



PREZES  
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

*Hubert Nowak*

Warszawa, dnia 2022 r.

DKZP.WKZ2.442.204.2021.SM  
KND/219/21/DKZP

Rektor  
Politechnika Wrocławska  
Wybrzeże Wyspiańskiego 27  
50-370 Wrocław

W odpowiedzi na pismo z dnia 14 lutego 2022 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 14 lutego 2022 r.), zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „**Dostawa biurowego sprzętu komputerowego o ustalonym standardzie dla Politechniki Wrocławskiej**” (numer postępowania: ZP/BZP/015/2019), uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) podtrzymał stanowisko dotyczące naruszenia: art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp2004, 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 Z, co powodowało, że zaferowanie urządzeń innych producentów stanowiło wyłącznie teoretyczną możliwość; art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp2004, z uwagi na brak precyzyjnego opisanie powodów niedokonania podziału zamówienia na części, wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 31 stycznia 2022 r. przekazanej przy piśmie (znak: DKZP.WKZ2.442.204.2021.SM).

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisów:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp2004, 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 Z, co powodowało, że zaferowanie urządzeń innych producentów stanowiło wyłącznie teoretyczną możliwość;
2. art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp2004, 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”.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia w zakresie wszystkich przywołanych powyżej naruszeń.

#### **Ad. 1**

Odnosząc się do naruszenia stwierdzonego w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 31 stycznia 2022 r. Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach [pkt (1)] podniósł, że w jego ocenie: *„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”.*

Jak dalej wskazał Zamawiający w pkt (2) zastrzeżeń: *„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 Z, 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 Z 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”.*

Ponadto w pkt (3) zastrzeżeń podniesiono, że: *„Kontrolujący dodaje zarazem, iż możliwość ofertowania produktów różnych wykonawców była nieopłacalna z punktu widzenia wykonawcy. Na tym miałyby 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 nieopartymi szczegółową argumentacją”.*

Równocześnie w pkt (4) zastrzeżeń Zamawiający zwrócił uwagę, że: *„niezrozumiałe jest dlaczego biegły oceniając konkurencyjność opisu przedmiotu zamówienia odniósł się tylko do czterech producentów, jakimi są przedsiębiorstwa V, P, Z oraz S. 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:*

- MM posiada w ofercie 13 marek producentów.

- R posiada w ofercie 14 marek producentów.
- MX posiada w ofercie 18 marek producentów.

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

- MM posiada w ofercie 6 marek producentów.
- R posiada w ofercie 12 marek producentów.
- MX posiada w ofercie 19 marek producentów.

*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). Co istotne w tym zakresie Zamawiający 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 P spełniały wymagania w 6 kategoriach, zaś V 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 nie można zgodzić się z tezą, iż opis przedmiotu zamówienia wskazywał na produkty jednej firmy, to jest Z”.*

*Dalej w pkt (5) zastrzeżeń Zamawiający wskazał również, że: „Biegły podkreślał znaczenie szeregu okoliczności, które w jego ocenie prowadziły do ograniczenia konkurencyjności postępowania. Odnosząc się do tych twierdzeń po pierwsze za całkowicie chybiony należy uznać 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. Zatem zarzut zaniechania dopuszczenia sprzętu równoważnego w zakresie wymiarów, wagi oraz wielkości obudowy (strona 20/21 Informacji) należy uznać za wynikający z niezrozumienia zakresu zastosowania przywołanego przez biegłego art. 29 ust. 3 Pzp. Zamawiający musiał dokonać wyboru określonych parametrów celem wskazania jakie produkty różnych producentów spełniać będą jego oczekiwania”.*

*Zamawiający w pkt (6) zastrzeżeń stwierdził również, że: „Nie jest także zrozumiałe twierdzenie, iż zbyt niska waga kryterium ceny wraz z punktowaniem cen cząstkowych asortymentu oraz terminów dostaw i czasu reakcji serwisu uniemożliwiały 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 dostawy produktów różnych producentów. W odróżnieniu od ceny urządzenia jakość obsługi jest okolicznością*

w większym stopniu zależną od wykonawcy (czas reakcji, termin dostaw). Taki był też cel ustanowienia kryteriów pozacenowych”.

Odnosząc się bezpośrednio do opinii biegłego Zamawiający w pkt (7) zastrzeżeń wskazał, że: <<Biegły zakwestionował także posłużenie się przez Zamawiającego w ramach opisu przedmiotu zamówienia takimi parametrami jak waga laptopa, czy jego wymiary (strona 20): „Powierzchnie biurowe czy dydaktyczne u Zamawiającego z całą pewnością nie są wyposażone w identyczne biura 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”. Tylko, że 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<sup>7</sup>: „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 specyfikacji”). Zamawiający 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>>.

W dalszym ciągu nawiązując do opinii w pkt (8) zastrzeżeń podniesiono, iż: „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). Nie jest to informacja prawdziwa, a ta okoliczność zdaje się mieć istotne znaczenie dla sposobu oceny przez biegłego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający 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. 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”.

Następnie w pkt (9) zastrzeżeń Zamawiający podniósł następujący argument: <<Biegły wskazał także, iż nieoptyczne 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 to zwrócić należy 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. Tym samym powyższy argument jest chybiony>>.

Z kolei w pkt (10) zastrzeżeń wskazano: „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. Nie sposób się nie zgodzić z takim poglądem. Zwracamy 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”.

Równocześnie w pkt (11) zastrzeżeń wskazano, że: „Zamawiający nie wyłączył 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. Nie można się zatem zgodzić z tezą Kontrolującego, iż powyżej cytowane postanowienie uniemożliwiało dostosowanie oferowanego sprzętu do wymagań Zamawiającego (strona 23 Informacji). 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. Należy również pamiętać, 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). Zwracamy 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 (...).

Taki sam wynik przynosi analiza konkurencyjności postępowań prowadzonych w dacie rozstrzygnięcia postępowania przez Zamawiającego (maj 2019 roku) (...).

*W przypadku postępowań na dostawy sprzętu komputerowego dla uczelni wyższych występuje niski poziom konkurencyjności. Przeprowadzana przez nas 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”.*

*W pkt (12) zastrzeżeń wyjaśniono, że: „w toku postępowania przetargowego Zamawiający podejmował szereg działań umożliwiających złożenie oferty jak największej liczbie wykonawców. Jak słusznie zauważył biegły, w toku wyjaśnień treści s.i.w.z. 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 naszej ocenie całkowicie chybione”.*

*Ponadto w pkt (13) zastrzeżeń wskazano, co następuje: <<Odnosząc się bezpośrednio do uzasadnienia zarzutu przedstawionego przez Kontrolującego należy dodać, iż nieprawdziwe jest jego twierdzenie (strona 25 Informacji), iż sprzęt producenta Z jako jedyny mógł zostać zaoferowany w każdej z kategorii wymaganego asortymentu, gdyż jak stwierdził biegły „żaden z producentów oprócz Z nie posiadał w swojej ofercie wszystkich urządzeń spełniających wymagania Zamawiającego”. Po pierwsze raz jeszcze należy podkreślić, iż opinia biegłego odnosiła się nie do całego rynku producentów komputerów, a tylko do czterech. Co jednak należy raz jeszcze powtórzyć, Zamawiający dopuścił możliwość oferowania produktów różnych producentów. Zatem przykładowo: skoro w ocenie biegłego produkty marki P mogły być oferowane w 23 kategoriach na 24 łącznie to nic nie stało na przeszkodzie w złożeniu oferty z jednym produktem marki Z lub innego producenta oraz 23 produktami marki P. Trudno uznać, iż mieliśmy do czynienia z faworyzowaniem marki Z w takich okolicznościach sprawy>>.*

*Zamawiający w pkt (14) zastrzeżeń wskazał ponownie, iż: <<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 zaoferuje 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”. Mamy w tym zakresie do czynienia jedynie z powołaniem się na bliżej niedoprecyzowane przewidywania>>.

