Obręcze aluminiowe
Centralny kluczyk sterowany pilotem
Podgrzewana przednia szyba
Alarm

W związku z wątpliwościami, które pojawiły się w toku kontroli co do poprawności dokonania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, Prezes UZP wystąpił do Biura Rzeczoznawców Polskiego Związku Motorowego z prośbą o opinię w sprawie zgodności opisu przedmiotu zamówienia z art. 29 ustawy.

W odpowiedzi z dnia 30 września 2008 r. rzeczoznawca stwierdził, że określone w „Specyfikacji istotnych warunków zamówienia" parametry wskazują na wybór konkretnego pojazdu tj. FORD MONDEO 2,5 kat MR`07. Rzeczoznawca podał, iż dwa z wymienionych parametrów technicznych, tj.

- minimum siedem poduszek powietrznych,
- pojemność zbiornika paliwa nie mniej niż 70 litrów,

spośród innych pojazdów wymienionych w opinii, spełniających wszystkie pozostałe wymagania zamawiającego, spełnia tylko jeden samochód: FORD MONDEO 2,5 kat MR`07. Pozostałe wymienione w opinii samochody wyposażone są w 6 poduszek powietrznych, to jest: 2 czołowe + 2 boczne + 2 kurtyny oraz mają mniejszą niż 70 litrów pojemność zbiornika paliwa.

Art. 29 ust. 1 ustawy nakłada na zamawiającego obowiązek opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Wskazany przepis służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 18 grudnia 2003 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-2098/03) zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wybór albo na konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20 kwietnia 2004 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-725). Ponadto w wyroku z dnia 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 33/07) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zamawiającemu wolno określić przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem, że określenie przedmiotu zamówienia nie spowoduje wyeliminowania konkurencji poprzez wskazanie na konkretne rozwiązania techniczne, które oferuje tylko jeden dostawca.

Wyjątek dopuszczający odmienny - od uregulowanego w art. 29 ust. 1 ustawy - opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia został określony w art. 29 ust. 3 ustawy. Jednakże, ze względu na to, iż przepis ma charakter wyjątkowy, może być on stosowany tylko w szczególnych sytuacjach i interpretowany ściśle: gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń a opisowi towarzyszą wyrazy: ”lub równoważne” albo podobne, co nadaje wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05) istotne jest aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę,

bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych.

Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również na tyle rygorystyczne określenie wymagań jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Podkreślenia wymaga fakt, iż określone w siwz wymagane minimalne parametry techniczne nie są parametrami właściwości użytkowych samochodu, które rozróżnić mogłyby pojazdy lepsze lub gorsze z punktu widzenia użytkownika, a jedynie parametrami jego wewnętrznych podzespołów. Dla użytkownika istotne są bowiem parametry dotyczące osiągów pojazdu, bezpieczeństwa pasażerów i komfortu, wyrażone np. osiąganą prędkością maksymalną, zdolnością przyspieszania określaną standardowo przyspieszeniem od 0 do 100km/h oraz w trakcie jazdy (np. od 80 do 120 km/h na konkretnym przełożeniu skrzyni biegów), zużyciem paliwa w standardowych warunkach, zasięgiem z pełnym zbiornikiem paliwa, pozytywnym przebyciem testów zderzeniowych oraz zdolnością hamowania od 100 km/h do zatrzymania, poziomem hałasu we wnętrzu, wymiarami wnętrza itp.

Zastosowane przez zamawiającego minimalne oczekiwane parametry nie decydują bezpośrednio o żadnym z wymienionych parametrów. Zatem użytkownik nabywający pojazd o mocy nieprzekraczajacej 200 KM o pojemności silnika większej niż 2600cm³ i o zbiorniku paliwa mniejszym niż 70 litrów oraz ilości poduszek mniejszej niż 7 nie musi wcale otrzymać produktu wolniejszego, o gorszych parametrach przyspieszenia, o mniejszym zasięgu z pełnym zbiornikiem paliwa, ani mniej bezpiecznego niż ten, który spełnia wszystkie wskazane w siwz parametry minimalne.

Ponadto w aspekcie art. 7 ust. 1 ustawy istotne dla oceny wymagań zamawiającego jest również i to, że w klasie samochodów określonej w postępowaniu jako wyższa jest wiele modeli o mocy silnika niewiele poniżej lub równo 200 KM, o pojemności silnika przekraczającej 2600 cm^3, posiadających zbiornik paliwa o pojemności niewiele poniżej 70 litrów paliwa oraz wyposażonych w mniej niż 7 poduszek powietrznych.

Dlatego też, zamawiający opisując przedmiot zamówienia poprzez wskazanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na konkretny produkt - FORD Mondeo naruszył zasadę określoną w art. 29 ust. 2 ustawy oraz zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców określone w art. 7 ust. 1 ustawy, ograniczając krąg potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia, oferujących produkty innych marek.

Wobec powyższego poprzez opisanie niektórych elementów przedmiotu zamówienia przez podanie parametrów wskazujących konkretny produkt, zamawiający dopuścił się naruszenia dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy.

