

Sygn. akt: KIO/KD 12/22

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ z dnia 16 marca 2022 r.

Po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Politechnikę Wrocławską

Wybrzeże Wyspiańskiego 27

50-370 Wrocław

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 31 stycznia 2022 r. w przedmiocie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa biurowego sprzętu komputerowego o ustalonym standardzie dla Politechniki Wrocławskiej”.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Luiza Łamejko
Członkowie:	Anna Kuszel-Kowalczyk
	Rafał Malinowski

wyraża następującą opinię:

zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Sygn. akt: KIO/KD 12/22

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 161 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej „ustawą Pzp”, przeprowadził na wniosek kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa biurowego sprzętu komputerowego o ustalonym standardzie dla Politechniki Wrocławskiej”.

W dniu 31 stycznia 2022 r. zgodnie z art. 166 ust. 1 ustawy Pzp została przekazana Zamawiającemu: Politechnice Wrocławskiej z siedzibą we Wrocławiu Informacja o wyniku kontroli doraźnej (UZP/DKZP/KND/219/21).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez ostateczne sformułowanie

Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w tym opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, skutkujący uprzywilejowaniem w postępowaniu o udzielenie zamówienia sprzętu producenta Dell, co powodowało, że zaoferowanie urządzeń innych producentów stanowiło wyłącznie teoretyczną możliwość;

2. art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, z uwagi na brak precyzyjnego opisanie powodów

niedokonania podziału zamówienia na części, a jedynie posłużenie się ogólnikowym stwierdzeniem w protokole postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że: Przedmiot zamówienia stanowi jedną kategorię zakupową i ze względu na tożsamość przedmiotową w żaden sposób nie utrudnia małym i średnim przedsiębiorcom złożenia oferty.

Ad. 1

Przedmiotem kontrolowanego zamówienia była dostawa biurowego sprzętu komputerowego o ustalonym standardzie dla Politechniki Wrocławskiej.

Zgodnie z tabelą stanowiącą załącznik nr 3 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), zamówienie publiczne obejmowało zakresem dostawę następujących rodzajów sprzętu komputerowego, tj.

1. Zestaw komputerowy biurowy ZK_1;
2. Zestaw komputerowy biurowy ZK_2;
3. Zestaw komputerowy laboratoryjny ZK_3;
4. Zestaw komputerowy laboratoryjny ZK_4;

5. Zestaw komputerowy uproszczony - ZK_5;
6. Zestaw komputerowy zaawansowany laboratoryjny ZK-AO;
7. Zestaw komputerowy zaawansowany laboratoryjny ZK-A1;
8. Zestaw komputerowy zaawansowany laboratoryjny ZK-BO;

9.	Zestaw komputerowy zaawansowany laboratoryjny ZK-B1;
10.	Laptop LP_1;
11.	Laptop LP_2;
12.	Laptop LP_3;
13.	Laptop LP_4;
14.	Laptop LP_A0;
15.	Laptop LP_A1;
16.	Laptop LP_B0;
17.	Laptop LP_B1;
18.	Laptop LP_C0;
19.	Laptop LP_D0;
20.	Laptop LP_E0;
21.	Monitor M_I;
22.	Monitor M_2;
23.	Monitor M_3;
24.	Monitor M_4.
Szczegółowy	opis przedmiotu zamówienia został określony przez Zamawiającego w

załączniku nr 3 do SIWZ.

Dla przykładu, w zakresie zestawów komputerowych określonych w pkt 1.1; pkt 6.1; pkt 7.1; pkt 8.1 Załącznika nr 3 do SIWZ (płyta główna) określono m. in. następujące wymagania: Posiadająca co najmniej: 1 złącze PCI Express xl6, 1 złącze PCI Express x4, 1 złącze PCI Express xl. Posiadająca: 4 złącza DIMM, obsługa co najmniej 64 GB pamięci RAM, 3 złącza SATA 3.0, 1 złącze SATA 2.0 Złącze M.2 do obsługi SSD itd.

Z kolei w przypadku zestawów komputerowych w pkt 1.8; pkt 2.8; pkt 6.8; pkt 7.8; pkt 8.8; pkt 9.8 Załącznika nr 3 do SIWZ (porty) Zamawiający wymagał: co najmniej 1 port HDMI, 2 porty Display Port, jeden port szeregowy; czytnik kart SD, jeden port Ethernet; dziesięć portów USB w tym cztery z przodu obudowy. Wymagana ilość portów i ich rozmieszczenie nie będzie osiągnięte w wyniku stosowania konwerterów, przejściówek.

Odnosnie pkt 1.12; pkt 2.12; pkt 6.12; pkt 7.12; pkt 8.12; pkt 9.12 Załącznika nr 3 do SIWZ (obudowa) wymagano z kolei następujących parametrów: obudowa pionowa typu tower o wymiarach nie większych niż 16 cm x35 cm x 28 cm (szer. x wys. x gł.) wyposażona w dopasowany do potrzeb zasilacz o mocy co najwyżej 280 W zgodny z normą Energy Star 6.1. Obudowa dostosowana do montażu w wymaganych złączach kart rozszerzeń PCI Express do pełnej wysokości. Element aktywnej detekcji i sygnalizacji otwarcia obudowy.

W zakresie laptopów określono m. in. parametry dotyczące wyświetlacza, wagi produktu, wymiarów obudowy. Przykładowo w przypadku Laptopa LP_1, Laptopa LP_2 (pkt 10, pkt 11 załącznika nr 3 do SIWZ) wskazano:

Wyświetlacz: 14-calowy, matowy, panoramiczny, wyświetlacz LED o rozdzielczości

1920x1080;

Waga produktu: co najwyżej 2,1 kg;

Wymiary obudowy: co najwyżej 345x250x23 mm.

Jednocześnie Zamawiający w pkt. 1.18; pkt. 2.18; pkt. 3.17; pkt 4.17; pkt. 5.17; pkt. 6.18; 7.18, pkt. 8.18; pkt 9.18; pkt 10.22; pkt. 11.22; pkt 12.22; pkt 13.22; pkt. 14.22; pkt. 15.22; pkt. 16.22; pkt 17.22, pkt 19.21 Załącznika nr 3 do SIWZ zawarł zapis, zgodnie z którym: Wykonawca nie może przed dostawą dokonywać modyfikacji dostarczonego przez producenta sprzętu.

Stosownie do treści rozdz. II pkt 2 SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia), Zamawiający zastrzegł, że:

Jeśli Zamawiający określa w specyfikacji (OPZ), że dany element ma posiadać określone cechy to ten element miał efektywnie pracować z tymi cechami. Przykładowo, jeśli wymaga się dostarczenia modułów pamięci pracujących z prędkością 667MHz, to te moduły muszą efektywnie pracować z taką prędkością, a nie mieć tylko taką teoretyczną możliwość w konfiguracji innej niż dostarczana. Cechy wymagane w specyfikacji (OPZ) są parametrami minimalnymi.

Ponadto w świetle rozdz. II pkt 3 SIWZ wymagano, co następuje: złożona oferta musi być jednoznaczna i kompleksowa tj. obejmować cały asortyment przedmiotu zamówienia wraz z niezbędnymi elementami infrastruktury sprzętowej. Przedmiot zamówienia musi być kompletny ze wszystkimi podzespołami, częściami i materiałami niezbędnymi do uruchomienia i użytkowania. Oferowany przedmiot zamówienia musi spełniać wymogi Zamawiającego. Dostarczony przedmiot zamówienia musi być kompletny i po uruchomieniu gotowy do pracy zgodnie z przeznaczeniem, bez dodatkowych zakupów inwestycyjnych po stronie Zamawiającego. Wykonawca na etapie realizacji zamówienia wykonuje przedmiot zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego.

Dodatkowo, jak stanowi rozdz. II pkt 4 SIWZ: Wykonawca zobowiązany jest do złożenia oferty, której treść pozwoli Zamawiającemu na zweryfikowanie oferty pod względem jej zgodności z treścią SIWZ. Treść oferty Wykonawcy musi odpowiadać treści SIWZ. Tym samym Wykonawca zobowiązany jest do jednoznacznego określenia zaoferowanych odpowiednio urządzeń/produktów/ elementów, charakteryzując je poprzez odpowiednie wskazanie (wg postawionego przez Zamawiającego szczegółowego wymogu) np.: na konkretny wyrób, nazwanie, typ, model nazwy producenta, wskazanie parametru - zgodnie i odpowiednio z Załącznikiem nr 3 do SIWZ.

Dostarczany sprzęt musi być fabrycznie nowy i pochodzić z legalnego oficjalnego kanału dystrybucji producenta sprzętu/oprogramowania.

Zgodnie z rozdz. II pkt 5 SIWZ Zamawiający dopuścił składanie ofert równoważnych: w zakresie wskazanych znaków towarowych, patentów, norm, aprobat lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dotaczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, jednakże zachowane muszą być normy, parametry i standardy jakimi charakteryzują się wyspecyfikowane przez Zamawiającego urządzenia wymienione w załączniku nr 3 a także oprogramowanie, które ma być kompatybilne z obecnie używanym przez Zamawiającego (wyszczególnione w ORZ). Jak określił to Zamawiający: Przedstawione parametry przedmiotu zamówienia (w tym okres gwarancji i wsparcia) stanowią minimum techniczne i jakościowe oczekiwane przez Zamawiającego i będą stanowiły podstawę oceny ewentualnych ofert równoważnych. Oferowane przez wykonawców składających oferty równoważne urządzenia lub oprogramowania muszą mieć parametry nie gorsze niż wskazane w opisie przedmiotu zamówienia. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązanie równoważne opisywane przez Zamawiającego obowiązany był wykazać w ofercie, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

Zamawiający wskazał marki lub nazwy handlowe produktów w opisie infrastruktury posiadanej przez Zamawiającego. Jeśli Zamawiający wskazał marki lub nazwy handlowe w innych przypadkach określa klasę produktu, będącego przedmiotem zamówienia i służy ustaleniu standardu, a nie wskazuje na konkretny wyrób czy producenta. Oryginalne nazewnictwo lub symbolika podana została w celu prawidłowego określenia przedmiotu zamówienia.

Ponadto, jak stanowi rozdz. II pkt 6 SIWZ (Prawo Opcji), w ramach kontrolowanego postępowania Zamawiającemu przysługiwało prawo opcji polegające na zwiększeniu ilości zamawianego asortymentu w następujących sytuacjach:

- Zamówienia opcjonalne mogą być realizowane w czasie trwania umowy, w sytuacji

wyczerpania kwoty netto z zakresu podstawowego, wskazanej w § 4 ust. 3 wzoru umowy, - Zamówienia opcjonalne dopuszczalne są do 30 % wartości - kwoty netto z zakresu

podstawowego.

Z rozdz. IV (Termin wykonania zamówienia) SIWZ wynika, że wymagany termin realizacji (sukcesywna dostawa) przedmiotu umowy wynosił 18 miesięcy od daty podpisania umowy. Przy czym, dostawy urządzeń ze stawką 23 % VAT miały być realizowane w terminie do 21 dni roboczych od dnia doręczenia Wykonawcy przez Zamawiającego zamówienia częściowego dla zamawianego sprzętu. Z kolei dostawy urządzeń ze stawką 0% VAT zgodnie z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług realizowane miały być w terminie 14 dni roboczych od dnia doręczenia Wykonawcy przez Zamawiającego zamówienia częściowego wraz z zaświadczeniem potwierdzonym przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego, uprawniającym do zastosowania stawki 0% VAT dla zamawianego sprzętu.

Zamówienie nie zostało podzielone na części, gdyż jak wskazano w protokole postępowania druk ZP-PN: Przedmiot zamówienia stanowi jedną kategorię zakupową i ze względu na tożsamość przedmiotową w żaden sposób nie utrudnia małym i średnim przedsiębiorcom złożenia oferty.

Działając na podstawie art. 38 ust. 2 i 4 ustawy Pzp, Zamawiający w Informacji nr 2 dla Wykonawców z dnia 4 marca 2019 r. udostępnił na swojej stronie internetowej treść 65 zapytań dotyczących treści SIWZ wraz z odpowiedziami. Znaczna część pytań dotyczyła zmiany parametrów dostarczanego sprzętu. Zamawiający odpowiadając na pytania dokonał m. in. następującej modyfikacji treści SIWZ:

- w odpowiedzi na pytanie nr 6 dopuścił laptopy LP_A0 i LP_A1 o grubości max 23 mm,
- w odpowiedzi na pytanie nr 7 dopuścił laptopy LP_B0 i LP_B1 o wadze max 1,9 kg,
- w odpowiedzi na pytanie nr 8 dopuścił laptopy LP_B0 i LP_A1 o grubości max 23 mm,
- w odpowiedzi na pytanie nr 16 dopuścił laptop LP_E0 z wagą max 2,1 kg,
- odpowiadając na pytanie nr 17 dopuścił laptopy LP_B0 i LP_B1 z procesorem

o wydajności min. 8800 pkt.

- w odpowiedzi na pytanie nr 24 dopuścił zestawy komputerowe o wymiarach zewnętrznych nie większych niż 16,20 cm x 42,00 cm x 32,00 cm (szer. x wys. x gł.),
- udzielając odpowiedzi na pytanie nr 27 dopuścił zestawy o wymiarach zewnętrznych nie większych niż 4,00 cm x 20,00 cm x 18,30 cm {szer. x wys. gł.},
- w odpowiedzi na pytanie nr 33 dopuścił laptopy o wymiarach co najwyżej 335 x 235 x 23 mm,
- w odpowiedzi na pytanie nr 39 dopuścił rozwiązanie dla oferowanego komputera typu laptop w wersji 13,3" o wymiarach (szer. x głęb. x wys.) co najwyżej 322 x 225 x 19 mm.

Prezes Urzędu zwrócił uwagę w szczególności na treść następujących pytań i odpowiedzi:

PYTANIE 48

Pkt 1.18; Pkt 2.18; Pkt 3.17; Pkt 4.17; Pkt. 5.17; Pkt 6.18; Pkt 7.18; Pkt 8.18; Pkt 9.18; Pkt 10.22; Pkt 11.22; Pkt 12.22; Pkt 13.22; Pkt 14.22; Pkt. 15.22; Pkt. 16.22; Pkt 17.22; Pkt 19.21; Zgodność

Wymagane parametry:

Wykonawca nie może przed dostawą dokonywać modyfikacji dostarczonego przez producenta sprzętu.

Pytanie:

Czy Zamawiający dopuści możliwość ingerencji w opakowanie zewnętrzne sprzętu w celu uzupełnienia zestawów, sprawdzenia poprawności sprzętu przed dostawą?

Czy Zamawiający dopuści możliwość ingerencji w oferowany sprzęt w celu doposażenia konfiguracji o wymagane komponenty przed dostawą ?

Odpowiedź:

Zamawiający nie dopuszcza możliwości ingerencji w opakowanie zewnętrzne sprzętu w celu uzupełnienia zestawów. Zamawiający nie dopuszcza możliwości ingerencji w oferowany sprzęt w celu doposażenia konfiguracji o wymagane komponenty przed dostawą.

