

Warszawa, 15-11-2021

**Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
Postępu 17a, 02-676 Warszawa**

Zamawiający:

Dom Kultury w Wolbromiu
ul. Leśna 2, 32 – 340 Wolbrom
+48/32 644-13-41, 647-24-01

Odwołujący:

PROAUDIO MEDIA Filip Polanowski,
Żegańska 28a/5,
04-713 Warszawa

Odwołanie

Na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych zwanej dalej „ustawą” lub „PZP”, działając w imieniu własnej firmy PROAUDIO MEDIA z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”), wnoszę odwołanie wobec treści opisu przedmiotu zamówienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości nieprzekraczającej progi unijnej na „zakup, dostawa, montaż systemu nagłośnienia LR wraz kompletnym okablowaniem elektrycznym i sterującym oraz jego uruchomienie i skonfigurowanie z istniejącym systemem nagłośnienia kinowego w Sali widowiskowej Domu Kultury w Wolbromiu, wraz z przeszkoleniem pracowników w zakresie obsługi przedmiotu zamówienia” znak postępowania: **WTI.271.2.19.2021.ZP**.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie ustawy w punktach:

- art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty, a także poprzez odniesienie się do cech dostaw w sposób nieproporcjonalny do celu zamówienia oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. poprzez dobór parametrów technicznych i preferencje określonych rozwiązań technicznych, które charakteryzują produkty dostarczane przez jednego wykonawcę, doprowadzając przy tym do wyeliminowaniu innych wykonawców, w tym Odwołującego i jego produktów,

W wyniku naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia poprzez uniemożliwienie złożenia oferty.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SWZ - zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania.

Ogłoszenie o wynikach ukazało się na portalu Zamawiającego w dniu 10 listopada 2021 r. toteż termin zawity do wniesienia odwołania został dotrzymany. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania i w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Wpis w wymaganej przepisami wysokości został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Uzasadnienie

Przedmiotem Postępowania jest zakup, dostawa, montaż systemu nagłośnienia LR wraz kompletnym okablowaniem elektrycznym i sterującym oraz jego uruchomienie i skonfigurowanie z istniejącym systemem nagłośnienia kinowego w Sali widowiskowej Domu Kultury w Wolbromiu, wraz z przeszkoleniem pracowników w zakresie obsługi przedmiotu zamówienia. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Załączniku nr 3 do SWZ zawierającym tabelaryczne zestawienie parametrów wymaganych oraz ocenianych systemu nagłośnienia.

Dodatkowo Zamawiający opublikował dokumenty:

- Załącznik A Rozmieszczenie urządzeń systemu nagłośnienia
- Załącznik B Rozmieszczenie urządzeń dla wsparcia osób niedosłyszących
- Załącznik C OPINIA TECHNICZNA ORAZ PROJEKT ZAWIESIA DO SYSTEMU NAGŁOŚNIENIA W BUDYNKU DOMU KULTURY PRZY UL. LEŚNEJ 2 W WOLBROMIU
- Załącznik D Wyniki symulacji akustycznych dla Sali widowiskowej w Domu Kultury w Wolbromiu – wyniki symulacji przeprowadzonej dla produktów marki Adamson dla obiektu Zamawiającego.

Analiza ww. dokumentów postępowania pozwala na stwierdzenie, że Zamawiający rażąco naruszył podstawowe zasady przyświecające prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem sporządzając opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnił wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty.

Załącznik D, który stanowi wyniki symulacji akustycznej stanowi wynik szczególnej symulacji przygotowanej z wykorzystaniem konkretnego produktu jednego producenta. W dokumencie przyjęto wymienione z nazw modelu urządzenia Adamson IS7 oraz Adamson P8, które dały wynik symulacji jedynie charakterystyczny dla danych produktów.

Nie stanowią one ani rozwiązania jedyne ani optymalnego do nagłośnienia opisanego obiektu, wskazują jednak na intencję Zamawiającego, który z góry wskazuje urządzenia, które jako jedyne spełniają wymagania w przetargu tym samym zakłócając rażąco zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznacznie premiujący jednego z producentów Adamson Audio i jego system IS7, IS119, P8 przez co uniemożliwił PROAUDIO MEDIA złożenie oferty.

Dodatkowo, Zamawiający w opisie przedmiotu wykorzystał parametry całkowicie nieistotne akustycznie, ale za to charakterystyczne dla jednego producenta.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego Odwołania w całości i przywrócenie zasady równego traktowania wykonawców poprzez dokonanie modyfikacji SWZ i opisu przedmiotu zamówienia w zakresie

wszystkich podniesionych w odwołaniu spornych kwestii. Żądanie Odwołującego ma na celu uzyskanie możliwości złożenia konkurencyjnej oferty, przywrócenie zasady równego traktowania wykonawców, a Zamawiającemu - uzyskanie konkurencyjnych cen, co sprzyja celowemu i oszczędnemu sposobowi wydatkowania środków publicznych.

