

Sygn. akt: KIO/KD 77/19

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 2 stycznia 2020 r.**

Po rozpoznaniu zastrzeżeń z dnia 2 grudnia 2019 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

**Wroniecki Ośrodek Kultury
ul. Poznańska 59
64-510 Wronki**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 22 listopada 2019 r. (znak pisma: UZP/DKZP/WKZ2/421/57/19/PP KND/54/19/DKZP) w związku z przeprowadzoną przez Urząd Zamówień Publicznych kontrolą doraźną udzielonego przez Wroniecki Ośrodek Kultury zamówienia publicznego pn. Modernizacja widowni Kinoteatru Gwiazda we Wronkach (nr sprawy: WOK.271.1.2017),

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Andrzej Niwicki
Członkowie:	Lubomira Matczuk-Mazuś Agata Mikołajczyk

wyraża następującą opinię:

zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia z dnia 2 grudnia 2019 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) kontrolą doraźną w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego dnia 23 października 2017 r. zakończonego udzieleniem zamówienia w dniu 10 listopada 2017 r.

W wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej na podstawie art. 154 pkt 11 oraz 161 ust. 1 w zw. z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „ustawą Pzp”, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził naruszenie przepisów:

- 1) art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia wskazującego na konkretny produkt fotela kinowego, przy pomocy wymagań na tyle rygorystycznych, że nie było to uzasadnione potrzebami Zamawiającego, co w rezultacie mogło prowadzić do eliminacji wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia.
- 2) art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 a) rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016 r. poz. 1128), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie protokołu postępowania” poprzez zaniechanie wskazania w protokole postępowania powodów braku podziału zamówienia na części.

Uzasadniając przedstawione zarzuty Prezes Urzędu wskazał, co następuje.

Ad. 1)

Zamawiający Wroniecki Ośrodek Kultury („Zamawiający”) przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia mającego za przedmiot modernizację widowni Kinoteatru „Gwiazda” we Wronkach polegającą na dostawie 166 sztuk foteli 1 — osobowych, 10 sztuk foteli 2 osobowych z możliwością tzw. „szybkiego demontażu” oraz 12 sztuk foteli 2 — osobowych wraz z podłogą podniesioną i ich montażu w sali widowiskowej Wronieckiego Ośrodka Kultury we Wronkach według aranżacji Sali stanowiącej załącznik do siwz.

Przedmiot zamówienia zgodnie z pkt 111.8 SIWZ, szczegółowo został opisany w załącznikach nr 2.1, 2.2 oraz 2.3, stanowiących integralną część SIWZ. Jak wynika z treści załącznika nr 2.1 do SIWZ, zawierającego opis wymagań Zamawiającego stawianych wobec foteli, Zamawiający nie dopuszczał:

pianek ciętych z bloku, konstrukcji wewnętrznej siedziska i oparcia foteli wykonanych z drewna lub wyrobów drewnopochodnych, podłokietników wykonanych z drewna oraz poliuretanu, konstrukcji wewnętrznej siedziska i oparcia foteli wykonanych z mas plastycznych.

Zamawiający określił następujące minimalne wymagania dotyczące przedmiotowych foteli:

Fotel audytoryjny 1 — osobowy o wymiarach:

Rozstaw osiowy 53 cm, wysokość fotela od 100 cm do 105 cm, głębokość po złożeniu 45 cm (142 szt.) oraz 64 cm w rzędzie I oraz X (24 szt.).

Nogi pierwszych i ostatnich foteli w rzędach mają posiadać element tapicerowany od podłokietnika do połowy struktury wsporczej fotela oraz podłokietniki z polipropylenu o długości nie krótszej niż 20 cm. Podłokietniki wkomponowane mają być w zewnętrzne boki fotela oraz modelowane w 3D i wykonane z polipropylenu.

Wewnętrzne fotele mają posiadać podłokietniki tego samego kształtu, przymocowane do stalowej konstrukcji wsporczej/nogi fotela.

Fotele mają być osadzone na stalowych środkowych konstrukcjach wsporczych/nogach, wykonanych z profili stalowych o wymiarach: 80x40x2 mm; 35x40x2 mm; 40x25x2 mm ze stali walcowanej na zimno, jakości ST 37. Zamawiający dopuścił odstępstwo od podanych wymiarów na poziomie +/- 5%. Profile połączone mają być ciągłym niewidocznym spawem do mocowanych dwupunktowo do podłoża tłoczonych podstaw. Podstawy ze stali o wymiarach nie większych niż 360x80x30 mm nie mogą mieć widocznych elementów spawanych. Całość ma być malowana proszkowo farbą epoksydową, powłoka o grubości pomiędzy 80 a 90 mikronów o kolorze czarnym.

