



Warszawa, dnia

2022 r.

WICEPREZES  
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

*Mateusz Winiarz*

DKZP.WKZ3.442.127.2021.JB  
KND/132/21/DKZP

**Pan**

W odpowiedzi na pismo z dnia 17 marca 2022 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych drogą elektroniczną w dniu 21 marca 2022 r.) zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *dzierżawę i świadczenie kompleksowej obsługi serwisowej 15 fabrycznie nowych urządzeń wielofunkcyjnych wraz z dostawą i wdrożeniem Systemu Obsługi Wydruku*, przeprowadzonego przez Politechnikę Rzeszowską uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia przepisów art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp”), wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 marca 2022 r. przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ3.442.127.2021.JB.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudniał uczciwą konkurencję jak również poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Pismem z dnia 17 marca 2022 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania wskazując, cyt.:

*Działając w imieniu Kontrolowanej, której pełnomocnictwo przedkładam w załączeniu, na podstawie art. 610 ust. 1 Ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U*

z 2021 r. poz 1129 ze zm., dalej PZP) niniejszym wnoszę zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie przez Kontrolowaną zamówienia publicznego pn. Dzierżawa i świadczenie kompleksowej obsługi serwisowej 15 fabrycznie nowych urządzeń wielofunkcyjnych wraz z dostawą i wdrożeniem Systemu Obsługi Wydruku, znak KND/132/21/DKZP (dalej: postępowanie).

Kontrolowana zarzuca w szczególności:

- I. Dokonanie przez Prezesa UZP w toku kontroli doraźnej błędnych ustaleń jakoby postępowanie przeprowadzone zostało przez Kontrolowaną z naruszeniem art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP.
- II. Niedokonanie przez Prezesa UZP w toku kontroli doraźnej Kontrolowaną ustaleń koniecznych do prawidłowej oceny postępowania poprzez brak skierowania do Kontrolowanej wniosków o udzielenie informacji, które przyczyniłyby się do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego i umożliwiłyby Kontrolowanej pełne i rzetelne przedstawienie przebiegu postępowania.
- III. Dokonanie przez Prezesa UZP w toku kontroli doraźnej ustaleń w oparciu o nierzetelny i niewiarygodny materiał, pozostający w rażącej sprzeczności ze stanem faktycznym oraz prawnym, a ponadto z wyłączeniem samodzielności organu kontrolującego, który w sposób nieuprawniony oparł ustalenia pokontrolne w całości na cudzych wnioskach, nie dokonując ich koniecznej weryfikacji.
- IV. Całkowite pominięcie wyjaśnień złożonych w toku kontroli przez Kontrolowaną, z jednoczesnym brakiem motywów ich pominięcia w toku postępowania kontrolnego, co miało bezpośredni wpływ na jego wynik.

Mając na uwadze powyższe, naprowadzam co następuje:

W toku postępowania - wbrew ustaleniom zawartym w informacji pokontrolnej – nie doszło do naruszenia art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP.

W myśl art. 99 ust. 4 prawidłowy opis przedmiotu zamówienia wyklucza zastosowanie metod prowadzących do utrudnienia uczciwej konkurencji, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Zgodnie z art. 16 ust. 1 i 2 PZP zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i przejrzysty (...).

W pierwszej kolejności podnoszę, że zgodnie z utrwalonymi poglądami doktryny oraz orzecznictwa generalnie każdy opis przedmiotu zamówienia prowadzi do ograniczenia konkurencji. Nawet opisanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami art. 99 ust. 1 PZP zawsze będzie prowadziło do przewagi jednych wykonawców nad pozostałymi. Nie jest bowiem możliwe takie określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, aby umożliwić wszystkim wykonawcom działającym na danym rynku złożenie ofert. Formułując bowiem kryteria w zakresie parametrów technicznych zamówienia, zamawiający bierze pod uwagę własne, obiektywne potrzeby. Istotne w zakresie opisu przedmiotu zamówienia są zatem potrzeby zamawiającego. Uzasadnione potrzeby zamawiającego służą ocenie stopnia dopuszczalności danego ograniczenia konkurencji wynikającego z dokonanego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający ma bowiem prawo

opisać przedmiot zamówienia, uwzględniając swoje potrzeby, a przy tym zapewniając sobie uzyskanie oczekiwanego efektu, gwarantującego zaspokojenie określonych potrzeb, nawet jeżeli przez to nie zostaną dopuszczeni do postępowania wszyscy wykonawcy działający na danym rynku. W orzecznictwie KIO podkreśla się, że „zamawiający może dopasować zamówienie do swoich obiektywnych potrzeb, ale powinien umieć wykazać, że to zawężenie gwarantuje mu wyższą jakość, większą użyteczność czy trwałość. Zasada przejrzystości postępowania wymaga bowiem tego, aby wydatkując środki publiczne zamawiający był w stanie wykazać ich celowość i efektywność. Przedmiot zamówienia powinien odpowiadać potrzebom zamawiającego, jego możliwościom finansowym, brać pod uwagę bieżący stan wiedzy” (wyr. KIO z 28.1.2021 r., KIO 8/21. Legalis).