PYTANIE NR 70 (zamieszczone w Informacji Nr 4 dla Wykonawców)

Pkt. 1.18; Pkt. 2.18; Pkt 3.17; Pkt. 4.17; Pkt 5.17; Pkt 6.18; Pkt 7.18; Pkt 8.18; Pkt 9.18; Pkt. 10.22; Pkt. 11.22; Pkt. 12.22; Pkt 13.22; Pkt 14.22; Pkt 15.22; Pkt 16.22; Pkt 17.22; Pkt 19.21 Zgodność

Wymagane parametry:

Wykonawca nie może przed dostawą dokonywać modyfikacji dostarczonego przez producenta sprzętu.

Pytanie:

Czy Zamawiający dopuści możliwość ingerencji w opakowanie sprzętu w celu uzupełnienia zestawów, sprawdzenia poprawności sprzętu przed dostawą ?

Czy Zamawiający dopuści możliwość ingerencji w oferowany sprzęt w celu doposażenia konfiguracji o wymagane komponenty przed dostawą ?

Zamawiający udzielił wyjaśnienia

Zamawiający nie dopuszcza możliwości ingerencji w opakowanie zewnętrzne sprzętu w celu uzupełnienia zestawów. Zamawiający nie dopuszcza możliwości ingerencji w oferowany sprzęt w celu doposażenia konfiguracji o wymagane komponenty przed dostawą.

Pytanie:

Czy w związku z odpowiedzią Zamawiającego o braku możliwości ingerencji w sprzęt przed realizacją dostaw częściowych, Zamawiający dopuści możliwość realizacji dostaw dla opcji będących częścią zestawów np. przejściówki, dodatkowe kable itd. W osobnych kartonach/ opakowaniach ?

Odpowiedź:

Zamawiający dopuści możliwość realizacji dostaw dla opcji będących częścią zestawów np. przejściówki, dodatkowe kable, instrukcje, stacje dokujące w osobnych kartonach/opakowaniach. Zamawiający nie dopuszcza możliwości dostarczenia w ten sposób wewnętrznych podzespołów typu procesor, pamięć RAM czy dyski twarde.

PYTANIE 61

Zamawiający tak jak w latach ubiegłych ogranicza przez parametry techniczne możliwość zaoferowania innego sprzętu niż marki Dell. Wystarczy bowiem jedynie jeden z modeli oferowanych ograniczyć do jednego producenta Dell, a niemożliwym jest zaoferowanie innego sprzętu w atrakcyjnej cenie, gdyż firma Dell robi ofertę tylko jednemu Wykonawcy. W związku z powyższym zarzucam Zamawiającemu zapisy, które są ograniczaniem konkurencji

i faworyzowaniem producenta Dell. Do tych zapisów należy Opis obudów w szczególności poz. 1

Obudowa pionowa typu tower o wymiarach nie większych niż 16 cm x 35 cm x 28 cm (szer. x wys. x gł.) wyposażona w dopasowany do potrzeb zasilacz o mocy co najwyżej 280 W zgodny z normą Energy Star 6.1. Obudowa dostosowana do montażu w wymaganych złączach kart rozszerzeń PCI Express o pełnej wysokości. Element aktywnej detekcji i sygnalizacji otwarcia obudowy.

Proszę o wyjaśnienie, dlaczego wymiary obudowy nie mogą przekraczać podanej 16x35x28. Zamawiający posiada internet i bez trudu może znaleźć, że komputery HP, które spełniają w większości wymogi techniczne, nie spełniają wymiarów o 1 lub 2 cm.

Proszę o wyjaśnienie, dlaczego zasilacz ma mieć maksymalnie 280W a nie 320W. Czy Zamawiający zdaje sobie sprawę, że zasilacz o większej możliwym poborze mocy, pobiera tyle samo mocy co pobierają jego podzespoły a jedynie jest przystosowany do większej rozbudowy komputera?

Proszę o wyjaśnienie dlaczego ten komputer ma posiadać aktywną detekcję sygnalizacji otwarcia obudowy a komputer z pozycji 4 ?

Czy zamawiający zdaje sobie sprawę, że kupuje komputery drogie bo wyposażone w czujniki otwarcia obudowy i kontroler RAID przez co komputery te są najdroższymi desktopami nawet w firmie Dell?

Proszę o wyjaśnienie, dlaczego podłączenie 3 monitorów do komputera biurowego jest niezbędne w większości kupowanych przez zamawiającego modelach? Ile aktualnie ma Politechnika Wrocławska komputerów z podłączonymi 3 monitorami?

Proszę o wyjaśnienie, dlaczego Wykonawca nie może zakupić komputera wyprodukowanego przez producenta i np. rozbudować o dodatkową pamięć (np. tego producenta). Czy Zamawiający wie, że nie odróżni dysku firmy Dell od dysku Seagate, gdyż producent Dell wkłada takie same dyski producentów jakie można kupić w sklepie (bez jakiegokolwiek oznaczenia Dell)?

W kontekście powyższego zakazu „Wykonawca nie może przed dostawą dokonywać modyfikacji dostarczonego przez producenta sprzętu”

Proszę o wyjaśnienie kto jest gwarantem poprawnej pracy Wykonawca czy producent? Jeżeli producent to wnosimy o wykreślenie kar za nieterminowe przybycie serwisu producenta.

Proszę o wyjaśnienie Dlaczego Zamawiający określa parametry faworyzujące komputery Dell, dlaczego nie dopuścił innego sprzętu jak choćby HP, Fujitsu? Przedstawione pytania proszę traktować analogicznie do każdego z modeli wymaganych w SIWZ.

Odpowiedź:

Zamawiający dopuści zestawy ZK_1, ZK_2, ZK_AO, ZK_A1, ZKJ30, ZK_B1 o wymiarach zewnętrznych nie większych niż 16,20 cm x 42,00 cm x 32,00 cm (szer. x wys. x gł.)

Zamawiający dopuści zestawy ZK_1, ZK_2, ZK_AO, ZK_A1, ZK_BO, ZK_B1 z zasilaczem max 320 W

Zamawiający wyjaśnia, że część zestawów komputerowych będzie wykorzystywać również do przetwarzania danych osobowych. Wymóg elementu aktywnej detekcji i sygnalizacji otwarcia obudowy wynika z wdrożonej przez zamawiającego teleinformatycznej polityki bezpieczeństwa.

Zamawiający wyjaśnia, że część zestawów komputerowych będzie wykorzystywać również do zastosowań specjalistycznych w których wymagana jest praca na trzech monitorach jednocześnie.

Zamawiający informuje, że potrafi odróżnić producenta dysku twardego.

Zamawiający nie dopuszcza możliwości ingerencji w opakowanie zewnętrzne sprzętu w celu uzupełnienia zestawów.

Zamawiający nie dopuszcza możliwości ingerencji w oferowany sprzęt w celu doposażenia konfiguracji o wymagane komponenty przed dostawą.

Gwarantem jest producent. Zapis umowy pozostaje bez zmian.

Zdaniem Zamawiającego OPZ wraz z informacją dla Wykonawców, która stanowi integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie faworyzuje jednego producenta.

Prezes Urzędu zwrócił uwagę, że w przekazanej dokumentacji postępowania znajduje się również pismo jednego z potencjalnych wykonawców przesłane Zamawiającemu po upływie terminu na zadawanie pytań do SIWZ, pozostawione bez odpowiedzi, następującej treści:

Pomimo naszych starań i zadanych pytań mających na celu umożliwienie nam złożenie oferty na sprzęt marki Lenovo w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający poprzez udzielone odpowiedzi ostatecznie ograniczył możliwość złożenia oferty na sprzęt wyłącznie do jednego wybranego producenta sprzętu komputerowego, ze wszystkich dostępnych na rynku polskim. Brak określenia przez Zamawiającego przewidywanego harmonogramu odbiorców wraz z ilościami, określenie jedynie 24 konfiguracji sprzętowych, wartość budżetu na zakup komponentów, dodatkowo negatywna odpowiedź Zamawiającego w zakresie wydłużenia realizacji zamówienia pierwszej dostawy magazynowej, określenie kar na poziomie 5 % za każdy dzień opóźnienia w dostawach oraz ujęcie przez Zamawiającego w SIWZ dodatkowej oceny punktowej za skrócone terminy realizacji dostaw częściowych, wskazują jednoznacznie na preferowanie jednego producenta markowych komputerów, który na dzień 15.03.2019 r. posiada fabrykę na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, tj. na firmę DELL.

Obserwując historyczny przebieg postępowań na wyłonienie wykonawcy dostawcy biurowego sprzętu komputerowego dla Politechniki Wrocławskiej i posiadając wiedzę na temat zrealizowanych dostaw, widzimy, że do tej pory w postępowaniu złożona była zawsze jedna

oferta, jednego oferenta firmę VEGANET SP. Z O.O. oferującej rozwiązania właśnie firmy DELL.

Wykonawca ten przedstawił także oświadczenie z dnia 18 marca 2019 r. najprawdopodobniej ówczesnego Dyrektora firmy Lenovo Technology B. V. Sp. z o.o., w którym wskazano, że:

W nawiązaniu do opublikowanego postępowania na dostawę biurowego sprzętu komputerowego o ustalonym standardzie dla Politechniki Wrocławskiej, nr postępowania ZP/BZP/015/2019, (TED 2019/S/020-042514) firma Lenovo Technology B. V. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Daimlera 1 oświadcza, że nie jest w stanie spełnić postawionych przez Zamawiającego w wyżej wymienionym postępowaniu wymogów dotyczących terminów dostaw sprzętu komputerowego, a więc 7-14 dni.

Różnorodność konfiguracji oraz ich niestandardowość wymusza każdorazowo konieczność wyprodukowania tego sprzętu na zamówienie, przy czym w wypadku firmy Lenovo produkcja ta odbywa się w Chinach.

Powoduje to wydłużony termin dostaw, a w konsekwencji brak możliwości spełniania postawionych przez Zamawiającego warunków realizacji umowy oraz wzięcia udziału w tak przygotowanym postępowaniu ze strony Lenovo.

Prezes Urzędu wskazał, że jak wynika z protokołu niniejszego postępowania (Druk ZP-PN), do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 20 marca 2019 r. została złożona jedna oferta przez wykonawcę - VEGANET Sp. z o.o. Wykonawca ten zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 459 897,00 zł brutto.

W załączniku nr 3 do SIWZ dostarczonym wraz z ofertą ww. Wykonawca zaoferował następujący sprzęt producenta Dell:

1. Dell OptiPlex 7060 Tower;
2. Dell OptiPlex 7060 Tower;
3. Dell OptiPlex 7060 Micro;
4. Dell OptiPlex 7060 Micro;
5. Dell OptiPlex 7060 Micro;
6. Dell OptiPlex 7060 Tower;
7. Dell OptiPlex 7060 Tower;
8. Dell OptiPlex 7060 Tower;
9. Dell OptiPlex 7060 Tower;
10. Dell Latitude 3490;
11. Dell Latitude 3490;
12. Dell Latitude 3590;

13. Dell Latitude 3590;
14. Dell Latitude 5490;
15. Dell Latitude 5490;
16. Dell Latitude 5590;
17. Dell Latitude 5590;
18. Dell Latitude 7390;
19. Dell Latitude 7490;
20. Dell Precision 5530;
21. Dell P2018H;
22. Dell P2319H;
23. Dell U2415;
24. Dell U2717D.

Jednocześnie wykonawca zaoferował:

- dostawę urządzeń ze stawką 23 % VAT w terminie 14 dni roboczych od dnia doręczenia wykonawcy przez Zamawiającego zamówienia częściowego dla zamawianego sprzętu;
- dostawę urządzeń ze stawką 0 % VAT w terminie 7 dni roboczych od dnia doręczenia

przez wykonawcy przez Zamawiającego zamówienia częściowego wraz z zaświadczeniem potwierdzonym przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego;

- czas reakcji serwisu przedmiotu umowy na awarię urządzenia do 1 dni roboczych od

chwili zgłoszenia telefonicznego.

W dniu 27 maja 2019 r. zawarto umowę w sprawie zamówienia publicznego nr 0/0180/525/2019, pomiędzy Politechniką Wrocławską reprezentowaną przez Rektora Politechniki Wrocławskiej a wykonawcą VEGANET Sp. z o.o. reprezentowanego przez Prezesa Zarządu.

Prezes Urzędu zwrócił uwagę na treść pierwszych wyjaśnień udzielonych na wezwanie Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie poszczególnych zapisów SIWZ, w których Zamawiający wskazał, iż w jego ocenie:

„(...) nie zachodzą przesłanki do naruszenia przez Politechnikę Wrocławską zasady wyrażonej w art. 7 ust 1 w związku z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji. Politechnika Wrocławska opisując przedmiot zamówienia wskazała na realizację dostaw sukcesywnych w ramach swoich potrzeb. Zaznaczenia wymaga fakt, iż Politechnika Wrocławska jest bardzo rozbudowaną Uczelnią wyższą, o dość skomplikowanej strukturze organizacyjnej, z wieloma miejscami dostaw często znacznie odległymi od siebie, co negatywnie wpływa na zaplanowanie jednolitych dostaw zamawianego sprzętu”.

Odnosząc się do parametrów wymaganego sprzętu Zamawiający wyjaśnił, że: „Wymogi wymiarów obudowy komputerów stacjonarnych typu Tower zostały dodatkowo uszczegółowione w Informacji nr 2 dla Wykonawców (dotyczy odpowiedzi na pytanie nr 24) z dnia 05/03/2019 na max 16,20 cm x 42 cm x 32 cm (szer. x wys. x gł.). Wskazać należy, iż

pierwotny wymóg określany był, jako „Obudowa pionowa typu tower o wymiarach nie większych niż 16 cm x 35cmx 28 cm (szer. x wys. x gł.)”, a zgodnie z pytaniem/wnioskiem Wykonawcy - Zamawiający dodatkowo rozszerzył parametry zgodnie z wnioskiem/pytaniem wykonawcy. W podanym przedziale wymogi spełniają, co najmniej modele: Lenovo TC M720t 14,5 cm x 36,6 cm x 29,7 cm oraz Dell OptiPlex 7060 Tower 15,4 cm x 35 cm x 27,4 cm (szer. x wys. x gł.).

Wymogi wymiarów obudowy komputerów stacjonarnych typu Micro zostały dodatkowo uszczegółowione Informacją nr 2 dla Wykonawców (dotyczy odpowiedzi na pytanie nr 27) z dnia 05/03/2019 na max 4,00 cm x 20,00 cm x 18,30 cm (szer. x wys. x gł.). Wskazać należy, iż pierwotny wymóg określany był, jako „Obudowa kompaktowa o wymiarach nie większych niż 4 cm x 20 cm x 18 cm (szer. x wys. x gł.)”, a zgodnie z pytaniem/wnioskiem Wykonawcy -Zamawiający dodatkowo rozszerzył parametry zgodnie z wnioskiem/pytaniem wykonawcy. W podanym przedziale wymogi spełniają, co najmniej modele Lenovo TC M720 Tiny 3,5 cm x 17,9 cm x 18,30 cm oraz Dell OptiPlex 7060 Micro o wymiarach 3,6 cm x 18,2 cm x 17,8 cm (szer. x wys. x gł.) oraz HP EliteDesk 800 65W G4 o wymiarach 3,4 cm x 17,7 cm x 17,5 cm. Zamawiający w odpowiedzi na zapytania dopuszczał zmiany wymiarów komputerów i laptopów zaproponowane przez wykonawców, co jest udokumentowane w odpowiedziach Zamawiającego na pytania Wykonawców. Tym samym wskazana przykładowo szerokość obudowy 16,2 cm - jest już parametrem zmienionym na korzyść wykonawców.