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w sposób, który już na wstępie eliminuje potencjalnych Wykonawców zaprzecza istocie procedury udzielania zamówień publicznych, która stanowi wybór oferty ekonomicznie najkorzystniejszej spośród dostępnych na rynku. Dodatkowo stworzona w tym postępowaniu punktacja uniemożliwia uczciwą konkurencję i dyskryminuje inne równoważne technologie, które dają preferowany lub nawet lepszy efekt akustyczny.

Dołączona do dokumentacji symulacja akustyczna oraz opis przedmiotu zamówienia uniemożliwiają złożenie oferty, która nie podlega odrzuceniu wykorzystując urządzenia inne niż Adamson IS7, IS119 oraz P8.

Wobec powyższego, Odwołujący podnosi następujące, szczegółowe zarzuty:

1. Zarzut 1

W punkcie Załącznik nr 3 Pozycja 1, 3, 12, Zamawiający wykorzystał wymaganie materiału z jakiego ma być produkowana membrana w poszczególnych systemach głośnikowych. Wymaganie takie nie tylko nie jest uzasadnione akustycznie ale również nie wynika w żaden sposób z dołączonych opracowań projektowych. Dodatkowo, kryterium to w połączeniu z pozostałymi wymaganiami spełnia wyłączenie jeden producent – firma Adamson.

Odwołujący wnosi o usunięcie kryterium (Załącznik nr 3 Pozycja 1, 3, 12):

- *Budowa membrany przetworników LF - Kevlar*

2. Zarzut 2

W punkcie Załącznik nr 3 Pozycja 1 Zamawiający wyspecyfikował parametry dotyczące tego jakie mają być parametry elektryczne zamawianych urządzeń, mimo, określają one jedynie sposób w jaki urządzenia mają zapewnić Zamawiającemu określone cechy akustyczne i funkcjonalne. Warto również podkreślić, że Zamawiający już określił cechy akustyczne zamawianych urządzeń w punktach dotyczących parametrów: Pasma przenoszenia oraz Max SPL. Różna konfiguracja tych parametrów (moc i impedancja) w zależności od jakości systemu i konstrukcji urządzeń pozwoli na uzyskanie takich samych właściwości akustycznych bez żadnych negatywnych skutków. Poniższe kryterium nie przekłada się na żadne właściwości funkcjonalne ani akustyczne Zamawianych urządzeń a jedynie sztucznie ogranicza konkurencję.

Odwołujący wnosi o zmianę kryterium na postać, która gwarantuje zarówno zachowania właściwości akustycznych i funkcjonalnych jak również zachowanie uczciwej konkurencji i dopuszczenie innych rozwiązań.

Odwołujący wnosi o zastąpienie kryterium:

- *Impedancja przetwornika LF - min. 16 Ohm (2x 8 Ohm)*
- *Impedancja przetwornika HF - min. 8 Ohm*
- *Moc (Aes / Peak) LF - min. 500 W/2000 W*
- *Moc (Aes / Peak) HF - min. 110 W/440 W*

Przez nowe kryterium:

- Wzmacniacze muszą być tak dobrane aby wykorzystać w pełni możliwości oferowanego systemu nagłośnieniowego.

3. Zarzut 3

W punkcie Załącznik nr 3 Pozycja 1 Zamawiający określił maksymalne wymiary jakie może spełniać system nagłośnieniowy. W ocenie Odwołującego nie istnieją merytoryczne ograniczenia, które mogą wymuszać wykorzystanie systemu nagłośnieniowego o podanych wymiarach. Wymaganie określone w ten sposób w połączeniu z wymaganiami, który wymaga wykorzystania minimum 7" głośników sprawia, że jedynie system z przetwornikami 7" może fizycznie spełnić takie wymagania ponieważ większy komplet przetworników się nie zmieści. Wymiarów takich nie uzasadnia żadne z dołączonych opracowań dotyczących montażu ani symulacji akustycznej, dodatkowo w połączeniu z kryterium:

- *Inne - Wszystkie zestawy głośnikowe nagłośnienia muszą być od tego samego producenta*

Sprawia, że OPZ spełniają produkty, tylko jednego producenta.

Odwołujący wnosi o zmianę kryterium na postać, która gwarantuje zarówno zachowania właściwości akustycznych i funkcjonalnych jak również zachowanie uczciwej konkurencji i dopuszczenie innych rozwiązań w szczególności systemów opartych o 8" przetworniki, które są bardzo popularne na rynku. W związku z powyższym:

Odwołujący wnosi o zastąpienie kryterium:

- Wymiary - max. 527 x 236 x 401 mm (szer. x wys. x głęb.)

