

Gmina Miasto Częstochowa

**ul. Śląska 11/13
42-217 CZĘSTOCHOWA**

Nr wewnętrzny: D0381G

Znak sprawy: FER.271.4.2022

Data: 17 luty 2022

Dotyczy zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym pn.:

Zakup i dostawa sprzętu samochodowego na potrzeby projektu pn. „Zawodowa współpraca 5”

Zawiadomienie o nieprawidłowościach

W nawiązaniu do treści przedmiotowego ogłoszenia o zamówieniu firma _____ składa zawiadomienie ws. zapisów SWZ oraz opisu przedmiotu zamówienia będącego załącznikiem do przedmiotowego SWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

Uzasadnienie prawne

1) naruszenie art. 99 ust. 4 p.z.p. w związku z art. 16 p.z.p.:

Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, 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.

poprzez sporządzenie opisu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania Wykonawców tj. wskazanie na takie parametry wymaganego zapotrzebowania, które mogą zostać spełnione tylko przez jeden konkretny produkt określonego producenta.

2) naruszenie art. 16 pkt 1) p.z.p.:

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Uzasadnienie faktyczne

W treści opisu przedmiotu zamówienia będącego załącznikiem do SWZ przedmiotowego postępowania zamawiający wskazuje parametry wymaganego zapotrzebowania w taki sposób, że niemożliwe jest zaoferowanie produktów producenta wyrobów równoważnych. Sytuacja ta ma miejsce w wielu pozycjach przedmiotowego OPZ: 17, 36, 37,

za przykład może posłużyć opis pozycji nr 37, gdzie zamawiający określa parametry produktu pożądanego w poniższy sposób:

Urządzenie do pomiaru parametrów geometrii kół badanych pojazdów w oparciu o obraz trójwymiarowych ekranów pomiarowych

Odczyt: min. 4 kamery 3D

Minimalny obsługiwanych obręczy kół: 11" – 22"

Nośność obrotnic: min. 2 x 1000 kg

Ilość głowic pomiarowych: min. 2

Zainstalowana baza danych: min. 20000 pojazdów
Odczyt parametrów geometrii bez wykonywania przetoczenia
Funkcja regulacji zbieżności przy skręconych kołach
Funkcja regulacji parametrów geometrii przy rozluźnionym zawieszeniu
Certyfikat uprawniający do używania urządzenia na Stacjach Kontroli Pojazdów
Komunikacja: Bluetooth lub WiFi

Powyższe wymagania jasno wskazują konkretny produkt, konkretnego producenta jakim jest Geometria Unimetal QUANTUM 3D, w załączeniu do niniejszego zawiadomienia załączamy wydruk strony internetowej producenta/autoryzowanego dystrybutora marki potwierdzający zasadność naszych zarzutów.

W naszym mniemaniu jest to jawne pogwałcenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a przecież zasada ta jest jedną z podstawowych zasad, na których zbudowana jest cała wspólnota europejska oraz postępowania publiczne. W przypadku tak wyraźnego zaniedbania ze strony zamawiającego należy zważyć, że nieprawidłowa realizacja zamówienia publicznego finansowanego ze środków unijnych skutkować może nałożeniem korekt finansowych na zamawiającego oraz stanowi podstawę do zgłoszenia w/w nadużyć instytucjom unijnym (z poza RP) prowadzącym niezależne dochodzenia w sprawie nadużyć finansowych i korupcji związanych z funduszami UE o czym szerzej w dalszej części zawiadomienia.

Na gruncie art. 99 ust. 4 p.z.p. należy stwierdzić, że wyrażony w tym przepisie zakaz utrudniania uczciwej konkurencji przy opisywaniu przedmiotu zamówienia zostanie naruszony, gdy przy jego dokonaniu zamawiający użyje określeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta lub konkretny produkt. Działaniem wbrew ww. zasadzie jest również na tyle rygorystyczne określenie wymagań w zakresie przedmiotu zamówienia, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia (jak ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu).

Opis przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję był niejednokrotnie przedmiotem wyroków Krajowej Izby Odwoławczej. I tak w wyroku z dnia 10.06.2015 r. KIO wskazała, że naruszenie powyższego przepisu może polegać na *dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego. Zamawiający nie może bowiem wymagać od wykonawców takich właściwości przedmiotu zamówienia, które nie mają znaczenia dla spełnienia celu, któremu ma służyć przedmiot zamówienia, a które powodują lub wręcz eliminują konkurencję na rynku (wyrok KIO z dnia 10.06.2015 r., KIO 1112/15, Legalis 1378520).*

W orzeczeniu z dnia 19.04.2017 r. KIO wskazała, że *przejawem naruszenia 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 dostawcę, wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają ubieganie się niektórych wykonawców o udzielenie zamówienia, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia (wyrok KIO z dnia 19.04.2017 r., KIO 607/17, Legalis 1604467).*

Postępowanie zamawiającego wskazywać może na **wyraźne ukierunkowanie zamawianych sprzętów ze wskazaniem na konkretnego producenta**, jednocześnie obiektywnie oceniając, zastrzeżone parametry nie znajdują uzasadnienia dla potrzeb zamawiającego.

Ponadto w przypadku skorzystania przez zamawiającego z uprawnienia wynikającego z art. 99 ust. 4 p.z.p. – zamawiający ma obowiązek zaznaczyć w SWZ, że dopuszcza składanie ofert równoważnych. Równoważność ta dotyczy wyłącznie jakości i funkcjonalności oferowanych produktów. *Naruszeniem przepisów p.z.p. natomiast jest sytuacja, gdy zamawiający teoretycznie dopuszcza możliwość oferowania rozwiązań równoważnych, lecz nie precyzuje w ogóle parametrów równoważności, jak i sytuacja, gdy wprowadzie formułuje parametry, lecz nie identyfikują one żadnego alternatywnego rozwiązania w stosunku do tego, które zostało wskazane jako referencyjne (uchwała KIO z dnia 07.09.2015 r., KIO/KD 50/15, Legalis 1469422).*

Zamawiający w postępowaniu nie wskazał parametrów równoważności. Odmowa wprowadzenia zmian, które dopuszczałyby możliwość sformułowania ofert równoważnych, stoi zatem w sprzeczności z art. 99 ust. 4 p.z.p. i może powodować naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

Sposób formułowania oraz egzekwowania przez Zamawiającego wymagań w treści SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zgodnie z w/w zasadą nie można określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogów dla przedmiotu zamówienia tak, aby spełniał je tylko jeden lub bardzo wąskie grono oferowanych na rynku produktów.

Działanie takie narusza zasadę równego traktowania wykonawców. Jeżeli wyrób niezbędny dla zamawiającego produkuje tylko jedna firma na rynku i tylko jeden produkt tej firmy spełnia parametry stawiane temu wyrobowi, w miejsce trybów przetargowych konieczne jest skorzystanie z zamówienia z "wolnej ręki", zgodnie z art. 214 ust. 1:

Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn:

a) technicznych o obiektywnym charakterze,

b) związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów

– jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia;

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO dyskryminacja wykonawców może wynikać również z postępowania się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta lub konkretny produkt i jako jej formę przyjmuje się również ustalenie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Tym samym Zamawiający powinien skutecznie udowodnić, że więcej niż jeden produkt spełnia parametry wyznaczone w specyfikacji (**wyrok KIO Z 13.01.2009r. KIO/UZP1502/08 LEX nr 486612**).

Przy ocenie prawidłowości ww. postępowania o zamówienie publiczne należy mieć na względzie nie tylko konsekwencje dla potencjalnego wykonawcy, ale również dla samego zamawiającego. Należy mieć na względzie odpowiedzialność kierownika zamawiającego za naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest bowiem niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (**art. 17 ust. 1 pkt 1 Ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, Dz. U. nr 14, poz. 114 z późn. zm.**).

Ponadto nieprawidłowa realizacja zamówienia publicznego finansowanego ze środków unijnych skutkować może nałożeniem korekt finansowych na zamawiającego:

poz. 20 tabeli - **Dyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia** lub umowy koncesji stanowiącej załącznik do Rozporządzenia MINISTRA INWESTYCJI I ROZWOJU z dnia 20 kwietnia 2018 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień - Dz.U. 2018 poz. 971, dla której ustawodawca przewidział nałożenie korekt w wysokości nawet 25% od kwoty dofinansowania z budżetu UE:

1. Naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp polegające na **opisanu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.**,

3. Naruszenie art. 30 ust. 1-4 Pzp polegające na **opisanu przedmiotu zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych** lub z naruszeniem ustawowej kolejności.

Prosimy o pozytywne rozpatrzenie oraz poinformowanie o podjętych działaniach do dnia 18.02.2022 r. do godziny 14:00. W przypadku braku podjęcia adekwatnych działań w wyznaczonym terminie, o naruszeniach zostaną powiadomione następujące instytucje wraz z departamentami odpowiedzialnymi za kontrolę wydatkowania środków unijnych:

1 | Urząd Marszałkowski Województwa Śląskiego:

- Sz. P. Jerzy Solecki, dyrektor Departamentu Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego
- Sz. P. Jarosław Wesołowski, dyrektor Departamentu Europejskiego Funduszu Społecznego
- Sz. P. Robert Lipka, dyrektor Departamentu Audytu i Kontroli

2 | Departament Kontroli Zamówień Publicznych - kontrola doraźna i zawiadomienia

Ponadto w przypadku braku reakcji Zamawiającego i/lub rozstrzygnięciu postępowania na korzyść wykonawcy, którego produkty bez możliwości zastosowania produktu równoważnego są opisane w SWZ, przez co godzą w zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co ma bezpośredni związek z nadużyciem lub innymi poważnymi nieprawidłowościami mającymi potencjalnie negatywne skutki dla środków publicznych UE oraz niewłaściwym postępowaniem przez państwowe organy administracji publicznej, w szczególności poprzez nieuczciwe postępowanie i dyskryminację w zarządzaniu funduszami publicznymi UE, firma informuje, iż w takim przypadku powiadomi również o nieprawidłowościach:

3 | OLAF - Europejski Urząd ds. Zwalczania Nadużyć Finansowych

W związku z powyższym firma wnosi o sformułowanie opisów SWZ tak, aby były zgodne z Ustawą Prawo Zamówień Publicznych.