Osłona oparcia ma być wykonana z polipropylenu ma stanowić konstrukcję nośną fotela, w którą wkomponowana będzie tapicerowana wylewana do formy na szkielecie stalowym pianka poliuretanowa o gęstości 55-60 kg/m³ i grubości nie mniejszej niż 4 cm. Osłona oparcia ma być profilowana w 3D zasłania częściowo boki pianki oparcia w celu zabezpieczenia tylnych krawędzi przed deformacją i uszkodzeniem. Kształt góry polipropylenowej osłony oparcia fotela ma być zaokrąglony i nie powinien posiadać płaskiej powierzchni na górze, w celu poprawy widoczności z tylnych rzędów widowni między fotelami. Pianka siedziska ma być o grubości nie mniejszej niż 10 cm i gęstości 60-65 kg/m³ wylewana na szkielecie stalowym wkomponowana w osłonę siedziska wykonaną z polipropylenu. Stalowa struktura wewnętrzna siedziska i oparcia wykonana ma być ze stali walcowanej na zimno oraz sprężyn metalowych o grubości 3mm (+/-5%) spinających poprzecznie konstrukcję. System podtrzymywania osi obsługującej mechanizm składania wykonany ma być z polipropylenu, dzięki czemu będzie bezobsługowy i nie będzie wymagać konserwacji. Siedzisko ma się składać automatycznie, z zastosowaniem dwóch niezależnych

sprężyn (dla zapewnienia bezawaryjności). Sprężynowy mechanizm podnoszenia siedziska ma być zintegrowany z polipropylenową osłoną siedziska: system dwóch sprężyn oraz samosmarowych plastikowych łożysk mających zapewnić ciche i delikatne automatyczne podnoszenie siedziska. Możliwa ma być szybka wymiana siedziska bez konieczności demontażu całego rzędu czy struktur wsporczych.

Tkanina obiciowa oparcia i siedzisko 100% poliester o parametrach ścieralności min. 50.000 cykli w skali Martindale'a oraz gramaturze minimum 195 gr/m².

Fotele jednoosobowe muszą spełniać dodatkowo osiągi akustyczne z dopuszczalnym marginesem +/- 10% określone przez współczynnik alfa p — praktyczny współczynnik pochłaniania dźwięku przy częstotliwości od 125 – 4000 Hz dla foteli pustych oraz foteli z publicznością w wymiarze od 0,34 do 1,00.

W stosunku do fotela audytoryjnego 2 — osobowego Zamawiający określił w zał. 2.1 do SIWZ następujące min. wymagania, tj.: rozstaw osiowy 106 cm, wysokość fotela od 100 cm do 105 cm, głębokość po złożeniu 45 cm (10 szt.) oraz 64 cm w rzędzie X (2 szt.).

Nogi pierwszych i ostatnich foteli w rzędach mają posiadać element tapicerowany od podłokietnika do połowy struktury wsporczej fotela oraz podłokietniki z polipropylenu o długości nie krótszej niż 20 cm. Podłokietniki mają być wkomponowane w zewnętrzne boki fotele oraz modelowane w 3D i wykonane z polipropylenu.

Wewnętrzne fotele mają posiadać podłokietniki tego samego kształtu, które przymocowane mają być do stalowej konstrukcji wsporczej/nogi fotela.

Fotele mają być osadzone na stalowych środkowych konstrukcjach wsporczych/nogach, wykonanych z profili stalowych o wymiarach: 80x40x2 mm; 35x40x2 mm; 40x25x2 mm ze stali walcowanej na zimno, jakości ST 37. Zamawiający dopuszcza odstępstwo od podanych wymiarów na poziomie +/- 5%. Profile mają być połączone ciągłym niewidocznym spawem do mocowanych dwu punktowo do podłoża tłoczonych podstaw. Podstawy ze stali o wymiarach nie większych niż 360x80x30 mm nie mają posiadać widocznych elementów spawanych. Całość ma być malowana proszkowo farbą epoksydową, powłoka o grubości pomiędzy 80 a 90 mikronów.

Osłona oparcia ma być wykonana z polipropylenu stanowi konstrukcję nośną fotela, w którą miało być wkomponowana tapicerowana wylewana do formy na szkielecie stalowym pianka poliuretanowa (nie dopuszcza się pianek ciętych) o gęstości 50 - 55kg/m³ i grubości nie mniejszej niż 4 cm. Osłona oparcia ma być profilowana w 3D i ma zasłaniać częściowo boki pianki oparcia w celu zabezpieczenia tylnych krawędzi przed deformacją i uszkodzeniem. Kształt góry polipropylenowej osłony oparcia fotela ma być zaokrąglony 1' ma nie posiadać płaskiej powierzchni na górze, z uwagi na poprawę widoczności z tylnych rzędów widowni między fotelami.

Pianka siedziska o grubości nie mniejszej niż 10 cm i gęstości 60- 65 kg/m³ wylewana na szkielecie stalowym. Stalowa struktura wewnętrzna siedziska i oparcia ma być wykonana ze stali walcowanej na zimno oraz sprężyn metalowych o grubości 3 mm (+/- 5%) spinających poprzecznie konstrukcję. Siedzisko ma być w pełni tapicerowane, od spodu podszyte czarnym skajem.

System podtrzymywania osi obsługującej mechanizm składania ma być wykonany z polipropylenu, dzięki czemu będzie bezobsługowy i nie będzie wymagał konserwacji, Siedzisko ma składać się automatycznie, a bezawaryjność zapewnia mu zastosowanie dwóch niezależnych sprężyn. Sprężynowy mechanizm podnoszenia siedziska ma być zintegrowany z polipropylenową osłoną siedziska: system dwóch sprężyn oraz samosmarowych plastikowych łożysk ma zapewnić ciche i delikatne automatyczne podnoszenie siedziska. Możliwa ma być szybka wymiana siedziska bez konieczności demontażu całego rzędu czy struktur wsporczych.