Odnosząc się do ustaleń zawartych w informacji pokontrolnej wyjaśniam, że kategoryczne stwierdzenie jakoby łatwo było zauważyć, że tylko K mogła być dopuszczona do zamówienia z poziomu parametrów techniczno - użytkowych, jest całkowicie chybione. Kontrolujący podaje ponadto, że oprócz tej firmy zamówienie mogła wykonać jeszcze firma D, ale „jest częścią grupy kapitałowej wspólnie z K”. Zważywszy na powyższe stwierdzić należy, że informacja pokontrolna jest wewnętrznie sprzeczna: z jednej strony wskazuje, że wyłącznie K spełniała wymagania Zamawiającego, z drugiej potwierdza, że potencjalnych wykonawców było więcej, bo mogła nim być chociażby firma D. Jednocześnie jednak kontrolujący uznał, że nie można dokonywać oceny obu podmiotów niezależnie od siebie, bo uczestniczą w jednej grupie kapitałowej. Takie stwierdzenie jest jednak bezzasadne, a z pewnością niczym nie poparte i nieuzasadnione. Na uwagę zasługuje okoliczność, że kontrolujący powziął wiedzę o rzekomym uczestnictwie w grupie kapitałowej obu firm ze stron internetowych. Tymczasem informacje zawarte na tych stronach nie wskazują, że pomiędzy podmiotami istnieją powiązania kapitałowe pozwalające na określenie ich mianem „grupy kapitałowej”. Informacja zamieszczona na stronach obu podmiotów pozwala jedynie na stwierdzenie współpracy pomiędzy nimi i jest typową informacją handlową, skierowaną do potencjalnych odbiorców produktów obu dostawców, mającą na celu poszerzenie rynku zbytu. Opieranie zatem, wyłącznie na takiej informacji handlowej, ustaleń kontrolnych dotyczących sytuacji prawno-finansowo-ekonomicznej obu podmiotów, prowadzonej przez nich polityce zakupowej oraz sprzedażowej, czy zasadach polityki konkurencji oraz wyciąganie z tej informacji wniosków jak w protokole pokontrolnym jest nieuprawnione i w całości bezpodstawne.

Na marginesie wskazuję, że wbrew ustaleniom kontrolującego obaj przedsiębiorcy konkurowali ze sobą w latach poprzedzających udzielenie kontrolowanego zamówienia. Na poparcie powyższych twierdzeń wskazuję postępowanie ogłoszone przez Krakowski Szpital Specjalistyczny im. Jana Pawła II, nr DZ/271/97/2013 czy UMCS w Lublinie, nr PN/48-2013/DOP-a (w załączeniu). Podkreślenia wymaga także okoliczność zupełnie pomijana przez kontrolującego, a mającą dla sprawy zasadnicze znaczenie: firmy K i D mają w Polsce zupełnie odrębne kanały dystrybucji. Powyższe powoduje, że twierdzenie kontrolującego, jakoby złożenie przez obie firmy osobnych ofert nie miało sensu ekonomicznego jest z gruntu wadliwe. Wyjaśniam, że głównym dystrybutorem marki D w Polsce jest Z D ( ) który nie jest w żaden sposób powiązany osobowo i kapitałowo z firmą K, natomiast K współpracuje z całą siecią przedsiębiorców. Wyłącznie jako przykład wskazuję:

D  
A  
L  
  
F  
C  
C  
D

Zamawiający zarzuca również, że organ kontrolujący w sposób wadliwy i całkowicie nieuprawniony oparł swoje ustalenia na podstawie „materiału opracowanego w Załączniku nr 1” do informacji pokontrolnej.