Przez nowe kryterium:

- Wymiary - max. 650 x 300 x 460 mm (szer. x wys. x głęb.)

4. Zarzut 4

W punkcie Załącznik nr 3 Pozycja 1 Zamawiający podał kryterium ograniczenia wagowego systemu nagłośnieniowego. W ocenie Odwołującego jedyny dokument, który uzasadnia wartość tego ograniczenia to Załącznik C (opis sposobu podwieszania oraz przyjęte wartości graniczne). Dokument ten jednak nie nakłada na poszczególne elementy modułu ograniczenia wagowego a jedynie określa maksymalną wagę całkowitego grona.

Dodatkowo, należy zauważyć, że Zamawiający nie określił maksymalnej wagi ramy do podwieszania oraz wyciągarki do podwieszenia całego systemu. W związku z powyższym możliwe jest dostarczenie różnych konfiguracji systemu, które sumarycznie pozwolą na zachowanie zasad bezpieczeństwa w zakresie tolerancji obliczeń konstrukcyjnych.

Kryterium w obecnej postaci nie odzwierciedla żadnych właściwości akustycznych ani funkcjonalnych i jako takie stanowi jedynie zakłócenie konkurencji. W związku z powyższym :

Odwołujący wnosi o zastąpienie kryterium:

- Waga - max. 15 kg

Przez nowe kryterium:

- Waga – max. 17 kg

5. Zarzut 5

W punkcie Załącznik nr 3 Pozycja 3 Zamawiający użył parametrów, które nie mają uzasadnienia technicznego i nie przekładają się w sposób bezpośredni na cechy akustyczne lub funkcjonalne systemu. Zamawiający już określił cechy akustyczne zamawianych urządzeń w punktach dotyczących parametrów: Pasma przenoszenia oraz Max SPL. Różna konfiguracja tych parametrów (moc i impedancja) w zależności od jakości systemu i konstrukcji urządzeń pozwoli na uzyskanie takich samych właściwości akustycznych bez żadnych negatywnych skutków. Powyższe kryterium nie przekłada się na żadne właściwości funkcjonalne ani akustyczne zamawianych urządzeń a jedynie sztucznie ogranicza konkurencję.

W związku z powyższym:

Odwołujący wnosi o zastąpienie kryterium:

- *Impedancja przetwornika LF - min. 8 Ohm*
- *Moc (Aes / Peak) - min. 300 W/1200 W*

Przez nowe kryterium:

- *Wzmacniacze muszą być tak dobrane, aby wykorzystała w pełni możliwości oferowanego systemu nagłośnieniowego.*

6. Zarzut 6

W punkcie Załącznik nr 3 Pozycja 3 Zamawiający opisał przedmiot zamówienia wykorzystując parametry rozmiaru, które nie posiadają uzasadnienia funkcjonalnego ani akustycznego a jednocześnie w połączeniu z wymaganiem:

- *Inne - Wszystkie zestawy głośnikowe nagłośnienia muszą być od tego samego producenta*

Sprawia, że OPZ spełniają produkty, tylko jednego producenta. W związku z powyższym, aby zapewnić umożliwienie złożenia konkurencyjnej oferty,

Odwołujący wnosi o zastąpienie kryterium:

- *Wymiary - max. 451 x 251 x 251 mm (wys. x szer. x głęb.)*

Przez nowe kryterium:

- *Wymiary - max. 460 x 280 x 280 mm (wys. x szer. x głęb.)*

Zmiana ta nie stanowi pogorszenia żadnych walorów funkcjonalnych ani akustycznych dla Zamawiającego.

7. Zarzut 7

W punkcie **Załącznik nr 3 Pozycja 4** Zamawiający opisał urządzenia w sposób specyficzny, charakterystyczny dla jednego producenta. Zamawiający już określił cechy akustyczne zamawianych urządzeń w punktach dotyczących parametrów: **Pasma przenoszenia** oraz **Max SPL**. Różna konfiguracja tych parametrów (**liczba kanałów, maksymalna moc wyjściowa, moc na kanał, impedancja, napięcie oraz prąd wyjściowy**) w zależności od jakości systemu i konstrukcji urządzeń pozwoli na uzyskanie takich samych właściwości akustycznych bez żadnych negatywnych skutków. Podane parametry prowadzą jedynie do sztucznego ograniczenia konkurencji bez żadnego uzasadnienia. W związku z powyższym,

Odwołujący wnosi o usunięcie kryterium:

- *Liczba Kanałów – Min. 2*
- *Maksymalna łączna moc wyjściowa - min. 2400 W*
- *Napięcie wyjściowe - min. 100Vpeak/70Vrms/39.2dBu*
- *Natężenie wyjściowe - min. 20Arms*
- *Maksymalna moc wyjściowa:*
 - *- min. 2Ω/800W*
 - *- min. 4Ω/1200W*
 - *- min. 8Ω/600W*
 - *- min. 16Ω/300W*