Tkanina obiciowa oparcia i siedziska 100% poliester o parametrach ścieralności min. 50.000 cykli w skali Martindale'a oraz gramaturze minimum 195 gr/m²

Zarówno fotele 1-osobowe jak i 2 - osobowe w rzędzie I oraz X muszą posiadać podłokietnik ze zintegrowanym uchwytem na kubek. W pozostałych rzędach uchwyt na kubek umieszczony ma być w nodze fotela z tyłu.

Kolor tapicerki, rodzaj i rozmieszczenie numeracji miejsc i rzędów do uzgodnienia z Zamawiającym na etapie realizacji Przedmiotu Zamówienia.

W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają określonym wymaganiom, Zamawiający żądał atestów: 1. trudnopalności oferowanych foteli wg normy PN-EN 1021-1 lub równoważnej oraz normy PN-EN 1021-2 lub równoważnej; 2. toksyczności wg normy PN-B-02855:1998 lub równoważnej; 3. wytrzymałości i bezpieczeństwa rozwiązań konstrukcyjnych oferowanych foteli wg normy PN-EN 12727:2016 lub równoważnej; 4. atest higieniczny oferowanych foteli wydany przez PZH lub równoważny; 5. badania akustyczne EN ISO 354:2004 lub równoważnej wykonane w jednostce z akredytacją.

W pkt III. 10 SIWZ Zamawiający podał, że: Wskazane w dokumentach znaki towarowe, nazwy własne, itp. — stanowią wyłącznie wzorzec jakościowy, funkcjonalny, techniczny i technologiczny dotyczący przedmiotu zamówienia. We wszystkich przypadkach, w których ze względu na specyfikację przedmiotu zamówienia wskazano pochodzenie, nazwy materiałów, urządzeń, lub ich pochodzenie, dopuszcza się stosowanie materiałów, urządzeń równoważnych, tj. wszelkie wymienione z nazwy materiały, urządzenia użyte w przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji lub ich pochodzenie, służą wyłącznie określeniu standardu i mogą być zastąpione innymi o nie gorszych parametrach technicznych, użytkowych, jakościowych, funkcjonalnych i walorach estetycznych, przy uwzględnieniu

prawidłowej współpracy z pozostałymi materiałami, urządzeniami. Pojęcie równoważności znajduje również zastosowanie w przypadku, gdy Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia. Użyte w dokumentacji nazwy, które wskazują lub mogłyby kojarzyć się z producentem lub firmą, nie mają na celu preferowanie rozwiązań danego producenta lecz wskazanie na rozwiązanie, które powinno posiadać cechy techniczne, technologiczne nie gorsze od podanych w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający w przypadku ofert zawierających rozwiązania równoważne będzie je weryfikować pod względem spełniania wymogów poszczególnych pozycji wymagań technicznych zawartych w załącznikach do Specyfikacji. Wykonawca zobowiązany jest udowodnić w ofercie równoważność oferowanych urządzeń lub systemów, Ciężar udowodnienia równoważności jest obowiązkiem Wykonawcy. Zamawiający nie uzna rozwiązań równoważnych, jeśli będą o gorszych niż wskazane w załącznikach do Specyfikacji minimalnych wymaganiach jakościowych, funkcjonalnych, technicznych i technologicznych.

Zgodnie z treścią pkt III.1.1 SIWZ: Zamieszczone w opisie przedmiotu zamówienia, wymienione nazwy producentów (jeśli takie się pojawiają) użyto jedynie w celu przykładowym. Ewentualnie wskazane nazwy produktów oraz ich producentów nie mają na celu naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wszędzie gdzie są one wskazane, należy czytać w ten sposób, że towarzyszy im określenie „lub równoważne” Przez pojęcie „lub równoważne” Zamawiający rozumie oferowanie materiałów gwarantujących realizację zadania w zgodzie z opisem przedmiotu zamówienia oraz zapewniających uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w wyżej wymienionych dokumentach. Zastosowanie rozwiązań równoważnych nie może prowadzić do pogorszenia właściwości przedmiotu zamówienia w stosunku do przewidzianych w opisie przedmiotu zamówienia, ani do zmiany ceny, ani do naruszenia przepisów prawa.

Jak wynika z dokumentacji postępowania przekazanej do kontroli, przed upływem terminu składania ofert wpłynęło do Zamawiającego od jednego z wykonawców chcących ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia pismo następującej treści dotyczące zawartego w załączniku nr 2.1. do SIWZ opisu przedmiotu zamówienia:

Dlaczego w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 2.1. do SIWZ) Zamawiający opisał konkretny fotel firmy ASCENDER z Hiszpanii oferowany w Polsce przez firmę CAVEA Sp. z o.o.? Zamawiający celowo nie dopuszcza „podłokietników wykonanych z drewna oraz poliuretanu” - co znaczy że dopuszcza z polipropylenu, a takie podłokietniki posiada fotel z firmy Ascenden Zamawiający nie dopuszcza również „konstrukcji wewnętrznej siedziska i oparcia foteli wykonanych z mas plastycznych” - które posiada np. firma EURO SEA TING co ją wyklucza z postępowania - ale zarazem ta firma posiada podłokietniki z polipropylenu o

czym firma ASCENDER oraz CAVEA DESIGN doskonale wie. Proszę zwrócić uwagę, że konstrukcja wew. siedzisk i oparć wykonanych z mas plastycznych posiada wszystkie obowiązujące w Polsce certyfikaty. Zamawiający również dokładnie opisuje profile stalowe środkowych konstrukcji wsporczych/nogach opisując ich wymiary, gdzie stosuje zapis 5% odstępstw od wymaganych wymiarów, co jest absurdem, biorąc pod uwagę, że np. 5% od grubości 25 mm to różnica 1,25 mm. Zastosowanie innych wymiarów nie ma wpływu na wytrzymałość konstrukcji skoro wykonawca posiada odpowiednie certyfikaty wytrzymałościowe. Biorąc pod uwagę 30 dniowy termin podjęcia przez Państwa decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty (czyli 30.11.2017r.), jest niemożliwością wykonanie zadania w terminie do 29.12.2017 r. biorąc chociażby pod uwagę czas oczekiwania na wyprodukowanie tkaniny dla Foteli. Opis oraz sposób w jakim Zamawiający przeprowadza postępowanie, jednoznacznie wskazuje, że przetarg wygra Firma CAVEA DESIGN, która już być może zamówiła wręcz pewne elementy do wykonania zadania. Jest to celowe działanie, Dalej Wykonawca wnosil o opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawą PZP zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przesunięcie terminu składania ofert.

Pismem z dnia 30 października 2017 r. Zamawiający, na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy Pzp, udzielił na cytowane pismo odpowiedzi:

Zamawiający informuje, że dokonał opisu przedmiotu zamówienia poprzez określenie parametrów technicznych funkcjonalnych, użytkowych i ilościowych. Wyszpecyfikowane parametry wynikają z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, a ich dotrzymanie jest istotne, aby uzyskać zakładany efekt techniczny i funkcjonalny.

Na rynku występuje wielu producentów, którzy posiadają fotele z podłokietnikami wykonanymi z polipropylenu, przez co zapis w żaden sposób nie ogranicza konkurencji.

Zamawiający ma prawo nie dopuścić podłokietników wykonanych z poliuretanu z uwagi, iż poliuretan jest materiałem słabszym, mniej odpornym na działanie czynników zewnętrznych (chemicznych, mechanicznych) oraz ma gorsze właściwości erozyjne (szybsze starzenie materiału).

Zamawiający ma prawo do wysokich wymagań względem przedmiotu zamówienia, dlatego wymaga aby konstrukcja siedziska i oparcia była wykonana ze stali.

Również w tym zakresie jest wiele firm, które produkują fotele z konstrukcją siedziska i oparcia wykonaną ze stali. Zamawiający w żaden sposób nie faworyzuje żadnej firmy oferującej przedmiot zamówienia jak również nie ponosi odpowiedzialności za ograniczenia technologiczne niektórych producentów. Jednocześnie Zamawiający informuje, że zmienia zapis opisu przedmiotu zamówienia dotyczący wymiarów konstrukcji wsporczych/nóg i pozostawia dowolność rozmiaru nóg/elementów wsporczych.

Ponadto Zamawiający informuje, że termin wykonania zamówienia pozostaje bez zmian, tj. do dnia 29 grudnia 2017 roku. Ze względu na posiadane czasowo środki finansowe na realizację przedmiotowego postępowania, Zamawiający nie może zmienić terminu realizacji przedmiotowego zamówienia, a tym samym środki na realizację tego zamówienia muszą zostać wydane do końca bieżącego roku. Ponadto z uwagi na zmianę opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający informuje, że zmienia treść SIWZ oraz termin składania i otwarcia ofert (z 31 października 2017 r. na dzień 3 listopada 2017 r.).

Zamawiający na wezwanie Urzędu w toku postępowania wyjaśniającego wskazał, że: opisując przedmiot zamówienia wzorował się na fotelu Baco firmy Ascender S.L. dopuszczając jednocześnie parametry innych foteli, innych firm celem zwiększenia konkurencyjności w celu złożenia większej liczby ofert.

Mając na uwadze przywołane wyżej okoliczności faktyczne Prezes Urzędu zwrócił się do biegłego w sprawie wydania opinii, mającej na celu zweryfikowanie, czy opis przedmiotu zamówienia umożliwiał zaoferowanie jedynie produktu firmy ASCENDER, której dystrybutorem jest CAVEA DESIGN Sp. z o.o., w tym udzielenie odpowiedzi na pytania:

1. Czy opis przedmiotu zamówienia zawarty w siwz (z uwzględnieniem wyjaśnień Zamawiającego dot. treści siwz) wskazywał na konkretny produkt (jednego producenta foteli)? Jeśli tak, to jakiego (wraz z określeniem modelu danego fotela) i które zapisy siwz eliminowały możliwość zaoferowania innych produktów dostępnych na rynku?
2. Czy ww. parametry, które uniemożliwiały zaoferowanie innych produktów były z technicznego punktu widzenia uzasadnione potrzebami zamawiającego? Jeżeli nie to, które z tych parametrów można uznać za nadmiarowe (nieuzasadnione) i ograniczające krąg wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia?
3. Czy jeśli opis foteli wskazuje na konkretny produkt/producenta, możliwe było zaoferowanie foteli równoważnych, tj. foteli o parametrach nie gorszych od podanych w opz (z uwzględnieniem wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w zakresie treści siwz)?
4. Czy firmy takie jak Megan Seating, STOL Grograumbestuhlungen Vertriebs GmbH, Figueras International Seating posiadały w swojej ofercie fotele spełniające wymagania podane w opisie przedmiotu zamówienia (z uwzględnieniem wyjaśnień Zamawiającego w zakresie treści siwz)?
5. Czy jeżeli opis przedmiotu zamówienia (z uwzględnieniem wyjaśnień Zamawiającego w zakresie treści siwz) nie wskazuje na konkretny produkt (model fotela), jakie produkty oferowane na rynku (inne niż fotel Baca firmy Ascender) spełniały wymagania Zamawiającego?