Z treści tego Załącznika wywiedziono kategorię, a jednocześnie niczym nie poparty wniosek, że „należy stwierdzić bezspornie, że jedynym wykonawcą mogła być K lub grupa kapitałowa K z produktami D . Abstrahując od okoliczności, że twór pod nazwą grupa kapitałowa K nie istnieje, co zostało wskazane powyżej, podnoszę, że stworzenie ww. Załącznika do celów kontroli doraźnej oraz oparcie na nim ustaleń jest istotnym nadużyciem. Załącznik nie zawiera wszystkich produktów, dostępnych na rynku, a mogących spełniać w całości lub częściowo wymogi zamawiającego. Nie wiadomo w oparciu o jakie kryteria załącznik ten został stworzony oraz przez kogo. Nie jest znana metodologia jego utworzenia. Wybór urzędzeń w nim uwzględnionych wydaje się czysto przypadkowy. Innymi słowy, Załącznik nr 1 nie może w żadnym wypadku stanowić punktu odniesienia do badania kto mógł być – obiektywnie rzecz ujmując - wykonawca w kontrolowanym postępowaniu i z całą pewnością jego treść nie może stanowić podstawy do formułowania jednoznacznych i kategoriowych wniosków. Przyjmując ten tryb rozumowania, który został zaprezentowany w informacji pokontrolnej - poprzez stosowny dobór podmiotów i oferowanych przez nich produktów w zasadzie w każdej sprawie można by wykazywać, że zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji.

Reasumując: nie polega na prawdziwym twierdzeniu kontrolującego jakoby tylko jeden z producentów składających oferty w postępowaniu mógł być dopuszczony do zamówienia. Nie znajduje również poparcia w świetle zgromadzonego materiału dowodowego oraz stanu faktycznego twierdzenie o rzekomym „nonsensie pod względem prawnym i biznesowym” wzięcia udziału w postępowaniu przez przedsiębiorców: Z D oraz K .

Prawem i obowiązkiem zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który zagwarantuje spełnienie jego uzasadnionych potrzeb, nawet gdyby powodowało to, że np. nie wszystkie produkty występujące na rynku w danej branży, będą w stanie spełnić wymogi wynikające z tego opisu. W sytuacji gdy opis przedmiotu zamówienia jest podyktowany uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a nie zamiarem faworyzowania konkretnego wykonawcy i dyskryminowania innych wykonawców, nie jest możliwe skuteczne ingerowanie w określony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji decydowanie za zamawiającego, jakie rozwiązania ma dopuścić (tak m.in. w wyroku KIO z dnia

12 sierpnia 2021 r. KIO 2053/21). Zamawiający nie ma obowiązku ani możliwości technicznych wprowadzania do opisu przedmiotu zamówienia tłumaczeń oraz wyjaśnień dla wybranych przez siebie preferencji. Podnoszę zatem, że twierdzenia jakoby: „zamawiający w żadnym z dokumentów (...) nie wskazał na szczególne uwarunkowania (...)”, czy też, że „należało podać specyficzne uwarunkowania techniczno-organizacyjne dla takiego opisu” jest zupełnie bezpodstawne. W szczególności nie można się jednak zgodzić z abstrakcyjnym wnioskiem, jakoby „w związku z tym, że nie podano motywu dla którego SWZ został opracowany oraz biorąc inne okoliczności pod uwagę należy uznać z całą stanowczością, że takowe okoliczności nie istniały. Po pierwsze – zamawiający nie ma obowiązku wskazywania motywów opracowania SWZ. Udzielenie zamówienia jest wyłącznie sprawą zamawiającego, a jego motywy pozostają poza sferą zainteresowań wykonawców. Po drugie – nie wiadomo jakie to „inne okoliczności” kontrolowany ma na uwadze: nie zostało to bowiem wyjaśnione. Wreszcie po trzecie - z gruntu wadliwe jest przyjęcie, że jeżeli o czymś nie ma mowy, oznacza to, że to nie istnieje. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia kierował się swoimi potrzebami ocenianymi wielopłaszczyznowo: jak wielokrotnie podnoszono w postępowaniu kontrolnym, zamawiający przygotowywał się do udzielenia zamówienia zakresie druku podążającego co najmniej dwa lata. W tym czasie zbierano informacje na temat dostępnych urządzeń i towarzyszącego im oprogramowania, zbierano karty katalogowe produktów, odbywano liczne spotkania i prezentacje. Powyższe zostało pominięte w toku postępowania kontrolnego. Efektem przeprowadzonych analiz i weryfikacji był sporny SWZ - nie naruszający art. 99 i 16 PZP – gwarantujący spełnienie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. W tym kontekście zupełnie niezrozumiałe jest sformułowanie, jakoby „w świetle obowiązującego prawa i przepisów Zamawiający miał obowiązek, ale też prawo do opracowania SWZ w taki sposób na jaki jego uwarunkowania techniczno-ekonomiczne mu pozwalały. Tak sporządzony i ogłoszony przetarg wskazuje bezsprzecznie, że celem Zamawiającego było udzielenie zamówienia dla Firmy K ”.