8. Zarzut 8

W punkcie **Załącznik nr 3 Pozycja 4** Zamawiający określił pasmo przenoszenia całego systemu audio poprzez określenie skrajnych wartości dla poszczególnych zestawów głośnikowych i tak dolna granica określona **jest przez pozycję 12. – 30 Hz** oraz **pozycję 7. – 20 kHz**. Wprowadzenie wymagań wykraczających poza pasmo pracy systemu nagłośnieniowego nie ma uzasadnienia technicznego i sztucznie zakłóca konkurencję – wskazując na urządzenia jednego producenta. W związku z powyższym,

Odwołujący wnosi o zastąpienie kryterium:

- *Pasma przenoszenia(-3dB) - max. 2Hz – min. 42 kHz*

Przez nowe kryterium:

- *Pasma przenoszenia(-3dB) - max. 30Hz – min. 20 kHz*

9. Zarzut 9

W Załącznik nr 3 Pozycja 5, 11 Zamawiający dokonał opisu w sposób nieproporcjonalny, ograniczający konkurencję. Zamawiający już określił cechy akustyczne zamawianych urządzeń w punktach dotyczących parametrów: **Pasma przenoszenia** oraz **Max SPL**. Różna konfiguracja tych parametrów (**liczba kanałów, maksymalna moc wyjściowa, moc na kanał, impedancja, napięcie oraz prąd wyjściowy**) w zależności od jakości systemu i konstrukcji urządzeń pozwoli na uzyskanie takich samych właściwości akustycznych bez żadnych negatywnych skutków. Podane parametry prowadzą jedynie do sztucznego ograniczenia konkurencji bez żadnego uzasadnienia. W związku z powyższym,

Odwołujący wnosi o usunięcie kryterium:

- *Liczba kanałów – min. 4*
- *Moc - min: 4x 3000W (2 Ohm), 4x 300W (4 Ohm), 4x 1900W (8 Ohm), 4x 950W (16 Ohm)*

10. Zarzut 10

W Załącznik nr 3 Pozycja 5, 11, Zamawiający dokonał opisu w sposób nieproporcjonalny, wykorzystując zapis dotyczący konstrukcji urządzenia w aspekcie, który nie będzie wykorzystywany zgodnie z załączonym do postępowania projektem instalacji. Złącze to jest w pełni zastępowane przez złącze SpeakOn poprzez odpowiednie zakończenie kabli. Brak uzasadnienia dla takiego wymagania jest dodatkowo poparty tym, że to Wykonawca dostarcza komplet okablowania według Załącznika 3 gdzie zakończenia przewodów są określone jako SpeakOn. W związku z powyższym,

Odwołujący wnosi o usunięcie kryterium:

- *Wyjścia - min. 4x Terminal Bloc*

11. Zarzut 11

W punkcie Załącznik nr 3 Pozycja 1 Zamawiający określił parametry głośników w sposób, który jest charakterystyczny dla jednego producenta poprzez podanie konkretnych wartości – rozmiaru wylotu oraz średnicy cewki dla poszczególnych głośników. Konfiguracja taka nie jest ani jedyną ani najbardziej optymalną konfiguracją, która pozwala uzyskać wysoką równomierność oraz odpowiednie natężenie dźwięku na całym obszarze publiczności. Dodatkowo w połączeniu z kryterium:

- *Inne - Wszystkie zestawy głośnikowe nagłośnienia muszą być od tego samego producenta*

Uniemożliwia złożenie oferty, która nie podlega odrzuceniu na urządzenia inne niż Adamson IS7, IS119 oraz Adamson P8 wraz z dedykowanymi urządzeniami peryferyjnymi. Jest to rażące naruszenie konkurencji. Zamawiający już określił cechy akustyczne zamawianych urządzeń w punktach dotyczących parametrów: **Pasma przenoszenia** oraz **Max SPL**, wartość tych parametrów wynika z odpowiednio dobranych komponentów w odpowiedniej konfiguracji i nie wymaga dodatkowego kryterium, które w sposób nieproporcjonalny je określa. W związku z powyższym, aby móc złożyć konkurencyjną ofertę,

Odwołujący wnosi o zastąpienie kryterium:

- *Liczba przetworników - min. 2x LF (min. 7"), 1x HF (min. 1,4"/3")*

Przez nowe kryterium:

- Liczba przetworników - min. 2x LF (min. 7"), 1x HF (min. 1,4")

Wszystkie powyższe zarzuty oraz sugerowane kryteria pozwalają na złożenie konkurencyjnej oferty przez Odwołującego i żadne z nowych kryteriów lub zmian nie wpływają na pogorszenie właściwości akustycznych ani funkcjonalnych oferowanych urządzeń.