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

**Odnośnie się do ww. argumentacji powoływanej w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej informuję, co następuje.**

#### **Odnośnie pkt (1), (2) i (15) zastrzeżeń**

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający już na wstępie zastrzeżeń wykazał, iż błędnie zinterpretował wnioski zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 31 stycznia 2022 r. Otóż, zarówno w samym naruszeniu czy we wnioskach zawartych w uzasadnieniu powyższej Informacji nie znajdziemy sformułowania stanowiącego bezpośrednio, że „w przedmiotowym postępowaniu mieliśmy do czynienia ze wskazaniem w opisie przedmiotu zamówienia na produkty konkretnego producenta”.

Owszem, w Informacji zasygnalizowano, że pierwotna wersja Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (OPZ) wskazywała na urządzenia producenta Z, o czym świadczy również bezpośrednio opinia biegłego, niemniej w toku kontroli nie stwierdzono, aby ostateczna treść SIWZ (OPZ), po dokonanych zmianach, wskazywała na produkty konkretnego producenta. Istota powyższego naruszenia opiera się bowiem na ustaleniu, że 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 Pzp2004, została sporządzona w sposób faworyzujący produkty producenta Z i tylko teoretycznie dopuszczała możliwość zaoferowania urządzeń innych producentów niż Z, co potwierdza opinia sporządzona przez biegłego w niniejszej sprawie.

Za konkluzją Informacji o wyniku kontroli doraźnej należy wskazać, że: „O faworyzowaniu produktów producenta Z na gruncie kontrolowanego postępowania świadczy zatem 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

*kategorię sprzęt producenta Z 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 Z. Ostatecznie również produkty producenta Z zostały zaoferowane w jedynej ofercie, która wpłynęła w niniejszym postępowaniu”.*

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, zacytowany w zastrzeżeniach fragment Informacji: „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 (...)” został przez niego zinterpretowany w oderwaniu od stwierdzonego naruszenia. Powyższy opis, sam w sobie, nie mógł być punktem wyjścia do sformułowania naruszenia z pkt 1 Informacji, ponieważ nie można go odnosić w pełni do analizowanego stanu faktycznego. Zacytowane rozważania prawne w gruncie rzeczy należy odnosić do pierwotnie opracowanej przez Zamawiającego wersji SIWZ. Podczas gdy dopiero ostateczna wersja SIWZ dała podstawy do sformułowania naruszenia w postaci uprzywilejowania sprzętu producenta Z, a nie bezpośredniego wskazania na niego.

Istotnie, w Informacji o wyniku kontroli stwierdzono, że: „potencjalny wykonawca mógł zaoferować w każdej kategorii sprzęt producenta Z albo opracować ofertę składającą się z produktów różnych producentów”. Niemniej Zamawiający pomija przy tym fakt, że w dalszej części zacytowanego fragmentu wskazano równocześnie, że „co jednak zdaniem biegłego było nieopłacalne z punktu widzenia wykonawcy”. Powyższe należało interpretować łącznie. W dodatku w Informacji przytoczono treść opinii biegłego stanowiącą, że: „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 umożliwiłaby osiągnięcia przez wykonawcę nawet minimalnego zysku, biorąc pod uwagę systemy rabatowania, wolumen produktów, odpowiedzialność wykonawcy, wykonywanie serwisu”.

Powyższe nie stoi zatem w sprzeczności ze stwierdzonym naruszeniem.

Zamawiający zakwestionował również szereg wniosków wybrzmiewających bezpośrednio z opinii biegłego. Po zapoznaniu się ze stanowiskiem Zamawiającego zawartym w zastrzeżeniach biegły podtrzymał wszystkie wnioski i ustalenia zawarte w opracowanej przez siebie opinii.

Odnosząc się do pkt (2) zastrzeżeń biegły wskazał, że: „(...) sam fakt, że teoretycznie można przypisać jeden model sprzętu innego producenta, który spełnia wymagania Zamawiającego w każdej z kategorii nie dowodzi zachowania konkurencyjności, albowiem wykonawca musiał zapewnić dostępność tego modelu w dużych ilościach sztuk przez okres 18 miesięcy od daty podpisania umowy. Tak jak zaznaczono w opinii, model monitora V pochodzi z 2013 i z całą pewnością nie mógł on być dostępny w sprzedaży do połowy 2020 roku (przewidywany czas zakończenia umowy). Odwrotna sytuacja jest z modelem T, który na dzień ogłoszenia postępowania przetargowego nie był jeszcze dostępny w regularnej sprzedaży w dużych ilościach w Polsce.



Z tych względów należałoby stwierdzić, że w kategorii ZK\_1 Zestaw komputerowy stacjonarny biurowy oraz w kategorii ZK\_2 Zestaw komputerowy stacjonarny biurowy, wymagania spełniał wyłącznie model sprzętu producenta Z”.

### **Odnosnie pkt (3) i (14) zastrzeżeń**

W tym przypadku Zamawiający odniósł się już do stanowiska, że „możliwość oferowania produktów różnych wykonawców była nieopłacalna z punktu widzenia wykonawcy”. Zdaniem Zamawiającego „Na tym miałyby polegać swoisty monopol jednego producenta. Nie byłby to monopol wynikający z wymagań technicznych, co z pewnego rodzaju przymusu ekonomicznego skutkującego możliwością oferowania produktów tylko jednego przedsiębiorstwa. Brak jest jednak szczegółowego uzasadnienia takiego stanowiska (...)”.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że biegły ustalił w przedstawionej opinii, iż: „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”.

Szerzej odnośnie polityki partnerskiej biegły podniósł, co następuje:

„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 Z. 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 zwyczajnych 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”.

W opinii wskazano jednocześnie, że: „taka łączona oferta nie umożliwiłaby 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 zostałaby złożona”.