Wchodząc z kontrolującym w polemikę dotyczącą parametrów wymaganych przez Zamawiającego, wyjaśniam, że ustalenia dokonane w toku kontroli są wynikiem głębokiego nierozumienia rynku urządzeń dedykowanych drukowi podążającemu. Nadmieniam również, że w toku kontroli kontrolujący nie żądał informacji dlaczego tak, a nie inaczej Zamawiający sprecyzował swoje wymagania. Zamawiający nie miał zatem możliwości wyjaśnienia wątpliwości kontrolującego, co niewątpliwie mogłoby mieć wpływ na wynik kontroli.

Odnosząc się do poszczególnych parametrów kwestionowanych przez kontrolującego podaję co następuje:

Parametr „zużycia energii” wskazuje na klasę energooszczędności urządzenia, co dla Zamawiającego stanowi kluczowy czynnik przy wyborze urządzenia – ceny energii rosną, a zatem im bardziej energooszczędne będzie urządzenie, tym Zamawiającego będą obciążać niższe koszty eksploatacji. Pytania o ten parametr w toku postępowania były następujące: jedno z pytań odnosiło się do usunięcia całkowicie zapisu, natomiast drugie do zmiany wartości z 0,9 kWh na 1,74 kWh, co w praktyce skutkowałoby zmianą parametru o prawie 100%. Jednocześnie nadmieniam, że producenci tacy jak C (0,613 kWh), K (0,77 kWh) czy X (0,667 kWh) przywołani w Załączniku 1 przez kontrolującego spełniają to wymaganie, a zatem utrzymanie tego parametru przez Zamawiającego w żaden sposób nie wyklucza ani nie ogranicza konkurencyjności. Podnoszę również, że Zamawiający na

etapie udzielania odpowiedzi na pytania w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie ma obowiązku uzasadniania podejmowanych decyzji. W związku z tym, zarzut jakoby naruszeniem przez Zamawiającego zasad konkurencyjności w postępowaniu był brak wyrażenia zgody na zmianę ww. parametru bez podania „okoliczności tej decyzji” jest w całości pozbawiony podstaw faktycznych i prawnych.

Parametr „zainstalowana pamięć”: nie polega na prawdziwym twierdzeniu jakoby był on „czystą kopią z broszury produktowej K...”. Po analizie tego zarzutu podaję, że w broszurze jest co prawda informacja o 8 GB RAMu i 250 GB dysku SSD ale brak gdziekolwiek sformułowania „Zainstalowana pamięć”. Równie dobrze można powiedzieć, że parametr „Obsługiwana gramatura papieru” co najmniej w zakresie 52 do 300 g/m<sup>2</sup> został skopiowany z broszury drukarki Canon imageRUNNER C3226i a parametr Kopiowanie wielokrotne z broszury Sharp MX3071. Wyjaśniam również, że Zamawiającemu zależało na jak największej pamięci RAM i dysku SSD ze względu na zamiar połączenia urządzeń drukujących z systemem Elektronicznego Obiegu

Dokumentów, funkcjonującym w Politechnice Rzeszowskiej. W tym celu, na systemie drukarki będą uruchamiane aplikacje obciążające system drukarki. Zbyt mała pamięć powodowałaby wolniejsze działanie i zawieszanie się systemu. Podkreślam że powyższe Zamawiający komunikował na etapie postępowania, w SWZ, poprzez:

- sformułowanie wymagań w zakresie skanowania: możliwość skanowania do Microsoft SharePoint,
- automatyczne wybieranie zdefiniowanych dla użytkownika miejsc docelowych,
- w ogólnych wymaganiach rozwiązania - możliwość personalizacji zawartości panelu administratora i użytkownika w celu szybkiego dostępu do najbardziej potrzebnych informacji w jednym miejscu
- w opisie rozwiązań OCR - wymóg aby system posiadał możliwość zapisu do zewnętrznych systemów: Sharepoint, WEBCON.

Cel takiego parametru był więc doskonale znany wszystkim wykonawcom. Warto dodać, że u Zamawiającego platforma Elektronicznego Obiegu Dokumentów jest oparta o rozwiązanie WEBCON wraz z Microsoft Sharepoint.

Odnosząc się do parametru „czas nagrzewania” podnoszę, że ironiczny ton, w jakim zakwestionowano zasadność posłużenia się przez Zamawiającego tym parametrem, poprzez użycie sformułowania, iż „ (...) różnica 7 sek. spowodowała u Zamawiającego najwyraźniej obawę, (...), że może spowodować bardzo poważne opóźnienia w funkcjonowaniu jego organizacji” ponownie dowodzi, że kontrolujący nie posiadają doświadczenia w kontrolowanym zakresie. Zamawiający celowo nie dopuścił do czasu nagrzewania powyżej 20 sek., gdyż stanowił on zwiększenie parametru wyjściowego o prawie 50% (od początku zakładano czas do 13 sek.). Poza tym 13 sek. nie jest w żadnym wypadku parametrem nieosiągalnym, a wręcz jest parametrem przeciętnym. Dla przykładu tylko wskazuję, że przywołana w załączniku 1 drukarka Canon IR C3800 czas rozgrzewania posiada na poziomie 4 sekund w trybie szybkiego uruchamiania i 10 sekund od włączenia zasilania, czego to kontrolujący zdaje się nie zauważać. Ww. parametr jest natomiast dla Zamawiającego rzeczywiście istotny z punktu widzenia organizacji pracy: Do momentu wdrożenia u Zamawiającego druku podążającego

