

Gorlice, dnia 23 maja 2023 roku

Zamawiający:

GMINA RADOMYŚL WIELKI

Rynek 32

39-310 Radomyśl Wielki

Odwołujący

FHU Horyzont Krzysztof Lech

38-300 Gorlice

Ul. Parkowa 6

Odwołanie z wnioskiem o kontrolę doraźną

Dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji o wartości zamówienia nie przekraczającej progów unijnych o jakich stanowi art. 3 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) – dalej p.z.p.pn. na „Projekt grantowy „Cyfrowa Gmina” -- Numer referencyjny: Bl.I.271.3.2023, Część nr 1 - Dostawa zestawów komputerowych, laptopów, serwera wraz z oprogramowaniem

Działając w imieniu i na rzecz FHU Horyzont Krzysztof Lech z siedzibą w Gorlicach, na podstawie art. 513 pkt. 1 w zw. z art. 515 ust. 2 pkt. 1) ustawy z dnia 19 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: Ustawa PZP), wnoszę odwołanie od treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, dla Części nr 1 -

Dostawa zestawów komputerowych, laptopów, serwera wraz z oprogramowaniem przedmiotu zamówienia, której zarzucam:

1. Naruszenia art. 16 pkt. 1 – 3 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy PZP – poprzez sprzeczne z przepisami ustawy opisanie przedmiotu zamówienia tj. w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co powoduje wykluczenie z udziału w postępowaniu innych producentów komputerów i serwerów niż Dell;
2. Naruszenia art. 17 ust. 1 pkt. 1) w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy PZP – poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wykluczający uzyskanie najlepszej jakości dostaw tj. sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia wykluczający możliwość zaoferowanie innych urządzeń komputerowych niż Dell;
3. Naruszenia art. 99 ust. 1 i 2 ustawy PZP w związku z pkt. 2.6 Rekomendacji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące udzielania zamówień publicznych na dostawę zestawów komputerowych – poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, iż dopuszczono się w nim do Dyskryminującego Zbiegu Wymagań, co spowodowało wykluczenie z udziału w postępowaniu innych producentów niż Dell.

oraz o:

1. Naruszenie art. 253 ust. 1, 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy AT Computers S.C. Jakub Mroczkowski, Bartłomiej Mroczkowski;

Uzasadnienie

W dniu 17 kwietnia 2023 roku, Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu.

W opisie przedmiotu zamówienia dla Części 1, zamawiający sformułował wymagania, które spełnia tylko i wyłącznie jeden producent - Dell. W pierwszej kolejności należy wskazać,

iż według powszechnej na rynku IT wiedzy, jedynymi serwerami i komputerami mogącymi spełnić przedmiotowe wymaganie Zamawiającego, są urządzenia producenta Dell, na co dodatkowo wskazują złożone oferty. Na rynku nie ma dostępnych innych urządzeń (komputerów, serwerów), które spełniałyby zapisy OPZ.

W ocenie Odwołującego brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego dla postawienia przedmiotowego wymagania względem zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Całość specyfikacji technicznej przedmiotu zamówienia wskazuje jedynie na chęć wyeliminowania przez Zamawiającego z postępowania urządzeń innych producentów.

Dodatkowo żaden z elementów Specyfikacji Warunków Zamówienia nie wskazuje na jakiegokolwiek obiektywnie uzasadnione potrzeby Zamawiającego w zakresie żądania urządzeń tylko jednego producenta. W tym wypadku jest to Dell.

Jakiegokolwiek zaś ograniczenie w postępowaniu konkurencji musi jednoznacznie wynikać z uzasadnionych potrzeb zamawiającego, co wielokrotnie było przedmiotem oceny KIO, w tym m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 maja 2016 r. sygn. akt KIO 671/16:

Interes zamawiającego realizowany w ramach poszczególnych postępowań przetargowych i stanowiących niejednokrotnie uzasadnienie do ograniczenia konkurencji na rynku musi wynikać z obiektywnych potrzeb zamawiającego, realizowanych w interesie publicznym, których waga jest na tyle znacząca, iż uzasadnia ograniczenie wykonawcom dostępu do rynku. Analiza owych potrzeb zamawiającego musi następować w realiach konkretnego zamówienia publicznego, zaś sam zamawiający winien w sposób klarowny, a co najważniejsze przekonujący swoje potrzeby przedstawić i uprawdopodobnić. Stanowisko zamawiającego nie może ograniczyć się do niczym nieopartych ogólnych stwierdzeń o realizacji bliżej nieokreślonego celu publicznego.

