



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Hubert Nowak

DKZP.WKZ3.442.80.2023.JB
KND/82/23/DKZP

Warszawa,

Pan

Prezes Zarządu
Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami Sp. z o.o.
w Promniku
ul. Św. Tekli 62, Promnik
26-067 Strawczyn

Dotyczy: PGO/127/2024

W odpowiedzi na pismo z dnia 12 lutego 2024 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 15 lutego 2024 r.) zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Dostawa samochodu osobowego typu SUV” przeprowadzonego przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. w Promniku, uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia przepisów art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 31 stycznia 2024 r. przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ3.442.80.2023.JB.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisów 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.

Pismem z dnia 12 lutego 2024 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania wskazując, cyt.:

W pierwszej kolejności podnieść należy, że Kontrolujący 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



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

unieważniony – w dniu 12 kwietnia 2021 roku – na skutek braku ofert. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający dokonał modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia tak – aby złagodzić warunki, a tym samym umożliwić większemu gronu możliwość złożenia ofert.

Zamawiający pragnie wskazać, że w niniejszej sprawie zaistniały wszelkie przesłanki pozwalające na udzielenie zamówienia na dostawę samochodu osobowego typu SUV w trybie zamówienia z wolnej ręki, o którym mowa w art. 213 PZP. Zamówienie z wolnej ręki polega na tym, że w postępowaniu po stronie wykonawcy, występuje wyłącznie jeden podmiot. Zamawiający po negocjacjach z jednym wykonawcą podpisuje z nim umowę. Mając na uwadze, że tryb ten całkowicie wyłącza konkurencję, Zamawiający zdecydował się udzielić zamówienia w trybie podstawowym, w którym to oferty mogli składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. W toku postępowania przetargowego nie zostały zadane żadne pytania odnoszące się bezpośrednio do opisu przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, 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. W tym miejscu Zamawiający wskazuje, 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. Ponadto, w każdym przypadku stwierdzenie, że opis czy też cecha opisanego produktu, która może wskazywać na źródło pochodzenia lub producenta to Wykonawca również jest uprawniony do stosowania produktów równoważnych, przez które rozumie się takie, które posiadają parametry techniczne nie gorsze od tych wskazanych w SWZ i/lub w załącznikach do SWZ. Dopuszcza się również wykazanie tej równoważności normami równoważnymi w stosunku do tych wskazanych w OPZ. Na Wykonawcy spoczywa ciężar wskazania „równoważności”. Przy doborze materiałów równoważnych Wykonawca zobowiązany jest zapewnić również osiągnięcie wskaźników określonych w OPZ.

Zamawiający podkreśla, 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 z zabezpieczając, aby wykonawca nie zaoferował samochodu w klasie najniższej, który nie będzie spełniał zakładanego przeznaczenia pojazdu. Zamawiający podkreśla, że chybione są podnoszone przez Kontrolującego w treści informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie opisanego 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. Przede wszystkim Zamawiający 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 – o czym wskazywano już w piśmie z dnia 23 sierpnia 2023 roku. Interpretacja SWZ – wskazuje, że potencjalni wykonawcy mogli zatem 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 punktu widzenia Zamawiającego. Mając na uwadze powyższe, nie sposób uznać jakoby wskazanie



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

szczegółowych parametrów silnika czy wymiarów auta przy jednoczesnym dopuszczeniu rozwiązań równoważnych stanowi obejście obowiązku wynikającego z art. 99 ust. 5 i 6 PZP, a tym samym nie można w niniejszej sprawie mówić o naruszeniu art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP.