Opinia przekazana przez biegłego została przygotowana w oparciu o dokumentację dotyczącą przedmiotowego postępowania, w tym SIWZ, Opis przedmiotu zamówienia, umowę oraz pytania i wyjaśnienia dotyczące treści SIWZ.

Biegły udzielił następujących odpowiedzi na ww. pytania:

Odnosząc się do pytania określonego w pkt 1 biegły wskazał, iż: opis przedmiotu zamówienia zawarty w siwz (z uwzględnieniem wyjaśnień zamawiającego w zakresie treści SIWZ) wskazywał pośrednio na fotel BACO firmy ASCENDER (ze względu na zamieszczone wymagania, wykluczenia, konieczność posiadania wyników badań oraz czas realizacji),

Biegły doprecyzował, że: zaoferowanie innych produktów dostępnych na rynku eliminował głównie termin realizacji uniemożliwiający produkcję wyrobów w innych firmach ze względu na:

1. spełnienie kryterium oznaczonym w tabeli osiągnięć akustycznych określających praktyczny poziom pochłaniania dźwięku z zaznaczeniem iż posiadane przez producentów wyniki badań dotyczą tylko i wyłącznie wyrobów badanych oraz później produkowanych pod warunkiem 100%-ej spójności bryłowej, wymiarowej, materiałowej i konstrukcyjnej z dostarczonym wcześniej do badań. Powyższe eliminuje możliwość uznania spójności badanych parametrów przy jakiegokolwiek zmianie.

Nie posiadanie zatem wyrobu w 100% spełniającego podane kryteria wyklucza jego dostarczenie w tak krótkim czasie. Uszczegóławiając zagadnienie informuje iż:

1) żadna firma nie posiadająca w stałej produkcji i sprzedaży fotela w pełni zgodnego z wymaganiami SIWZ (w kontekście wew. kryterium poziomu akustyczności) oraz innymi (w kontekście kształtu, bryły, wymiarów oraz pozostałych materiałów) wraz z wykonanymi wcześniej badaniami potwierdzającymi jw. nie była w stanie uzyskać, a zarazem przedłożyć dokumentacji potwierdzającej ich spełnienie, po czym wyprodukować wymaganą ich ilość, a co za tym idzie wykonać dostawę w określonym terminie.

2) Badanie wymagają wykonania próbnej produkcji do badań, wysyłki wyrobów do jednostki badawczej, zlecenia badań w komorze pogłosowej; oczekiwania na wyniki z opisem (w zależności od obłożenia zakładu trwa około 4 tygodni):

3) następnie w zależności od uzyskanych wyników:

w przypadku uzyskania potwierdzenia spełnienia wymogów następuje rozpoczęcie cyklu produkcyjny wyrobów właściwych (docelowych), a w przypadku nie uzyskania potwierdzenia spełnienia wymogów, dokonuje kolejnych modyfikacji i badań, oczekując na ich wyniki jw.

4) Kolejnym, a pośrednio łącznym z poprzednim kryterium (czasu na wyposażenie obiektu zamawiającego) było wymaganie podłokietników wykonanych z polipropylenu, które to w stałej produkcji (oraz spełnieniu innych kryteriów wraz z posiadanymi a wykonanymi badaniami jw.) posiadał faktycznie tylko fotel BACO. Wymaganie to wykluczyło wszystkie

inne materiały w tym piankę poliuretanową integralną. Wymusiło też u innych oferentów wykonanie badań, które to uniemożliwiały dotrzymanie terminu produkcji i dostawy.

W odpowiedzi na pytanie 2 biegły stwierdził, że wymienione w pkt 4 (k2 opinii) parametry (z technicznego punktu widzenia) były uzasadnione potrzebami zamawiającego. Zamawiający jednak nie powinien wykluczać podłokietników wykonanych z pianki poliuretanowej integralnej, która to po prostu posiada inne właściwość niż polipropylen. Każdy z tych materiałów posiada jak wiadomo swoją odmienną charakterystykę co nie oznacza że wyrób, w którym wykonane zostaną podłokietniki z poliuretanu będzie mniej trwałe/komfortowy. Każdy z nich będzie posiadał inne zalety oraz wady a jedynie zużyje się po prostu z innych powodów. Wykluczenie to było zatem nadmiarowe oraz pośrednio ograniczające krąg wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Ograniczanie to miało jednak miejsce głównie ze względu na konieczność wykonania brakujących badań (przy oczywistym braku ich posiadania w przypadku wykonywania wyrobów w cyklu na zamówienie) wykluczających dostawę w określonym przez zamawiającego czasie.