w administracji centralnej ilość drukarek była ponad 3 razy większa niż po wdrożeniu systemu. Drukarki umieszczane były niemal w każdym pokoju, przez co pracownik otrzymywał wydruk „od razu”. Po wdrożeniu systemu pracownicy muszą wyjść z pokoju i dopiero po przyłożeniu karty pracowniczej rozpoczyna się wydruk - dlatego im krótszy czas nagrzewania tym w dużej mierze krótszy czas oczekiwania na pojedynczy wydruk oraz brak tworzenia się kolejek do urządzeń. Ponadto pragnę zauważyć, że Zamawiający przychylił się do obniżenia ww. parametru drukowania stron w formacie A3 z 15 do 12 stron na minutę.

Naprowadzam również, że kwestionowanie zastosowanych przez Zamawiającego parametrów i ich deprecjonowanie poprzez przyjęcie, że różnice w parametrach są dla użytkownika niezauważalne, a o za tym idzie, nie umie on racjonalnie powiedzieć dlaczego konkretnie dany parametr ma być zachowany nie polega na prawdzie. Przeciętny użytkownik urządzenia – to jest pracownik PRz - nie zwraca uwagi na jej energooszczędność, ponieważ nie płaci rachunków. Powyższe bierze pod uwagę Zamawiający, dla którego ma to istotne znaczenie z punktu widzenia ponoszonych kosztów. Natomiast przeciętny użytkownik bierze pod uwagę prędkość wydruku, czas nagrzewania urządzenia, bo wpływa to bezpośrednio na jego komfort pracy oraz czas wykonywania poszczególnych obowiązków. Ma to także znaczenie dla zamawiającego, o czym była już mowa powyżej.

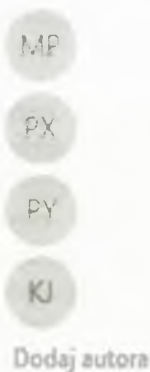
Reasumując: Ustalenia poczynione przez kontrolującego, w myśl których K posiadała rzekomo bezsprzeczną przewagę konkurencyjną, D nie powinien być brany pod uwagę, a parametry techniczne i OPZ uniemożliwiały przygotowanie ofert innym podmiotom są chybione w całości, na co wskazują naprowadzone powyżej zastrzeżenia oraz dodatkowe wyjaśnienia. W uzupełnieniu podaję, że daleko krzywdzący dla Zamawiającego i również bezpodstawny jest zarzut jakby „forma procedowania postępowania daleko odbiegała od standardów jakie wyznaczają przepisy PZP”. Zamawiający w toku postępowania, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, poruszał się w ramach art. 99 PZP, wykazując się wyjątkową dbałością o zapewnienie rozwiązania najkorzystniejszego ekonomicznie. Opisując przedmiot zamówienia Zamawiający miał na względzie nie tylko parametry samego produktu w momencie jego zakupu/realizacji, ale wszelkie cechy wiążące się z fazami jego cyklu życia, mające uzasadnione znaczenie dla Zamawiającego. Cechy te nie muszą być istotnym elementem zamówienia. Ustawodawca wskazuje bowiem, że w opisie przedmiotu zamówienia czynniki te nie muszą być istotnym elementem, pod warunkiem że są związane z przedmiotem zamówienia oraz są proporcjonalne do jego wartości i celów. W praktyce przepis ten sprowadza się do wymogu określenia cech danego zamówienia w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Oznacza to jednocześnie, że wymogi postawione przez zamawiającego muszą być związane z przedmiotem zamówienia i tak się w przedmiotowej sprawie stało, co Zamawiający wyjaśnił powyżej, odnosząc się chociażby do kwestionowanych przez kontrolującego parametrów zużycia energii, pamięci czy nagrzewania.

