Warszawa, 15 grudnia 2009 r.

UZP/DKD/KN/79/2009

Informacja o wyniku kontroli doraźnej
Zadanie I

Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o.
ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa

Rodzaj zamówienia: dostawa

Przedmiot zamówienia: „Zakup i dostawa czterech samochodów osobowych dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o." – zadanie I (1 samochód osobowy z silnikiem wysokoprężnym o mocy min. 170 KM, nadwozie typu 5 drzwi, limuzyna, 5 miejsc siedzących).

Tryb postępowania: przetarg nieograniczony

Wartość zamówienia: 127.000,00 zł (32.756,44 euro)

Data wszczęcia postępowania: 10.11.2008 r.

Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku

W kontrolowanym postępowaniu zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zamieścił szczegółowy opis parametrów zamawianych samochodów osobowych. W zakresie

dotyczącym zadania nr 1 zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia (charakterystyka 1 samochodu osobowego) w następujący sposób:

1) samochód osobowy z silnikiem wysokoprężnym o mocy min. 170 KM, nadwozie typu 5 drzwi, limuzyna, 5 miejsc siedzących,
2) klapa tylna nadwozia (bagażnika) unoszona do góry,
3) wymiary pojazdu (dł. min 4800 mm, szer. min 1800 mm, wys. min 1450 mm),
4) rozstaw osi min 2750 mm,
5) układ kierowniczy ze wspomaganiem,
6) nadwozie w kolorze czarnym perłowym,
7) zderzaki w kolorze nadwozia,
8) wyposażenie samochodu minimum:
- poduszka powietrzna dla kierowcy i pasażera,
- boczne poduszki powietrzne przód + tył,
- poduszka chroniąca kolana kierowcy,
- przednie pasy bezpieczeństwa z regulacją wysokości mocowania wyposażone w napinacze pirotechniczne,
- aktywne zagłówki przednie z regulacją wysokości,
- system ESP, ABS, EBV, MSR, ASR,
- elektroniczna blokada mechanizmu różnicowego,
- system odcięcia dopływu paliwa i odblokowania drzwi w przypadku kolizji,
- system wspomagania ruszania pod wzniesienie,
- immobilizer + autoalarm,
- system kontroli ciśnienia w oponach,
- bi-ksenonowe reflektory przednie z funkcją czyszczenia reflektorów (spryskiwacze) i doświetlania zakrętów,
- światła przeciwmgielne,
- podgrzewane dysze spryskiwaczy lub zbiornik płynu do spryskiwaczy,
- asystent parkowania,
- czujnik parkowania przód + tył,
- klimatyzacja dwustrefowa automatyczna (+ klimatyzowany schowek),
- tempomat,
- czujnik deszczu,
- elektrycznie sterowane szyby z przodu i tyłu z systemem zabezpieczającym przed przytrzaśnięciem,
- elektrycznie sterowane, podgrzewane, składane automatycznie lusterka z funkcją pamięci i oświetleniem wokół drzwi,

- fotochromatyczne lusterko wsteczne,
- elektrycznie sterowany fotel kierowcy,
- fotel kierowcy i pasażera z regulacją na odcinku lędźwiowym,
- podgrzewane fotele przednie i zewnętrzne miejsca tylnej kanapy,
- wielofunkcyjna skórzana kierownica z obsługą min. radioodtwarzacza,
- instalacja radiowa (radio CD + min 4 głośniki),
- system nawigacji satelitarnej,
- przyciemniane szyby (atermiczne),
- komputer pokładowy,
- hamulce tarczowe przód + tył.
- napęd na przednią oś z min 6-stopniową automatyczną skrzynią biegów,
- pojemność bagażnika bez rozłożonych oparć foteli min 550 l,
- zużycie paliwa w cyklu miejskim max 8 l/100 km,
- obręcze kół min 17'' strukturalne o obniżonej wadze kpl letnich + kpl kół zimowych z felgami stalowymi,
- koło zapasowe dojazdowe lub pełnowymiarowe,
- podnośnik,
- gaśnica,
- apteczka,
- komplet narzędzi.