W odpowiedzi na pytanie 3 biegły rozwinął dodatkowo zagadnienie związane z materiałami wskazując, że polipropylen (jak każdy inny materiał) posiada swoje wady oraz zalety. Specyfika powyższego jest po prostu niepowtarzalna, tak samo jak w przypadku wykluczonego poliuretanu, który to np. pod względem walorów użytkowych (jako materiał bardziej elastyczny a zarazem mniej kruchy) przewyższa poprzednika. Pianka poliuretanowa integralna, nie jest zwykłą pianką poliuretanową. Po raz pierwszy została zastosowana na szeroką skalę w latach 70-tych XX wieku na kierownice w samochodach marki MERCEDES, gdzie poprawnie zdała egzamin pracy w trudnych warunkach (wysoka temperatura, promieniowanie UV, działanie potu. tłuszczu), wykazując się dużą trwałością. Powyższe jednak należy do wiadomości specjalnych (nie są szeroko dostępne), których to brak podczas postępowań przetargowych, (zarówno podczas ustalania kryteriów, jakie ma spełniać wyrób oraz wykluczeń materiałowych jak i podczas udzielania odpowiedzi na pytania oferentów oraz samego już wyboru oferty) bardzo często przyczynia się do niecelowego zawężenia grona dostawców, jak w spornym przypadku.

Ustosunkowując się do pytania z pkt 3, dotyczącego rozwiązań równoważnych, biegły stwierdził, że: wykluczenia, które podane zostały w OPZ dyskwalifikowały wszystkie wyroby posiadające: konstrukcję wewnętrzną siedziska i oparcia foteli wykonaną z drewna, wyrobów drewnopochodnych oraz mas plastycznych, podłokietniki wykonane z drewna oraz poliuretanu, dopuszczono zatem jedynie wyroby które posiadały konstrukcję stalową i podłokietniki z polipropylenu. Powyższe (zarówno w połączeniu jak i osobno) wykluczyło zaferowanie innych równoważnych materiałów (nie ma takowych na tynku). Wystarczyło że producent posiadał w wyrobie jedno z podanych powyżej wykluczeń, a niemożliwym było

wykonanie dostawy. Ponadto musiały to być wyroby spełniające wszystkie pozostałe wymagania, posiadające wymagane przez zamawiającego wyniki badań co wykluczało możliwość wykonania ich na zamówienie w określonym przez zamawiającego terminie. W określonym czasie nie możliwym zatem było zaoferowanie foteli równoważnych.

Odpowiadając na pyt. z pkt 4 czy firmy wskazane posiadały w ofercie fotele spełniające wymagania podane w opisie przedmiotu zamówienia biegły podał, iż: stwierdzono brak stałej dostępności wyrobów posiadających pełną zgodność z wymaganiami oraz żądaniem dostarczenia wymienionych w SIWZ wyników badań. Biegły wskazał również, że: dostarczenie wyrobów, będących poza stałą ofertą innych producentów (ze względu na bardzo krótki czas realizacji) w systemie „na zamówienie” było niemożliwe ze względu na bardzo krótki czas realizacji.

W odpowiedzi na pytanie 5 biegły wskazał, że nie odnaleziono żadnych innych wyrobów w pełni spełniających wymagania opisane przez Zamawiającego. Biegły podał także, że przygotowując opinię skontaktował się z Zakładem Badań i Wdrożeń Przemysłu Meblarskiego Remodex w Gruszczyne. Z uzyskanych informacji wynika, iż:

1. większość producentów (jak chociażby rozpatrywani w niniejszej opinii MEGAN SEATING, FIGUARES oraz PROSTAR) stosuje standardowo podłokietniki drewniane lub z pianki poliuretanowej integralnej
2. trudno dobrać produkt, który byłby zgodny z postawionymi wymaganiami wymiarowymi, gdzie rozważano dwa parametry: wysokość fotela i rozstaw osiowy siedzisk
3. podłokietniki polipropylenowe stosuje hiszpańska firma EURO SEA TING, podczas analizy badanych wyrobów okazało się iż takowe podłokietniki zastosowano jednostkowo w firmie CINE COMPLEX z Łomży która przesłała do badań fotel o symbolu CC 2010 z zaznaczeniem iż wyrób ten został tylko wykonany oraz przebadany w jednostce badawczej na potrzeby jednego zlecenia. Z uzyskanych od producenta informacji jasno wynika jednak iż nie został on wdrożony do stałej produkcji.
4. Fotele firmy EURO SEA TING odbiegają wymiarowo od wymagań zamawiającego, a oprócz tego siedzisko posiada konstrukcję nośną wykonaną z polipropylenu, zamiast wymaganej stalowej.
5. Fotel CC2010 posiadał wykluczony przez zamawiającego kształt oparcia a informacja od producenta badanego w Zakładzie Badawczym egzemplarza o jednostkowym zastosowaniu i późniejszym niewprowadzeniu go do produkcji daje podstawę do uznania iż niezależnie od poziomu zgodności pozostałych kryteriów nie mógł on stać się częścią spornej dostawy.