Zamawiający natomiast kategorycznie zaprzecza, jakoby tworząc OPZ Zamawiający nie był samodzielny (nie opracował go sam). Printscreen zamieszczony na str. 18 opinii był już przedmiotem wyjaśnień, jednakże Zamawiający odnosi wrażenie, że kontrolujący w całości te wyjaśnienia pominał. Ponownie wyjaśniam, że ww. printscreen nie dowodzi tezy o braku samodzielności Zamawiającego. Plik „Szczegółowy opis zamówienia.docx” nie był tworzony w trybie „śledź zmiany”. Przed przystąpieniem do ogłoszenia postępowania, Zamawiający

odbył szereg prezentacji i wizyt referencyjnych, podczas których otrzymywał opisy i specyfikacje różnych rozwiązań związanych z tzw. drukiem podążającym. Najprawdopodobniej przy tworzeniu Opisu przedmiotu zamówienia w kontrolowanym postępowaniu pracownicy działu informatyzacji Politechniki Rzeszowskiej użyli jednego z wielu pozyskanych wówczas plików i na jego matrycy rozpoczęli opracowywanie tego opisu. Microsoft Word nie jest narzędziem, które jest w stanie wskazać wszystkie osoby, które ingerowały w zmianę treści pliku. Zazwyczaj autor jest dodawany w momencie pierwszego zapisu pliku. Następnie można dowolnie dodawać lub zmieniać autora pliku w metadanych pliku word (przykład poniżej):

### Powiązane osoby

Autor



Jak wyjaśniono powyżej, plik „Szczegółowy opis zamówienia. docx” nie był tworzony w trybie śledzenia zmian przez co Zamawiający nie jest w stanie wskazać na obecnym etapie wszystkich modyfikacji jak i poszczególnych autorów pośrednich. We właściwościach pliku znajduje się bowiem informacja tylko o autorze (równie dobrze autor mógłby utworzyć pusty plik) i ostatniej modyfikacji, nie są natomiast podane wszystkie modyfikacje, które zostały naniesione ani autorzy, którzy modyfikowali plik. W przedmiotowej sprawie nie jest uwidoczny np. Pan , czy inni pracownicy centrum informatyzacji Politechniki Rzeszowskiej którzy tworzyli OPZ, jest natomiast uwidoczny pracownik działu Zamówień Publicznych, dokonujący publikacji ogłoszenia. Okoliczność ta była wyjaśniana w toku kontroli, a w razie wątpliwości kontrolujący mógł zażądać złożenia przez pracowników PRz dodatkowych wyjaśnień.

Wobec powyższego nie polega na prawdzie twierdzenie, że autorem OPZ jest pracownik K . Powyższe nie wynika również z załączonego printscreenu posłużenie się nim jako rzekomym dowodem w przedmiotowej sprawie, na okoliczność braku samodzielności Zamawiającego, w świetle naprowadzonych okoliczności jest daleko idącym uproszczeniem i nie zastępuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do trybu przeprowadzenia postępowania kontrolnego oraz dokonania ustaleń w tym postępowaniu – zarzucam kontrolującemu brak samodzielności w dokonywaniu ustaleń oraz oparcie całości rozstrzygnięcia na opinii podmiotu trzeciego.

Z informacji pokontrolnej wynika, że z uwagi na konieczność uzyskania wiadomości specjalnych, celem ustalenia i oceny stanu faktycznego zasięgnięto opinii biegłego. Zamawiający nie został jednak poinformowany z jakiej specjalności biegły został powołany



*i w jakiej osobie, co jest z punktu legalności, prawidłowości, jasności, przejrzystości i obiektywności postępowania kontrolnego kwestią nadrzędną i obowiązkową. Ponadto, podnoszę, że biegły ów został powołany wyłącznie do oceny stanu faktycznego. Tymczasem biegły dokonuje oceny zarówno faktycznej (i to w sposób nierzetelny, sprzecznie ze stanem faktycznym, w oparciu o niezweryfikowane dane) jak i oceny prawnej, co nie mieściło się w jego kompetencjach. W takim przypadku ustalenia zawarte w ww. opinii, dotyczące stwierdzenia czy Zamawiający naruszył czy też nie naruszył art. 99 oraz 16 PZP nie mogą w żadnym wypadku stanowić podstawy do sformułowania przez kontrolującego wniosków o stwierdzeniu naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów PZP.*

*Na marginesie podaję, że na etapie ogłoszenia postępowania żaden z potencjalnych wykonawców nie korzystał z przysługujących mu środków ochrony prawnej i nie wniósł odwołania do KIO wobec postanowień OPZ.*

**Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych informuje, co następuje:**

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację, należy stwierdzić, że stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż w treści Informacji o wyniku kontroli z dnia 14 marca 2022 r. zacytowano opinię biegłego – sporządzoną przez specjalistę ds. zamówień publicznych i technologii informatycznych i techniki komputerowej; specjalistę ds. zamówień publicznych; specjalistę ds. technologii informatycznych i techniki komputerowej – przekazaną do Urzędu pismem z dnia 6 grudnia 2021 r. w całości w zakresie rozważań merytorycznych. Powyższe nie oznacza, że Kontrolujący przyjął za własne wyrażone w opinii biegłego konkluzje odnoszące się do stanu prawnego czy też wykładni przepisów ustawy Pzp. Podkreślić należy, iż opinia biegłego została wzięta pod uwagę w zakresie, w jakim ustalenie i ocena stanu faktycznego sprawy wymagały wiadomości specjalnych, stosownie do treści regulacji art. 605 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, co zostało wyrażone na str. 27-28 Informacji o wyniku kontroli.