Uzasadnienie prawne

Przedmiotem Postępowania jest zakup, dostawa, montaż systemu nagłośnienia LR wraz kompletnym okablowaniem elektrycznym i sterującym oraz jego uruchomienie i skonfigurowanie z istniejącym systemem nagłośnienia kinowego w Sali widowiskowej Domu Kultury w Wolbromiu, wraz z przeszkoleniem pracowników w zakresie obsługi przedmiotu zamówienia. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Załącznik nr 3 do SWZ zawierającym opisowe oraz tabelaryczne zestawienie parametrów wymaganych oraz ocenianych.

Wskazuję, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 99 ust. 4 ustawy Pzp). W każdym przypadku zamawiający jest obowiązany należycie przygotować opis przedmiotu zamówienia, a niewypełnienie tego obowiązku prowadzi do naruszenia art. 99 ust. 4 i art. 16 ustawy Pzp, co w konsekwencji może mieć wpływ na wynik Postępowania, skutkujący koniecznością jego unieważnienia. Przeprowadzona analiza dokumentacji Postępowania prowadzi do wniosku, że w toczącym Postępowaniu doszło do naruszenia powyższych przepisów.

Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może w sposób nieuzasadniony eliminować z Postępowania wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, ale nie będących określonym producentem. **Tymczasem przedmiot zamówienia zawarty w SWZ jednoznacznie utrudnia uczciwą konkurencję, gdyż de facto wskazują jednego z producentów Adamson i jego system z serii SI wraz z dedykowanymi wzmacniaczami przez co uniemożliwił złożenie przez wykonawcę konkurencyjnej oferty.**

W mojej ocenie Zamawiający poprzez wskazania określonej funkcjonalności (powiązanej z konkretnym producentem) narusza zasady uczciwej konkurencji, określonej w art. 99 ust. 4 ustawy Pzp. Wskazanie na konkretne rozwiązania nie znajduje według mnie uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym określeniu potrzeb Zamawiającego. Istnieją bowiem na rynku rozwiązania spełniające w pełnym zakresie wymagania Zamawiającego, przy czym rzeczona technologia stosowana przez preferowanego wykonawcę może być z powodzeniem zastąpiona innymi rozwiązaniami.

Przeanalizowano dokładnie wymagania Zamawiającego dotyczące wymaganych parametrów poszczególnych elementów systemu nagłośnieniowego. Bardzo specyficzne połączenie przez Zamawiającego poszczególnych wymagań powoduje, że wskazane w treści SWZ wymagania dotyczą

jednego konkretnego produktu firmy Adamson i wskazane przygotowanym wniosku nie przekładają się na właściwości funkcjonalne, techniczne lub akustyczne.

Mając na uwadze wskazane powyższej wątpliwości, co do treści SWZ, należy zwrócić uwagę, że aktualna treść SWZ, w szczególności Załącznik nr 3 do SWZ, w pozycjach 1, 3, 4, 5, 11, 12 uniemożliwia złożenia oferty. Żaden z systemów oferowanych przez dostawców innych marek niż Adamson nie jest w stanie spełnić tych wymogów. Dotyczy to takich punktów specyfikacji jak: materiał wykonania membrany, konfiguracja parametrów impedancji i mocy, waga oraz wymienione wyżej parametry techniczne i wymiary fizycznych nie przekłada się na spełnienie żadnego obiektywnego wymagania zamawiającego. **Zatem przedmiotowe parametry są wymogiem sztucznym, mającym na celu niedopuszczenie do postępowania innych rozwiązań.** W związku z powyższym zachodzi konieczność dokonania stosownych modyfikacji w opisanych wymaganiach zgodnie z powyższymi punktami.

Po drugie, należy wysnuć wniosek, że w Postępowaniu doszło do nieuzasadnionego uprzywilejowania rozwiązań stosowanych przez producenta Adamson. Zamawiający w dokumencie Załącznik nr 3 do SWZ, w pozycjach 1, 3, 4, 5, 11, 12 wyspecyfikował zupełnie nieistotny z punktu widzenia akustycznego wymagane parametry. Zamawiający premiuje bowiem rozwiązanie technologiczne przyjęte wyłącznie w systemach produkcji Adamson, które nie wykazują żadnych przewag nad rozwiązaniami tego typu innych producentów.

W związku z tym zasadny jest wniosek zawarty w punkcie: Szczegółowy opis dotyczący wnioskowanych zmian i wyjaśnień petitum.

Po trzecie opis przedmiotu zamówienia, znajdujący się w Załączniku nr 3 do SWZ, w pozycjach 1, 3, 4, 5, 11, 12, w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania, poprzez określenie wymagań w taki sposób, że ich spełnienie jest możliwe tylko poprzez zaoferowanie produktów jednego producenta, tj. Adamson seria IS. Powyższe eliminuje z postępowania rozwiązania konkurencyjne i uniemożliwia skuteczne złożenie oferty przez innych wykonawców.