Podsumowując biegły wskazał, że: „Wyeliminowane przez zamawiającego zostały wszystkie produkty, które:

1. nie spełniały jakiegokolwiek wymagania lub posiadały w swoim składzie chociaż jeden z wykluczonych materiałów jak:

1) opisywane (nadmiarowe i ograniczające krąg dostawców) wykluczone podłokietniki z poliuretanu,

2) (pomimo technicznej zasadności) wykluczone konstrukcje wewnętrzne siedziska i oparcia foteli wykonane z drewna, wyrobów drewnopochodnych oraz mas plastycznych,

3) (pomimo technicznej zasadności) wykluczone pianki cięte z bloku.

2. nie posiadały wyników wymaganych przez zamawiającego, gdzie mowa o badaniach akustycznych

3. nie mogły zostać dostarczone w określonym przez zamawiającego terminie gdzie brak (w stałej sprzedaży) wyrobu z dowolnym z ww. kryteriów wymuszał po ich spełnieniu wykonanie wymaganych badań, które to ze względu na krótki czas realizacji uniemożliwiały terminową produkcję i dostawę.

Powyższe spowodowało wykluczenie innych wyrobów poza fotelem BACO, który będąc w stałej produkcji jako jedyny spełniał wszystkie kryteria oraz posiadał wyniki wymaganych przez Zamawiającego badań. Wystarczyło zatem tylko wykonać i dostarczyć w wymaganej ilości.

Mając na uwadze ustalony wyżej stan faktyczny Prezes UZP podkreślił, że zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes w uzyskaniu określonego świadczenia. Swoboda zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia nie może jednak funkcjonować w oderwaniu od powszechnie obowiązujących norm prawnych, w tym prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, zdolnych do realizacji zamówienia.

Zamawiający, dokonując czynności opisu przedmiotu zamówienia obowiązani są uwzględnić generalne warunki, jakie nakłada na nich ustawa Pzp. Stosownie do art. 29 ust. 1-3 ustawy Pzp, prawidłowy opis przedmiotu zamówienia powinien spełniać trzy podstawowe przesłanki. Przedmiot zamówienia i jego cechy powinny zostać opisane w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na proces sporządzania oferty. Opisu przedmiotu zamówienia nie można dokonywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp). Przepis służy realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Naruszenie zasady z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt). Zamawiający przygotowując więc 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 określony 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.

Jak wynika z okoliczności sprawy, w tym z opinii biegłego, całokształt zawarty w opisie przedmiotu zamówienia parametrów i wymogów, w szczególności polegających na dopuszczeniu wyłącznie foteli z podłokietnikami wykonanymi z polipropylenu, przy jednoczesnym wykluczeniu rozwiązań konstrukcyjnych i materiałowych, które zamawiający uznał za niedopuszczalne, jednoznacznie wskazywał na jeden konkretny produkt znajdujący się w stałej produkcji / sprzedaży, tj. fotel kinowy BACO firmy ASCENDER, który równocześnie posiadał wymagane przez Zamawiającego badania akustyczne wg normy EN ISO 354:2004 lub równoważne.

Ponadto jak wskazał biegły, Zamawiający opisał parametry i wymagania w zakresie przedmiotowych foteli zbyt rygorystycznie, nie zważając przy tym na swoje uzasadnione, racjonalne potrzeby poprzez niedopuszczenie foteli posiadających podłokietniki wykonane z pianki poliuretanowej integralnej, co było jak wskazał biegły „nadmiarowe i ograniczające krąg dostawców”. W ocenie biegłego bowiem, Zamawiający (a..) nie powinien wykluczać podłokietników wykonanych z pianki poliuretanowej integralnej, która to po prostu posiada inne właściwość niż polipropylen. (...). Każdy z nich będzie posiadał inne zalety oraz wady a jedynie zużyje się po prostu z innych powodów. W innym miejscu biegły doprecyzował, że: polipropylen (jak każdy inny materiał) posiada swoje wady oraz zalety. Specyfika powyższego jest po prostu niepowtarzalna tak samo jak w przypadku wykluczonego poliuretanu, który to np. pod względem walorów użytkowych (jako materiał bardziej

elastyczny a zarazem mniej kruchy) przewyższa poprzednika. Pianka poliuretanowa integralna, nie jest zwykłą pianką poliuretanową.

Większość producentów standardowo stosuje podłokietniki drewniane lub z pianki poliuretanowej. Biegły ustalił, iż żadna z firm, które Zamawiający wskazał w wyjaśnieniach nie dysponuje w stałej sprzedaży fotelami spełniającymi wszystkie parametry i wymagania Zamawiającego z wyjątkiem zaoferowanego fotela model BACO firmy ASCENDER.

Zamawiający w udzielonych wyjaśnieniach twierdził, że chociaż wzorował się na fotelu BACO firmy ASCENDER, to jednocześnie dopuszczał inne fotele celem zwiększenia konkurencyjności postępowania. Ustalenia biegłego nie pozostawiają wątpliwości, iż możliwość ta miała wyłącznie iluzoryczny charakter, gdyż biegły wykazał, że Zamawiający dopuścił jedynie wyroby, które posiadały konstrukcje stalową i podłokietniki wykonane z polipropylenu. W ocenie biegłego wyrażoną m.in. w odpowiedzi na pytanie nr 3 powyższe wykluczało zaoferowanie innych materiałów, z racji braku takich na rynku. Biegły zauważył również, że ponadto musiały być to wyroby spełniające wszystkie pozostałe wymagania, posiadające wymagane przez zamawiającego wyniki badań co wykluczało możliwość wykonania ich na zamówienie w zakreślonym przez zamawiającego terminie.