Ustosunkowując się do stanowiska Zamawiającego zawartego w pkt (3) zastrzeżeń biegły wyjaśnił, że: „Nieopłacalność, z punktu widzenia wykonawcy, oferowania w jednej ofercie biurowego sprzętu komputerowego różnych producentów, nie wynika z monopolu producentów, ale z ich polityk partnerskich polegających na uzależnieniu wysokości upustu od cen katalogowych w zależności od wartości produktów objętych zamówieniem. Dodatkowym elementem przy tego typu produktach jest ich niska marżowość dla wykonawcy wynikająca z tego, że biurowy sprzęt komputerowy jest dziś produktem niezbędnym do funkcjonowania zarówno w gospodarce, ale także edukacji i codziennym życiu, dlatego też jest sprzedawany w olbrzymich ilościach. Z tych względów na rynku panuje olbrzymia konkurencja pomiędzy producentami, a ich produkty patrząc od strony użytkownika niewiele różnią się od siebie. Dlatego też producenci stosują różne zachęty wobec kupujących m.in. premiowanie uzależnione od wysokości sprzedaży. W niniejszym przypadku biorąc pod uwagę wielkość przedmiotu zamówienia (kilkaset sztuk), jego wartość- 5 200 000 PLN netto, krótkie terminy dostaw (14 i 7 dni) oraz konieczność zastosowania jednakowych zasad serwisowania i gwarancji, przy jednoczesnej niskiej marżowości, sporządzenie oferty, w której zostałyby połączone produkty różnych firm, byłoby teoretycznie możliwe, ale nisko opłacalne dla wykonawcy oraz obarczone wyższym ryzykiem niewykonania umowy z Zamawiającym. Konieczność koordynowania dostaw i serwisowania sprzętów różnych producentów, przy niższej marżowości na całości zamówienia powoduje, że wykonawcy rzadko decydują się na taki krok, przy tej wartości zamówienia, wolumenie i terminach dostaw. Należy tutaj zwrócić uwagę, że analizujemy tutaj sprzedaż kilkuset sztuk sprzętu, na przestrzeni 18 miesięcy, a nie kilkunastu sztuk dostarczanych jednorazowo”.

#### **Odnosnie pkt (4) zastrzeżeń**

Zamawiający w powyższym punkcie zastrzeżeń podniósł, że niezrozumiałe jest dla niego „dlaczego biegły oceniając konkurencyjność opisu przedmiotu zamówienia odniósł się tylko do czterech producentów, jakimi są przedsiębiorstwa V, P, Z oraz S”. Warto zauważyć, że Wnoszący zastrzeżenia powołał się przy tym na katalog ogólnodostępnych laptopów i komputerów według stanu na dzień 10 lutego 2022 r.

Odnosząc się do powyższego stanowiska zawartego w zastrzeżeniach biegły wskazał co następuje: „Biegły porównał w opinii konkurencyjnych producentów laptopów i zestawów komputerowych, oferujących sprzęt o podobnych parametrach i podobnej cenie oraz najczęściej kupowanych przez jednostki budżetowe, które mają obowiązek nabywania sprzętu w postępowaniach przetargowych. Oczywiście rynek producentów sprzętu komputerowego jest znacznie szerszy i obejmuje zarówno światowych potentatów jak Y, jak i niszowych producentów jak O. Z jednej więc strony mamy producenta ekskluzywnych modeli jak Y, cechujących się bardzo wysoką ceną, a z drugiej chińskiego producenta komputerów dostępnego na serwisie A

w cenie około 1000 PLN brutto. Z dodania takich producentów do porównania nic nie wynika, bo z jednej strony jednostka budżetowa jakim jest uczelnia, nie dysponuje takimi środkami, aby wyposażyć wszystkich swoich pracowników w sprzęt marki Y, a z drugiej strony jednostka budżetowa nie może kupować sprzętu na portalach takich jak A. Nie wnosi również nic do sprawy wskazanie przez Politechnikę ilości marek producentów posiadanych w ofercie przez MM czy R, ponieważ są to podmioty zajmujące się sprzedażą detaliczną w sieci Internet i w sklepach wielkopowierzchniowych. Ani MM, ani R nie są przedsiębiorstwami, które startują w przetargach publicznych i ich polityka sprzedaży jest sprzedażą skierowaną do konsumenta (B2C) i małego rynku B2B”.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że sam Zamawiający w pierwszych wyjaśnieniach udzielonych na wezwanie Urzędu w toku postępowania wyjaśniającego wskazał listę, w której wymienił nazwy modeli sprzętu komputerowego i ich producentów spełniających jego zdaniem wymagania OPZ (następnie została zmodyfikowana przez Zamawiającego). W przedmiotowej liście przy każdej z 24 pozycji wymieniono sprzęt producenta Z, jak i wskazano na urządzenia takich producentów jak: V, czy P. Wyłącznie w przypadku monitorów zostali dodatkowo podani tacy producenci jak: I, J, K, L, T. W związku z czym biegły podobnie jak Zamawiający, oceniając konkurencyjność skupił się na wiodących producentach sprzętu komputerowego.

Należy przypomnieć, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego będące przedmiotem kontroli zostało wszczęte na początku 2019 r. W związku z czym powoływanie się na informacje dotyczące ogólnodostępnych laptopów i komputerów według stanu na dzień 10 lutego 2022 r. jest bezprzedmiotowe. Rynek sprzętu komputerowego i oferowane na nim technologie charakteryzują się dużą dynamiką zmian. Świadczy o tym wymownie realizacja umowy w sprawie kontrolowanego zamówienia publicznego, w ramach której Zamawiający w roku 2019 r. zawarł 6 aneksów, zmieniając oferowany przez Wykonawcę G sprzęt komputerowy z uwagi na zakończenie produkcji. Co istotne z urządzeń producenta Z na urządzenia producenta Z.

Zamawiający w pkt (4) zastrzeżeń zawarł również następujące stanowisko: „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 P spełniały wymagania w 6 kategoriach, zaś V 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”.

Istotny jest przy tym fakt, że biegły w opinii uwzględnił ww. listę przygotowaną przez Zamawiającego i jego modyfikację, niemniej uznał (bazując na powyższej liście), że wyłącznie teoretycznie produkty producenta P spełniały wymagania Zamawiającego w 6 kategoriach (6/24), produkty producenta V w 23 kategoriach (23/24). Zamawiający pomija fakt, że biegły nie postawił w tym zakresie jednoznacznych wniosków, gdyż jak wynika z opinii, na dzień jej sporządzenia brak było danych historycznych o dostępności danego modelu na dzień składania ofert.

Jak zostało to wskazane w Informacji: „Mimo, iż 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 V pochodzi z 2013 roku i wątpliwe jest, aby w 2019 roku pozostawał on w regularnej sprzedaży przez

*producenta. Dane z serwisów e czy też a pokazują, że ten model był tylko w sprzedaży poleasingowej, czyli dostępne były modele albo używane, albo pojedyncze sztuki. Podobna uwaga dotyczy modelu V x (...)*”.

Tym samym należy pamiętać, że biegły w opinii podważa możliwość zaoferowania dwóch ww. urządzeń.

Należy również zwrócić uwagę na istotną okoliczność. Wśród wymienionego przez Zamawiającego sprzętu w liście wysłanej wraz z pierwszymi wyjaśnieniami, 2 pozycje zostały zakwestionowane (model V T i PL). Zamawiający następnie zmodyfikował przesłaną listę, wskazując przy tym na omyłkę pisarską polegającą na wskazaniu modelu V T zamiast V x. Zamawiający wskazał także inny monitor spełniający wymagania SIWZ (M\_1), tj. monitor V z. Nie sposób jednak uznać powyższego za omyłkę w sytuacji, gdy dołączone do pierwszych wyjaśnień karty katalogowe również dotyczą wskazanego przez Zamawiającego pierwotnie sprzętu.