(...) Mając powyższe na uwadze należy wskazać, iż już pierwotna treść OPZ nie wskazywała na jednego producenta sprzętu komputerowego a zmiany wskutek zapytań wykonawców tylko dopuszczają kolejnych producentów sprzętu komputerowego".

Odnosząc się do zarzutu wskazującego na brak możliwości otwierania pudełek przed dostawą Zamawiający wskazał, iż: „Zgodnie z wymogiem zawartym w OPZ (Pkt. 1.18; Pkt. 2.18; Pkt. 3.17; Pkt. 4.17; Pkt. 5.17; Pkt. 6.18; Pkt. 7.18; Pkt. 8.18; Pkt. 9.18; Pkt. 10.22; Pkt. 11.22; Pkt. 12.22; Pkt. 13.22; Pkt. 14.22; Pkt. 15.22; Pkt. 16.22; Pkt. 17.22; Pkt. 19.21) Wykonawca nie może przed dostawą dokonywać modyfikacji dostarczonego przez producenta sprzętu. Wymóg ten wynika z obawy Zamawiającego o możliwość dostarczania przez Wykonawcę sprzętu używanego lub nowego o różnorodnej specyfikacji skutkujących obawą o braku pełnej kompatybilności dokładanych podzespołów przez Wykonawcę oraz ich niezawodności. W przypadku, gdyby Wykonawca chciałby być jednocześnie producentem sprzętu komputerowego powinien pakować swoje produkty w opakowanie zabezpieczające przed nieuprawnioną ingerencją zewnętrzną. Zgodnie z Informacją nr 2 dla wykonawców (pytanie nr 48) Zamawiający wskazał, że nie dopuszcza możliwości ingerencji w opakowanie zewnętrzne sprzętu w celu uzupełnienia zestawów oraz nie dopuszcza możliwości ingerencji w oferowany sprzęt w celu doposażenia konfiguracji o wymagane komponenty przed dostawą. Ponadto na wniosek wykonawcy - w Informacji nr 4 (pytanie nr 70) czy w związku

z odpowiedzią Zamawiającego o braku możliwości ingerencji w sprzęt przed realizacją dostaw częściowych, Zamawiający dopuścił możliwość realizacji dostaw dla opcji będących częścią zestawów np. przejściówki, dodatkowe kable, itd. w osobnych kartonach/opakowaniach -Zamawiający dopuścił możliwość realizacji dostaw dla opcji będących częścią zestawów np. przejściówki, dodatkowe kable, instrukcje, stacje dokujące w osobnych kartonach/opakowaniach, a nie dopuścił możliwość dostarczania w ten sposób wewnętrznych podzespołów typu procesor, pamięć RAM czy dysków twardych.”.

Kwestię braku podziału zamówienia na części Zamawiający argumentował w następujący sposób: „Zgodnie z zapisem SIWZ (oraz analogicznie z ogłoszeniem o zamówieniu) Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych. Całość zamawianego asortymentu stanowi jedną tożsamą grupę zakupową i w ocenie Zamawiającego nie stanowi utrudnienia złożenia oferty wykonawcom. Dla udowodnienia powyższego, Politechnika Wrocławska odwołuje się do oficjalnych stron internetowych producentów takich jak: HP, Dell, Fujitsu, czy też Lenovo, aby sprawdzić iż wskazani wykonawcy mają w swoich ofertach komputery stacjonarne i laptopy i monitory. Ponadto w każdym sklepie oferującym sprzęt komputerowy działającym zarówno w Internecie jak i stacjonarnie jest możliwość zakupu każdego asortymentu, który jest określony w przedmiotowym OPZ. Tym samym „połączenie asortymentu" przez Zamawiającego w ramach swoich uzasadnionych potrzeb - nie powoduje ograniczenia konkurencji. Ponadto Politechnika Wrocławska pragnie zwrócić uwagę na hipotetyczną sytuację zakupową, w której zamawiany asortyment byłby kupowany w podziale na części. Dopuszczenie składania ofert częściowych mogłoby znacząco utrudnić funkcjonowanie Uczelni w sytuacji gdyby, jedna z części nie została rozstrzygnięta lub były problemy z jej realizacją”.

Konkludując, Zamawiający dla wykazania spełnienia postawionych w opisie przedmiotu zamówienia wymagań, przedstawił nazwy konkretnych modeli komputerów i ich producentów:

1. ZK_1 ZESTAW KOMPUTEROWY STACJONARNY BIUROWY

- a) Dell OptiPlex 7060 Tower (załącznik 1 a.)
- b) Lenovo TC M720 Tower (załącznik 1 .b.)

2. ZK_2 ZESTAW KOMPUTEROWY STACJONARNY BIUROWY

- a) Dell OptiPlex 7060 Tower (załącznik 2.a.)
- b) Lenovo TC M720 Tower (załącznik 2.b.)

3. ZK_3 ZESTAW KOMPUTEROWY STACJONARNY LABORATORYJNY

- a) Dell OptiPlex 7060 Micro (załącznik 3.a.)
- b) Lenovo TC M920 Tiny (załącznik 3.b.)

4. ZK_4 ZESTAW KOMPUTEROWY STACJONARNY LABORATORYJNY

- a) Dell OptiPlex 7060 Micro (załącznik 4.a.)
- b) Lenovo TC M920 Tiny (załącznik 4.b.)

5. ZK_5 ZESTAW KOMPUTEROWY STACJONARNY UPROSZCZONY

- a) Dell OptiPlex 7060 Micro (załącznik 5.a.)
- b) Lenovo TC M920 Tiny (załącznik 5.b.)

6. ZK_A0 ZESTAW KOMPUTEROWY STACJONARNY ZAAWANS. LABORATORYJNY

- a) Dell OptiPlex 7060 Tower (załącznik 6.a.)
 - b) Lenovo TC M720 Tower (załącznik 6.b.)
7. ZK_A1 ZESTAW KOMPUTEROWY STACJONARNY ZAAWANS. LABORATORYJNY
- a) Dell OptiPlex 7060 Tower (załącznik 7.a.)
 - b) Lenovo TC M720 Tower (załącznik 7.b.)
8. ZK_B0 ZESTAW KOMPUTEROWY STACJONARNY ZAAWANS. LABORATORYJNY
- a) Dell OptiPlex 7060 Tower (załącznik 8.a.)
 - b) Lenovo TC M720 Tower (załącznik 8.b.)
9. ZK_B1 ZESTAW KOMPUTEROWY STACJONARNY ZAAWANS. LABORATORYJNY
- a) Dell OptiPlex 7060 Tower (załącznik 9.a.)
 - b) Lenovo TC M720 Tower (załącznik 9.b.)
10. LP_1 LAPTOP
- a) Dell Latitude 3490 (załącznik 10.a.)
 - b) Lenovo ThinkPad L480 (załącznik 10.b.)
 - c) HP ProBook 440 G6 (załącznik 10.c.)
11. LP_2 LAPTOP
- a) Dell Latitude 3490 (załącznik 11.a.)
 - b) Lenovo ThinkPad L480 (załącznik 11.b.)
 - c) HP ProBook 440 G6 (załącznik 11.c.)
12. LP_3 LAPTOP
- a) Dell Latitude 3590 (załącznik 12.a.)
 - b) Lenovo ThinkPad L580 (załącznik 12.b.)
13. LP_4 LAPTOP
- a) Dell Latitude 3590 (załącznik 13.a.)
 - b) Lenovo ThinkPad L580 (załącznik 13.b.)
14. LP_A0 LAPTOP
- a) Dell Latitude 5490 (załącznik 14.a.)
 - b) Lenovo ThinkPad L480 (załącznik 14.b.)
 - c) HP ProBook 440 G6 (załącznik 14.c.)
15. LP_A1 LAPTOP
- a) Dell Latitude 5490 (załącznik 15.a.)
 - b) Lenovo ThinkPad L480 (załącznik 15.b.)
 - c) HP ProBook 440 G6 (załącznik 15.c.)
16. LP_B0 LAPTOP
- a) Laptop Dell Latitude 5590 (załącznik 16.a.)
 - b) Lenovo ThinkPad L580 (załącznik 16.b.)
17. LP_B1 LAPTOP

a) Laptop Dell Latitude 5590 (załącznik 17.a.)

b) Lenovo ThinkPad L580 (załącznik 17.b.)

18. LP_C0 LAPTOP

a) Dell Latitude 7390 (załącznik 18.a.)

b) Lenovo ThinkPad L380 (załącznik 18.b.)

c) HP Specie x36Q (załącznik 18.c.)

19. LP_D0 LAPTOP

a) Dell Latitude 7490 (załącznik 19.a.)

b) Lenovo ThinkPad T480s (załącznik 19.b.)

20. LP_E0 LAPTOP

a) Dell Precision 5530 (załącznik 20.a.)

b) Lenovo ThinkPad P1 (załącznik 20.b.)

21. M_1 MONITOR PANORAMICZNY

a) Dell P2018H (załącznik 21 .a.)

b) Iiyama ProLite E2283HS-B3 (załącznik 21 .b.)

22. M_2 MONITOR PANORAMICZNY

a) Dell P2319H (załącznik 22.a.)

b) Lenovo ThinkVision T23i (załącznik 22.b.)

c) HP Z23n (załącznik 22.c.)

23. M_3 MONITOR PANORAMICZNY

a) Dell U2415 (załącznik 23.a.)

b) Lenovo L27q (załącznik 23.b.)

c) ACER VG271 UP (załącznik 23.C.)

d) NEC MULTISYNC EA244UHD (załącznik 23.d.)

24. M_4 MONITOR PANORAMICZNY

a) Dell U2715 (załącznik 24.a.)

b) Fujitsu P27-8 TE Pro (załącznik 24.b.)

c) NEC Multisync PA271Q-BK-SV (załącznik 24.c.)

d) ViewSonic VP2768 (załącznik 24.d.)

e) HP Z27n (załącznik 24.e.)

Zamawiający zaznaczył przy tym, iż ww. sprzęt jest powszechnie dostępny u wielu wykonawców zajmujących się handlem sprzętem komputerowego.

W kolejnych wyjaśnieniach udzielonych m.in. w związku z zakwestionowaniem 2 pozycji ze wskazanego powyżej sprzętu (tj. komputer stacjonarny Lenovo TC M720 Tower i monitor Iiyama ProLite E2283HS-B3) Zamawiający wskazał, że:

„(...) monitorem spełniającym wymagania SIWZ (M_1) jest panoramiczny, posiadający hub USB 21.5 calowy monitor Lenovo ThinkVision LT2223zwC (specyfikacja w załączeniu), którego nie umieściliśmy w pierwotnej informacji. Producent oferuje serwis gwarancyjny w miejscu pracy.

Dodatkowo prostuję oczywistą omyłkę pisarską polegającą na wskazaniu modelu Lenovo TC M720 Tower zamiast Lenovo TC M920 Tower posiadającej złącze PCI-Express x4 (oprócz wymaganego PCI-Express x16 i PCI-Express x1).

Specyfikacja w załączniku, producent oferuje serwis gwarancyjny w miejscu pracy.

(...) Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający pragnie wskazać, iż w okolicznościach niniejszego postępowania ZP/BZP/015/2019 nie zasługuje na uwzględnienie pogląd, iż Politechnika Wrocławska dopuściła się opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający zasadę uczciwej konkurencji poprzez określenie parametrów wymaganych komputerów w sposób umożliwiający zastosowanie wyłącznie produktów firmy Dell”.

Powyższe podało w wątpliwość stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego, dlatego też Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do biegłego w sprawie wydania opinii mającej na celu zweryfikowanie czy opis przedmiotu zamówienia przygotowany przez Zamawiającego umożliwiał zaoferowanie na gruncie wyżej wymienionego postępowania jedynie sprzętu komputerowego producenta Dell, w szczególności poprzez udzielenie odpowiedzi na poniższe pytania:

- a) Czy opis przedmiotu zamówienia zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (z uwzględnieniem wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w zakresie treści siwz) wskazywał wyłącznie na urządzenia jednego producenta? Jeżeli tak, to jakiego producenta (wraz z określeniem modelu danego sprzętu) i które dokładnie zapisy (parametry) siwz wskazywały na urządzenia tego producenta, eliminując możliwość zaoferowania urządzeń innych producentów dostępnych na rynku?
- b) Czy ww. parametry, które uniemożliwiały zaoferowanie innych urządzeń były z technicznego punktu widzenia uzasadnione potrzebami Zamawiającego? Jeżeli nie to, które z tych parametrów można uznać za nadmiarowe (w nieuzasadniony sposób ograniczające konkurencję)?
- c) Czy jeżeli opis przedmiotu zamówienia wskazuje na produkt konkretnego producenta, możliwe było w praktyce zaoferowanie produktów równoważnych, tj. urządzeń o parametrach nie gorszych niż wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia (z uwzględnieniem wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w zakresie treści siwz i pkt. II.2 i II.5 siwz), jeżeli tak to, jakich (wskazanie producenta i modelu sprzętu)?
- d) Czy producenci sprzętu komputerowego tacy jak Lenovo, HP, Iiyama, Fujitsu posiadali w swojej ofercie komputery, laptopy, monitory spełniające wszystkie wymagania podane w opisie przedmiotu zamówienia (z uwzględnieniem wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w zakresie treści siwz oraz listy urządzeń podanych przez Politechnikę Wrocławską w piśmie przesłanym do Urzędu z dnia 16 kwietnia 2019 r., zmodyfikowanej pismem, które wpłynęło do Urzędu w dniu 24 kwietnia 2020 r.)? Jeżeli tak to, jaki to był sprzęt (podanie konkretnego modelu)?
- e) Czy jeżeli opis przedmiotu zamówienia (z uwzględnieniem wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w zakresie treści siwz) nie wskazuje na sprzęt konkretnego producenta, jakie produkty oferowane na rynku (inne niż urządzenia producenta Dell) spełniały wymagania opisane przez Zamawiającego (wskazanie konkretnego modelu i producenta dla 24 rodzajów urządzeń określonych w opisie przedmiotu zamówienia)?
- f) Czy zapis zawarty w pkt 1.18, pkt 2.18, pkt 3.17, pkt. 4.17, pkt 5.17, pkt. 6.18, pkt 7.18, pkt. 8.18, pkt 9.18, pkt 10.22, pkt 11.22, pkt 12.22, pkt 13.22, pkt 14.22, pkt 15.22, pkt 16.22, pkt 17.22, pkt 19.21 załącznika nr 3 do siwz, który brzmi „Wykonawca nie może przed dostawą dokonywać modyfikacji dostarczonego przez producenta sprzętu” w nieuzasadniony sposób ograniczył konkurencję w niniejszym postępowaniu?

W opracowanej na potrzeby kontrolowanego postępowania opinii biegły wskazał m. in. co następuje:

„W toku trwania procedury zadawania pytań do Zamawiającego potencjalni Wykonawcy zadali łącznie 70 pytań, na które Zamawiający udzielił odpowiedzi. W aż 49 pytaniach potencjalnych Wykonawców znajdował się postulat dokonania zmian przez Zamawiającego treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w kierunku złagodzenia wymaganych przez Zamawiającego parametrów sprzętu, w taki sposób, aby produkty o zbliżonych parametrach (wymiarach, waga itp.) zostały dopuszczone przez Zamawiającego jako spełniające przez niego wymagania. Należy tutaj zauważyć, że przedmiotem zamówienia były powszechnie używane do zadań biurowych zestawy komputerowe i laptopy, a nie specjalistyczny sprzęt komputerowy dedykowany do niekonwencjonalnych zadań.