Co więcej, w treści informacji o wyniku kontroli doraźnej Kontrolujący wskazuje z jednej strony, że posługiwanie się parametrami technicznymi obejmującymi zewnętrzne wymiary pojazdu – nie ma znaczenia dla jego właściwości użytkowych, zaś w dalszej treści pisma podniesiono przez Kontrolującego, że „dla użytkownika w istotnie znaczące powinny być parametry mające bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo, ekonomikę i komfort w trakcie normalnego i przewidywanego użytkowania przedmiotu zamówienia”. Powyższe zdaniem Zamawiającego pozostaje w oczywistej sprzeczności. Zarówno wymiaru 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. Wymiaru pojazdu niewątpliwie wpływają nie tylko na komfort jazdy czy parkowania lecz również wynikają z możliwości garażowania danego pojazdu w określonym miejscu.

Zamawiający wskazuje, 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.

Jak już wskazywano powyżej, okoliczność ta nie wynika z dokonania przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, lecz z braku dostępności w danej chwili pojazdów na rynku motoryzacyjnym. Do Zamawiającego nie wpłynęły żadne pytania w zakresie zastosowania przez potencjalnych wykonawców rozwiązań równoważnych. Liczba złożonych w postępowaniu ofert nie wynikała – jak stwierdził Kontrolujący – ze sformułowania w SWZ wymogów dotyczących przedmiotu zamówienia niezgodnie z przepisami ustawy PZP, lecz z sytuacji na rynku motoryzacji. Właściwa wykładnia, interpretacja treści III.3. SWZ nie daje zatem żadnych podstaw do uznania, że Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne bez wykazania dodatkowych cech i funkcjonalności produktu – a tym samym dopuścił się opisu rozwiązań równoważnych w sposób pozorny.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes Urzędu informuje, co następuje.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż 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 opisanie 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.

Za bezprzedmiotową należy uznać argumentację Zamawiającego odnoszącą się do możliwości zastosowania przez Zamawiającego trybu z wolnej ręki, przede wszystkim



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

z uwagi na fakt, iż jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, *tylko bowiem wprost wyartykułowane podstawy prawne i uzasadnienie faktyczne, które zamieści Zamawiający w dokumentacji prowadzonego postępowania, są przedmiotem oceny czy to organów kontrolujących, czy też Krajowej Izby Odwoławczej* (uchwała KIO z dnia 15 lipca 2022 r., sygn. KIO/KD 21/22), podczas gdy nie budzi wątpliwości, iż Zamawiający udzielił zamówienia po przeprowadzeniu postępowania w trybie podstawowym (art. 275 pkt 1 ustawy Pzp) nie powołując się w toku kontroli na możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Niezależnie od powyższego, stwierdzić należy, że Zamawiający nie wskazał w treści zastrzeżeń od wyniku kontroli uzasadnienia dla możliwości zastosowania trybu z wolnej ręki, a w szczególności – konkretnej podstawy prawnej określonej w treści ustawy Pzp wraz z wykazaniem spełnienia właściwych dla danej podstawy prawnej przesłanek zastosowania ww. trybu. Zauważyć należy przy tym, iż ewentualna możliwość skorzystania z trybu z wolnej ręki na podstawie art. 305 pkt 2 ustawy Pzp uzależniona jest od niedokonania istotnych zmian pierwotnych warunków zamówienia, czego Zamawiający nie wykazał – przeciwnie – podkreślając, iż wszczynając nowe postępowanie dokonał modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do argumentu dotyczącego nieskierowania do Zamawiającego pytań dotyczących treści SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, w pierwszej kolejności należy wskazać, 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 należy podkreślić, 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.

Wymaga wskazania, 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. Należy podkreślić 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”. Zaznaczyć należy, iż konstrukcja opisu przedmiotu zamówienia daje podstawę do uznania, iż niespełnienie któregośkolwiek z wymogów przesądza o niezgodności oferowanego produktu z warunkami zamówienia. Ponownie przy tym należy zauważyć, iż wobec braku sprecyzowania przez Zamawiającego realnych kryteriów równoważności, brak jest podstaw do twierdzenia, że wykonawcy mogli zastosować inne „równoważne” rozwiązania. Należy zauważyć, iż użyte przez Zamawiającego w treści rozdziału III pkt 4 SWZ sformułowania „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” czy „Ponadto, w każdym przypadku stwierdzenie, że opis czy też cecha opisanego produktu, która może wskazywać na źródło pochodzenia lub producenta to Wykonawca również jest uprawniony do stosowania produktów równoważnych, przez które rozumie się takie, które posiadają parametry techniczne nie gorsze