### **Odnosnie pkt (5) zastrzeżeń**

W zakresie stanowiska Zamawiającego odnoszącego się do zarzutu związanego z niedopuszczeniem możliwości zaoferowania sprzętu równoważnego należy wyjaśnić, że rozważania biegłego w tym zakresie zawarte w cytowanej opinii nie stanowiły podstawy sformułowania naruszenia na gruncie przeprowadzonej kontroli doraźnej.

### **Odnosnie pkt (6) zastrzeżeń**

W odpowiedzi na pytanie a) w opinii biegły wskazał, że: *„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 cząstkowe asortymentu, a także terminy realizacji dostaw oraz czas reakcji serwisu”*. Zamawiający w zastrzeżeniach podnosi m. in., że nie jest dla niego zrozumiałe powyższe stanowisko.

Ustosunkowując się do powyższego biegły wskazał, iż: *«W mojej ocenie premiowanie „czasu reakcji serwisu” zdefiniowanego jako „czas reakcji serwisu”, a nie czas dokonania naprawy nie ma nic wspólnego z dbałością o jakość obsługi wykonawcy. Czas reakcji serwisu nic nie wnosi do wysokiej jakości obsługi, bo jest tylko terminem, w którym wykonawca ma potwierdzić wpływ zgłoszenia o awarii. Istotnym elementem zapewniającym jakość obsługi jest czas naprawy sprzętu. Co do wysokiego premiowania czasu dostawy to również ten termin jest w małym stopniu zależny od wykonawcy, bowiem w istocie jest to termin zależny od producenta. Podtrzymuję więc wszystkie ustalenia opisane w opinii»*

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że w przekazanych przez Zamawiającego dokumentach postępowania znajduje się 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 V 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 cząstkowych, wskazują jednoznacznie na preferowanie jednego producenta markowych komputerów, (...) tj. na firmę Z.*

*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 G oferującej rozwiązania właśnie firmy Z”.*

Wykonawca ten przedstawił także oświadczenie z dnia 18 marca 2019 r. najprawdopodobniej ówczesnego Dyrektora firmy V, 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 V 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 V produkcja ta odbywa się w C.*

*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 V”.*

Powyższe okoliczności faktyczne może nie świadczyć o tym, że określone przez Zamawiającego w postępowaniu kryteria oceny ofert uniemożliwiły złożenie oferty zawierającej produkty producenta V, ale mogą sygnalizować, że ustalone terminy dostaw na wstępie mogły zniechęcać potencjalnych wykonawców do złożenia ofert, którzy nie mieliby szans uzyskać maksymalnej liczby punktów w przedmiotowym kryterium. Nie można pomijać faktu, że w kontrolowanym postępowaniu ofertę złożyła tylko 1 firma i to w całości oferująca sprzęt producenta Z w maksymalnie punktowanych terminach realizacji dostaw (14, 7 dni).

### **Odnosnie pkt (7) zastrzeżeń**

W nawiązaniu do powyższego punktu zastrzeżeń należy przytoczyć następujący fragment opinii: „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 milimetrycznych 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”.

Zamawiający przytoczył większość zacytowanego powyżej fragmentu opinii w zastrzeżeniach i wskazał, że „biegły zakwestionował także posłużenie się przez Zamawiającego w ramach opisu przedmiotu zamówienia takimi parametrami jak waga laptopa, czy jego wymiary”.

W odpowiedzi na zastrzeżenia biegły przedstawił następujący pogląd: „(...) do zachowania konkurencyjności wystarczyłoby takie opisanie ww. parametrów w formie „od-do”, tak aby danej kategorii mieścił się model sprzętu przynajmniej 4 producentów, ponieważ nie ma to znaczenia dla funkcjonalności sprzętu dla użytkownika, a sprzęty producentów takich jak: Z, V, P czy S niewiele różniąc się poszczególnymi wymiarami, funkcjonalnie są identyczne”.

W tym miejscu należy zauważyć, że w świetle opracowania, pn.: „Rekomendacje Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące udzielania zamówień publicznych na dostawę zestawów komputerowych”<sup>1</sup>:

*„Podstawową zasadą opisu przedmiotu zamówienia na dostawę urządzeń komputerowych powinno być specyfikowanie właściwości użytkowych urządzeń, a nie ich szczegółowych parametrów konstrukcyjnych, przy czym zbiór wymaganych parametrów użytkowych winien wynikać ze specyfiki dziedziny zastosowań, dla której urządzenia komputerowe są zamawiane.*

*Potrzeby zamawiającego są bowiem wyznaczone nie rozwiązaniami technicznymi zawartymi w zamawianym sprzęcie, lecz atrybutami określającymi przydatność urządzenia komputerowego do realizacji zadań zamawiającego, czyli poprzez właściwości użytkowe tego urządzenia. Te zaś wyznaczone są przede wszystkim:*

- *wydajnością urządzenia komputerowego popartą przeprowadzonym testem;*
- *ergonomią pracy;*
- *zgodnością urządzenia komputerowego z oprogramowaniem wykorzystywanym przez zamawiającego;*
- *cyklem życia produktu, w tym okresem dostępności podzespołów do napraw;*
- *jakością procesu wytwarzania, decydującą o trwałości i niezawodności sprzętu na podstawie odpowiednich norm;*
- *warunkami gwarancji świadczonej przez producenta”.*

Zgodnie z powyższymi rekomendacjami (str.17) za niedozwolone należy uznać, m. in.: „konkretne wymiary obudowy, tj. podane z dokładnością do pojedynczego centymetra lub większą (np. 340 x 380 x 100 mm /dokładnie/, ale dopuszczalne może być potraktowanie tych wymiarów jako maksymalnych, w granicach niewykluczających konkurencji”.

Mając na uwadze powyższe należy także zwrócić uwagę na wątek dyskryminującego zbiegu wymagań. Otóż: „Z dyskryminującym zbiegiem wymagań mamy do czynienia wtedy, gdy opis przedmiotu zamówienia zawiera wymagania, z których każde z osobna nie prowadzi samoistnie do dyskryminacji jakiegokolwiek producenta, lecz ich koniunkcja (wymaganie łącznego spełnienia) sprawia, że tylko jedno dostępne na rynku urządzenie może je spełnić. Promowana w niniejszych rekomendacjach zasada specyfikowania właściwości użytkowych urządzenia komputerowego, a nie szczegółowych parametrów technicznych jego konstrukcji oraz przedstawiona lista zapisów niedopuszczalnych, ogranicza ryzyko powstania dyskryminującego zbiegu wymagań”.

---

<sup>1</sup> <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/dobre-praktyki/nowe-rekomendacje-dotyczace-zamowien-na-zestawy-komputerowe-marzec-2021>

## Odnośnie pkt (8) zastrzeżeń

Zamawiający w zastrzeżeniach ustosunkowując się do opinii biegłego dowodzi, że: „Wykonawcy mieli świadomość, że przedmiot zamówienia to w większości zaawansowany sprzęt specjalistyczny niezbędny do potrzeb badawczych i dydaktycznych uczelni technicznej. Jest to z całą pewnością sprzęt dedykowany do niekonwencjonalnych zadań”.