W pytaniu nr 61 jeden z potencjalnych Wykonawców wprost postawił Zamawiającemu zarzut ograniczania konkurencji w przetargu poprzez takie sformułowanie wymagań technicznych, które mogą być spełnione wyłącznie przez producenta Dell.

Pytanie nr 61 „Zamawiający tak jak w latach ubiegłych ogranicza przez parametry techniczne możliwość zaoferowania innego sprzętu niż marki Dell. Wystarczy bowiem jedynie jeden z modeli oferowanych ograniczyć do jednego producenta Dell, a niemożliwym jest zaoferowanie innego sprzętu w atrakcyjnej cenie, gdyż firma Dell robi ofertę tylko jednemu Wykonawcy. W związku z powyższym zarzucam Zamawiającemu zapisy, które są ograniczaniem konkurencji i faworyzowaniem producenta Dell. Do tych zapisów należy. Opis

obudów w szczególności poz. 1 Obudowa pionowa typu tower o wymiarach nie większych niż 16 cm x 35 cm x 28 cm (szer. x wys. x gł.) wyposażona w dopasowany do potrzeb zasilacz o mocy co najwyżej 280 W zgodny z normą Energy Star 6.1. Obudowa dostosowana do montażu w wymaganych złączach kart rozszerzeń PCI Express o pełnej wysokości. Element aktywnej detekcji i sygnalizacji otwarcia obudowy.

Proszę o wyjaśnienie, dlaczego wymiary obudowy nie mogą przekraczać podanej 16x35x28. Zamawiający posiada internet i bez trudu może znaleźć, że komputery HP, które spełniają w większości wymogi techniczne, nie spełniają

wymiarów o Hub 2 cm.

Proszę o wyjaśnienie, dlaczego zasilacz ma mieć maksymalnie 280W a nie 320W. Czy Zamawiający zdaje sobie sprawę, że zasilacz o większej możliwym poborze mocy, pobiera tyle samo mocy co pobierają jego podzespoły a jedynie jest przystosowany do większej rozbudowy komputera?

Proszę o wyjaśnienie dlaczego ten komputer ma posiadać aktywną detekcję sygnalizacji otwarcia obudowy a komputer z pozycji 4 ?

Czy zamawiający zdaje sobie sprawę, że kupuje komputery drogie bo wyposażone w czujniki otwarcia obudowy i kontroler RAID przez co komputery te są najdroższymi desktopami nawet w firmie Dell?

Proszę o wyjaśnienie, dlaczego podłączenie 3 monitorów do komputera biurowego jest niezbędne w większości kupowanych przez zamawiającego modelach? Ile aktualnie ma Politechnika Wrocławska komputerów z podłączonymi 3 monitorami?

Proszę o wyjaśnienie, dlaczego Wykonawca nie może zakupić komputera wyprodukowanego przez producenta i np. rozbudować o dodatkową pamięć (np. tego producenta). Czy Zamawiający wie, że nie odróżni dysku firmy Dell od dysku Seagata, gdyż producent Dell wkłada takie same dyski producentów jakie można kupić w sklepie (bez jakiegokolwiek oznaczenia Dell)?

W kontekście powyższego zakazu „Wykonawca nie może przed dostawą dokonywać modyfikacji dostarczonego przez producenta sprzętu”

Proszę o wyjaśnienie kto jest gwarantem poprawnej pracy Wykonawca czy producent? Jeżeli producent to wnosimy o wykreślenie kar za nieterminowe przybycie serwisu producenta.

Proszę o wyjaśnienie Dlaczego Zamawiający określa parametry faworyzujące komputery Dell, dlaczego nie dopuścić innego sprzętu jak choćby HP, Fujitsu? Przedstawione pytania proszę traktować analogicznie do każdego z modeli wymaganych w SIWZ."

Odnosnie wyżej wymienionego pytania Wykonawcy należy stwierdzić, że wszystkie postawione przez tego Wykonawcę zarzuty były trafne, a kwestionowane przez niego parametry sprzętu winny zostać przez Zamawiającego zmienione, w taki sposób, aby dopuścić rozwiązania konkurencyjne innych firm.

Należy zauważyć, że złożone przez potencjalnych wykonawców pytania dotyczące technicznych parametrów sprzętu skłoniły Zamawiającego do dokonania zmian w SIWZ na korzyść wykonawców, dopuszczając w szerszym zakresie konkurencyjne produkty. Na 49 postulatów wykonawców dotyczących dokonania zmian w SIWZ w kierunku rozszerzenia katalogu produktów spełniających wymagania postępowania przetargowego, Zamawiający w całości lub częściowo uwzględnił 39 postulatów wykonawców. Nie ulega wątpliwości, że w pierwotnej formie wymagania Zamawiającego opisane w SIWZ w rażący sposób naruszały zasadę wyrażoną w art. 7 ust 1 w zw. z art. 29 ust 2 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji.

W wyniku kontroli społecznej dokonanej przez potencjalnych wykonawców korzystających z formuły nieograniczonego postępowania przetargowego i możliwości zadawania Zamawiającemu pytań, Zamawiający dokonał zmian w pierwotnym SIWZ rozszerzając katalog akceptowalnych przez niego parametrów sprzętu, lecz należy stwierdzić, że dokonał tego w sposób niewystarczający, aby zachować zasadę uczciwej konkurencji.

Zamawiający w piśmie z dnia 16.04.2019 skierowanym do Urzędu Zamówień Publicznych, pkt 5) przedstawił nazwy modeli komputerów i ich producentów, na dowód braku ograniczenia zapisów przetargu wyłącznie do producenta Dell. Następnie Zamawiający w piśmie z dnia 24.04.2020 skierowanym do UZP złożył autopoprawkę do listy sprzętu innych producentów spełniającą wymagania SIWZ.

Biegły przed odniesieniem się do powyższej listy wskazał ranking producentów laptopów w zależności od wolumenu sprzedaży na świecie za lata 2016 - 2020, ranking producentów PC w zależności od wolumenu sprzedaży na świecie za lata 2016-2019, a także ranking producentów laptopów w zależności od wolumenu sprzedaży w Polsce w okresie 01.-02.2019. Na bazie wymienionych rankingów biegły stwierdził, że do wiodących producentów zarówno PC, jak i laptopów należą: Lenovo, HP, Dell i Asus.

Zdaniem biegłego: „Bazując na zestawieniu Zamawiającego z pisma z dnia 16.04.2019 oraz z pisma z dnia 24.04.2020 należy stwierdzić, że z całą pewnością:

- produkty producenta Dell spełniały wymagania Zamawiającego w każdej z 24 kategorii (24/24) oraz że teoretycznie:
- produkty producenta HP spełniały wymagania Zamawiającego w 6 kategoriach (6/24),
- produkty producenta Lenovo spełniały wymagania Zamawiającego w 23 kategoriach (23/24), przy czym wątpliwe jest, aby w co najmniej 2 kategoriach (zob. uwagi poniżej) w praktyce można było zaoferować taki produkt,
- produkty producenta Asus spełniały wymagania Zamawiającego w 0 kategoriach (0/24),

Biorąc pod uwagę, że zamawiany sprzęt nie był sprzętem specjalistycznym, lecz powszechnie używanym, w każdej z 24 kategorii powinno znaleźć się co najmniej 4 producentów sprzętu, spełniającego wymagania Zamawiającego.

Żaden z producentów lub dystrybutorów, do których zwracał się biegły, nie przechowuje danych historycznych dokumentujących dostępność danego modelu sprzętu na dany miesiąc i rok. Z tych względów niemożliwym jest wyspecyfikowanie dostępności danego sprzętu w przedmiotowym okresie.

Fakt spełniania przez dany jeden model sprzętu innego producenta niż Dell wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ dowodzi jedynie teoretycznej możliwości zaoferowania sprzętu innego producenta ponieważ na dzień sporządzenia opinii brak jest danych historycznych o dostępności danego modelu na dzień składania ofert. Dla przykładu model monitora Lenovo ThinkVision LT2223zWC pochodzi z 2013 roku i wątpliwe jest, aby w 2019 roku pozostawał on w regularnej sprzedaży przez producenta. Dane z serwisów ebay.com czy też allegro.pl pokazują, że ten model był tylko w sprzedaży poleasingowej, czyli dostępne były modele albo używane, albo pojedyncze sztuki. Podobna uwaga dotyczy modelu Lenovo TC M92Q Tower, który swoją światową premierę miał w lipcu 2018 roku na świecie i na dzień ogłoszenia postępowania przetargowego (styczeń 2019), a więc w terminie w którym oferenci weryfikują przedmiot postępowania pod kątem ich możliwości złożenia kompletnej oferty, mógł być jeszcze niedostępny w regularnej sprzedaży w Polsce.

Z tych względów ocena postępowania Zamawiającego w zakresie zachowania uczciwej konkurencji musi opierać się na całościowej ocenie postępowania (olbrzymia liczba pytań potencjalnych Wykonawców, ilość zmian w SIWZ, bardzo wąski opis przedmiotu zamówienia, sposób oceny ofert, terminy, wpływ tylko jednej oferty w postępowaniu), a nie wyłącznie technicznych parametrach dostępnych w danym czasie modelu sprzętu".

Jak stwierdził biegły: „Przy ocenie przedmiotowego postępowania przetargowego pod kątem zachowania zasady uczciwej konkurencji należy jeszcze wziąć pod uwagę następujące kwestie: (...) Podstawowa wartość zamówienia Zamawiającego netto wynosiła 4 000 000 PLN. Dodatkowo Zamawiający zarezerwował sobie prawo zwiększenia ilości zamawianego asortymentu, w przypadku, gdy w trakcie trwania umowy, kwota netto z zakresu podstawowego zostanie wyczerpana. Zamówienia opcjonalne zostały dopuszczone do wartości 30% kwoty podstawowej, a więc do kwoty 1 200 000 PLN netto. Łączna wartość zamówienia opiewała więc na kwotę 5 200 000 PLN netto wydatkowaną sukcesywnie w okresie trwania umowy, tj. do 18 miesięcy od daty podpisania umowy.

Należy więc stwierdzić, że wartość zamówienia była znaczna. Tego typu zamówienia cieszą się dużą popularnością wśród wykonawców, tym bardziej że przedmiotem zamówienia były typowe zestawy komputerowe i laptopy do użytku biurowego. Należałoby więc oczekiwać, że Zamawiający otrzyma co najmniej kilka, jak nie kilkanaście ofert od potencjalnych

Wykonawców, tym bardziej, że formalne warunki przetargu, wymagane referencje nie były wygórowane. W tych okolicznościach zdziwienie budzi fakt, że w przetargu została złożona tylko jedna oferta i ta oferta została wybrana. Skoro więc nie warunki formalne przetargu stanowiły przeszkodę w udziale w nim, a biorąc pod uwagę ilość pytań zadanych Zamawiającemu przez potencjalnych wykonawców przed składaniem ofert, to jedynym wyjaśnieniem tak nikłego zainteresowania przetargiem są rażąco ograniczające parametry zamawianego sprzętu, poprzez opisanie go w sposób uniemożliwiający w praktyce złożenie oferty bazującej wyłącznie na produktach firmy Dell. Oceniając postępowanie przeprowadzone przez Zamawiającego wyłącznie pod względem spełniania kryteriów stricte technicznych, to należy stwierdzić, że w każdej z 24 kategorii sprzętu (bazując na twierdzeniach Zamawiającego wyrażonych w piśmie z dnia 16.04.2019 oraz w piśmie z dnia 24.04.2022), znalazł się model sprzętu innego producenta niż Dell. W ocenie biegłego nie wystarcza to jednak do stwierdzenia, że Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia oraz kryteriach oceny zachował zasadę uczciwej konkurencji”.

Odnosnie polityki partnerskiej producentów biegły stwierdził, że:

„Oceniając przedmiotowe postępowanie pod kątem zasad uczciwej konkurencji należy mieć na uwadze politykę partnerską jaką stosują producenci w Polsce. Zasada ta dotyczy większości producentów, w tym producenta Dell. Światowi producenci większość swoich produktów sprzedają klientom poprzez własną sieć partnerską. Aby zostać partnerem danego producenta należy spełnić pewne wymagania takie jak: wielkość przedsiębiorstwa, wielkość sprzedaży, liczba zatrudnionych certyfikowanych inżynierów danego producenta czy też konieczność odbycia specjalistycznych szkoleń. Niektórzy producenci nadają również różne kategorie partnerstwa np. gold, silver itp. W zależności od posiadanej kategorii dany partner może liczyć na określony poziom uzyskanego od producenta rabatu za zakupywany sprzęt. Dodatkowo u większości producentów istnieje system rezerwacji tzw. „tematu” i klienta, tzn. partner, który jako pierwszy wpisze w systemie rezerwacyjnym producenta potencjalne zamówienie dla danego klienta, otrzymuje tzw. „pierwszą cenę” i ma zagwarantowany najwyższy poziom rabatu od producenta. Kolejny partner, który również chciałby otrzymać rabat od producenta, w zależności od polityki danego producenta: albo otrzymuje dużo gorszy rabat albo w ogóle go nie otrzymuje. Oczywiście może zakupić sprzęt od danego producenta, ale tylko na zwykłych warunkach. Taka polityka partnerska prowadzona przez producentów powoduje, że partner, który zgłosił się do producenta o ustalenie rabatu jako drugi lub trzeci w ogóle nie startuje w danym przetargu, ponieważ zdaje sobie sprawę, że jego cena nie będzie konkurencyjna wobec ceny, którą jest w stanie klientowi zaoferować partner, który zrobił rezerwację jako pierwszy. Należy też tutaj pamiętać, że marże na sprzęcie komputerowym do użytku biurowego są na poziomie kilku procent (w niektórych wypadkach

co najwyżej kilkunastu) więc konkurencja pomiędzy partnerami tego samego producenta, biorąc pod uwagę system rezerwacji, jest bardzo ograniczona.

Natomiast odnosząc się bezpośrednio zadanych pytań (a-f) biegły udzielił następujących odpowiedzi.