W tym względzie należy zaznaczyć, iż przedmiot zarzutu naruszenia art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, określonego w Informacji o wyniku kontroli, stanowił fakt sformułowania postanowień opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który prowadził do uprzywilejowania co najmniej niektórych wykonawców lub produktów, a w konsekwencji – wyeliminowania innych wykonawców lub produktów z postępowania, przy czym sytuacja ta nie była uzasadniona potrzebami Zamawiającego oraz nie mieściła się w zakresie praktyki rynkowej. Jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: *Warunkiem jednak prawidłowego przeprowadzenia postępowania jest wyeliminowanie sytuacji, w których dokonuje się opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający udział w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego.* (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 marca 2021 r., sygn. akt KIO/KD 5/21).

Jednocześnie należy podkreślić, co zostało wyrażone już w treści Informacji o wyniku kontroli (str. 27), iż kwestia możliwości dostarczania określonych produktów przez różnych wykonawców nie ma znaczenia z perspektywy oceny danej sytuacji jako naruszającej zasadę uczciwej konkurencji z uwzględnieniem faktu, iż zakres uznawanych przez Zamawiającego produktów spełniających wymagania opisu przedmiotu zamówienia został zasadniczo ograniczony. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że *naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis*

*przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byliby w stanie wykonać dane zamówienie* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1534/18). Zauważyć przy tym należy, iż sam fakt ograniczenia zakresu zgodnych z opisem przedmiotu zamówienia produktów do urządzeń marki K

oraz D nie jest negowany przez Zamawiającego w treści zastrzeżeń od wyniku kontroli. Analogicznie uznać należy, iż kwestia relacji kapitałowych pomiędzy podmiotem K a D ma z tej perspektywy znaczenie jedynie drugorzędne, gdyż nawet gdyby uznać podmioty te oraz ich produkty za zupełnie od siebie niezależne, nie zmienia to faktu, że zawężenie zakresu produktów spełniających wymagania opisu przedmiotu zamówienia tylko do urządzeń pochodzących od tych producentów również stanowić będzie naruszenie zasady uczciwej konkurencji przy braku okoliczności uzasadniających takie ograniczenie.

Biorąc pod uwagę ustalenia faktyczne zawarte w treści opinii biegłego należy skonstatować, iż przedmiot kontrolowanego zamówienia, tj. dzierżawa i świadczenie kompleksowej obsługi serwisowej 15 fabrycznie nowych urządzeń wielofunkcyjnych wraz z dostawą i wdrożeniem Systemu Obsługi Wydruku, nie ma charakteru stricte specjalistycznego i co do zasady mógłby podlegać realizacji przez wykonawców dysponujących produktami pochodzącymi od różnych producentów. Tym samym Zamawiający powinien szczegółowo wykazać, iż istnieją okoliczności, ze względu na które zasadne jest uprzywilejowanie określonych produktów oraz wyeliminowanie innych (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2847/20). Podkreślić należy przy tym, że zasadność określenia w opisie przedmiotu zamówienia poszczególnych parametrów musi poddawać się ocenie zobiektywizowanej, w odniesieniu do uwarunkowań panujących na danym rynku, a nie opierać się wyłącznie na subiektywnym przekonaniu Zamawiającego (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1365/18). Należy w tym zakresie brać pod uwagę kwestię uzasadnionych potrzeb zamawiającego, jednakże rozumianych ściśle, jako faktyczne potrzeby zamawiającego, zarówno co do oczekiwanych funkcjonalności, jak i wyspecyfikowanych parametrów oraz jakości, oparte na faktycznych i zobiektywizowanych okolicznościach (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 585/19).

W tym względzie zauważyć należy także, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zwraca się szczególną uwagę na niedopuszczalność praktyki zamieszczania w opisie przedmiotu zamówienia pojedynczych wymagań, które w oderwaniu od reszty zapisów opisu przedmiotu zamówienia może spełnić kilka urządzeń na rynku, lecz zebrane łącznie powodują ograniczenie konkurencji do jednego produktu na rynku (m.in. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 września 2019 r., sygn. akt KIO/KD 58/19).