Tymczasem biegły w opinii stwierdził m.in., że:

„(...) przedmiotem zamówienia były powszechnie używane do zadań biurowych zestawy komputerowe i laptopy, a nie specjalistyczny sprzęt komputerowy dedykowany do niekonwencjonalnych zadań (...)”;

„(...) 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”.

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”.

Mając na uwadze powyższe należy zwrócić uwagę w tym kontekście, że nazwa kontrolowanego postępowania brzmi nie inaczej jak: Dostawa biurowego sprzętu komputerowego o ustalonym standardzie dla Politechniki Wrocławskiej”.

Jak wynika ustalonego stanu faktycznego, zgodnie z tabelą stanowiącą załącznik nr 3 do SIWZ przedmiot kontrolowanego postępowania obejmował zakresem dostawę sprzętu komputerowego następującego rodzaju:

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-A0;
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\_1;
22. Monitor M\_2;
23. Monitor M\_3;
24. Monitor M\_4.

Wymaga również wskazania, że w pierwszych wyjaśnieniach udzielonych na wezwanie Urzędu Zamawiający wymienił następujące modele tj. Z T i V Tr (po zmianie V T) jako spełniające wymagania w następujących pozycjach:

ZK\_1 Zestaw komputerowy stacjonarny biurowy,  
ZK\_2 Zestaw komputerowy stacjonarny biurowy,  
ZK\_A0 Zestaw komputerowy zaawansowany laboratoryjny,  
ZK\_A1 Zestaw komputerowy zaawansowany laboratoryjny,  
ZK\_B0 Zestaw komputerowy zaawansowany laboratoryjny,  
ZK-B1 Zestaw komputerowy zaawansowany laboratoryjny,

Powyższe najwyraźniej dowodzi, że ten sam model zestawu mógłby być wykorzystywany równocześnie jako zestaw biurowy i laboratoryjny zaawansowany.

Biegły odnosząc się do stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego w powyższym zakresie wskazał, że:

*<<Zamawiający zgodnie ze sporządzoną przez siebie Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, wymagał dostawy „biurowego sprzętu komputerowego”, zgodnie z klasyfikacją wg kodów CPV:*

*30200000-0 Sprzęt komputerowy  
30213000-5 - Komputery osobiste  
30231300-0 - Monitory ekranowe  
30213100-6 - Komputery przenośne*

*Gdyby Zamawiający rzeczywiście potrzebował specjalistycznego sprzętu to winien go oznaczyć innym kodem CPV np. 30211000-1 - Komputery wysokowydajne. Nie ma większego znaczenia, że uczelnia jest jednostką badawczą i prowadzi badania biochemiczne czy też z zakresu sztucznej inteligencji. W mojej ocenie sprzęt innych producentów o zbliżonych parametrach wielkości czy wagi byłby tak samo użyteczny do badań, jak sprzęt producenta Z. Należy zwrócić tutaj uwagę na fakt, że zakupione stacje robocze czy laptopy komunikują się z serwerami i „przestrzeniami dyskowymi”, na których to wykonywane są specjalistyczne procesy technologiczno-badawcze. Stacja robocza czy laptop umożliwia dostęp do określonych danych, jednakże to moc obliczeniowa serwerów i powierzchni macierzy dyskowych stanowią trzon zasobów, które wykorzystywane są właśnie w badaniach naukowych. Dla przykładu korzystnie z rozwiązań „sztucznej inteligencji”, czy zaawansowana analiza danych wymaga znacznych zasobów mocy obliczeniowej i przestrzeni dyskowych, których to zarówno laptop jak i komputer stacjonarny (objęty przedmiotowym postępowaniem) nie jest w stanie zapewnić>>.*



Mając na uwadze powyższe, w dalszym ciągu brak jest podstaw aby uznać, że zamawiany sprzęt był sprzętem specjalistycznym.

### **Odnosnie pkt (9) zastrzeżeń**

Zamawiający w pkt (9) zastrzeżeń zwrócił uwagę na następujący fragment stanowiska biegłego wyrażonego w opinii: „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”.

Szerzej odnośnie polityki partnerskiej producentów wskazano już powyżej, odnosząc się do pkt (3),(14) zastrzeżeń.

Zdaniem Zamawiającego: „Zakładając, iż biegły miał na myśli nie tyle niewielką marżę, co niewielki rabat to zwrócić należy 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. Tym samym powyższy argument jest chybiony”.

Ustosunkowując się do powyższego fragmentu zastrzeżeń biegły wyjaśnił, że: „miał na myśli marżę uzyskiwaną przez wykonawcę na dostawie sprzętu do Zamawiającego. Marża wykonawcy powstaje w wyniku systemu rabatowania, czy też uzyskiwania cen specjalnych od cen katalogowych tzw. „list price” producentów. Producenci ustalają swój cennik katalogowy na swoje produkty, aktualny przez określony czas. Od tych cen katalogowych udzielają partnerom rabatów. Rabat jest udzielany od wartości zamówienia (czyli w tym przypadku od kwoty 5 200 000 PLN). Rabaty, o których pisze Zamawiający udzielane za cały wolumen sprzedaży w danym roku mają odzwierciedlenie w tzw. poziomie partnerstwa (silver, gold) i również wpływają na poziom możliwych do uzyskania przez partnera cen u producenta”.

### **Odnosnie pkt (10) i (11) zastrzeżeń**

Zgodnie z zapisem zawartym w 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): „Wykonawca nie może przed dostawą dokonywać modyfikacji dostarczonego przez producenta sprzętu” Zapis ten dotyczył 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 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 U, powszechnie stosowane i akceptowane przez wszystkich producentów. Producenci tacy jak V czy P

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”.

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej wskazano zatem, że „powyższy zapis pozbawił potencjalnych wykonawców możliwości dostosowania oferowanego sprzętu do wymagań Zamawiającego. Czego efekt jest widoczny w ilości złożonych ofert i zaofertowanym asortymencie”.

Zamawiający w zastrzeżeniach próbował wykazać, że „nie wyłączył możliwości konfigurowania sprzętu a jedynie ograniczył możliwość dokonywania ingerencji w opakowanie zewnętrzne sprzętu, jak i samodzielnego ingerowania (przez podmiot inny niż producent) w oferowany sprzęt w celu jego doposażenia (...) Możliwe było dokonywanie modyfikacji przez producenta, co w przypadku zestawów komputerowych będących tzw. składakami jest standardem (...)”. W związku z czym nie zgadza się z powyższymi ustaleniami. Zamawiający odwołuje się jednocześnie do treści pytania nr 48 do SIWZ i udzielonej odpowiedzi.

W tym miejscu należy zauważyć, że ww. zapis załącznika nr 3 do SIWZ jest kategoriyczny: Wykonawca nie może przed dostawą dokonywać modyfikacji dostarczonego przez producenta sprzętu. Zapis ten odnosi się do wykonawców nie będących jednocześnie producentami sprzętu.

Jeden z potencjalnych wykonawców w drodze pytań do treści SIWZ zwrócił się do Zamawiającego o dopuszczenie możliwości ingerencji w sprzęt w następujący sposób:

*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 ?

Zamawiający nie zgodził się na taką ingerencję.