W związku z powyższym uznać należy, że stwierdzone naruszenie skutkuje tym, iż umowa zawarta na realizację części 3 niniejszego zamówienia jest nieważna na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy, ponieważ wybór oferty nastąpił z rażącym naruszeniem art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

W związku ze stwierdzeniem ww. naruszenia, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 171 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zawiadomi o wynikach przedmiotowej kontroli właściwy organ, którym na tym etapie postępowania – stosownie do postanowień art. 93 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114) – jest rzecznik dyscypliny finansów publicznych.

2. Jak wynika z przesłanej przez zamawiającego dokumentacji postępowania, zamawiający w trakcie postępowania, w toku badania i oceny ofert zaniechał wyznaczenia mocodawcy Prezesowi Zarządu firmy BEMO MOTORS Sp. z o.o. Piotrowi Mrugalskiemu terminu na potwierdzenie czynności dokonanych przez pełnomocnika Pana Piotra Bojanowskiego, tj. potwierdzenia złożenia oferty w jego imieniu w przedmiotowym postępowaniu.

Z ustaleń kontroli wynika, że do oferty wykonawcy BEMO MOTORS Sp. z o.o. zostało załączone pełnomocnictwo udzielone Panu Piotrowi Bojanowskiemu przez Prezesa Zarządu firmy BEMO MOTORS Sp. z o.o. wystawione w dniu 29 maja 2008 r.

Zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w odpisie aktualnym z KRS do reprezentacji wykonawcy uprawniony do składania oświadczeń i podpisywania w imieniu spółki, w przypadku zarządu wieloosobowego, jest każdy członek zarządu jednoosobowo. W skład zarządu spółki BEMO MOTORS Sp. z o.o. wchodzą pan Piotr Mrugalski – prezes zarządu oraz pani Regina Poprawka – członek zarządu.

Otwarcie ofert odbyło się w dniu 6 maja 2008 r. Data wskazana w dokumencie pełnomocnictwa jest zatem datą późniejszą niż data składania i otwarcia ofert w niniejszym postępowaniu.

W związku z powyższym, należy stwierdzić, iż Pan Piotr Bojanowski, którego podpis widnieje pod formularzem oferty oraz na oświadczeniach i dokumentach załączonych do oferty, nie był w momencie podpisywania ww. dokumentów osobą uprawnioną, zgodnie z odpisem aktualnym z KRS, do zaciągania zobowiązań w imieniu i na rzecz wykonawcy BEMO MOTORS Sp. z o.o.

Prawo zamówień publicznych nie reguluje, tak jak np. kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 1964 r. Nr 43 poz. 269 z późn. zm.) trybu uzupełniania braków w zakresie pełnomocnictw i nie określa ewentualnych skutków nie przedłożenia właściwych dokumentów w terminie. Jednakże, ponieważ uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są wyłącznie wykonawcy definiowani w art. 2 pkt. 11 ustawy i tylko te podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia publicznego mogą dokonywać czynności wobec zamawiającego, w szczególności składać oświadczenia woli, na zamawiającym spoczywa obowiązek ustalenia prawidłowej reprezentacji podmiotu dokonującego takiego oświadczenia woli. Stąd, w przypadku braków w zakresie pełnomocnictw zasadnym wydaje się wystąpienie przez zamawiającego do wykonawcy o wskazanie właściwego umocowania do reprezentacji tego podmiotu w postępowaniu, w wyznaczonym przez siebie terminie.

We wskazanej sytuacji, ponieważ postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało zakończone a zamawiający nie dopełnił obowiązku ustalenia właściwego umocowania do reprezentacji wykonawcy przez pełnomocnika, który w imieniu wykonawcy złożył oświadczenie woli tytułowane ofertą, mogło dojść do rozpatrywania oświadczenia nie stanowiącego oferty w rozumieniu art. 66 § 1 k.c. - nie stanowiącego skutecznego oświadczenia woli podmiotu, będącego wykonawcą w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym, mogło dojść do dokonania jednostronnej czynności prawnej w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem zakresu tego umocowania, z czym art. 104 k.c. w związku z art. 14 P.z.p. łączy sankcję nieważności dokonywanej czynności prawnej. Na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych nieważność czynności prawnej w postaci złożenia oferty, dokonanej przez nieuprawnionego pełnomocnika, skutkuje koniecznością odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 8 P.z.p., stąd też istotne dla ustalenia konsekwencji prawnych braków w zakresie umocowania do złożenia w imieniu wykonawcy oferty jest wyjaśnienie przez zamawiającego okoliczności dotyczących działania pełnomocnika w ramach upoważnienia wykonawcy (art. 14 P.z.p. w związku z art. 103 i 104 k.c.).

Dlatego też, zgodnie z art. 104 k.c., zamawiający winien był zażądać potwierdzenia prawidłowości i skuteczności dokonanych przez Pana Piotra Bojanowskiego czynności, czyli potwierdzenia złożenia oferty w imieniu mocodawcy.

Zaniechanie wyznaczenia mocodawcy terminu na potwierdzenie czynności dokonanych przez pełnomocnika stanowi uchybienie dyspozycji art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 104 k.c.

Naruszenie wykazane w związku z przeprowadzoną kontrolą następczą w pkt. 2 niniejszej Informacji o wyniku kontroli nie stanowi rażącego naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) i nie miało wpływu na wynik postępowania.