Jednocześnie należy podkreślić, iż informacje przekazane przez Zamawiającego w zastrzeżeniach od wyniku kontroli zostały przekazane biegłemu pismem z dnia 24 marca 2022 r. celem ustosunkowania się do ich treści. Pismem z dnia 30 marca 2022 r. (wpływ do Urzędu w dniu 31 marca 2022 r.) przekazano do Urzędu dokument zawierający wyjaśnienia biegłego, w którym biegły podtrzymał swoje stwierdzenia zawarte w opinii źródłowej.

Tym samym uznać należy, iż analiza rynku dokonana przez biegłego w sposób przekonujący wykazała, iż nie istniały obiektywne przesłanki, ze względu na które zasadne było ograniczenie produktów spełniających wymagania opisu przedmiotu zamówienia wyłącznie do urządzeń marki K oraz D, biorąc pod uwagę fakt, iż jak wykazano w załączniku nr 1 do opinii biegłego przekazanej do Urzędu w dniu 6 grudnia 2021 r., istnieje gama urządzeń zbliżonych

funkcjonalnością pochodzących od innych producentów, które to urządzenia nie mogły zostać zaferowane w danym postępowaniu z uwagi na specyficzny dobór parametrów opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego. Należy zauważyć bowiem, iż urządzenia marek K oraz D nie osiągają najlepszych wyników w zakresie każdego z analizowanych parametrów (m.in. w zakresie parametru „czas nagrzewania”, na co wskazał sam Zamawiający na str. 6 zastrzeżeń od wyniku kontroli, analogicznie w zakresie parametru „zużycie energii”, pomimo iż Zamawiający wskazuje w zastrzeżeniach od wyniku kontroli na kluczowy charakter tego parametru), z kolei zaś Zamawiający nie wyjaśnił z jakich obiektywnych przyczyn wynikających z jego uzasadnionych potrzeb, zastosował inne parametry, które spełniają wyłącznie urządzenia marki K oraz D, odchodząc tym samym od przeciętnych standardów na danym rynku wyznaczonych w odniesieniu do innych produktów uwzględnionych w analizie biegłego (np. „funkcja zoom”, „zaawansowane funkcje bezpieczeństwa” lub „materiały eksploatacyjne”), pomimo iż na etapie wniesienia zastrzeżeń od wyniku kontroli Zamawiający posiadał przekazane w Informacji o wyniku kontroli konkluzje biegłego w kontekście zarzucanego naruszenia ustawy Pzp. Podkreślić należy, iż jakkolwiek Zamawiający zarzuca brak obiektywizmu w zakresie doboru produktów przyjętych do porównania w załączniku nr 1 do opinii biegłego (str. 3-4 zastrzeżeń od wyniku kontroli), Zamawiający posługuje się w tym zakresie wyłącznie ogólnikowymi stwierdzeniami, nie wskazując w szczególności na konkretne produkty właściwe dla danego rynku, które biegły miał rzekomo pominąć w swojej analizie.

W odniesieniu do wyjaśnień Zamawiającego względem parametrów „zużycie energii”, „zainstalowana pamięć” oraz „czas nagrzewania” zawartych na str. 5-6 zastrzeżeń od wyniku kontroli należy podkreślić, iż biegły dokonywał oceny zasadności zastosowania parametrów opisu przedmiotu zamówienia w kontekście zarówno uzasadnionych potrzeb Zamawiającego jak również praktyki rynkowej, przy czym stwierdzić należy, iż poprzez podtrzymanie przez biegłego w dokumencie przekazanym pismem z dnia 30 marca 2022 r. w odniesieniu do zastrzeżeń od wyniku kontroli stwierdzeń zawartych w opinii przekazanej do Urzędu w dniu 6 grudnia 2021 r., brak jest podstaw do uznania, iż zastosowane przez Zamawiającego parametry ograniczające dostęp do zamówienia wykonawcom oferującym inne produkty aniżeli marek K oraz D spełniają wymogi uzasadnionych potrzeb Zamawiającego oraz są zgodne z uwarunkowaniami panującymi na danym rynku.

Tym samym zasadne jest uznanie, iż poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudniał uczciwą konkurencję jak również poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości, Zamawiający naruszył art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 19 kwietnia 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 14/22) wyraziła opinię, iż zastrzeżenia Zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu nie zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy Pzp opinia Izby jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu ostatecznie nie uwzględnił zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *dzierżawę i świadczenie kompleksowej obsługi serwisowej 15 fabrycznie nowych urządzeń wielofunkcyjnych wraz z dostawą i wdrożeniem Systemu Obsługi Wydruku*.

Jednocześnie w załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 14/22).

Załącznik:

1. odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 14/22).