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

od tych wskazanych w SWZ i/lub w załącznikach do SWZ” mają charakter niejednoznaczny, bowiem Zamawiający nie sprecyzował, co oznacza pojęcie „minimalne oczekiwania” czy też „nie gorsze” w kontekście danego zamówienia. Jak podkreśla się natomiast w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, *opis kryteriów równoważności powinien być jasny i jednoznaczny. Zamawiający powinien jednoznacznie określić, co stanowi kryterium równoważności* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 972/23). Zauważyć należy bowiem, iż ocena poszczególnych parametrów może charakter względny w zależności od funkcji i celów, do jakich realizacji zmierza poprzez udzielenie zamówienia Zamawiający. Przykładowo – niezrozumiałe jest, czy wobec przewidzenia przez Zamawiającego wymogu „Pojemność bagażnika 480-510 litrów” Zamawiający uznałby za równoważny pojazd z większym bagażnikiem (co czyniłoby określenie maksymalnej pojemności w opisie przedmiotu zamówienia bezprzedmiotowym), a jeśli nie – z jakich powodów dających się uzasadnić w świetle obiektywnych potrzeb Zamawiającego Zamawiający dokonał w tym zakresie ograniczenia. Ponadto znamieny w tym kontekście jest fakt, iż w treści dokumentu pn. „Informacja dla wykonawców nr 2” z dnia 8 lipca 2021 r. Zamawiający explicite odmówił wyrażenia zgody na dopuszczenie pojazdu z napędem diesel, pomimo niewyłączenia tego wymogu wprost z zakresu „rozwiązań równoważnych” w treści rozdziału III pkt 4 SWZ, co potwierdza niejednoznaczność tak sformułowanych wymogów opisu przedmiotu zamówienia.

Stwierdzić należy, iż w sytuacji możliwości 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.

Zauważyć należy, 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. Należy podkreślić, iż 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. Na marginesie dodać należy, iż Zamawiający nie odniósł się w treści zastrzeżeń od wyniku kontroli do wielu innych parametrów zakwestionowanych w szczególności na str. 4 informacji o wyniku kontroli, nie przedstawiając tym samym uzasadnienia dla ich zastosowania.

Nie może także ująć uwadze, iż jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, *to więc 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* (uchwała KIO z dnia 17 października 2023 r., sygn. KIO/KD 17/23). 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. W tym względzie nie wymaga weryfikacji kwestia wpływu pandemii wirusa SARS-CoV-2 na rynek motoryzacyjny biorąc pod uwagę fakt obiektywnej oceny postanowień SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do oferty



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

rynkowej, niezależnej od faktycznej dostępności pojazdów w danym okresie. Na marginesie jedynie należy zaznaczyć, iż twierdzenie Zamawiającego o złożeniu w postępowaniu wyłącznie jednej oferty z uwagi na sytuację na rynku motoryzacji spowodowaną pandemią nie zostało przez Zamawiającego udowodnione, w szczególności Zamawiający nie przedstawił dokumentów i informacji pochodzących ze źródeł zewnętrznych w tym zakresie.

Tym samym 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.

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 7 marca 2024 r. (sygn. akt KIO/KD 3/24) wyraziła opinię, iż 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. Zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy Pzp opinia Izby jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp Prezes Urzędu uprzejmie informuje, że ostatecznie nie uwzględnia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Dostawa samochodu osobowego typu SUV”.

W załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2024 r. (sygn. akt KIO/KD 3/24).

Załącznik:

1. odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2024 r. (sygn. akt KIO/KD 3/24).