

Nr sprawy: 02/DT/TZR/2016 Rybnik, 31.05.2016 r.

Nr ogłoszenia w BZP: 135440-2016

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości mniejszej od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych na:

**„Dostawę i konfigurację oświetlenia scenicznego na potrzeby Teatru Ziemi Rybnickiej”**

**ODPOWIEDZI NA PYTANIA DO TREŚCI SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA**

Zamawiający działając na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych informuje, że w dniu 30.05.2016 roku wpłynęły pytania do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia**.**

**Pytanie 1:**

W nawiązaniu do ogłoszenia o zamówieniu nr 135440 – 2016 z dnia 25.05.2016 r., którego przedmiotem jest „*Dostawa i konfiguracja oświetlenia scenicznego na potrzeby Teatru Ziemi Rybnickiej”* (sprawa nr 02/DT/TZR/2016), na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.), zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" zwracamy się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie oraz modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej "SIWZ") w zakresie przedstawionym poniżej.

W załączniku nr 4 do SIWZ „Zestawienie oferowanego sprzętu” Zamawiający wyspecyfikował szczegółowo wszystkie możliwe parametry zamawianych urządzeń. Analiza rynku wskazuje, że dobór parametrów wymaganych przez Zamawiającego sprawia, że każdorazowo wymagania te spełnia wyłącznie jedno konkretne urządzenie na świecie. W trosce o zachowanie uczciwej konkurencji prosimy o opisanie urządzeń w sposób funkcjonalny, a nie parametryczny, aby wymagania te mogły być spełnione przez wyroby więcej niż jednego producenta (zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp). Obecny kształt SIWZ wskazuje bowiem swoim stopniem uszczegółowienia na konkretne modele i typy urządzeń, a tym samym na konkretnego wykonawcę, który jako jedyny jest w stanie uzyskać zamówienie.

W naszej ocenie wymogi postawione przez Zamawiającego, a wynikające z opisu przedmiotu zamówienia w powyżej przytoczonym zakresie nie mają żadnego uzasadnienia w świetle celu jakiemu ma służyć przedmiot zamówienia. Pomimo iż jesteśmy wiodącym w Polsce dostawcą nowoczesnych urządzeń z zakresu oświetlenia scenicznego, to aktualne zapisy SIWZ powodują, iż firma PS Teatr Marek Gumiński nie może złożyć Zamawiającemu ważnej konkurencyjnej oferty na dostawę i konfigurację oświetlenia scenicznego na potrzeby Teatru Ziemi Rybnickiej. Przyczyną nie jest niedostateczna jakość lub funkcjonalność urządzeń oświetleniowych oferowanych przez PS Teatr, lecz naruszające zasady uczciwej konkurencji postanowienia SIWZ.

Zamawiający powinien zapewnić jak najszerszą konkurencję w postępowaniu, a nie ograniczać kręgu podmiotów zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia do jednego wytypowanego uprzednio wykonawcy. Różnorodność rozwiązań technicznych obecnych na rynku powoduje, że zamiast opowiadać się po stronie któregokolwiek z nich Zamawiający winien brać pod uwagę jedynie oczekiwany przez siebie efekt w postaci takiego opisu przedmiotu zamówienia, który zapewni wybór wykonawcy zdolnego spełnić obiektywne potrzeby Zamawiającego, bez nadmiernego ograniczania kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Zamawiającemu nie wolno opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający musi określić przedmiot zamówienia w sposób obiektywny. W szczególności Zamawiający jest zobowiązany unikać stosowania wszelkich parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub konkretnego wykonawcę.

Opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i  równego traktowania wykonawców skutkuje ograniczeniem możliwości złożenia ważnej, konkurencyjnej oferty w Postępowaniu przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania i posiadających stosowne uprawnienia, wiedzę i doświadczenie oraz dysponujących odpowiednim potencjałem technicznym, kadrowym, finansowym oraz ekonomicznym do wykonania zamówienia, co narusza w szczególności art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zaprezentowane powyżej argumenty potwierdza stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „UZP") oraz dotychczasowe orzecznictwo. UZP w jednej ze swych opinii stwierdził, że: „B*iorąc pod uwagę zapis ort. 29 ust. 2 Pzp, 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 (zob. wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/5)*". Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 18 grudnia 2003 r. zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt.

Należy stanowczo podkreślić, że w dotychczasowym orzecznictwie utrwalił się pogląd o niedopuszczalności opisywania przedmiotu zamówienia w sposób nawet pośrednio ograniczający konkurencję (nie mówiąc już o bezpośrednim jej utrudnianiu innymi sposobami). Wyraźnie wskazuje na to wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, zgodnie z którym: „*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*".

Nawiązaniem do powyższego orzeczenia będzie z pewnością wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 kwietnia 2009 r., sygn. akt II Ca 137/09, zgodnie z którym: "*Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji*". Tożsame stanowisko znalazło się w 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.

Podobnie kształtuje się kierunek orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP/1502/08, Izba podniosła, iż: *„w gestii Zamawiającego leży ustalenie przedmiotu zamówienia zgodnie z oczekiwaniami co do jego funkcjonalności oraz użyteczności, jednak nie może to prowadzić do nieuzasadnionego ograniczania kręgu potencjalnych wykonawców*”. Analogicznie przedstawia się uzasadnienie wyroku z dnia 20 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP/02/09, gdzie Izba wywiodła, że: „*Zamawiający opisując przedmiot zamówienia, który w sposób pośredni wskazuje na możliwość jego realizacji wyłącznie przez jednego wykonawcę, narusza fundamentalne zasady równego traktowana oraz uczciwej konkurencji*”.

Powyższa argumentacja posunęła się dalej w wyroku o sygn. akt KIO/UZP 361/10, gdzie Izba stwierdzała, że: *„(...) ograniczenie konkurencji może mieć zarówno charakter graniczny tzn. formalnie i wprost - podmiotowe cechy wykonawców lub przedmiot ich oferty zostaną nie dopuszczone lub po prostu nie zamówione przez zamawiającego, albo też postanowienia SIWZ prowadzą do sytuacji, w której niektórzy wykonawcy co prawda mogą złożyć ważną i odpowiadającą SIWZ ofertę, jednakże oferta ze względu na jej charakter i specyfikę, w świetle ukształtowanych kryteriów oceny ofert nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców (...) jakiekolwiek ograniczenie dostępu do zamówienia czy stwarzanie przez zamawiającego bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, zarówno bezpośrednie, jak i pośrednie (poza przewidzianymi w przepisach ustawy), w przypadku gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia, stanowiło będzie naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp (...) należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania postanowień SIWZ, które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji i preferencji dla określonych wykonawców w stopniu ponad potrzeby zamawiającego wykraczającym*".

Zgodnie z orzecznictwem naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp może być realizowane nie tylko w sposób bezpośredni, ale i pośredni - por. wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 30/09, w którym Izba uznała, że: „*Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem i doktryną z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia mamy do czynienia w sytuacji np. opisu przedmiotu zamówienia, który w sposób bezpośredni - przez wskazanie znaków towarowych, oznaczeń lub w sposób pośredni - przez wskazanie parametrów prowadzi do uprzywilejowania jednego podmiotu względem drugiego*". Identyczne stanowisko wyrażone zostało również w uchwale KIO o sygn. akt KIO/KD 2/09: „*Nie można mówić o zachowaniu uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt*".

Z powyższych rozważań wynika, iż wystarczającym dla stwierdzenia naruszenia zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 Pzp jest takie zestawienie przez Zamawiającego charakterystycznych lub granicznych parametrów nabywanych produktów, że wskazuje ono na konkretny produkt, eliminując jednocześnie możliwość zaoferowania produktów innych producentów - co niewątpliwie ma miejsce w niniejszym Postępowaniu. W wyroku z dnia 21 grudnia 2006 r. w sprawie o sygn. akt UZP/ZO/0-2969/06 Zespół Arbitrów orzekł, że: "*Zamawiający może wskazać minimalne wymagania związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, tym niemniej obowiązany jest zachować niezbędną równowagę pomiędzy jego interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem poszczególnych wykonawców, których nie wolno, w drodze wprowadzania nadmiernych, wygórowanych wymagań, eliminować z udziału w postępowaniu"*. Naszym zdaniem, wskazana w ww. wyroku równowaga została naruszona w niniejszym postępowaniu, w związku z czym niezbędna jest stosowna modyfikacja postanowień SIWZ.

Zamawiający obowiązany jest ukształtować treść SIWZ, w taki sposób, aby otworzyć postępowanie na konkurencję i umożliwiać składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych dostępnych na danym rynku. Celem Postępowania jest wszakże zaspokojenie konkretnych potrzeb Zamawiającego, z pominięciem wszelkich nieobiektywnych wymogów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający określając przedmiot zamówienia winien uwzględnić wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców i winien unikać sformułowań stwarzających możliwość zaistnienia okoliczności utrudniania uczciwej konkurencji, czego Zamawiający nie wziął pod uwagę przygotowując SIWZ w niniejszym Postępowaniu.

Nawiązując powyższych wywodów, należy również zwrócić uwagę na ewentualne konsekwencje przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przy dotychczasowym wadliwym opisie przedmiotu zamówienia. Otóż w świetle dotychczasowych rozważań postępowanie podlegałoby unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy jako obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast w przypadku zawarcia umowy podlegałaby ona unieważnieniu na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy, zgodnie z którym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zdecydowanie należy stwierdzić, że opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem przepisu art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy stanowi czynność Zamawiającego mającą zasadniczy wpływ na wynik Postępowania, zwłaszcza jeżeli przedmiot został opisany przez wskazanie konkretnych produktów konkretnego producenta.

Powyższe nie budzi wątpliwości w orzecznictwie sądów powszechnych w sprawach wszczętych na skutek powództw Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wytaczanych na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy. Przykładowo, Sąd Okręgowy Warszawa - Praga w Warszawie wyroku z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III C 1161/09 stwierdził nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego, wskazując w uzasadnieniu, że: "*Zamawiający, który tak jak w  niniejszej sprawie pozwany Powiat Nowodworski, opisując przedmiot zamówienia w taki sposób, że tylko jeden samochód dostarczony przez jednego tylko dostawcę, narusza zasadę uczciwej konkurencji, określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i skonkretyzowaną, co do przedmiotu zamówienia, w art. 29 ust. 2 tej ustawy*". W świetle powyższego również w interesie Zamawiającego jest dokonanie modyfikacji treści SIWZ zgodnie z żądaniami Wykonawcy, tylko bowiem w ten sposób oddali od siebie ryzyko unieważnienia przedmiotowego postępowania jak i unieważnienia umowy zawartej w wyniku jego przeprowadzenia.

*Odpowiedź 1:*

*Odpowiadając na zapytanie dotyczące sprawy 02/DT/TZR/2016 „Dostawa i konfiguracja oświetlenia scenicznego na potrzeby Teatru Ziemi Rybnickiej”, chciałbym podkreślić, że szczegółowe opisanie przedmiotu zamówienia jest obowiązkiem i jednocześnie uprawnieniem zamawiającego, który - zachowując zasady określone w przepisach ustawy Pzp - dokonuje opisu przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego obiektywne i uzasadnione potrzeby. Zamawiający powinien mieć prawo opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, który uzasadnia jego racjonalne i obiektywne potrzeby, przy czym nie muszą być to potrzeby określone na poziomie minimalnym. Tym samym za oczywisty należy uznać fakt, iż niektórym wykonawcom łatwiej jest spełnić wymagania zamawiającego niż innym, a cześć wykonawców w ogóle nie może wziąć udziału w postępowaniu. Fakt ten nie zawsze jest zatem wyrazem naruszenia w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji. Może więc często się zdarzać, że nie istnieje taki opis przedmiotu zamówienia, który na równi odpowiadałby wszystkim wykonawcom obecnym na rynku. Na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie bądź w ramach konsorcjum. Stąd też stosowanie przepisów ustawy Pzp prowadzące do narzucenia zamawiającemu zakupów, które nie odpowiadają jego potrzebom i ograniczają jego swobodę w podejmowaniu decyzji, związanych z prowadzoną działalnością, nie da się pogodzić z celem tej regulacji, jakim jest zapewnienie dokonywania przez zamawiających racjonalnych i celowych zakupów. Teatr Ziemi Rybnickiej jest instytucją impresaryjną, zobowiązaną do spełniania wymagań riderów technicznych bardzo złożonych projektów artystycznych. Parametry techniczne przedmiotu zamówienia zostały określone pod kątem posiadanej infrastruktury technicznej trzech scen, które są administrowane przez naszą instytucję i dlatego dobrano optymalnie parametry do potrzeb wynikających z charakterystyki teatru i jego działania.*

*Na podstawie art. 29 ust.1 ustawy Pzp „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”*

*Zamawiający podtrzymuje specyfikację techniczną zawartą w opisie przedmiotu zamówienia*  *02/DT/TZR/2016 umieszczoną w SIWZ.*

Pytanie 2: W nawiązaniu do postępowania przetargowego, numer ogłoszenia: 135440 - 2016; data wprowadzenia: 25.05.2016, którego przedmiotem zamówienia jest : "*Dostawa i konfiguracja oświetlenia scenicznego na potrzeby Teatru Ziemi Rybnickiej*", prosimy o odpowiedź na pytania dot. treści SIWZ.

                W załączniku nr. 4 do SIWZ „Zestawienie oferowanego sprzętu” Zamawiający wyspecyfikował szczegółowo wszystkie możliwe parametry, które według naszej wiedzy spełnia każdorazowo tylko jedno urządzenie na świecie dla poszczególnych punktów.

W trosce o zachowanie uczciwej konkurencji prosimy o opisanie urządzeń w sposób funkcjonalny, a nie parametryczny, aby wymagania te mogły być spełnione przez więcej niż jednego producenta (zgodnie z art.29 PZP). Obecny kształt Specyfikacji wskazuje bowiem swoim stopniem uszczegółowienia na konkretne modele i typy urządzeń, a tym samym na konkretnego wykonawcę, co jest niezgodne z obowiązującym prawem Ustaw o Zamówieniach Publicznych (UZP/ZO.0-2303/06)  i może skutkować unieważnieniem ewentualnie zawartej umowy na drodze postępowania sądowego, a także narazić Zamawiającego na przedłużanie się procedury udzielenia zamówienia, oraz dodatkowe koszty postępowania przed Krajowa Izbą Odwoławczą.

Odpowiedź 2: *brzmienie jak w odpowiedzi 1*

*/-/ Michał Wojaczek*

*Dyrektor Teatru Ziemi Rybnickiej*