W związku z wątpliwościami, co do poprawności dokonania przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w aspekcie jego zgodności z art. 29 ust. 2 ustawy, wskazanymi w skardze dotyczącej przedmiotowego postępowania, a jednocześnie wydającymi się mieć potwierdzenie w analizie postępowania przeprowadzonej w toku kontroli, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do Biura Rzeczoznawców Polskiego Związku Motorowego PZM Holding Sp. z o.o. z prośbą o opinię. Zakres opinii obejmował następujące kwestie:
- czy określone w SIWZ parametry wskazują, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia użył parametrów technicznych wskazujących wybór konkretnego pojazdu, tj. konkretnej marki i modelu samochodu osobowego?
- jakie samochody odpowiadają parametrom technicznym określonym przez zamawiającego oraz jakie są ceny rynkowe tych samochodów?
- czy samochód Skoda Superb spełnia warunki techniczne określone w przedmiotowym postępowaniu?
z uwzględnieniem sytuacji na rynku motoryzacyjnym w listopadzie 2008 roku.

W opinii z dnia 23.04.2009 r. rzeczoznawca stwierdził, że określone w „Specyfikacji istotnych warunków zamówienia" parametry wskazują, że zamawiający

opisując przedmiot zamówienia użył parametrów technicznych wskazujących wybór konkretnego pojazdu tj. konkretnej marki i modelu samochodu osobowego, a mianowicie samochodu marki SKODA model SUPERB II TDI wersja PLATINUM. Zdaniem rzeczoznawcy parametrom technicznym określonym przez zamawiającego odpowiada wyłącznie samochód marki SKODA model SUPERB wersja PLATINUM. Cena rynkowa ww. nowego pojazdu w listopadzie 2008 r. wg katalogu INFO – EKSPERT wynosiła 131.000,00 złotych. Zdaniem rzeczoznawcy samochód SKODA SUPERB spełnia warunki techniczne określone w przedmiotowym postępowaniu. W części opinii dotyczącej parametrów podstawowych w pkt 4 rzeczoznawca wskazał, iż: „Wymagane parametry techniczne jak: Samochód osobowy limuzyna 5 drzwiowa (lim5) ograniczają wybór do nadwozi do typu „hatchback" i „lift back" eliminując nadwozia typu „sedan" i „kombi". Należy wskazać, iż w odniesieniu do wymaganego przez zamawiającego rodzaju nadwozia (nadwozie typu 5 drzwi, limuzyna, 5 miejsc siedzących) w opinii zostało wskazane, że: „Samochód SKODA SUPERB określana jest w świadectwie homologacji oraz w katalogach jako „sedan" (lim4 zdjęcie po lewej). Oferowana jest w wersji z podnoszonymi drzwiami bagażnika, jak w „lift back" (lim5 zdjęcie po prawej) dzielonymi tak, że możliwe jest podniesienie tylko części tylnej nad bagażnikiem bez podnoszenia szyby (jak w lim4). Zatem, na potrzeby niniejszej opinii, została zaliczona jako spełniająca wymagania punktu 1 SIWZ. Rozwiązanie z dzielonymi drzwiami bagażnika proponuje tylko ten model samochodu SKODA co wyczerpuje wymaganie określone w punkcie 2 SIWZ. Wyjaśnia to pozorną sprzeczność punktu 1 i punktu 2 SIWZ". W odniesieniu do postawionych przez zamawiającego wymagań dotyczących nadwozia samochodu (pkt 1 nadwozie typu 5 drzwi, limuzyna, 5 miejsc siedzących; pkt 2 klapa tylna nadwozia (bagażnika) unoszona do góry oraz pkt 3 wymiary pojazdu (dł. min 4800 mm, szer. min 1800 mm, wys. min 1450 mm)) rzeczoznawca wskazał, że: „Jak widać z powyższego zestawienia pierwsze trzy punkty SIWZ ograniczyły możliwość wyboru marki SKODA i modelu SUPERB II TDI. Analiza pozostałych parametrów jest bezprzedmiotowa. Wersje AMBITION, ELEGANCE i PLATINUM różnią się zakresem wyposażenia z czego najbogatsze jest w wersji PLATINUM. Dalsze rozważania nt. parametrów technicznych określonych w SIWZ są bezprzedmiotowe".

Należy wskazać, iż 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. W uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05) zostało wskazane, że: „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”. Rozwinięcie powyższego poglądu znajdujemy w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 285/09, 300/09, 303/09), w którym Izba zważyła, iż: „Z orzecznictwa sądowego, arbitrażowego, a także KIO wynika, że utrudnieniem uczciwej konkurencji lub możliwością takiego utrudnienia, jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który eliminuje z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niemal wszystkich potencjalnych producentów”.