Innymi słowy, opis przedmiotu zamówienia został tak przygotowany, że w rezultacie **mamy do czynienia z tzw. dyskryminującym zbiegiem wymagań.** Oprócz marki Adamson nie istnieją żadne dostępne na rynku rozwiązania (produkty), które w całości (łącznie) spełniają wymagania SWZ.

Wniosek dotyczy zmian w specyfikacji, które w żadnym aspekcie nie naruszają ograniczeń wynikających z dołączonych do postępowania plików z projektem montażu, rozmieszczenia i symulacji akustycznej systemu a nawet mogą wpłynąć na poprawę wyników symulacji akustycznej.

Wykonawca, który chciałby zaoferować jakikolwiek inny produkt dostępny na rynku, będzie narażony na złożenie oferty o treści niezgodnej z treścią SWZ, ponieważ nie spełni jednego albo kilku z postawionych przez Zamawiającego wymagań.

W związku z tym zasadny jest wniosek zawarty w punkcie: **Szczegółowy opis dotyczący wnioskowanych zmian i wyjaśnień** petitum.

Opis parametrów produktów w taki sposób – jak aktualnie zawarty w SWZ sprawia, że wymogi te spełnia tylko jeden, konkretny produkt. Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych, wygórowanych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami Zamawiającego, co dowodzi ograniczenia uczciwej konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

Z przedmiotowego postępowania będą wyeliminowane produkty spełniające obiektywnie uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Jak to słusznie wskazała Izba w wyroku z 21 czerwca 2011 r., sygn. akt: KIO 1196/11 (wyrok wydany na kanwie poprzedniej ustawy p.z.p.) *„Dla zachowania uczciwej konkurencji nie jest istotne ilu wykonawców może spełnić wymagania zamawiającego, ale jest istotne aby nieuzasadnionymi wymaganiami nie spowodować odrzucenia oferty przynajmniej jednego wykonawcy, który spełniając wszystkie uzasadnione wymagania zamawiającego nie będzie mógł – w związku z nieuzasadnionym wymaganiem – złożyć oferty podlegającej ocenie.”*

Jedynym powodem, dla którego Zamawiający sformułował ww. kwestionowane wymagania, jest faworyzowanie serii IS marki Adamson.

Według utrwalonego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia, względnie stawia wybranych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji wobec pozostałych.

Przepis art. 99 ust. 1 p.z.p. zawiera podstawowy obowiązek ciążyący na Zamawiającym dotyczący rzetelnego i jednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia *„(...) opisanie przedmiotu zamówienia należy do kluczowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie tylko uprawnień, ale i obowiązków zamawiającego. Ramy, w których zamawiający powinien poruszać się opisując przedmiot zamówienia w SWz, wyznaczone zostały w szczególności w art. 16 p.z.p. w związku z art. 99 ust. 1 p.z.p. Zatem zamawiający definiując przedmiot zamówienia powinien go opisać z zachowaniem wyrażonej w art. 16 p.z.p. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.”* **Zakazane jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.** Zachowując aktualne

zapisy SWZ i załączników Zamawiający, bez wątpienia nie uczynił zadość obowiązkom wynikającym z ww. przepisów.

Ze względu na powyższe konieczne jest dokonanie wskazanych w petitum wniosku zmian treści SWZ.

Przepis art. 99 p.z.p. nakłada na Zamawiającego obowiązek opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przepis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych w art. 16 ust. pkt 1 ustawy. Biorąc pod uwagę przepis art. 99 ust. 4 p.z.p. zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób,

który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.

Wskazane w petitum wniosku wymogi zawarte w SWZ nie są podyktowane uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, a wyłącznie chęcią maksymalnego ograniczenia konkurencji. Wedle utrwalonego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia. Na powyższe konsekwentnie wskazuje się w orzecznictwie KIO *„istotne jest aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, **bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.**”* (m.in. wyrok KIO z dnia 21 września 2010 r., sygn. akt KIO 1954/10, wyrok KIO z dnia 7 października 2010 r., sygn. akt KIO 2053/10, które to wyroki aktualne są na kanwie aktualnej ustawy p.z.p.).

„Z regulacji prawa wspólnotowego wynika, iż Zamawiający zobowiązany jest do sporządzenia tzw.: neutralnego - opisu przedmiotu zamówienia, wyczerpująco oraz sporządzonego w sposób przejrzysty. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję.” (tak

m.in. KIO w wyroku z dnia 22lipca 2013 r., sygn. akt: KIO 1589/13). **„Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia bez uzasadnionej przyczyny chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom.”** (wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1314/13).