Odpowiadając na pytanie a) biegły stwierdził, że: „Opis przedmiotu zamówienia zawarty w pierwotnym SIWZ wskazywał wyłącznie na urządzenia jednego producenta jakim był Dell. Po uwzględnieniu przez Zamawiającego części postulatów zawartych w pytaniach zadanych przez Wykonawców, w każdej z kategorii urządzeń bazując na stricte teoretycznej możliwości, można znaleźć było po jednym z urządzeń innego producenta. Spełnianie wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ wyłącznie przez jeden model jednego z producentów, nie dowodzi faktu, aby opis zamówienia był sporządzony zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, albowiem zamawiany sprzęt nie był sprzętem specjalistycznym, ale powszechnie używanym biurowym sprzętem komputerowym, produkowanym przez co najmniej kilkunastu producentów na świecie, których produkty posiadają zbliżone parametry funkcjonalne i użyteczne dla przeciętnego użytkownika. W pierwotnej specyfikacji sprzętu wymagania Zamawiającego spełniał tylko jeden producent-firma Deli. Po licznych zastrzeżeniach i uwagach od potencjalnych wykonawców, Zamawiający dokonał kosmetycznych zmian w specyfikacji, w taki sposób, aby teoretycznie dopuścić sprzęt innych producentów. Należy tutaj podkreślić, iż po dokonanych zmianach w każdej kategorii w dalszym ciągu znajdowały się produkty Dell. Zamawiający wykluczył w postępowaniu składanie ofert częściowych lub wariantowych. Już z faktu, że w przedmiotowym postępowaniu wpłynęła tylko jedna oferta bazująca wyłącznie na produktach firmy Dell, należy wysnuć wniosek, że przedmiot zamówienia został opisany nieprawidłowo i niekonkurencyjnie, biorąc pod uwagę jego przedmiot i charakter. Przy tak wysokiej wartości zamówienia, wolumenie produktów oraz niskiej marżowości nieopłacalne jest oferowanie produktów różnych producentów w ramach jednej oferty. Opisany we wstępie w pkt. 3 system polityki partnerskiej producentów wraz z systemem rabatowania powoduje, że nie jest możliwe uzyskanie nawet niewielkiej marży przy dostarczaniu w ramach jednej umowy urządzeń różnych producentów. Dodatkowym utrudnieniem i kosztem jest obsługa serwisowa urządzeń różnych producentów u tego samego klienta. Dodatkowym elementem uniemożliwiającym złożenie oferty sprzętowej opartej na produktach różnych producentów były kryteria oceniania oferty ustalone przez Zamawiającego, a opisane we wstępie, które zbyt niską wagę przykładały do kryterium ceny ogólnej oferty; a punktowały ceny częściowe asortymentu, a także terminy realizacji dostaw oraz czas reakcji serwisu.

Najlepszym dowodem na naruszenie zasad uczciwej konkurencji poprzez nieprawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia oraz ustalenie niezasadnych kryteriów oceny ofert jest fakt, że w przedmiotowym postępowaniu została złożona tylko jedna oferta, w całości oparta na

produktach Dell. Przedmiotem postępowania był sprzęt komputerowy do użytku biurowego, powszechnie stosowany i będący w ciągłej sprzedaży, zaś wymogi formalne przetargu (referencje, wadium) nie były wyśrubowane. Zamówienia tego typu urządzeń, o takiej łącznej wartości i wolumenie są bardzo atrakcyjne dla wykonawców i gdyby przedmiot zamówienia opisany był w sposób nieutrudniający konkurencji to z całą pewnością Zamawiający otrzymałby co najmniej kilka, jeśli nie kilkanaście ofert”.

Odpowiadając na pytanie b) biegły uznał, że:

„Wyjątkowa precyzja Zamawiającego w określeniu parametrów sprzętu biurowego co do jego wymiarów, grubości, wagi itp. w żaden sposób nie może być tłumaczona specjalistycznymi wymaganiami Zamawiającego. Tak jak zostało już powyżej stwierdzone, przedmiotem zamówienia był powszechnie używany sprzęt komputerowy przeznaczony do użytku biurowego. Oczywiście są przypadki, kiedy takie precyzyjne określenie wymiarów sprzętu jest istotne dla zamawiających i występuje na przykład w przypadku, kiedy zamawiany sprzęt ma być użytkowany do obsługi klienta w centrach obsługi, gdzie każde stanowisko jest wyposażone w identyczny, niewielki pulpit, a samo centrum jest urządzone w identyczne meble w celu standaryzacji powierzchni np. sale obsługi klienta w bankach czy u operatorów komórkowych. W przypadku Zamawiającego taki wymóg nie istniał. Powierzchnie biurowe czy dydaktyczne u Zamawiającego z całą pewnością nie są wyposażone w identyczne biurka czy pulpity, a więc wielkość laptopa czy komputera podana do wartości milimetrowych nie ma żadnego znaczenia w prawidłowym używaniu sprzętu. Podobną rzecz się ma z wagą sprzętu. Dla użytkownika, który większość czasu spędza korzystając z laptopa przy biurku, waga sprzętu w granicach pomiędzy 1,7 a 2,3 kg nie ma znaczenia dla jego komfortowego użytkowania. Tak ścisłe więc ograniczenie wymiarów czy też wagi sprzętu w przypadku Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia”.

Z kolei w odpowiedzi na pytanie c) biegły wskazał, że: «Zamawiający w pkt. II. 5. SIWZ dopuścił „składanie ofert równoważnych w zakresie wskazanych znaków towarowych, patentów, norm, aprobat lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu”. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający ma obowiązek opisanie istotnych dla zamawiającego cech i parametrów, na podstawie których będzie oceniana równoważność. Bez takiego opisu samo dopuszczenie równoważności powoduje w istocie faktyczny brak dopuszczenia rozwiązań równoważnych. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu opisał jako równoważne: znaki towarowe, patenty, normy, aprobaty, pochodzenie, źródło lub szczególny proces. Zamawiający nie opisał w SIWZ, że w zakresie wymiarów, wagi, wielkości obudowy itp. dopuści sprzęt o parametrach równoważnych. Warto przywołać tutaj wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2019 r. t. sygn. akt: KIO 2125/19: „Dopuszczenie składania ofert równoważnych wymaga precyzyjnego określenia przez zamawiającego minimalnych parametrów równoważności

produktów, w oparciu o które dokonana zostanie ocena spełnienia wymagań opisu przedmiotu zamówienia. Zatem, aby prawidłowo zastosować art 29 ust. 3 Pzp, niezbędne jest jasne i przejrzyste wskazanie w dokumentacji postępowania technicznych, funkcjonalnych czy jakościowych wymogów, dotyczących cech rozwiązań równoważnych. Brak takiego określenia z jednej strony uniemożliwia wykonawcom weryfikację, czy oferowane przez nich produkty spełniają wymagania zamawiającego - w tym porównanie istotnych właściwości oferowanych urządzeń do właściwości oczekiwanych przez zamawiającego - co uniemożliwia jednoznaczne przesądzenie kwestii równoważności produktów wykonawcy. Z drugiej strony brak jasności w zakresie skwantyfikowanych oczekiwań równoważności przez zamawiającego, powoduje brak możliwości oceny i porównania złożonych ofert, w warunkach uczciwej i równej konkurencji.”

Biorąc pod uwagę powyższe w przedmiotowym postępowaniu niemożliwe było zaoferowanie sprzętu równoważnego, z uwagi na brak określenia przez Zamawiającego minimalnych parametrów równoważności w zakresie wagi, wymiarów, wielkości obudowy, przekątnej ekranu».

W odpowiedzi na pytanie d) biegły uznał, iż: „Żaden z producentów oprócz Dell nie posiadał w swojej ofercie wszystkich urządzeń spełniających wymagania Zamawiającego. Niektórzy producenci tacy jak HP czy Lenovo posiadali w swojej ofercie niektóre urządzenia pasujące do kilku kategorii wymaganego asortymentu. W powodów opisanych we wstępie oraz w pkt. a) powyżej nieopłacalne jest oferowanie przez wykonawcę urządzeń różnych producentów”.

Udzielając odpowiedzi na pytanie e) biegły wskazał w opinii, że: „Opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ wskazuje na urządzenia wyłącznie producenta Deli. Modyfikacje SIWZ dokonane przez Zamawiającego wskutek postulatów potencjalnych wykonawców dopuściły teoretyczną możliwość połączenia produktów różnych producentów w ramach jednej oferty, ale jak już o tym wyżej wspomniano taka łączona oferta nie umożliwiałaby osiągnięcia przez wykonawcę nawet minimalnego zysku, biorąc pod uwagę systemy rabatowania, wolumen produktów, odpowiedzialność wykonawcy, wykonywanie serwisu. Celem istnienia każdego przedsiębiorstwa jest zysk i żaden przedsiębiorca nie zaoferuje sprzedaży produktów poniżej własnych kosztów (pomijam tutaj problematykę monopolu i cen dumpingowych stosowanych przez producentów).

Z całą pewnością należy stwierdzić, że gdyby istniała możliwość osiągnięcia przez wykonawcę zysku poprzez złożenie oferty łączącej produktu różnych producentów, to taka oferta w tym postępowaniu zostałaaby złożona”.

Odpowiadając na ostatnie z ww. pytań - f), biegły uznał, że: „Zapis zawarty w punktach opisany w ppk. f) powyżej w sposób nieuzasadniony ograniczył konkurencję w niniejszym postępowaniu. Modyfikacja sprzętu poprzez dołożenie do niego pamięci RAM jest bardzo częstym zabiegiem stosowanym przez wykonawców. Wykonawca posiadający autoryzację

danego producenta jest uprawniony do otwarcia laptopa czy komputera w celu doposażenia sprzętu o większą pamięć RAM. Taka ingerencja nie powoduje utraty gwarancji producenta na sprzęt. Wymiana pamięci RAM jest zabiegiem bardzo prostym w wykonaniu. Dość często zdarza się, że dany model spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego z wyjątkiem zbyt małej pamięci RAM. Zdarza się również, że na rynku brakuje gotowych komputerów o konkretnej pamięci, a modele różnią się jedynie jej pojemnością. Wykonawcy wymieniają wtedy pamięć RAM na większą, bardzo często jest to produkt tego samego producenta lub są to pamięci firmy Kingston, powszechnie stosowane i akceptowane przez wszystkich producentów. Producenci tacy jak Lenovo czy HP wyrażają zgodę na taką ingerencję dokonywaną przez autoryzowanego partnera i taka ingerencja nie powoduje utraty gwarancji. Sama wymieniona pamięć jest objęta odrębną gwarancją o takim samym zakresie jak ta, która została wymieniona lub dłuższą”.

Mając na uwadze powyższe Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał na regulację zawartą w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którą 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. Jednocześnie w myśl art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiot zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W tym również, poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Wskazane przepisy służą realizacji jednej z podstawowych zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nakładającej na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Prezes Urzędu podkreślił, że Zamawiający przygotowując opis przedmiotu zamówienia powinien unikać wszelkich sformułowań lub też parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób albo na konkretnego producenta. 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 nazywany przez zamawiającego, wystarczy, aby wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia zostały określone w taki sposób, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Użycie przez zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń, czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt narusza zasady obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. 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 SIWZ, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.

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

Mając na uwadze powyższe rozważania Prezes Urzędu stwierdził, że okoliczności niniejszej sprawy dowodzą, iż Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, w tym opis przedmiotu zamówienia zawarty w załączniku nr 3 do SIWZ, uzupełniona następnie wyjaśnieniami udzielonymi przez Zamawiającego w trybie art. 38 ust. 2 ustawy Pzp, została sporządzona w sposób faworyzujący produkty producenta Dell i tylko teoretycznie dopuszczała możliwość zaoferowania urządzeń innych producentów niż Dell, co potwierdza opinia sporządzona przez biegłego w niniejszej sprawie. Zatem na gruncie przedmiotowej sprawy mamy do czynienia z ograniczeniem zasady uczciwej konkurencji.

W tym kontekście Prezes Urzędu zwrócił szczególną uwagę na zapis zawarty w pkt 1.18, pkt 2.18, pkt 3.17, pkt. 4.17, pkt 5.17, pkt. 6.18, pkt 7.18, pkt. 8.18, pkt 9.18, pkt 10.22, pkt 11.22, pkt 12.22, pkt 13.22, pkt 14.22, pkt 15.22, pkt 16.22, pkt 17.22, pkt 19.21 załącznika nr 3 do SIWZ (OPZ) stanowiący że: Wykonawca nie może przed dostawą dokonywać modyfikacji dostarczonego przez producenta sprzętu. Zapis ten dotyczy więc znacznej większości kategorii dostarczanego asortymentu. Biegły w przedstawionej opinii stanowczo stwierdził, że przytoczony zapis „w sposób nieuzasadniony ograniczył konkurencję w niniejszym postępowaniu”. Dla zobrazowania powyższego biegły przykładowo wskazał, że „modyfikacja sprzętu poprzez dołożenie do niego pamięci RAM jest bardzo częstym zabiegiem stosowanym przez wykonawców. Wykonawca posiadający autoryzację danego producenta jest uprawniony do otwarcia laptopa czy komputera w celu doposażenia sprzętu o zwiększoną pamięć RAM. Taka ingerencja nie powoduje utraty gwarancji producenta na sprzęt. Wymiana pamięci RAM jest zabiegiem bardzo prostym w wykonaniu. Dość często zdarza się, że dany model spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego z wyjątkiem zbyt małej pamięci RAM (...)”.

Tym samym, jak stwierdził Prezes Urzędu, powyższy zapis pozbawił potencjalnych wykonawców możliwości dostosowania oferowanego sprzętu do wymagań Zamawiającego, czego efekt jest widoczny w ilości złożonych ofert i zaoferowanym asortymencie.

Systematyzując, zdaniem biegłego „opis przedmiotu zamówienia zawarty w pierwotnym SIWZ wskazywał wyłącznie na urządzenia jednego producenta jakim był Dell. Po uwzględnieniu przez Zamawiającego części postulatów zawartych w pytaniach przez Wykonawców, w każdej z kategorii urządzeń bazując na stricte teoretycznej możliwości, można znaleźć było po jednym z urządzeń innego producenta”.

Z powyższego Prezes Urzędu wywiódł, że zmieniane parametry sprzętu komputerowego (m. in. parametry obudowy, wagi, grubości) w swojej pierwotnej wersji w SIWZ umożliwiały zaoferowanie wyłącznie sprzętu producenta Dell.

Prezes Urzędu podniósł ponadto, że na gruncie przedmiotowej sprawy nie można nie zauważyć głosu potencjalnych wykonawców, którzy zwracali uwagę Zamawiającemu, zarówno w pytaniach dotyczących SIWZ opublikowanych przez Zamawiającego, jak i tych niepublikowanych, na kwestię ograniczenia konkurencji w niniejszym postępowaniu, w tym, poprzez bezpośrednie faworyzowanie producenta Dell. Do Zamawiającego wpłynęło szereg pytań, próśb nakierowanych na zmodyfikowanie treści SIWZ i złagodzenie rygorystycznych parametrów. Zatem dopiero inicjatywa potencjalnych wykonawców skłoniła Zamawiającego do zmiany dotychczasowych zapisów SIWZ. Niemniej, jak stwierdził biegły, „Zamawiający dokonał zmian w pierwotnym SIWZ rozszerzając katalog akceptowalnych przez niego parametrów sprzętu, lecz należy stwierdzić, że dokonał tego w sposób niewystarczający, aby zachować zasadę uczciwej konkurencji”.

Zdaniem biegłego, „przy tak wysokiej wartości zamówienia, wolumenie produktów oraz niskiej marżowości nieopłacalne jest oferowanie produktów różnych producentów w ramach jednej oferty (...) system polityki partnerskiej producentów wraz z systemem rabatowania powoduje, że nie jest możliwe uzyskanie nawet niewielkiej marży przy dostarczaniu w ramach jednej umowy urządzeń różnych producentów. Dodatkowym utrudnieniem i kosztem jest obsługa serwisowa urządzeń różnych producentów u tego samego klienta (...) Zamówienia tego typu urządzeń, o takiej łącznej wartości i wolumenie są bardzo atrakcyjne dla wykonawców i gdyby przedmiot zamówienia opisany był w sposób nieutrudniający konkurencji to z całą pewnością Zamawiający otrzymałby co najmniej kilka, jeśli nie kilkanaście ofert”. Powyższe pokazuje, z jakimi czynnikami ekonomicznymi, rządzącymi rynkiem, musiał liczyć się potencjalny wykonawca rozważając złożenie oferty.