Dodatkowo jeden z wykonawców zwrócił się do Zamawiającego z następnym pytaniem (pytanie nr 70):

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

W odpowiedzi Zamawiający wyjaśnił, że:

Zamawiający dopuści możliwość realizacji dostaw dla opcji będących częściami 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.

Powyższe wskazuje, że Zamawiający odpowiadając *de facto* na próbę wprowadzenia przez potencjalnego wykonawcę modyfikacji kategoriycznego zapisu OPZ, w przypadku pierwszego z pytań, stwierdził jedynie, że takiej ingerencji nie dopuszcza. W tym kontekście warto zwrócić uwagę na wyżej cytowaną treść opinii biegłego w zakresie analizowanego zapisu OPZ o często stosowanym w praktyce przez wykonawców aspekcie ingerencji w oferowany sprzęt w celu doposażenia konfiguracji o wymagane komponenty np. pamięci RAM.

W związku z czym można uznać, że powyższy zapis OPZ pozbawia potencjalnych wykonawców

nie będących producentami możliwości doposażenia/ dostosowania oferowanego sprzętu przed dostawą do wymagań Zamawiającego, np. o odpowiednie komponenty, w przypadku gdyby zachodziła taka potrzeba po stronie ww. wykonawcy.

Kwestia możliwości modyfikacji sprzętu przez samego producenta nie ma w tym przypadku znaczenia, z uwagi na treść analizowanego zapisu OPZ.

Ponadto należy zauważyć, że w pkt (11) zastrzeżeń Zamawiający zwrócił uwagę, że: *wbrew twierdzeniom biegłego konkurencyjność tego typu postępowań jest niska*". Zamawiający formułując powyższy wniosek posiłkował się analizą ogłoszeń o udzieleniu zamówienia opublikowanych w lutym 2022 r. i maju 2019 r.

Należy przypomnieć, że biegły w opracowanej opinii wyraził następujące stanowisko: *„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”*.

Odnosząc się do powyższego stwierdzenia zawartego w zastrzeżeniach biegły wskazał, że: *„Wyciąganie przez Zamawiającego jakichkolwiek wniosków na temat konkurencyjności postępowań na dostawę biurowego sprzętu komputerowego na bazie lutego 2022 jest obarczone błędem fałszywego założenia. Należy bowiem mieć na uwadze, że od końca 2019 roku na świecie panuje pandemia Covid 19, która z jednej strony spowodowała przestoje w fabrykach produkujących podzespoły komputerowe i sprzęt, zakłócenie całego łańcucha dostaw, a z drugiej strony olbrzymi wzrost popytu na tego typu sprzęt umożliwiający pracę zdalną. Od 2020 do dziś są duże kłopoty w dostępności tego typu sprzętu. Dostępność należy rozumieć jako możliwości zakupu przez daną jednostkę kilkudziesięciu lub kilkuset sztuk danego modelu. Brak dostępności wynika nie tylko z braku produktów, ale również z wydłużonego czasu dostawy.*

*Analiza konkurencyjności postępowań z maja 2019 roku, jest również obarczona błędem albowiem wartość analizowanych postępowań waha się od 7 251 PLN do 283 659 PLN. Nietrafne jest wyciąganie wniosków o konkurencyjności postępowań analizując postępowania na dostawę kilku lub kilkunastu komputerów o wartości 7 251 PLN w porównaniu do przedmiotowego postępowania, którego wartość wynosiła 5 200 000 PLN. Postępowania wskazane w analizie Zamawiającego dotyczą innego, o wiele mniejszego wolumenu dostaw, a więc są skierowane do innego rodzaju wykonawców. Do wykonania zamówienia na łączną wartość 5 200 000 PLN potrzebna jest m.in. inna zdolność kredytowa i organizacyjna, niż w przypadku wykonania zamówienia na kwotę 7 251 PLN”*.

Tym samym, analiza przedstawiona przez Zamawiającego nie może być podstawą do uznania niskiego poziomu konkurencyjności postępowań na dostawę sprzętu komputerowego dla uczelni wyższych.

#### **Odnosnie pkt (12) zastrzeżeń**

Na gruncie przedmiotowej sprawy nie można nie zauważyć, że szereg potencjalnych wykonawców zwracało uwagę Zamawiającemu, zarówno w pytaniach dotyczących SIWZ opublikowanych przez Zamawiającego, jak i tych niepublikowanych, na kwestię ograniczenia konkurencji w niniejszym postępowaniu, w tym, na bezpośrednie faworyzowanie producenta Z. 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”*.

Zamawiający wyjaśnił w zastrzeżeniach, że w toku postępowania przetargowego podejmował szereg działań umożliwiających złożenie oferty jak największej liczbie wykonawców, tj. uwzględnił w całości lub części 39 postulatów wykonawców dotyczących zmian treści OPZ w kierunku rozszerzenia katalogu produktów spełniających wymagania. Należy zauważyć, że stosunkowo duża ilość próśb o modyfikację treści OPZ nie świadczy dobrze o jakości przygotowanego postępowania. Ostatecznie również, powyższe zmiany opisu przedmiotu zamówienia nie doprowadziły do złożenia przynajmniej jednej oferty składającej się z produktów innych producentów niż Z.

Wśród pytań potencjalnych wykonawców, gdzie pojawiały się bezpośrednie sugestie wskazujące na uprzywilejowanie jednego producenta w postępowaniu, podnoszono m. in., że:

- fragment pytania nr 24: *„Pytanie motywujemy wskazaniem przez Zamawiającego wymiarów zewnętrznych dla obudowy komputera biurowego t, które według wiedzy oferenta spełnione są przez komputer jednego producenta marki Z, co uniemożliwia zachowanie uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie ściśle określonych zapisów w specyfikacji”*;

- fragment pytania nr 39: *„Pytanie motywujemy niewielką różnicą w wymiarach oferowanego produktu nie mających istotnego wpływu na funkcjonalność techniczną sprzętu, dodatkowo wskazanie przez Zamawiającego wymiarów zewnętrznych dla obudowy komputera ...”, które według wiedzy oferenta spełnia komputer jednego producenta marki Z, co uniemożliwia zachowanie uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie ściśle określonych zapisów w specyfikacji”*;

- fragment pytania nr 61: *„Zamawiający tak jak w latach ubiegłych ogranicza przez parametry techniczne możliwość zaoferowania innego sprzętu niż marki Z. Wystarczy bowiem jedynie jeden z modeli oferowanych ograniczyć do jednego producenta Z, a niemożliwym jest zaoferowanie innego sprzętu w atrakcyjnej cenie, gdyż firma Z robi ofertę tylko jednemu Wykonawcy. W związku z powyższym zarzucam Zamawiającemu zapisy, które są ograniczaniem konkurencji i faworyzowaniem producenta Z1”*;

- fragment nieopublikowanego stanowiska potencjalnego wykonawcy, które wpłynęło do Zamawiającego po terminie: *„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 cząstkowych, wskazują jednoznacznie na preferowanie jednego producenta markowych komputerów (...) tj. na firmę Z.