Wskazane powyżej wyroki KIO wydane na kanwie nie obowiązującej już Ustawy prawo zamówień publicznych zachowują swoją aktualność do postępowań wszczętych po 1 stycznia 2021 r. Zatem poprzez sformułowanie wymogów wskazanych w petitum wniosku Zamawiający bez jakiegokolwiek uzasadnienia eliminuje z przedmiotowego postępowania zdecydowaną większość wykonawców, którzy z powodzeniem są w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie. Biorąc natomiast pod uwagę przepis art. 99 ust. 4 p.z.p. zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zamieszczenie określonych postanowień w SWZ, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Nie będzie zatem żadnym argumentem Zamawiającego, że wskazane w petitum wniosku parametry fizyczne (we wskazanych punktach), parametry techniczne oraz dotyczące umieszczenia w systemie układów do sterowania (w tym DSP oraz wzmacniacza), spełnia dwóch czy więcej wykonawców, skoro Zamawiający w sposób całkowicie nieuprawniony wyeliminował możliwość ubiegania się o przedmiotowe zamówienie przez zdecydowaną większość wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia.

Jak wynika z powszechnie przyjętego poglądu judykatury:

- *„(...) zamawiający ma pełne prawo tak opisać przedmiot zamówienia, aby zapewnić jak najlepszą realizację swoich potrzeb. Nie jest to jednak prawo nieograniczone. Swoboda zamawiającego w tym zakresie nie może bowiem w sposób nieuzasadniony zawężyć kręgu wykonawców, którzy mogą wykonać przedmiot zamówienia. Zatem oceniając opis przedmiotu zamówienia pod kątem zgodności z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp należy ustalić, czemu służą jego poszczególne elementy - czy są one uzasadnione istotą i celem zamówienia, czy też, nie służąc żadnym obiektywnie uzasadnionym potrzebom, zawężają krąg wykonawców mogących zamówienie wykonać. Nieuzasadnione ograniczenie konkurencji może mieć bowiem miejsce nie tylko w sytuacji, gdy krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie zostaje ograniczony do jednego czy dwóch, ale również wtedy, gdy dopuszczając do postępowania wielu wykonawców, w sposób nieuzasadniony uniemożliwia się udział w nim również dużej grupie.”*

- *przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.” (wyrok KIO: z dnia 27 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 28/14, z dnia 5 czerwca 2014 r., sygn. akt: KIO 938/14),*
- *„istotne jest, aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych” (wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05).*
- *„dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji” (wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 kwietnia 2009 r., sygn. akt II Ca 137/09, wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 grudnia 2009 r., sygn. akt II Ca 992/09 oraz w wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 2 kwietnia 2009 r., sygn. akt IX Ga 49/09).*

Przytoczone powyżej wyroki zachowują aktualność na kanwie aktualnie obowiązującej ustawy. Z przytoczonych powyższej wyroków jednoznacznie wynika, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia musi odbyć się z poszanowaniem zasad określonych w art. 16 i 99 ustawy. Zamawiający nie może więc określać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę bądź też, które eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych.

Z uwagi na wskazane w petitum nieprawidłowości zawarte w SWZ pragnę zwrócić uwagę, że zapisy te utrudniają uczciwą konkurencję w skuteczny sposób pozbawiający dostępu do zamówienia większemu gronu wykonawców, tylko pełne uwzględnienie przedstawionych w niniejszym odwołaniu zarzutów i żądań skutkować będzie doprowadzeniem postępowania do zgodności z ustawą. Pozostawienie w SWZ któregokolwiek z zapisów przedstawionych w petitum spowoduje, iż dostęp do niniejszego zamówienia

w dalszym ciągu będzie utrudniony, a wręcz nie będzie go w ogóle. Wykonawcy zobowiązani są bowiem do złożenia oferty zgodnej z każdym żądaniem przedstawionym w treści SWZ, zatem zaniechanie zmiany któregokolwiek z przedstawionych powyżej wymagań nie otworzy dostępu do tego postępowania wszystkim podmiotom mogącym należycie wykonać przedmiotowe zamówienie.

Należy podkreślić, że przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nie utrudniający uczciwej konkurencji. Zatem konieczne jest uwzględnienie już na tym etapie proponowanych zmian, aby potrzeby Zamawiającego były realizowane zgodnie z poszanowaniem zasad równego traktowania wykonawców i prowadzeniem postępowania przetargowego zgodnie z zasadą zachowania uczciwej konkurencji.

Niezależnie od powyższego, wskazuję, że instytucja zadawania pytań uregulowana jest w art. 135 ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp). Przepis ten stanowi w ust. 1 in initio, że wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z brzmienia powołanego przepisu wynika zatem, po pierwsze, że zakres przedmiotowy pytań jest szeroki i należy go odnosić do całej treści SWZ we wszystkich elementach, które zamieścił w niej zamawiający oraz, po drugie, że celem wyjaśnień jest uzyskanie wykładni postanowień SWZ.