A zatem, kombinacja parametrów i wymagań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia w tym wykluczenie przez Zamawiającego ww. rozwiązań technicznych i materiałowych, np. podłokietników wykonanych z poliuretanu (a ściśle rzecz biorąc pianki poliuretanowej integralnej)) w ww. zakresie uniemożliwiła zaoferowanie produktów innych producentów, przez co Zamawiający promował produkty konkretnego producenta. Świadczy o tym także fakt, że do upływu terminu składania ofert została złożona tylko jedna oferta Wykonawcy CAVEA DESIGN sp. z o.o. z fotelem kinowym BACO firmy ASCENDER.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w SIWZ, wskazując na produkty konkretnego producenta, naruszył zasadę sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zawartą w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiącą, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję oraz określoną w art. 7 ust. 1 ustawy PZP zasadę, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający dopuścił się zatem naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

Ad. 2)

Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, zamawiający w sekcji 2 pkt 2 protokołu postępowania (druk ZP-PN) zapisał: „Czy zamówienie zostało podzielone na

części: NIE”. Jednocześnie zamawiający pozostawił niewypełnioną część protokołu postępowania dotyczącą powodów niedokonania podziału zamówienia na części.

W świetle przepisu art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół, zawierający co najmniej powody niedokonania podziału zamówienia na części. Powyższy przepis stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego normy zawartej w art. 46 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, 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. 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 skutkować również zwiększeniem konkurencji między wykonawcami. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zaniechał wskazania powodów niedokonania podziału zamówienia na części w punkcie 2.2 protokołu postępowania (druk ZP-PN), co stanowi naruszenie art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający w piśmie z dnia 2 grudnia 2019 r. złożonym dnia 4 grudnia 2019 r. zgłosił zastrzeżenia do wyników kontroli, których treścią było stwierdzenie: „W odpowiedzi na pismo /.../ podtrzymuję swoje stanowisko przedstawiane również w kierowanych do Urzędu wyjaśnieniach (m.in. odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 13.12.2017 r. z 27.11.2018 r., z 25.09.2019 r.), iż opis przedmiotu zamówienia został przygotowany w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji.”

Dnia 18 grudnia 2019 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, wobec uznania, że zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, przekazał do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą zastrzeżenia zamawiającego zgłoszone wobec wyniku kontroli wraz z dokumentacją przeprowadzonego postępowania kontrolnego.

Po przeprowadzeniu analizy przedstawionej dokumentacji Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej w zakresie zarzutów wskazujących na naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutów zawartych w piśmie zamawiającego, należy stwierdzić, co następuje.

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 22 listopada 2019 r. zostało stwierdzone naruszenie przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów ustawy pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia wskazującego na konkretny produkt fotela kinowego, przy pomocy wymagań na tyle rygorystycznych, że nie było to uzasadnione potrzebami Zamawiającego, co w rezultacie mogło prowadzić do eliminacji wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Kolejne naruszenie dotyczyło zaniechania wskazania w protokole postępowania powodów braku podziału zamówienia na części.

Zauważyć należy, że cytowane wyżej pismo zamawiającego z dnia 2 grudnia 2019 r. wskazujące, iż zawiera zastrzeżenia do wyników kontroli jedynie stanowi odesłanie do wcześniej przedstawianych stanowisk, które zostały wzięte pod uwagę w toku postępowania wyjaśniającego oraz prowadzonej kontroli doraźnej.

Wydaną na zlecenie organu kontroli opinię biegłego, który stwierdził, iż opis przedmiotu zamówienia publicznego pośrednio — poprzez kombinację różnych parametrów oraz zastrzeżeń wykluczających niektóre rozwiązania materiałowe — pozwalał na zaoferowanie jednego konkretnego znajdującego się w stałej produkcji modelu fotela oferowanego przez firmę CAVEA DESIGN Sp. z o.o., wobec braku odmiennych informacji i ocen, Izba uznaje za uzasadnioną.

Należy zauważyć, iż Zamawiający w swoich zastrzeżeniach nie kwestionuje ustaleń biegłego oraz nie przytacza nowych argumentów, a ponadto nie odnosi się do naruszenia wskazanego w punkcie 2 Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Zasadne jest przy tym spostrzeżenie, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający jest uprawniony do zgłoszenia umotywowanych zastrzeżeń do wyniku kontroli, a nie sposób uznać, że lakonicznie i ogólnikowo stwierdzony brak aprobaty co do wyników kontroli stanowi umotywowane czyli uzasadnione stanowisko Zamawiającego bezpośrednio powiązane z konkretnie wskazanymi naruszeniami. W szczególności w piśmie Zamawiającego z dnia 2 grudnia 2019 r. brak jest argumentacji dotyczącej odmiennego stanowiska od przedstawionego przez Prezesa UZP, w tym także wobec ustaleń faktycznych dokonanych przez biegłego.

Izba podziela w konsekwencji stanowisko Prezesa UZP przedstawione w informacji o wyniku kontroli jako uzasadnione i oparte na prawidłowo ustalonym stanie faktycznym i nie zanegowane skutecznie przez Zamawiającego, tak w toku kontroli, jak i w złożonych zastrzeżeniach do jej wyniku.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych, wyraziła opinię, jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....