Realizacja naruszenia uczciwej konkurencji ma miejsce wówczas, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Naruszenie zakazu poszanowania uczciwej konkurencji w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia może objawiać się przez pozytywne, jak i negatywne działanie. Niedookreślenie opisu powodujące, że potencjalni wykonawcy nie mają możliwości ustalenia zakresu świadczenia narusza wprost art. 29 ust. 1 ustawy, zaś na tyle rygorystyczne dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, że spełnić go może tylko jeden wykonawca oferujący jeden konkretny produkt stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 ustawy. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest więc na tyle

rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. 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, tj. wówczas 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. Powyższe wynika z faktu, iż określenie przedmiotu zamówienia leży w gestii zamawiającego i stanowi jego suwerenną decyzję. Wobec powyższego skorzystanie z możliwości przewidzianej w art. 29 ust. 3 ustawy musi być uzasadnione.

Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy może być realizowane w sposób bezpośredni, a także w pośredni. Powyższe stanowisko zostało wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2009 r. (sygn. KIO/UZP 30/09), w którym Izba stwierdziła, że: „Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem i doktryną z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia mamy do czynienia w sytuacji np. opisu przedmiotu zamówienia, który w sposób bezpośredni - przez wskazanie znaków towarowych, oznaczeń lub w sposób pośredni - przez wskazanie parametrów prowadzi do uprzywilejowania jednego podmiotu względem drugiego”. Z powyższego wynika, iż wystarczającym dla stwierdzenia naruszenia zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy jest takie zestawienie przez zamawiającego charakterystycznych lub granicznych parametrów nabywanych produktów, że wskazuje ono na konkretny produkt, eliminując jednocześnie możliwość zaoferowania produktów innych producentów.

Jak zostało to wyżej wskazane 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.

W niniejszym stanie faktycznym podkreślenia wymaga fakt, iż określone w SIWZ wymagane minimalne parametry techniczne oraz typowe dla jednego modelu pojazdu rozwiązania konstrukcyjne wskazują na wybór produktu konkretnego producenta. Posłużenie się przez Zamawiającego pojęciem „limuzyna” nie może być traktowane jako wypełnienie postanowień zawartych w art. 29 ust. 1 ustawy, tj. dokonania opisu przedmiotu zamówienia m. in. w sposób jednoznaczny. Wszakże znaczenie tego pojęcia, dotychczas rozumiane pod pojęciem samochodu wyższej klasy, o klasycznej linii, z parzystą liczba drzwi (np. czterodrzwiowym, sześciodrzwiowym) oraz zamkniętym nadwoziem typu sedan nie jest

obecnie rozumiane tak jednoznacznie. Należy wskazać również na fakt, iż w odniesieniu do zawartego w pkt 1 opisu przedmiotu zamówienia wymogu (nadwozie typu 5 drzwi) przekazany wraz z pismem Zamawiającego z dnia 05.05.2009 r. znak BS–SZ–390-26/08 (22) wyciąg ze świadectwa homologacyjnego pojazdu Skoda Superb wskazuje, iż producent zakwalifikował nadwozie pojazdu jako sedan o liczbie drzwi wynoszącej 4. Należy również wskazać, iż posługiwanie się parametrami technicznymi obejmującymi zewnętrzne wymiary pojazdu nie ma żadnego znaczenia dla jego właściwości użytkowych. Dla użytkownika istotne są bowiem parametry mające bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo, ekonomikę i komfort w trakcie normalnego i przewidywanego użytkowania przedmiotu zamówienia, tj. dotyczących 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 (np. moc silnika, wymiary zewnętrzne nadwozia, rozstaw osi) nie decydują bezpośrednio o żadnym z wymienionych parametrów.

Ponadto w aspekcie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy istotne dla oceny wymagań zamawiającego jest również i to, że w przedmiotowym postępowaniu dla zadania nr 1 została złożona tylko jedna oferta wykonawcy, który jest autoryzowanym dealerem pojazdów marki Skoda.

Dlatego też zamawiający opisując przedmiot zamówienia poprzez wskazanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na konkretny produkt – Skoda Superb 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.