

Wszyscy Wykonawcy

Dotyczy: przetargu nieograniczonego na dostawę 8 szt. monitorów interaktywnych 65", 5 szt. monitorów interaktywnych 75" wraz z 11 szt. uchwytów instalacyjnych do monitorów z elektryczną regulacją wysokości oraz 3 szt. podstaw mobilnych do monitorów z elektryczną regulacją wysokości ogłoszonego w dniu 25.05.2020 r. na stronie internetowej www.agroradom.edu.pl oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych na stronie: <https://bzp.uzp.gov.pl> (numer ogłoszenia: 543179-N-2020).

Na podstawie art. 38 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019, poz. 1843 z późn. zm.) zamieszczamy odpowiedź jaka została udzielona w związku z przesłanym przez jednego z wykonawców zapytaniem dotyczącym specyfikacji istotnych warunków zamówienia w/w przetargu (pisownia oryginalna):

PYTANIE 1:

„W nawiązaniu do opublikowanego przetargu nieograniczonego na dostawę 8 szt. monitorów interaktywnych 65", 5 szt. monitorów interaktywnych 75" wraz z 11 szt. uchwytów instalacyjnych do monitorów z elektryczną regulacją wysokości oraz 3 szt. podstaw mobilnych do monitorów z elektryczną regulacją wysokości, prosimy o wprowadzenie zmian do opisu przedmiotu zamówienia.

Obecne zapisy SIWZ, a konkretnie OPZ naruszają ustawę Prawo Zamówień Publicznych, ponieważ uniemożliwiają uczestnictwo w postępowaniu wielu różnym Wykonawcom. Opis przedmiotu zamówienia wskazuje jeden konkretny produkt na rynku.

Dokonywany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opis przedmiotu zamówienia wpływa na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowi o istotnych postanowieniach późniejszej umowy. Stąd też, na zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, wykorzystania do jego opisanie standardowych określeń technicznych, które są zwykle używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży.

Art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zapis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej

konkurencji (zob. Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/5). KIO w wyroku z dnia 16 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 553/08, wskazała, iż „(...) Zamawiający zawarł wymóg zaoferowania przez wykonawców do dezynfekcji drzwi – strefy dotykowej preparatu Incidin Liquid Spray. Jak przyznał na rozprawie Zamawiający, wymagał zaproponowania w ofercie przez wszystkich wykonawców ww. preparatu mimo istnienia na rynku innych preparatów o podobnym działaniu. Nie dopuścił jednocześnie rozwiązań równoważnych w tym zakresie. Izba uznała, iż powyższy zapis stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji i jest niezgodny z dyspozycją art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp (UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzecznicy nr 2, Warszawa 2008, s. 45).

Tym czasem opis monitorów oraz ich programowania (10 stron ciągłego opisu!!!) został przygotowany przez Zamawiającego w taki sposób, że możliwe jest zaoferowanie tylko i wyłącznie jednego urządzenia (wykluczając jednocześnie jakiegokolwiek opcje rozwiązań równoważnych – nawet jeśli nie zostało to bezpośrednio zwerbalizowane), oferowanego tylko przez jednego dystrybutora, który uniemożliwia równy dostęp do ceny, dla innych niż wybrani, partnerów.

Postępowań na tego typu urządzenia w ciągu roku jest kilkadziesiąt, dostawców konkurencyjnych rozwiązań na rynku polskim jest również kilkadziesiąt. Obecne zapisy nie mają żadnego uzasadnienia, spowodują o wiele wyższą niż rynkowa cenę i mogą rodzić słuszny zarzut niegospodarności lub innych naruszeń prawnych przeciwko Zamawiającemu.

W związku z powyższym wnioskujemy, jak na wstępie, o modyfikację zapisów SIWZ lub o unieważnienie postępowania i przygotowanie go w sposób zgodny z przepisami.

W przypadku jeśli Zamawiający nie podziela powyższej argumentacji, zastrzegamy sobie prawo do zgłoszenia niniejszego postępowania do kontroli przez odpowiednie instytucje.”

ODPOWIEDŹ 1:

Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ogłoszeniu oraz projekcie umowy. Zamawiający informuje, że w myśl art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jak wskazuje się w orzecznictwie naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp następuje co do zasady w sytuacjach, w których zamawiający dokona opisu przedmiotu zamówienia w sposób niekompletny, niedokładny, niezrozumiały czy wewnętrznie sprzeczny. (...) Poprawny jest opis przedmiotu zamówienia odpowiadający obiektywnym potrzebom Zamawiającego i uzasadniony nimi, nawet jeśli utrudnia lub nawet uniemożliwia on niektórym wykonawcom udział w postępowaniu i złożenie oferty. Przy czym określenie "obiektywny" nie należy tłumaczyć jako uzasadnionego dla "ogółu", lecz uzasadnionego dla danego zamawiającego (co zawsze niesie ze sobą pewien stopień subiektywnych potrzeb charakterystycznych dla tego jednego podmiotu), ale obiektywnego w tym znaczeniu, że ów ogół wymóg ten uznaje za racjonalny” – (tak np. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2730/17).

Zgodnie natomiast z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, (...). Wyjątkiem jest sytuacja, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie

dokładnych określeń. W takim przypadku zamawiający jest obowiązany sporządzić opis rozwiązania równoważnego, co Zamawiający zawarł w dokumentacji przetargowej.

Ponadto w pkt III SIWZ Zamawiający opisując przedmiot zamówienia zawarł wymagania minimalne parametry techniczne dla poszczególnych komponentów.

Jednocześnie, Zamawiający nie jest obowiązany do takiego formułowania wymagań w opisie przedmiotu zamówienia, aby umożliwić wszystkim wykonawcom funkcjonującym na rynku ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym złożenie oferty.

Okoliczność, że Wykonawca lub Wykonawcy nie posiadają w swojej ofercie przedmiotu zamówienia publicznego, który pozwoliłby im na ubieganie się o udzielenie zamówienia z powodu nie spełniania wymagań określonych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie przesądza o tym, że Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Ponadto opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać Wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w ubieganiu się o udzielenie zamówienia, co nie oznacza, że zasada konkurencji ma prowadzić do sytuacji, w której o zamówienie muszą móc ubiegać się wszyscy Wykonawcy, którzy oferują rzeczy zbliżone, podobne do tych wymaganych przez Zamawiającego.

Jednocześnie zasada wyrażona w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie może być interpretowana w taki sposób, że wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem, a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach danego zamówienia, pozostawiony jest wykonawcom (tak w wyroku z dnia 22 marca 2012 r., KIO 471/12).

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się pogląd, że nawet opis przedmiotu zamówienia dokonany w taki sposób, że wyłącznie jeden wykonawca może złożyć zgodną nim ofertę, może nie być poczytany za naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp (tak wyroku z dnia 4 stycznia 2018 r., KIO 2707/17). Zamawiający może bowiem oczekiwać rozwiązań najnowocześniejszych i wyjątkowych (tak w wyroku z dnia 1 lutego 2011 r., 79/11, KIO 89/11, KIO 90/11).

Dyrektor Szkoły
Paweł Frankowicz