W związku z powyższym, Prezes Urzędu stwierdził jedynie teoretyczną możliwość połączenia produktów różnych producentów w ramach jednej oferty, gdyż jak wskazał biegły, „taka łączna oferta nie umożliwiałaby osiągnięcia przez wykonawcę nawet minimalnego zysku, biorąc pod uwagę systemy rabatowania, wolumen produktów, odpowiedzialność wykonawcy, wykonywanie serwisu. Celem istnienia każdego przedsiębiorstwa jest zysk i żaden przedsiębiorca nie zaoferuje sprzedaży produktów poniżej własnych kosztów (pomijam tutaj politykę monopolu i cen dumpingowych stosowanych przez producentów)”.

Prezes Urzędu zaznaczył, że sprzęt producenta Dell jako jedyny mógł zostać zaoferowany w każdej z kategorii wymaganego asortymentu. Jak stwierdził biegły „Żaden z producentów oprócz Dell nie posiadał w swojej ofercie wszystkich urządzeń spełniających wymagania Zamawiającego”, czy „po dokonanych zmianach w każdej z kategorii w dalszym

ciągu znajdowały się produkty Dell”. Wynika to również z listy sprzętu wskazanej przez samego Zamawiającego.

Kontrolujący zwrócił również uwagę na fakt, że przedmiot kontrolowanego zamówienia dotyczył sukcesywnej dostawy 3 kategorii sprzętu komputerowego, tj. zestawów komputerowych, laptopów i monitorów. Zamawiający nie zdecydował się na dokonanie podziału zamówienia na części, w dokumentacji wprost wyłączył możliwość składania ofert częściowych. Pomimo, iż w dokumentacji nie widnieje zapis obligujący do zaoferowania produktów jednego producenta na cały asortyment to zaoferowanie produktów różnych producentów w ramach jednej oferty było znacznie utrudnione, czy wręcz jak twierdzi biegły, niemożliwe. O czym świadczy fakt, że ofertę złożył jeden Wykonawca oferujący w każdej z pozycji sprzęt producenta Dell. Nawet jeżeli (teoretycznie) pojedyncze sprzęty innych producentów spełniałyby niektóre kategorie, to należy pamiętać, że zamówienie dotyczyło aż 24 kategorii zakupowych.

Dodatkowo, Prezes Urzędu wskazał, że Zamawiający w pierwszych wyjaśnieniach przedstawił listę sprzętu komputerowego wraz ze wskazaniem producentów i konkretnych modeli spełniających jego zdaniem wymagania określone w SIWZ. Wśród wymienionego sprzętu 2 pozycje zostały zakwestionowane. Zamawiający następnie zmodyfikował przesłaną listę, wskazując przy tym na omyłkę pisarską polegającą na wskazaniu modelu Lenovo TC M720

Tower zamiast Lenovo TC M920 Tower. Zamawiający wskazał także inny monitor spełniający wymagania SIWZ (M_1), tj. monitor Lenovo ThinkVision LT2223zwC. Zdaniem Prezesa Urzędu, nie sposób uznać powyższego za omyłkę w sytuacji, gdy dołączone do pierwszych wyjaśnień karty katalogowe również dotyczą wskazanego przez Zamawiającego pierwotnie sprzętu.

Pomimo tego, że w ocenie biegłego niemożliwe jest wyspecyfikowanie dostępności wskazanego przez Zamawiającego sprzętu w okresie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ustalenie czy sprzęt ten mógł zostać w rzeczywistości zaoferowany w postępowaniu, to biegły zauważył, m. in., że model monitora Lenovo ThinkVision LT2223zwC pochodzi z 2013 roku i wątpliwe jest, aby w 2019 roku pozostawał on w regularnej sprzedaży przez producenta. Dane z serwisów ebay.com czy też allegro.pl pokazują, że ten model był tylko w sprzedaży poleasingowej, czyli dostępne były modele albo używane, albo pojedyncze sztuki. Podobna uwaga dotyczy modelu Lenovo TC M920 Tower (...).

Za istotną Prezes Urzędu uznał okoliczność, że Zamawiający nie uzasadnił, aby tego rodzaju zamówienie, na dostawę biurowego sprzętu komputerowego dla Uczelni Wyższej, dawało podstawy do tego, aby jedynie sprzęt producenta Dell spełniał jego oczekiwania w pełnym zakresie. Jak trafnie podniósł biegły, przedmiotem zamówienia w gruncie rzeczy były „powszechnie używane do zadań biurowych zestawy komputerowe i laptopy, a nie

specjalistyczny sprzęt komputerowy dedykowany do niekonwencjonalnych zadań”. Biegły zwrócił również przy tym uwagę, że „wyjątkowa precyzja Zamawiającego w określeniu parametrów sprzętu biurowego co do jego wymiarów, grubości, wagi itp. w żaden sposób nie może być tłumaczona specjalistycznymi wymaganiami Zamawiającego”.

Jak stwierdził Kontrolujący, o faworyzowaniu produktów producenta Dell na gruncie kontrolowanego postępowania świadczy m. in. to, że pierwotny opis przedmiotu zamówienia wskazywał bezpośrednio na jego sprzęt, następnie na skutek dokonanych zmian (OPZ) sprzęt tego producenta, jako jedyne, mógł zostać zaoferowany we wszystkich kategoriach wymaganego asortymentu. Spełnienie wymagań w każdej z kategorii ma istotne znaczenie, gdyż Zamawiający uniemożliwił składanie ofert częściowych na gruncie kontrolowanego postępowania. Potencjalny wykonawca mógł zaoferować w każdej kategorii sprzęt producenta Dell albo opracować ofertę składającą się z produktów różnych producentów, co jednak zdaniem biegłego było nieopłacalne z punktu widzenia wykonawcy. Ponadto Zamawiający uniemożliwił potencjalnym wykonawcom doposażenie sprzętu w taki sposób, aby spełniał postawione wymagania, tak jak sprzęt producenta Dell. Ostatecznie również produkty producenta Dell zostały zaoferowane w jedynej ofercie, która wpłynęła w niniejszym postępowaniu.

Reasumując, Prezes Urzędu stwierdził, że w przedmiotowej sprawie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez ostateczne sformułowanie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w tym opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, skutkujące uprzywilejowaniem w postępowaniu o udzielenie zamówienia sprzętu producenta Dell, co powodowało, że zaoferowanie urządzeń innych producentów stanowiło wyłącznie teoretyczną możliwość.

Powyższe naruszenie miało, zdaniem Prezesa Urzędu, wpływ na wynik postępowania.

Ad. 2

Prezes Urzędu wskazał, że w protokole postępowania (DRUK ZP-PN) w sekcji 2 ust. 2 Zamawiający umieścił informację, że zamówienie nie zostało podzielone na części. W dalszej części protokołu, w miejscu gdzie należało wskazać powody niedokonania podziału na części Zamawiający zawarł następujące zdanie:

„Przedmiot zamówienia stanowi jedną kategorię zakupową i ze względu na tożsamość przedmiotową w żaden sposób nie utrudnia małym i średnim przedsiębiorcom złożenia oferty.

W wyjaśnieniach udzielonych na wezwanie Urzędu Zamówień Publicznych Zamawiający stwierdził, że:

„Zgodnie z zapisem SIWZ (oraz analogicznie z ogłoszeniem o zamówieniu) Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych. Całość zamawianego asortymentu stanowi jedną

tożsamą grupę zakupową i w ocenie Zamawiającego nie stanowi utrudnienia złożenia oferty wykonawcom. Dla udowodnienia powyższego, Politechnika Wrocławska odwołuje się do oficjalnych stron internetowych producentów takich jak: HP, Dell, Fujitsu, czy też Lenovo, aby sprawdzić iż wskazani wykonawcy mają w swoich ofertach komputery stacjonarne i laptopy i monitory. Ponadto w każdym sklepie oferującym sprzęt komputerowy działającym zarówno w internecie jak i stacjonarnie jest możliwość zakupu każdego asortymentu, który jest określony w przedmiotowym OPZ. Tym samym „połączenie asortymentu” przez Zamawiającego w ramach swoich uzasadnionych potrzeb - nie powoduje ograniczenia konkurencji. Ponadto Politechnika Wrocławska pragnie zwrócić uwagę na hipotetyczną sytuację zakupową, w której zamawiany asortyment byłby kupowany w podziale na części. Dopuszczenie składania ofert częściowych mogłoby znacząco utrudnić funkcjonowanie Uczelni w sytuacji gdyby, jedna z części nie została rozstrzygnięta lub były problemy z jej realizacją”.

Kontrolujący zauważył, że zgodnie z treścią art. 36aa ustawy Pzp, Zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części.

Ponadto jak stanowi art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół, zawierający powody niedokonania podziału zamówienia na części. Prezes Urzędu wskazał, że Zamawiający, uzasadniając przyczyny braku podziału zamówienia na części, nie może powoływać się

wyłącznie na korzyści organizacyjne, wynikające z prowadzenia jednego, a nie większej liczby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wyjaśnił Kontrolujący, powyższy przepis stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego normy zawartej w art. 46 ust. 1 dyrektywy klasycznej, który stanowi m. in., że instytucje zamawiające dokonują wskazania najważniejszych powodów swojej decyzji o niedokonaniu podziału na części, które zamieszcza się w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu, o którym mowa w art. 84 dyrektywy klasycznej. Należy zauważyć, że jednym z głównych celów dyrektyw z zakresu zamówień publicznych jest zwiększenie udziału sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w rynku zamówień publicznych. Działanie takie powinno zaowocować również zwiększeniem konkurencji między wykonawcami. Zgodnie z motywem 78 preambuły do dyrektywy klasycznej w przypadku, gdy instytucja zamawiająca zdecyduje, że podział zamówienia na części nie byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej. Powyższy motyw preambuły wymienia następujące przykładowe przyczyny: instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu

zamówienia. Prezes Urzędu zauważył, że ustawodawca europejski za okoliczność uzasadniającą rezygnację z podziału na części uznał jedynie nadmierne trudności czy koszty oraz brak koordynacji, skutkujący poważną groźbą nieprawidłowej realizacji zamówienia. A contrario uznać należy, w ocenie Kontrolującego, iż obawy związane z ewentualnymi niewielkimi trudnościami czy kosztami bądź nieznacznymi problemami z koordynowaniem działań wykonawców, a tym bardziej wygoda zamawiającego, nie powinny stanowić dostatecznej podstawy do zaniechania podziału zamówienia na części. Prezes Urzędu zastrzegł jednak, że ocena ta powinna być dokonywana każdorazowo z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danego przypadku.

Jak zauważył Prezes Urzędu, art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp nie nakłada bezwzględnego obowiązku podziału zamówienia na części, stanowi natomiast o uprawnieniu zamawiającego do podziału zamówienia i nie zawiera wprost obowiązku wyjaśniania przez zamawiającego przyczyn, dla których nie zastosował podziału zamówienia. Taki obowiązek wynika natomiast z normy ujętej w art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp dotyczącej prowadzenia protokołu postępowania.

Kontrolujący stwierdził jednak, że Zamawiający w protokole kontrolowanego postępowania nie wskazał w istocie żadnych konkretnych powodów swojej decyzji w postaci niedokonania podziału zamówienia na części, np. szczegółów dotyczących trudności, zagrożeń, które odwoływałyby Zamawiającego od podziału zamówienia. Przedmiotowe zamówienie dotyczyło co prawda dostawy sprzętu komputerowego niemniej składającego się z odmiennych kategorii: zestawów komputerowych, laptopów, monitorów. Ma to istotne znaczenie z tego względu, że z podziałem tego rodzaju zamówień na części można spotkać się w praktyce.

Mając na uwadze powyższe Prezes Urzędu przyjął, że na gruncie niniejszej sprawy Zamawiający naruszył art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, z uwagi na brak precyzyjnego opisu powodów niedokonania podziału zamówienia na części, a jedynie posłużenie się ogólnikowym stwierdzeniem w protokole postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że: Przedmiot zamówienia stanowi jedną kategorię zakupową i ze względu na tożsamość przedmiotową w żaden sposób nie utrudnia małym i średnim przedsiębiorcom złożenia oferty.

Zdaniem Prezesa Urzędu, powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

W dniu 14 stycznia 2022 r., działając na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający - Politechnika Wrocławska zgłosił zastrzeżenia do wyniku kontroli. Zamawiający nie zgodził się z wynikiem przeprowadzonej kontroli.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający wskazał:

(1) Kontrolujący w pierwszej kolejności przypomniał, iż nie można mówić o zachowaniu uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy aby wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia zostały określone w taki sposób, że aby je wypełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt. W ocenie Kontrolującego użycie przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń, czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt narusza zasady obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia.

(2) Powyższy opis był punktem wyjścia do postawienia Zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez uprzywilejowanie w postępowaniu producenta Dell, co miało spowodować, iż zaoferowanie urządzeń innych producentów stanowiło wyłącznie teoretyczną możliwość. W podsumowaniu zarzutu Kontrolujący stwierdza jednak, powołując się na ustalenia biegłego, iż potencjalny wykonawca mógł zaoferować w każdej kategorii sprzęt producenta Dell albo opracować ofertę składającą się z produktów różnych producentów. Nie można zatem twierdzić, iż w przedmiotowym postępowaniu mieliśmy do czynienia ze wskazaniem w opisie przedmiotu zamówienia na produkty konkretnego producenta. Okoliczność ta wynika z ustaleń biegłego.

(3) Kontrolujący dodaje zarazem, iż możliwość ofertowania produktów różnych wykonawców była nieopłacalna z punktu widzenia wykonawcy. Na tym miałby polegać swoisty monopol jednego producenta. Nie byłby to monopol wynikający z wymagań technicznych, co z pewnego rodzaju przymusu ekonomicznego skutkującego możliwością ofertowania produktów tylko jednego przedsiębiorstwa. Brak jest jednak w treści Informacji szczegółowego uzasadnienia dla takiego stanowiska. Brak wskazania, jakie konkretnie wyliczenia za tym przemawiają. Brak wyjaśnienia dlaczego oferta tak skonstruowana byłaby mniej konkurencyjna od oferty przewidującej dostawę tylko

jednego producenta. Mamy w tym zakresie jedynie do czynienia z przypuszczeniami biegłego niepopartymi szczegółową argumentacją.

(4) Zamawiający wskazał, iż niezrozumiałe jest dlaczego biegły oceniając konkurencyjność opisu przedmiotu zamówienia odniósł się tylko do czterech producentów, jakimi są przedsiębiorstwa Lenovo, HP, Dell oraz Asus. Podkreślenia wymaga, iż katalog ogólnodostępnych laptopów i komputerów jest w tym zakresie znacząco szerszy. Przykładowo (stan na dzień 10 lutego 2022 roku) w odniesieniu do laptopów oferowanych przez najbardziej popularne sieci sprzedaży sprzętu elektronicznego:

Media Markt posiada w ofercie 13 marek producentów.

RTV EURO AGD posiada w ofercie 14 marek producentów.

Media Expert posiada w ofercie 18 marek producentów.