Nie ulega wątpliwości, że treść odpowiedzi Zamawiającego staje się integralną częścią opisu przedmiotu zamówienia, to do wyjaśnień treści SWZ również będą miały zastosowanie przepisy art. 99, 100 i 101 ustawy Pzp. **Oznacza to, że odpowiedzi zamawiającego dotyczące opisu przedmiotu zamówienia nie mogą być wymijające czy lakoniczne, lecz muszą być jednoznaczne i wyczerpujące. Odpowiedzi Zamawiającego w postaci: „Nie, tak jak w SWZ”, lub „Zamawiający nie wyraża zgody i podtrzymuje zapisy zawarte w wzorze umowy” są zawsze odpowiedziami całkowicie pozornymi i wymijającymi, nie czynią zadość wnioskom potencjalnych oferentów.**

Powyższa zasada, doprecyzowana w stosunku do zasad rządzących opisem przedmiotu zamówienia w art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, chroniąca uczciwą konkurencję nie została w powyższych przepisach zawężona podmiotowo tylko i wyłącznie do wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, iż Zamawiający (będący zazwyczaj instytucją publiczną lub jedynie dysponentem środków publicznych) nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłyby w wyżej wskazaną zasadę. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na znaczne ograniczenie konkurencyjności, które przejawia się mniejszą liczbą ofert złożonych w postępowaniu oraz może spowodować zaoferowanie produktów tylko i wyłącznie jednego dostawcy (jak w przypadku sprzętu specjalistycznego nagłośnienia).

Powyższe działanie grozi nieracjonalnym wydatkowaniem przez zamawiających środków publicznych, gdyż z jednej strony wykonawcy zmuszeni opisem przedmiotu zamówienia do zaoferowania konkretnego produktu pozbawieni zostają możliwości zaoferowania produktu alternatywnego (tutaj zaoferowanie produktów innych niż wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia), a z drugiej strony, ze względu na brak presji konkurencyjnej nie są zmuszeni realiami rynkowymi odnoszącymi się do takich produktów do dostosowania do nich ceny oferty, co nie daje możliwości udzielenia zamówienia po niższej (właściwej dla rynku) cenie.

W efekcie prowadzi to do powstania ułomnego rynku kreowanego przez zamawiających, na którym rzeczywistą konkurencję zastępuje quasi-konkurencja między dostawcami tego samego producenta.

Ustawodawca poprzez przesłanki negatywne określa, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 99 ust. 4 ustawy Pzp). Wskazany przepis służy realizacji zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp.

Użycie przez Zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia jaki i przy kryteriach oceny ofert sformułowania, które ma na celu znaczne ograniczenie konkurencji między potencjalnymi zainteresowanymi narusza zasady obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, **wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.**

W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 99 ust. 4 ustawy Pzp wystarczającym jest **uprawdopodobnienie** utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 285/09, 300/09, 303/09). Mając na uwadze powyższe, ograniczenie przedmiotu oferty do produktu konkretnego producenta, konkurencję niewątpliwie ogranicza.

W ww. pytaniu o zmianę SWZ (wylimitowanie postanowień SWZ wskazujących na producenta Adamson, w tym kryteriów oceny ofert) zwrócono uwagę na ważne zagadnienia, które mają na celu zapewnić konkurencyjność przetargu publicznego, a także przyczynić się do możliwości wyboru przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia, który spełnia oczekiwane – pod względem funkcjonalności i użyteczności – wymagania, a przy tym umożliwią wybór oferty najbardziej korzystnej (w tym cenowo).

Prawidłowe sporządzenie kryteriów oceny ofert jak i opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z fundamentalnych czynności Zamawiającego poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cały przebieg postępowania o udzielenie zamówienia i może wywrzeć wpływ na jego wynik. Dlatego też, Zamawiający winni dokonywać tej czynności z poszanowaniem wyrażonej w art. 16 ustawy Pzp zasady nakładającej na Zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W wyroku z 9.10.2008 r. (KIO/UZP 1024/08), Izba wskazała, że: *„Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa, ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Okoliczność o charakterze notoryjnym, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania Zamawiającego opisane w SWZ i mogą go zaoferować (...), nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji”. Ponadto: "Zamawiający ma prawo wymagać, aby przedmiot zamówienia był zrealizowany w jakości wyższej, niż standardowa, lub o podwyższonej parametrach, o ile jest w stanie swoje wymagania usprawiedliwić obiektywnymi okolicznościami"* (wyr. KIO z 2.4.2008 r., KIO/UZP 236/08).