*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 G oferującej rozwiązania właśnie firmy Z”.*

- fragment nieopublikowanego stanowiska potencjalnego wykonawcy, które wpłynęło do Zamawiającego po terminie: „W związku z tym, że wymienione funkcjonalności są charakterystyczne dla jednego producenta sprzętu i dotyczą konkretnego oprogramowania, co w sposób jawny preferuje jednego dostawcę a więc ogranicza uczciwą konkurencję wnioskujemy o dopuszczenie oprogramowania spełniającego następujące funkcjonalności (...)”.

### **Odnosnie pkt (13) zastrzeżeń**

W informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 31 stycznia 2022 r. podniesiono, że: <<sprzęt producenta Z jako jedyny mógł zostać zaofertowany w każdej z kategorii wymaganego asortymentu. Jak stwierdził biegły „Żaden z producentów oprócz Z nie posiadał w swojej ofercie wszystkich urządzeń spełniających wymagania Zamawiającego”, czy „po dokonanych zmianach w każdej z kategorii w dalszym ciągu znajdowały się produkty Z”. Wynika to również z listy sprzętu wskazanej przez samego Zamawiającego>>.

W ocenie Zamawiającego zacytowane twierdzenie jest nieprawdziwe z uwagi na stanowisko biegłego zawarte w opinii, że: „Żaden z producentów oprócz Z nie posiadał w swojej ofercie wszystkich urządzeń spełniających wymagania Zamawiającego”.

Powyższe stanowisko Zamawiającego jest niezrozumiałe z uwagi na fakt, że wyżej wskazane zdanie sformułowane przez biegłego w opinii jednoznacznie przesądza o tym, iż w jego ocenie wyłącznie producent Z posiadał w swojej ofercie wszystkie urządzenia spełniające wymagania OPZ, tj. które pasowały do wszystkich 24 kategorii wymaganego asortymentu. Nie wykazano w toku kontroli doraźnej, aby urządzenia, np. producentów V czy P, pasowały do wszystkich 24 kategorii wymaganego sprzętu.

W tym miejscu ponownie należy zwrócić uwagę, że lista sprzętu dostarczona przez Zamawiającego w każdej z 24 kategorii wymienia wyłącznie urządzenie producenta Z. Także oferta jedynego Wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w całości opierała się na asortymencie producenta Z.

Należy równocześnie wyjaśnić, że podobnie, jak zostało to już podniesione w stanowisku odnoszącym się do pkt (4) zastrzeżeń „Biegły porównał w opinii konkurencyjnych producentów laptopów i zestawów komputerowych, oferujących sprzęt o podobnych parametrach i podobnej cenie oraz najczęściej kupowanych przez jednostki budżetowe, które mają obowiązek nabywania sprzętu w postępowaniach przetargowych”. Stąd odniesienie się do 4 wiodących producentów.

Należy zauważyć, że biegły w odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiającego, w piśmie przewodnim,

wyraźnie podkreślił, że „*wyłącznie produkty producenta Z spełniały wymagania opisu przedmiotu zamówienia we wszystkich 24 kategoriach, zarówno w pierwotnym jego brzmieniu, jak i po dokonanych przez Zamawiającego zmianach*”.

Hipotetycznie, gdyby sprzęt innego producenta niż Z również spełniał wymagania w każdej z 24 kategorii, to Zamawiający z pewnością wskazałby go w opracowanej dla Urzędu liście.

Tym samym nie sposób uznać, że wnioski zawarte w powyższym zakresie w Informacji o wyniku kontroli doraźnej są błędne.

Zamawiający wskazał w tym kontekście w zastrzeżeniach, że dopuścił możliwość zaoferowania produktów różnych producentów. W tym przypadku okoliczność ta nie miała znaczenia, gdyż zamiarem było ukazanie w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, że sprzęt producenta Z, a nie V czy P, spełniał wymagania we wszystkich 24 wymaganych kategoriach. Co jednoznacznie świadczy o faworyzowaniu producenta Z.

W dodatku Zamawiający powołał się w tym przypadku na stanowisko biegłego, które nie zostało zawarte w opinii, że „skoro w ocenie biegłego produkty marki P mogły być oferowane w 23 kategoriach na 24 łącznie to nic nie stało na przeszkodzie w złożeniu oferty z jednym produktem marki Z lub innego producenta oraz 23 produktami marki P”. Biegły nie ustalił bowiem, aby P spełniało wymagania w 23 z 24 kategorii.

Mając na uwadze powyższe należy przypomnieć regulację zawartą w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp2004, zgodnie 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 Pzp2004 przedmiotu 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”<sup>2</sup>. Wskazane przepisy służą realizacji jednej z podstawowych zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004, nakładającej na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Reasumując powyższe, Prezes Urzędu podtrzymał stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 31 stycznia 2022 r. naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp2004, 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 Z, co powodowało, że zaoferowanie urządzeń innych producentów stanowiło wyłącznie teoretyczną możliwość.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

---

<sup>2</sup> por. art. 29 ust. 3 ustawy Pzp2004.

## Ad. 2.

Odnosząc się do naruszenia stwierdzonego w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 31 sierpnia 2022 r., Zamawiający w pierwszej kolejności (pkt 16 zastrzeżeń) wskazał, że: „nie sposób zgodzić się z argumentacją Kontrolującego, że tylko wskazanie trudności, zagrożeń z podziału zamówienia na części mogłyby stanowić przyczynę do niedokonania takiego podziału”.

Następnie Zamawiający w pkt (17) zastrzeżeń wskazał, że: „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 p.z.p. Obowiązek ten, został zaś przez Politechnikę wykonany”.

W ocenie Zamawiającego [pkt (19) zastrzeżeń]: <<Nie można zgodzić 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.” Politechnika wskazała bowiem, 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>>.

W pkt (20) zastrzeżeń wskazano dalej, że: <<Prześlanki 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>>.

Zamawiający przedstawił również następujące stanowisko w pkt (21 zastrzeżeń): „Co wymaga także podkreślenia, w naszej 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. W naszej ocenie mieliśmy zatem do czynienia z tożsamą kategorią zakupową. Tym samym podział zamówienia na części miałby w pewnym stopniu charakter sztuczny”.

Konkludując, Zamawiający uznał powyższy zarzut za niezasadny.

**Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego powoływanej w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej uprzejmie informuję, co następuje.**

## Odnośnie pkt (16) zastrzeżeń

Na wstępie należy wyjaśnić, że w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zawarto zapisu stanowiącego kategorię, że „tylko wskazanie trudności, zagrożeń z podziału zamówienia na części mogłoby stanowić przyczynę do niedokonania takiego podziału”. Zamawiającemu umknęło, że w ww. Informacji wskazano jedynie przykładowo powody rezygnacji z podziału zamówienia na części: „Należy zauważyć, 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 odwiodły Zamawiającego od podziału zamówienia”.

Za Informacją o wyniku kontroli doraźnej z dnia 31 stycznia 2022 r. należy przypomnieć, że art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp2004 stanowi, iż w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół, zawierający powody niedokonania podziału zamówienia na części. 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. 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. Należy zauważyć, że ustawodawca europejski za okoliczność uzasadniającą rezygnację z podziału na części uznał nadmierne trudności czy koszty oraz brak koordynacji, skutkujący poważną groźbą nieprawidłowej realizacji zamówienia. A contrario uznać należy, 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. Jednakże zastrzec należy, że ocena ta powinna być dokonywana każdorazowo z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danego przypadku.