Podobnie w odniesieniu do producentów zestawów komputerowych (stan na dzień 10 lutego 2022 roku):

- Media Markt posiada w ofercie 6 marek producentów.
- RTV EURO AGD posiada w ofercie 12 marek producentów.
- Media Expert posiada w ofercie 19 marek producentów.

Zamawiający wskazał, że uczestnikami postępowań na zakup sprzętu komputerowego nie są producenci lub też autoryzowani dostawcy jednego producenta, a najczęściej przedsiębiorstwa zajmujące się handlem sprzętem komputerowym różnych marek (przykładowo ogłoszenia o udzieleniu zamówienia omówione w dalszej części pisma). Za istotne w tym zakresie Zamawiający uznał, że nie ograniczył możliwości oferowania produktów różnych producentów w ramach tej samej oferty. W zależności od dostępności urządzeń określonych marek możliwe było skonstruowanie oferty składającej się także z produktów różnych producentów. Biorąc pod uwagę powyższe, należy powtórzyć za biegłym, iż spośród czterech badanych przez niego marek produkty HP spełniały wymagania w 6 kategoriach, zaś Lenovo w 23 kategoriach na 24. Biegły dodał, iż w każdej z kategorii urządzeń bazując na stricte teoretycznej możliwości, można było znaleźć po jednym z urządzeń innego producenta. I to tylko w zakresie czterech badanych przez niego producentów. Tym samym Zamawiający nie zgodził się z tezą, iż opis przedmiotu zamówienia wskazywał na produkty jednej firmy, to jest DELL.

(5) Biegły podkreślał znaczenie szeregu okoliczności, które w jego ocenie prowadziły do ograniczenia konkurencyjności postępowania. Za całkowicie chyby Zamawiający uznał zarzut niedopuszczenia możliwości zaoferowania sprzętu równoważnego w zakresie takich wymagań jak waga, wymiary obudowy oraz przekątna ekranu (strona 21 Informacji). Zgodnie bowiem z treścią art. 29 ust. 3 ustawy Pzp obowiązek dopuszczenia rozwiązań równoważnych dotyczy sytuacji, gdy zamawiający rezygnując z określenia wymaganych cech i parametrów opisuje przedmiot zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia właśnie przez odniesienie się do wymaganych cech i parametrów, bez wskazywania konkretnych produktów. Zamawiający uznał zarzut zaniechania dopuszczenia sprzętu równoważnego w zakresie wymiarów, wagi oraz wielkości obudowy (strona 20/21 Informacji) za wynikający z niezrozumienia zakresu zastosowania przywołanego przez biegłego art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający musiał dokonać wyboru określonych parametrów celem wskazania, jakie produkty różnych producentów spełniać będą jego oczekiwania.

(6) Niezrozumiałe jest dla Zamawiającego twierdzenie, iż zbyt niska waga kryterium ceny wraz z punktowaniem cen częściowych asortymentu oraz terminów dostaw i czasu reakcji serwisu uniemożliwiły złożenie oferty opartej na produktach różnych producentów. W ocenie

Zamawiającego, takie właśnie rozwiązanie, poprzez nadanie istotnego znaczenia nie cenie dostaw, a jakości obsługi, premiowało wykonawców przewidujących dostawę produktów różnych producentów. W odróżnieniu od ceny urządzenia jakość obsługi jest okolicznością w większym stopniu zależną od wykonawcy (czas reakcji, termin dostaw). Zamawiający stwierdził, że taki był cel ustanowienia kryteriów pozacenowych.

(7) Biegły zakwestionował także posłużenie się przez Zamawiającego w ramach opisu przedmiotu zamówienia takimi parametrami jak waga laptopa, czy jego wymiary (strona 20). W ocenie Zamawiającego, są to podstawowe parametry istotne dla oceny przydatności przenośnego sprzętu komputerowego. Tak też przykładowo w rekomendacjach Prezesa UZP dotyczących zakupu sprzętu komputerowego: „Określone wymaganie względem wagi komputera przenośnego - np. waga kompletnego urządzenia, tj. komputera z zasilaczem i baterią albo np. samego komputera z baterią”. Podobnie Prezes UZP w tym samym dokumencie dopuszcza posługiwanie się parametrem wymiarów („wielkość obudowy, jeśli wynika ze specyfiki”). Zamawiający podał, że opisał przedmiot zamówienia z uwzględnieniem potrzeb zgłaszanych przez przyszłych użytkowników sprzętu komputerowego. Waga oraz wymiary sprzętu miały w tym zakresie istotne znaczenie, biorąc pod uwagę specjalistyczne cele użytkowanego sprzętu.

(8) Biegły kilkakrotnie podkreślał, iż przedmiotem zamówienia były powszechnie używane do zadań biurowych zestawy komputerowe i laptopy, a nie specjalistyczny sprzęt komputerowy dedykowany do niekonwencjonalnych zadań (przykładowo strona 15 Informacji). Zamawiający stwierdził, że nie jest to informacja prawdziwa, a ta

okoliczność zdaje się mieć istotne znaczenie dla sposobu oceny przez biegłego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że określił standardy zamawianego sprzętu na kategorie: zestaw biurowy, uproszczony, laboratoryjny i laboratoryjny zaawansowany. Zestaw biurowy to tylko dwie pozycje z całości przedmiotu zamówienia. Wykonawcy mieli świadomość, że przedmiot zamówienia to w większości zaawansowany sprzęt specjalistyczny niezbędny do potrzeb badawczych i dydaktycznych uczelni technicznej. Zdaniem Zamawiającego, jest to z całą pewnością sprzęt dedykowany do niekonwencjonalnych zadań. Specyfika i zakres zadań uczelni wyższej powodują, że sprzęt nabyty w ramach przedmiotowej umowy wykorzystywany jest również poza pracą biurową, w tym do prac specjalistycznych np. z zakresu programowania i sztucznej inteligencji, jak i do sterowania oraz zarządzania precyzyjnymi badaniami naukowymi i sprzętem laboratoryjnym. Są to m.in. badania biochemiczne i sprzęt wykorzystywany w takich procesach powinien charakteryzować się podwyższonymi parametrami jakości technicznej oraz obsługi gwarancyjnej.

(9) Biegły wskazał także, iż nieopłacalne było oferowanie produktów różnych producentów, gdyż „system polityki partnerskiej producentów wraz z systemem rabatowania powoduje, iż nie jest możliwe uzyskanie nawet niewielkiej marży przy dostarczaniu w ramach jednej umowy

urządzeń różnych producentów” (strona 23 Informacji). Zakładając, iż biegły miał na myśli nie tyle niewielką marżę, co niewielki rabat, Zamawiający zwrócił uwagę na to, iż rabaty są udzielane dystrybutorom sprzętu za cały wolumen nabywanych przez nich w określonym czasie urządzeń, nie zaś od wartości pojedynczego zamówienia. Z tego względu Zamawiający uznał powyższy argument za chybiony.

(10) Biegły zakwestionował także ustanowione w dokumentacji przetargowej oczekiwanie, by wykonawca przed dostawą nie dokonywał modyfikacji dostarczonego przez producenta sprzętu (strona 21 Informacji). W ocenie biegłego, konfigurowanie sprzętu celem dostosowania jego cech do wymagań zamawiającego jest standardem. Zamawiający zgodził się z takim poglądem. Zamawiający zwrócił jednak uwagę na brzmienie pytania, jak i udzielonych w tym zakresie wyjaśnień (pytanie nr 48 z dnia 4 marca 2019 roku):

- Zgodnie z s.i.w.z. wykonawca nie może przed dostawą dokonywać modyfikacji dostarczonego przez producenta sprzętu. Pytanie: Czy Zamawiający dopuści możliwość ingerencji w opakowanie zewnętrzne sprzętu w celu uzupełnienia zestawów, sprawdzenia poprawności sprzętu przed dostawą? Czy Zamawiający dopuści możliwość ingerencji w oferowany sprzęt w celu doposażenia konfiguracji o wymagane komponenty przed dostawą?

- Odpowiedź: „Zamawiający nie dopuszcza możliwości ingerencji w opakowanie zewnętrzne sprzętu w celu uzupełnienia zestawów. Zamawiający nie dopuszcza możliwości ingerencji w oferowany sprzęt w celu doposażenia konfiguracji o wymagane komponenty przed dostawą”.

(11) Zamawiający nie wykluczył możliwości konfigurowania sprzętu, a jedynie ograniczył możliwości dokonywania ingerencji w opakowanie zewnętrzne sprzętu, jak i samodzielnego ingerowania (przez podmiot inny niż producent) w oferowany sprzęt w celu jego doposażenia. Zamawiający nie zgodził się z tezą Kontrolującego, iż powyżej cytowane postanowienie uniemożliwiało dostosowanie oferowanego sprzętu do wymagań Zamawiającego (strona 23 Informacji). Zamawiający podał, że możliwe było dokonywanie modyfikacji przez producenta, co w przypadku zestawów komputerowych będących tzw. składakami jest standardem. Sprzęt modyfikowany przez dostawcę jest narażony na problemy z niekompatybilnością podzespołów. Dodatkowo utrudniony jest proces bieżącego utrzymania takiego sprzętu ze względu np. na możliwą konieczność instalowania dodatkowych sterowników. Dodatkowo w przypadku interwencji serwisowych świadczonych w systemie door-to-door może dojść do sytuacji, że technik świadczący usługę nie będzie mógł wymienić uszkodzonego elementu, który jest niestandardowy. Zamawiający zauważył, że sprzęt nabyty w ramach przedmiotowej umowy dostarczany jest zazwyczaj do osób nie będących informatykami. W takim przypadku zgoda na ingerencję w opakowanie fabryczne mogłaby spowodować, że nie posiadając odpowiedniej wiedzy technicznej osoba taka nie wykryłaby niezgodności sprzętu

deklarowanego z faktycznie dostarczonym. Zarówno biegły, jak i Kontrolujący nadali duże znaczenie faktowi, iż ze względu na przedmiot zamówienia Zamawiający winien oczekiwać otrzymania co najmniej kilku, jak nie kilkunastu ofert potencjalnych wykonawców (strona 18 informacji). Zamawiający zwrócił jednak uwagę na to, iż wbrew twierdzeniom biegłego, konkurencyjność tego typu postępowań jest niska. Przykładowo analiza ogłoszeń o udzieleniu zamówienia opublikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej tylko w lutym 2020 roku wskazuje, iż znacząca liczba takich postępowań zakończyła się złożeniem jednej oferty. Przykładowo, ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w trybie przetargowym opublikowane w TED w dniach 4 – 9 lutego 2022 roku na dostawy komputerów, w których wpłynęła tylko jedna oferta:

- Ogłoszenie z dnia 4 lutego 2022 roku. Uniwersytet Jagielloński. Wyłonienie Wykonawcy w zakresie sukcesywnej dostawy komputerów przenośnych dla jednostek organizacyjnych UJ w Krakowie. Część 7 - 8 komputery przenośne.
- Ogłoszenie z dnia 7 lutego 2022 roku. Lotnicze Pogotowie Ratunkowe. Rozbudowa Infrastruktury POK-ZOK Systemu Wspomagania Dowodzenia Państwowego Ratownictwa Medycznego.
- Ogłoszenie z dnia 8 lutego 2022 roku. Politechnika Białostocka. Dostawa sprzętu komputerowego w ramach projektu „Inteligentna sieć wodociągowa - Platforma danych komunalnych”.
- Ogłoszenie z dnia 8 lutego 2022 roku. Politechnika Warszawska, Wydział Mechaniczny Technologiczny. Dostawa sprzętu komputerowego na potrzeby Wydziału Mechanicznego Technologicznego Politechniki

Warszawskiej. Część 3 komputery przenośne typu laptop oraz tak samo część 2 komputer stacjonarny do prac badawczo-rozwojowych wraz z akcesoriami. • Ogłoszenie z 8 lutego 2022 roku. Akademia Górniczo - Hutnicza im. Stanisława Staszica w Krakowie. Dostawa 1 szt. komputera przenośnego typu laptop - KC-zp.272-632/21. • Ogłoszenie z 8 lutego 2022 roku. Akademia Górniczo - Hutnicza im. Stanisława Staszica w Krakowie. Dostawa używanych zestawów stacjonarnych komputerów z monitorami.

- Ogłoszenie z dnia 9 lutego 2022 roku. Miasto Żyrardów. Część 2 zamówienia: Dostawa sprzętu komputerowego, skanerów i oprogramowania koniecznego do uruchomienia e-usług.

Zamawiający wskazał, że taki sam wynik przynosi analiza konkurencyjności postępowań prowadzonych w dacie rozstrzygnięcia postępowania przez Zamawiającego (maj 2019 roku). Przykładowo ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w trybie przetargowym opublikowane w TED w dniach 28 - 31 maja 2019 roku na dostawy komputerów w których wpłynęła tylko jedna oferta:

- Ogłoszenie z dnia 31 maja 2019 roku. Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu. Dostawa sprzętu komputerowego.
- Ogłoszenie z dnia 31 maja 2019 roku. Uniwersytet Warszawski. Sukcesywne dostawy

standardowego sprzętu komputerowego - drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych dla jednostek

uniwersyteckich.

- Ogłoszenie z dnia 29 maja 2019 roku. Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu. Przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu komputerowego dla Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu.
- Ogłoszenie z dnia 28 maja 2019 roku. Uniwersytet Warmińsko- Mazurski w Olsztynie. Przedmiotem niniejszego zamówienia jest zakup wraz z dostawą i instalacją sprzętu komputerowego do jednostek organizacyjnych Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie. Części od 1 do 22 zamówienia (za wyjątkiem części 12,16, 21 dla których nie wpłynęła żadna oferta).
- Ogłoszenie z dnia 28 maja 2019 roku. Akademia Górniczo-Hutnicza im. Stanisława Staszica w Krakowie. Dostawa zestawu komputerowego dla WIMiR. Nie wpłynęła żadna oferta.
- Ogłoszenie z dnia 28 maja 2019 roku. Uniwersytet Gdański. Dostawa komputera przenośnego wraz z monitorem i akcesoriami dla Międzynarodowego Centrum Badań nad Szczepionkami Przeciwnowotworowymi.

W przypadku postępowań na dostawy sprzętu komputerowego dla uczelni wyższych występuje niski poziom konkurencyjności. Zamawiający podał, że przeprowadzana przez niego obszerna analiza (obejmująca większe okresy czasu niż powyżej wskazane) zaprzecza tezie o wysokim stopniu konkurencyjności tego rynku, na którym miałyby wpływać przeciętnie oferty od kilku, kilkunastu wykonawców.

(12) Zamawiający podkreślił, iż w toku postępowania przetargowego Zamawiający podejmował szereg działań umożliwiających złożenie oferty jak największej liczbie wykonawców. Jak słusznie zauważył biegły, w toku wyjaśnień treści SIWZ na 49 postulatów wykonawców dotyczących zmian w treści opisu przedmiotu zamówienia w kierunku rozszerzenia katalogu produktów spełniających wymagania, Zamawiający w całości lub częściowo uwzględnił 39 postulatów (zdecydowaną większość). Wskazać także należy, iż podstawowym sposobem oceny konkurencyjności postępowania przez potencjalnych wykonawców pozostaje złożenie odwołania kwestionującego zgodność sporządzonego opisu przedmiotu zamówienia z ustawą Prawo zamówień publicznych. Wykonawcy w zadawanych pytaniach szukali sposobności do zmiany warunków zamówienia na warunki dla siebie bardziej korzystne, na co Zamawiający w dużym stopniu przystał. Jednak nikt z uczestników przetargu nie zakwestionował zgodności dokumentacji przetargowej z prawem. Dlatego podnoszenie obecnie przez biegłego, iż kilku lub też kilkunastu wykonawców mogłoby złożyć ofertę jeśli tylko Zamawiający dokonałby bliżej niesprecyzowanych zmian opisu przedmiotu zamówienia, wydaje się w ocenie Zamawiającego całkowicie chybione.