czy też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 września 2015 r. sygn. akt KIO 1814/15:

Izba podkreśla, że Zamawiający musi potrafić każdorazowo wykazać swoje uzasadnione potrzeby, jeśli nie w ramach postanowień SIWZ, to w toku weryfikacji

jego decyzji, np. podczas rozpatrywania wniesionego odwołania. Należy przywołać za orzecnictwem: "Izba wielokrotnie wskazywała w orzecznictwie, (...) na kwestie: "uzasadnionych potrzeb Zamawiającego" (przykładowo wyrok KIO z dnia 5 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1307/11, tudzież wyrok KIO z dnia 12 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1360/12), czy też "obiektywnych okoliczności" (za wyrokiem z dnia 8 lipca 2011 r., sygn. akt: 1344/11)

oraz w szczególności Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO/KD 26/19:

Za znaczące uznać należy rzeczywiste uzasadnione potrzeby zamawiającego, jednakże muszą one mieć charakter obiektywny, przez co należy także rozumieć obiektywne potrzeby, które można udowodnić, oraz okoliczności wskazujące, że zaspokojenie tych potrzeb nastąpi bez naruszenia zasad uczciwej konkurencji na rynku właściwym dla przedmiotu zamówienia.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, wskazać należy, iż Zamawiający nie wskazując jakiegokolwiek rzeczywistej i obiektywnej potrzeby sformułował wymagania techniczne, które skutkują wykluczenie innych producentów niż Dell, co również zostało uznane za niedopuszczalne w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, choćby w wyroku z dnia 20 sierpnia 2018 r. sygn. akt KIO 1527/18:

Należy odróżnić uzasadnioną potrzebę od chęci posiadania jakiegoś rozwiązania. W przypadku uzasadnionej potrzeby Zamawiający winien wykazać, dlaczego dane rozwiązanie jest mu niezbędne do realizacji zadań a nie jedynie wskazać chęć jego posiadania. Przy takiej lakonicznej argumentacji, nie sposób uznać żądania wskazanego w SIWZ za uzasadnioną potrzebę.

Dodatkowo Odwołujący podnosi, iż opisane powyżej działanie Zamawiającego muszą zostać

uznane za bezprawne, również w tym rozumieniu, iż powodują one wykluczenie innych niż Dell producentów w sposób pośredni tj. poprzez użycie jednej specyficznej dla urządzeń Dell funkcjonalności, która uniemożliwia innym producentom udział w postępowaniu. Takie działanie również było kwestionowane przez KIO, w tym m.in. w wyroku z dnia 20 marca 2023 r. sygn. akt KIO 551/23:

Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, iż zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłby w wyżej wskazaną regułę. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert oraz może powodować oferowanie przez wykonawców produktów nieporównywalnych.

Przytoczone powyżej zachowanie Zamawiającego w postaci pośredniego wykluczenia producentów urządzeń komputerowych jest również całkowicie niezgodne z treścią Rekomendacji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące udzielania zamówień publicznych na dostawę zestawów komputerowych, gdzie w pkt. 2.6 opisano dyskryminujący zbieg wymagań a którego to Zamawiający dopuścił się w przedmiotowym postępowaniu:

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.

Dodatkowo Zamawiający naruszył art. 253 ust. 1, 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy AT Computers S.C. Jakub Mroczkowski, Bartłomiej Mroczkowski

Wykonawca AT Computers S.C. oferuje UPS niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający wymagał UPS, który będzie spełniał: „Sygnalizacja stanu pracy zasilacza – sygnały wizualne i dźwiękowe z możliwością wyłączenia alarmu dźwiękowego (jedynie diody LED, bez wyświetlacza LCD)”. Zaoferowany UPS przez Wykonawcę AT Computers S.C. jest wyposażony w wyświetlacz LCD co dodatkowo sam Wykonawca załączniku nr 1 potwierdził podając CYBERPOWER VP1600ELCD-FR



<https://www.cyberpower.com/eu/pl/product/sku/vp1600elcd-fr>

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż zarzuty podniesione przez Odwołującego zostały udowodnione i winny zostać uwzględnione.

Wobec powyższego wnoszę i wywodzę jak na wstępie.