Należy zatem uznać, że wymienienie powyższych przykładów nie pozostaje bez znaczenia, gdyż ustawodawca europejski w ten sposób udowadnia, że oczekuje od zamawiających wskazania realnych i w pewnym stopniu skonkretyzowanych powodów swojej decyzji o niedokonaniu podziału zamówienia na części.



## **Odnosnie pkt (17) zastrzeżeń**

Równocześnie niezrozumiałe na gruncie niniejszej sprawy jest stwierdzenie zawarte w zastrzeżeniach, że „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 (...)” z tego względu, że we wnioskach Informacji odnośnie naruszenia z pkt 2 wyraźnie podniesiono, że:

*„Należy zatem podkreślić, że 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”.*

Również w aspekcie art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp2004 w wyniku kontroli doraźnej wykazano, że z przepisem tym wiąże się obowiązek wyjaśniania przez zamawiającego przyczyn, dla których nie zastosował podziału zamówienia, a nie obowiązek podziału zamówienia na części.

Należy także podkreślić, że naruszenia stwierdzone w wyniku przeprowadzonej kontroli nie odnoszą się do niedokonania podziału zamówienia na części przez Zamawiającego, lecz do braku precyzyjnego opisanego przez niego powodów niedokonania podziału zamówienia na części.

Zdaniem Zamawiającego obowiązek wynikający z art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp2004 został przez niego wykonany. Z powyższym nie sposób się zgodzić, gdyż samo wypełnienie rubryki w sekcji 2 pkt 2 protokołu postępowania (DRUK ZP-PN) ogólnikowym stwierdzeniem: „Przedmiot zamówienia stanowi jedną kategorię zakupową i ze względu na tożsamość przedmiotową w żaden sposób nie utrudnia małym i średnim przedsiębiorcom złożenia oferty”, nie świadczy o wypełnieniu ustawowego obowiązku.

W tym miejscu należy przytoczyć fragment uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2019 r. sygn. akt KIO/KD 75/19, w której podniesiono, że:

*„Pomimo, że art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp nie kształtuje obowiązku podziału zamówienia na części, a jedynie obowiązek informacyjny po stronie zamawiającego, będący elementem realizacji zasady przejrzystości postępowania, to zamawiający nie przedstawił w protokole żadnych konkretnych powodów zaniechania podziału zamówienia na części. Zamawiający nie podał szczegółowo, na czym opiera swoje założenia co do ryzyk i zagrożeń podziału zamówienia na części w tym konkretnym postępowaniu. Dopiero na etapie wniesionych zastrzeżeń wskazał powody o charakterze technologiczno-organizacyjnym, które istniały, lecz których zaniechał odpowiednio opisać w protokole.*

*Izba podziela pogląd prezentowany w orzecznictwie, że decyzja w zakresie samego podziału, jak też co do samego sposobu w jaki zostanie podzielone zamówienie, pozostawiona jest autonomicznej woli zamawiającego, który określa swoje potrzeby, mając na uwadze w szczególności przedmiot zamówienia publicznego. Niemniej, w przypadku podjęcia przez zamawiającego decyzji o braku podziału zamówienia na części, winien on precyzyjnie opisać w protokole postępowania przyczyny swojego działania w powyższym zakresie. Uzasadnienie powinno być możliwe obszerne, zawierać chociażby dokładną analizę sytuacji rynkowej, wskazanie ryzyk związanych z niepowodzeniem projektu, czy też odpowiedzialnością z uwagi na trudności z jednoznacznym ustaleniem przyczyn błędów w wykonaniu zamówienia w przypadku prac prowadzonych przez kilku*

wykonawców. Wobec powyższego Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp”.

### **Odnosnie pkt (19), (20) zastrzeżeń**

Ponadto Zamawiający odnosi się w zastrzeżeniach bezpośrednio do fragmentu zawartego w Informacji o wyniku kontroli stanowiącego, 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”*, twierdząc, że się z nim nie zgadza. Otóż należy wyjaśnić, że ww. fragment jest wyjęty z kontekstu i jest w nim mowa o potencjalnym zamawiającym.

Należy w tym miejscu zauważyć, że dopiero na wezwanie Urzędu Zamówień Publicznych Zamawiający szerzej argumentował decyzję o niedokonaniu podziału na części, tj. wskazał, że: *„Politechnika Wroclawska 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”*. Podobnie na etapie zastrzeżeń Zamawiający podniósł, że: *„niewyłonienie wykonawcy jednej z części lub problemy z realizacją jednej części”* stanowiłoby trudności organizacyjne czy *„Okoliczności wskazane przez Zamawiającego związane są właśnie z nadmiernymi trudnościami technicznymi”*.

Tymczasem Zamawiający podejmując decyzję, że nie będzie dokonywał podziału zamówienia na części przed wszczęciem postępowania powinien już wówczas być w stanie wskazać główne powody niedokonania takiego podziału aby następnie wyartykułować je wprost w protokole postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

### **Odnosnie pkt (21) zastrzeżeń**

Zamawiający wskazując powody niedokonania podziału zamówienia na części w sekcji 2 pkt 2 protokołu postępowania odwołuje się do przedmiotu zamówienia. W zastrzeżeniach wskazuje również, że na gruncie kontrolowanego postępowania mamy do czynienia z *„jednolitym rodzajowo przedmiotem zamówienia”*, a także, iż: *W naszej ocenie mieliśmy zatem do czynienia z tożsamą kategorią zakupową . Tym samym podział zamówienia na części miałby w pewnym stopniu charakter sztuczny”*.

Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, że przedmiotowe zamówienie dotyczyło co prawda sukcesywnej dostawy sprzętu komputerowego niemniej składającego się z odmiennych kategorii: zestawów komputerowych, laptopów, monitorów. W SIWZ przy opisie przedmiotu zamówienia posłużono się następującą klasyfikacją wg kodu CPV:

- 30200000-0 Sprzęt komputerowy;
- 30213000-5 Komputery osobiste;
- 30231300-0 Monitory ekranowe;
- 30213100-6 Komputery przenośne.

Wskazanie precyzyjnych powodów niedokonania podziału zamówienia na części ma tutaj istotne znaczenie z tego względu, że z podziałem tego rodzaju zamówień na części można spotkać się w praktyce.

Reasumując powyższe, Prezes Urzędu podtrzymał stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 31 marca 2022 r. naruszenie art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp2004, 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.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 16 marca 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 12/22 ) wyraziła opinię w sprawie przedmiotowych zastrzeżeń, stwierdzając, że zastrzeżenia zgłoszone do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z art. 167 ust. 4 ustawy Pzp2004 opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 167 ust. 5 ustawy Pzp2004 Prezes Urzędu uprzejmie informuje, że ostatecznie nie uwzględnia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „**Dostawa biurowego sprzętu komputerowego o ustalonym standardzie dla Politechniki Wrocławskiej**” (numer postępowania: ZP/BZP/015/2019)

Jednocześnie w załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 marca 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 12/22).

**Załączniki:**

Odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 marca 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 12/22).