(13) Odnosząc się bezpośrednio do uzasadnienia zarzutu przedstawionego przez Kontrolującego Zamawiający dodał, iż nieprawdziwe jest jego twierdzenie (strona 25 Informacji), iż sprzęt producenta DELL jako jedyny mógł zostać zaofertowany w każdej z kategorii wymaganego asortymentu, gdyż jak stwierdził biegły „żaden z producentów oprócz DELL nie posiadał w swojej ofercie wszystkich urządzeń spełniających wymagania Zamawiającego”. Zamawiający podkreślił, że opinia biegłego odnosiła się nie do całego rynku producentów komputerów, a tylko do czterech. Ponadto, Zamawiający dopuścił możliwość oferowania produktów różnych producentów. Zatem przykładowo: skoro w ocenie biegłego produkty marki HP mogły być oferowane w 23 kategoriach na 24 łącznie, to nic nie stało na przeszkodzie w złożeniu oferty z jednym produktem marki DELL lub innego producenta oraz 23 produktami marki HP. Trudno uznać, zdaniem Zamawiającego, że doszło do faworyzowania marki DELL w takich okolicznościach sprawy.

(14) Kontrolujący upatruje naruszenia konkretności postępowania nie tyle w istnieniu przymusu technologicznego, co przymusu ekonomicznego wynikającego z tego, iż oferta przewidująca produkty różnych producentów w ocenie biegłego „nie umożliwiałaby osiągnięcia przez wykonawcę nawet minimalnego zysku, biorąc pod uwagę systemy rabatowania, wolumen produktów, odpowiedzialność wykonawcy, wykonywanie serwisu. Celem istnienia każdego przedsiębiorstwa jest zysk i żaden przedsiębiorca nie zaferuje sprzedaży produktów poniżej własnych kosztów (pomijam tutaj politykę monopolu i cen dumpingowych stosowanych przez

producentów". W ocenie Kontrolowanego, jest całkowicie niejasnym z czego ma konkretnie wynikać brak możliwości złożenia oferty przewidującej dostawę produktów innych producentów, dlaczego w ocenie biegłego oraz Kontrolującego taka oferta „nie umożliwiała osiągnięcia zysku”. Zamawiający stwierdził, że w tym zakresie mamy do czynienia jedynie z powołaniem się na bliżej niedoprecyzowane przewidywania.

(15) Zamawiający stwierdził, że zarzut ograniczenia konkurencyjności postępowania tylko do jednego produktu jest najdalej idącym zarzutem dotyczącym sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia. Zarzut ten w przedmiotowej sprawie, w ocenie Zamawiającego, został postawiony bez uzasadnienia. Zamawiający podniósł, że biegły nie może równocześnie kwestionować konkurencyjnego charakteru udzielanego zamówienia, jak i potwierdzać możliwość oferowania produktów różnych producentów dla każdej z kategorii urządzeń. W ocenie Zamawiającego, błędem jest ocenianie warunków przetargowych wyłączenie przez pryzmat ilości otrzymanych ofert. Takie podejście skutkowałoby zakwestionowaniem konkurencyjności znaczącej części postępowań prowadzonych na podstawie ustawy Pzp. Z powyższych względów, zdaniem Zamawiającego, zarzut art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp jest bezzasadny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp Zamawiający podniósł:

(16) Zamawiający nie zgodził się z argumentacją Kontrolującego, że tylko wskazanie trudności, zagrożeń z podziału zamówienia na części mogłyby stanowić przyczynę do niedokonania takiego podziału.

(17) Kontrolujący pomija zupełnie fakt, że przepis art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp przewiduje jedynie możliwość, tj. uprawnienie zamawiającego do podziału zamówienia na części, nie obowiązek dokonania takiego podziału. Również art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp nie kształtuje obowiązku podziału zamówienia na części. Przepis ten stanowi jedynie o obowiązku informacyjnym po stronie zamawiającego, będącym elementem realizacji zasady przejrzystości postępowania, zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Obowiązek ten został zaś przez Zamawiającego wykonany.

(18) Zamawiający zwrócił uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, w którym Izba wskazała, że „Izba zauważa, że sformułowanie art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp wywołuje wrażenie, jakoby podział zamówienia na części był zasadą, od której odstępianie powinno być odpowiednio uzasadnione i opisane w protokole postępowania o udzielenie zamówienia. Jednakże, mając na uwadze przytoczoną dyspozycję art. 36aa i przepisy oraz preambułę Dyrektywy 2014/24/UE, na którą powoływał się w trakcie rozprawy przed KIO Odwołujący, należy stwierdzić, że zarówno ustawodawca krajowy jak i unijny pozostawił swobodę Zamawiającemu w zakresie decyzji o podziale zamówienia na części. Wskazane przez Izbę sformułowanie art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, mogące sugerować jako zasadę podział zamówienia na części, nabiera innego brzmienia, jeśli zostanie odczytane z perspektywy motywu 78 preambuły Dyrektywy. Zgodnie tym motywem, (...) Instytucja zamawiająca powinna mieć obowiązek rozważenia celowości podziału zamówień na części, jednocześnie zachowując swobodę autonomicznego podejmowania decyzji na każdej podstawie, jaką uzna za stosowną, nie podlegając nadzorowi administracyjnemu ani sądowemu. W przypadku gdy instytucja zamawiająca zdecyduje, że podział zamówienia na części nie byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej (...)”. Wobec powyższego z normy art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, pośrednio można wywieść jedynie obowiązek Zamawiającego do rozważenia zasadności podziału zamówienia na części i opisanie przyczyn w protokole postępowania. Powyższe ustalenia korespondują z art. 46 ust. 1 Dyrektywy, który stanowi, że instytucje zamawiające mogą (a zatem nie mają obowiązku) postanowić o udzieleniu zamówienia w oddzielnych częściach. Akapit drugi powołanego przepisu ustanawia obowiązek transponowany właśnie w art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp - wskazania najważniejszych powodów decyzji o niedokonaniu podziału na części, które zamieszcza się w dokumentach zamówienia lub indywidualnym sprawozdaniu. Reasumując, z przepisów ustawy Pzp nie wynika zasada podziału zamówienia na części. Dodać należy, że ustawodawca krajowy miał możliwość wprowadzenia takiego obowiązku, zgodnie z art. 46 ust.

4 Dyrektywy, czego nie uczynił, zatem przyjęcie, że Zamawiający ma obowiązek podziału zamówienia na części, byłoby niezgodnym z wyrażoną explicite wolą ustawodawcy, określoną w art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp.”.

(19) Zamawiający nie zgodził się z Kontrolującym, że „Zamawiający, uzasadniając przyczyny braku podziału zamówienia na części, nie może powoływać się wyłącznie na korzyści organizacyjne, wynikające z prowadzenia jednego, a nie większej liczby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.” Jak zauważył Zamawiający, Politechnika wskazała, że nie samo prowadzenie postępowania z podziałem na części stanowiłoby trudności organizacyjne, a niewyłonienie wykonawcy jednej z części lub problemy z realizacją jednej części taką trudność by sprawiło.

(20) Przesłanki te zostały wyartykułowane w akapicie drugim motywu 78 Dyrektywy klasycznej in fine: „Przyczyny te mogłyby być na przykład następujące: instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia”. Okoliczności wskazywane przez Zamawiającego związane są właśnie z nadmiernymi trudnościami technicznymi.

(21) Zamawiający podkreślił, że w jego ocenie, mamy do czynienia z jednolitym rodzajowo przedmiotem zamówienia. Obejmuje on laptopy oraz zestawy komputerowe. Niemniej w tym drugim przypadku Zamawiający również przewidział możliwość zestawienia jako taki zestaw laptopa z monitorem. Świadczy o tym fakt określenia w wyposażeniu niektórych laptopów dedykowanych stacji dokujących, które uzupełniają ilość portów laptopa do tej

dostępnej w pełnoprawnej jednostce komputerowej. Zdaniem Zamawiającego, Zamawiający miał do czynienia z tożsamą kategorią zakupową. Tym samym, w przekonaniu Zamawiającego, podział zamówienia na części miałby w pewnym stopniu charakter sztuczny.

(22) Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający stwierdził, że przedmiotowy zarzut nie jest zasadny.

Odnosząc się do złożonych przez Zamawiającego zastrzeżeń od wyniku kontroli, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w piśmie z dnia 1 marca 2022 r. podtrzymał stanowisko dotyczące naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez ostateczne sformułowanie SIWZ, w tym opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, skutkujący uprzywilejowaniem w postępowaniu o udzielenie zamówienia sprzętu producenta Dell, co powodowało, że zaoferowanie urządzeń innych producentów stanowiło wyłącznie teoretyczną możliwość, oraz naruszenia art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp z uwagi na brak precyzyjnego opisanie powodów niedokonania podziału zamówienia na części, wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem przez Prezesa Urzędu ww. zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej, zastrzeżenia zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

W ocenie Izby, argumenty przedstawione w zastrzeżeniach Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej należy uznać za niezasadne. Izba w pełni przychyliła się do argumentacji przedstawionej przez Prezesa Urzędu uznając ją za własną.

Zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zostały określone w art. 29 i nast. ustawy Pzp. Opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najważniejszych filarów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jest niezbędny dla prawidłowego ustalenia wartości zamówienia, a w konsekwencji – do zastosowania właściwego trybu udzielenia zamówienia. Odzwierciedla rzeczywiste potrzeby zamawiającego, umożliwia wykonawcy skalkulowanie ceny oferty oraz, zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zapewnia, że wszyscy wykonawcy zdolni do wykonania zamówienia mają możliwość zaoferowania przedmiotu zamówienia, który spełnia potrzeby zamawiającego.

Przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przez utrudnienie uczciwej konkurencji rozumieć należy opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (z wyjątkiem sytuacji zastrzeżonych w ustawie) lub poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów, wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt. W szerokim rozumieniu tego przepisu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego.

Izba podziela w pełni stanowisko, że pomimo konieczności zachowania zasady uczciwej konkurencji, zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego rzeczywiste potrzeby. To zamawiający, jako gospodarz postępowania, określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel, jaki zamierza osiągnąć w wyniku prowadzonego postępowania. Nie budzi wątpliwości fakt, że zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku danej branży. Każdy opis przedmiotu zamówienia jest adresowany do pewnego kręgu wykonawców i tej sytuacji

praktycznie nie da się w pełni uniknąć. Warunkiem jednak prawidłowego przeprowadzenia postępowania jest wyeliminowanie sytuacji, w których dokonuje się opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający udział w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego.

Podkreślić również należy, że zamawiający zobowiązany jest ukształtować treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w taki sposób, aby stworzyć postępowanie na konkurencję i umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych dostępnych na danym rynku. Celem postępowania jest bowiem zaspokojenie konkretnych potrzeb zamawiającego, z pominięciem wszelkich nieobiektywnych wymagań. Zamawiający, określając przedmiot zamówienia, winien uwzględnić wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców oraz unikać wymagań stwarzających możliwość zaistnienia okoliczności utrudnienia uczciwej konkurencji.

W opiniowanej sprawie, w Informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu, powołując się na opinię sporządzoną przez biegłego sądowego z zakresu informatyki i teleinformatyki stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany przez Zamawiającego w taki sposób, że ograniczał konkurencję przez uprzywilejowanie sprzętu producenta Dell, na skutek czego zaoferowanie urządzeń innych producentów stanowiło wyłącznie teoretyczną możliwość. Biegły stwierdził jednoznacznie, że wyłącznie produkty producenta Dell spełniały wymagania opisu przedmiotu zamówienia we wszystkich 24 kategoriach.

Stanowisko biegłego potwierdzają okoliczności zaistniałe w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak np. okoliczność, że postępowanie cieszyło się dużym zainteresowaniem ze strony potencjalnych wykonawców, o czym świadczą zadane przez wykonawców pytania do specyfikacji. Sami wykonawcy w owych pytaniach wskazywali Zamawiającemu na ograniczenie konkurencji oraz preferowanego producenta, a nawet na wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Przewidywania te sprawdziły się.

Jak wskazywał biegły, oferowanie w jednym postępowaniu, bez podziału na części, biurowego sprzętu komputerowego

różnych producentów byłoby teoretycznie możliwe, jednak nieopłacalne. Nieopłacalność ta wynika z polityk partnerskich polegających na uzależnieniu upustu od cen katalogowych w zależności od wartości produktów objętych zamówieniem. Nie bez znaczenia były także krótkie terminy dostaw oraz konieczność zastosowania jednakowych zasad serwisowania i gwarancji, które, przy połączeniu w jednej ofercie produktów różnych firm, byłyby dla wykonawcy nieopłacalne oraz obciążone wysokim ryzykiem niewykonania umowy. Biegły stwierdził ponadto, że zachowanie konkurencyjności postępowania bez utraty jakiegokolwiek istotnej funkcjonalności sprzętu byłoby możliwe przez określenie parametrów takich jak szerokość, wysokość, głębokość, przekątna ekranu czy ciężar w sposób „od-do”. W przekonaniu biegłego, sprzęty takich producentów, jak Dell, Lenovo, HP czy Asus są

funkcjonalnie identyczne i niewiele różnią się poszczególnymi wymiarami. Ponadto, jak stwierdził biegły, nie ma większego znaczenia, że uczelnia jest jednostką badawczą i prowadzi badania biochemiczne czy też z zakresu sztucznej inteligencji. Zdaniem biegłego, sprzęt innych producentów o zbliżonych parametrach wielkości czy wagi byłby tak samo użyteczny do badań, jak sprzęt producenta Dell.

Z powyższych względów, Izba nie znalazła podstaw do podważenia opinii biegłego wydanej w przedmiotowej sprawie, a tym samym, do uwzględniania zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego. Reasumując, w danym stanie faktycznym, Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu co do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba podziela argumentację Prezesa Urzędu również z zakresie stwierdzonego naruszenia art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp. Zgodnie z poglądem prezentowanym w orzecznictwie, decyzja w zakresie samego podziału oraz sposobu, w jaki zostanie podzielone zamówienie, pozostawiona jest autonomicznej woli zamawiającego, który określa swoje potrzeby, mając na uwadze w szczególności przedmiot zamówienia publicznego. Jednak, w przypadku podjęcia przez zamawiającego decyzji o braku podziału zamówienia na części, zamawiający powinien precyzyjnie opisać w protokole postępowania przyczyny takiej decyzji. Uzasadnienie powinno być wyczerpujące i zawierać analizę sytuacji rynkowej, wskazanie ryzyk związanych z niepowodzeniem projektu wynikających z realizacji przedmiotu zamówienia przez kilku wykonawców. Uzasadnienie sformułowane w protokole przez Zamawiającego było ogólnikowe, nie odpowiadało ww. wymaganiom.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie: