



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Hubert Nowak

DKZP.WKZ3.442.177.2022.JB
KND/176/22/DKZP

Warszawa,

Pan

Dyrektor
Zakładu Usługowo-Produkcyjnego
Lasów Państwowych w Łodzi
ul. Legionów 113
91-073 Łódź

W odpowiedzi na pismo z dnia 20 września 2023 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 20 września 2023 r., znak: **NH.091.1.2023**) zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Dostawa odzieży mundurowej wyjściowej, codziennej, obuwia i galanterii dla pracowników PGL LP” (część nr 1 pn. „Koszula damska i męska”), przeprowadzonego przez Zakład Usługowo-Produkcyjny Lasów Państwowych w Łodzi, uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia przepisów art. 16 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, jak również – naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 6 września 2023 r. przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ3.442.177.2022.JB.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisów art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców a także w sposób proporcjonalny, jak również – naruszenie art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję.

Pismem z dnia 20 września 2023 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania wskazując, cyt.:

Zamawiający nie zgadza się z zarzutem naruszenia art. 16 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez postawienie wymogu dostępności tkaniny w kontekście terminu realizacji zamówienia, co zgodnie z wynikiem kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych mogło mieć wpływ na ograniczenie konkurencji, co w konsekwencji mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Wykonawca w dniu 11.02.2022 r. na etapie prowadzonego postępowania przetargowego zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie sposobu wyboru splotu



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

tkaniny zasadniczej cyt.: Zwracam się z prośbą o wyjaśnienie sposobu wyboru tkaniny zasadniczej koszulowej do postępowania przetargowego NH.270.1.2022 – Dostawa odzieży mundurowej wyjściowej, codziennej, obuwia i galanterii dla pracowników PGL LP. Tkanina koszulowa, która jest opisana w Dokumentacji Techniczno-Technologicznej – załącznik nr 2 do SWZ, jest całkowicie niedostępna na rynku. Tkanina zasadnicza o splocie 3/1, w opinii czołowych dostawców tkanin jest nieosiągalna. Nasi dostawcy informują nas o posiadaniu tkanin o spocie 2/1 oraz parametrach zbliżonych do wymagań technicznych Państwa tkaniny. Uprzejmie proszę o informację, czy jest możliwa zmiana parametrów tkaniny w w/w przetargu? Wykonawca jednoznacznie stwierdził w zadanym pytaniu, iż tkanina zasadnicza o splocie 3/1 jest nieosiągalna (Wykonawca nie wnosił żadnych uwag, co do terminu realizacji zamówienia częściowego).

Zamawiający po dokonanej analizie zapytania podtrzymał, zapis SWZ dotyczący splotu tkaniny zasadniczej koszul na mocy pisma z dnia 18.02.2022 przedstawionego przez ORWLP Bedoń, w którym stwierdzono, że tkanina była dostępna na moment sporządzania dokumentacji techniczno-technologicznej i pisma z dnia 10.03.2022 r. przedstawionego przez firmę

. Dodatkowo Zamawiający

zwrócił się w dniu 05.09.2022 r. drogą emailową do firmy

z prośbą o przekazanie informacji o możliwości produkcji tkaniny o parametrach zgodnych z DTT koszul. W dniu 21.09.2022 wskazana firma przedstawiła informacje handlową dotyczącą dostępności tkaniny bawełnianej o splocie 3/1 Z. Zamawiający w obliczu powtarzanego zarzutu braku dostępności tkaniny o splocie 3/1 Z zwrócił się ponownie do firmy

o zaktualizowanie informacji z marca 2022 r. dotyczących możliwości pozyskania tkaniny o parametrach zgodnych z zapisami DTT. Dodatkowo w dniu. 14.12.2022, ZUP LP zwrócił się drogą emailową do firmy

o informację dotyczącą dostępności tkaniny o splocie 3/1 Z oraz terminu jej wyprodukowania. W złożonym wyjaśnieniu z dnia 20.12.2022 r. na pismo Departamentu Kontroli UZP z dnia 07.12.2022 r. Zamawiający załączył pisma firmy

z dnia 10.03.2022 r i z dnia 18.10.2022 r. odpowiedź email firmy

z dnia 21.09.2022 r. oraz odpowiedź email

firmy z dnia 14.12.2022 r.

Z powyższej korespondencji jednoznacznie wynika, że tkanina zasadnicza koszul o splocie 3/1 była dostępna na rynku, dlatego też Zamawiający podtrzymał zapisy SWZ uznając zarzut firmy

w zakresie niedostępności tkaniny na rynku za bezzasadny. Wymagania Zamawiającego w zakresie splotu tkaniny .zasadniczej koszuli (koszula wyjściowa do munduru) były podyktowane uzasadnionymi potrzebami, gdyż tkanina o splocie 2/1 Z różni się zasadniczo od tkaniny o splocie 3/1 Z. W wyjaśnieniu z dnia 21.02.2023 r. Zamawiający podkreślił, że splot 2/1 nie jest równoważny do splotu 3/1. Różnica w splotach przekłada się na parametry jakościowe wyrobu, w związku z powyższym nie można oczekiwać takiego samego efektu w wyglądzie, dotyku czy wytrzymałości finalnego wyrobu – koszuli. Zastosowanie wskazanego splotu przy zachowaniu składu 100% włókien bawełnianych było podyktowane walorami estetycznymi, miało nadać szlachetny wygląd koszuli i korespondować z mundurem wyjściowym użytkowanym do celów reprezentacyjnych.

Zamawiający dokonał szczegółowej analizy rynku pod kątem dostępności tkaniny o parametrach zgodnych z DTT na potwierdzenie czego dysponuje dowodami w postaci korespondencji emailowej z potencjalnymi dostawcami tkanin (patrz wyjaśnienia z dnia 20.12.2022 r. oraz załącznik nr 5).

Kontrola wykazała, iż postawienie wymogu dotyczącego splotu tkaniny 3/1 Z w kontekście terminu realizacji zamówienia częściowego mogło mieć wpływ na wynik postępowania i złożenie mniejszej liczby ofert. Jednostka kontrolująca z korespondencji emailowej prowadzonej z potencjalnymi dostawcami tkanin wywodzi, iż termin realizacji zamówienia częściowego (1 dostawy) powinien wynosić, co najmniej 4 - 4,5 miesiąca czyli około 130 dni, a nie jak wskazał Zamawiający 70 dni. Zamawiający zwraca uwagę, iż prowadzona korespondencja emailowa



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

służyła do ustalenia dostępności tkaniny na rynku, a nie ustalenia terminu realizacji zamówienia częściowego (Wykonawca nie kwestionował terminu realizacji pierwszej dostawy i dostaw kolejnych). Ponadto pytanie skierowane przez Zamawiającego do potencjalnych dostawców w zakresie dostępności tkaniny dotyczyło znacznie większej ilości tkaniny niż ilość, która jest potrzebna do wykonania zamówienia częściowego (4,5 miesiąca odnosi się do całego zakresu zamówienia tj. 19 000 koszul, analogicznie i proporcjonalnie do wykonania max 30% zamówienia czyli dostawy 5 700 koszul potrzeba 1/3 w/w terminu czyli około 40 dni samo pozyskanie tkaniny + 30 dni uszycie = 70 dni). Zamawiający analizował dostępność tkaniny na rynku w kontekście pytania Wykonawcy w odniesieniu do realizacji całego zamówienia, a nie w kontekście terminu dostaw częściowych. Nie można odnosić terminu dostawy tkaniny dla całego zakresu zamówienia do terminu tkaniny niezbędnej do wykonania zamówienia częściowego. Czas na pozyskanie tkaniny niezbędnej do produkcji 19 000 koszul będzie znacznie dłuższy niż czas na pozyskanie tkaniny do produkcji 5 700 koszul. Zamawiający w formularzu ofertowym (stanowiącym załącznik nr 2 do umowy) określił zakres całości zamówienia przy założeniu 24 miesięcznego okresu obowiązywania umowy i maksymalnej ilości 10 dostaw. W przypadku koszul przy założeniu 100% realizacji umowy ilość koszul przewidziana do odszycia wynosi 19.000 sztuk przy czym w §2 ust. 5 Zamawiający zastrzegł, iż w przypadku pierwszej dostawy jej wartość stanowić będzie do 30% wartości przedmiotu zamówienia (może być mniej niż 30%) – czyli maksymalnie 5.700 sztuk, które Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć w terminie do 70 dni od dnia złożenia zamówienia. Z powyższego wynika, że terminy wskazane przez dostawców tkaniny w korespondencji emailowej nie mogą być utożsamiane z terminem pierwszej dostawy. W załączeniu Zamawiający na potwierdzenie powyższego, jako dowody przedstawia korespondencję emailową z dnia 18.09.2023 r. z firmą , firmą oraz z firmą oraz z dnia 19.09.2023 r. z firmą , z których jednoznacznie wynika, że termin pierwszej dostawy tkaniny zgodnej z SWZ w ilości wystarczającej na wyprodukowanie koszul w ramach pierwszego zamówienia (przy założeniu, że zostanie ono złożone na maksymalną, dopuszczalną umową ilość koszul) wynosi nie więcej niż 30 dni.

Ponadto zwracamy uwagę, iż Zamawiający pismem z dnia 14.03.2022 dokonał zmiany w §3 ust. 5 i 6 projektu umowy w zakresie terminu pierwszej dostawy do 70 dni od dnia złożenia zamówienia (pierwotnie przed zmianą 60 dni) oraz w zakresie terminu dostawy kolejnych zamówień na 40 dni od dnia złożenia zamówienia (pierwotnie przed zmianą 30 dni). Zamawiający dokonał analizy terminów wskazanych początkowo w SWZ czy są realne i częściowo uznał wnioski Wykonawców za zasadne dokonując odpowiedniej zmiany. Wnioski Wykonawców oraz dotyczyły zmiany terminu wykonania pierwszej i kolejnej dostawy, a podyktowane były sytuacją epidemiologiczną oraz brakiem określenia minimalnej ilości zakresu zamówienia, a nie brakiem dostępności tkaniny na rynku (a przede wszystkim zapytanie nie dotyczyło części 1 postępowania NH.270.1.2022). Jednocześnie Zamawiający w paragrafie 13 ust. 1 pkt 9 lit. c) przewidział możliwość zmiany umowy w przypadku wystąpienia skutków COVID-1. Terminy pierwotne, jak i terminy zmienione nie były przedmiotem odwołania ze strony żadnego z Wykonawców.

Na mocy paragrafu 2 ust. 1 Zarządzenia nr 9 Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych z dnia 25.01.2022 r zatwierdzona dokumentacja techniczno-technologiczna wybranych elementów munduru leśnika (w tym koszul stanowiących część 1 postępowania NH.270.1.2022) była podstawą do ogłoszenia przez wskazany Zakład (Zamawiającego) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę w/w asortymentu. Z kolei jednostki organizacyjne Lasów Państwowych będą mogły nabywać elementy umundurowania i oznaki do munduru leśnika od zakładu wskazanego w ust. 1 lub od innych podmiotów uczestniczących w systemie dystrybucji. Zamawiający jest włączony w struktury Lasów Państwowych – który stanowi majątek Skarbu Państwa, przy czym utrzymuje się tylko i wyłącznie w oparciu o wypracowany samodzielnie zysk. Biorąc pod uwagę powyższe oraz Statut Zakładu Usługowo Produkcyjnego



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Lasów Państwowych – jako jednostki wyspecjalizowanej w zaspokajaniu potrzeb (zakupowych, dostawczych oraz usługowych) dla jednostek LP, jednostek administracji państwowej i prywatnych podmiotów, to na Zamawiającym spoczywa obowiązek zapewnienia kompleksowej oferty. Określone terminy realizacji pierwszego i kolejnych zamówień podyktowane są obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, który w związku z prowadzoną działalnością do jakiej został powołany chce jak najszybciej posiadać w sprzedaży wymagany asortyment i zaopatrywać jednostki PGL LP i inne. Zamawiający zobowiązany jest do zapewnienia kompletnego asortymentu pod względem ilościowo-rozmiarowym (już przy pierwszej dostawie). Działania Zamawiającego są ukierunkowane na zapewnienie płynności i stabilności finansowej Zakładu, a wszelkie działania podejmowane przez Zakład powinny zapewniać realizację powyższych celów. Zamawiający w związku z powyższym powziął decyzję o wydłużeniu czasu realizacji pierwszego zamówienia (dostawy) w stosunku do kolejnych dostaw. Termin 40 dniowy dotyczy kolejnych dostaw, które nie mogą być większe niż 15% wartości przedmiotu umowy (może być mniejszy zakres) i jest proporcjonalny do terminu pierwszej dostawy skoro na 30% jest 70 dni, to na 15% przypada więcej niż połowa tego terminu. Wydłużenie terminu realizacji o więcej niż 70 dni naraziłoby Zakład na straty finansowe spowodowane utratą klientów (rozumianych jako: pracowników jednostek LP oraz innych podmiotów, w tym jednostek gospodarczych administracji państwowej), a co za tym idzie brakiem możliwości zarobku. Ze względu na to, że Zakład jest włączony w struktury Lasów Państwowych takie działania ewidentnie prowadzą do narażenia majątku Skarbu Państwa na straty. Brak możliwości zaspokojenia potrzeb klienta podważa zaufanie do Zakładu Usługowo Produkcyjnego. Klient jest niezadowolony, traci zaufanie do zakładu, nie chce czekać i nie akceptuje długiego okresu realizacji własnego zamówienia. Zamawiający przestaje być poważnym partnerem w dalszej, współpracy i traci klienta na rzecz konkurencyjnych firm zajmujących się sprzedażą asortymentu mundurowego. Mając powyższe na uwadze, Zamawiający w celu zaspokojenia własnych uzasadnionych potrzeb nie jest zobowiązany do zapewnienia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim potencjalnym wykonawcom w tej branży rynku, która odpowiada przedmiotowi zamówienia. Zmiana parametrów technicznych tkaniny zasadniczej koszuli ze splotu 3/1 Z na splot 2/1 Z oraz wydłużenie terminu realizacji zamówienia częściowego ponad 70 dni nie leżała w interesie Zamawiającego. W efekcie mogłoby to doprowadzić do otrzymania przez Zamawiającego produktu niezgodnego z oczekiwaniami pracowników PGL LP, co do jakości koszuli, a także wyrobu niezgodnego z zarządzeniami Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych.

Zgodnie z wyrokami KIO: „Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom, a fakt, że nie wszystkie podmioty z danej branży mogą wziąć udział w postępowaniu, nie przesądza o tym, że postępowanie narusza zasady uczciwej konkurencji (zob. KIO/UZP 204/08).”

„Nie będzie utrudniać uczciwej konkurencji takie opisanie: przedmiotu zamówienia, które eliminuje możliwość zrealizowania zamówienia przez niektórych, potencjalnych oferentów, jeżeli będzie to uzasadnione rzeczywistymi potrzebami zamawiającego. Uzasadnione potrzeby podmiotu zamawiającego mogą zatem usprawiedliwiać ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców oraz wpływać na zakres oferowanych przez nich usług, dostaw i robot budowlanych, o ile wynikają one z celu, dla którego podmiot zamawiający wszczyna określone postępowanie, a cel ten jest nakierowany na realizację tychże potrzeb i w żaden inny sposób nie może zostać osiągnięty (zasada proporcjonalności), zaś wymagania zamawiającego związane są z istotą przedmiotu zamówienia i jego indywidualnymi właściwościami pozwalającymi na osiągnięcie wskazanego wyżej celu (zob. KIO 2184/13).”

„Nie jest natomiast celem systemu zamówień publicznych i obowiązującej w nim zasady uczciwej konkurencji, umożliwienie uzyskania zamówienia wszystkim wykonawcom działającym w danej branży, bez względu na to, jakie cechy i właściwości ma przedmiot zamówienia, który mogą lub chcą zaoferować i bez uwzględnienia potrzeb Zamawiającego, bowiem Zamawiający jest uprawniony do określenia tego co, zamierza nabyć i jeśli tylko nie stawia wymagań, które mają



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

za cel ograniczenie konkurencji, nie zaś zrealizowanie jego potrzeb, to nie można mu w drodze środków ochrony prawnej nakazywać, aby nabył produkty lub rozwiązania, które jego potrzeb nie zaspokoją. Natomiast okoliczność, że dany wykonawca nie jest w stanie dostarczyć produktów spełniających wymagania określone przez Zamawiającego, nie może być automatycznie utożsamiana z naruszeniem konkurencji. Tym bardziej nie można utożsamiać z takim naruszeniem sytuacji, w której wykonawca jest w stanie dostarczyć produkty zgodne z wymaganiami Zamawiającego, ale zaoferowanie innych produktów pozwoliłoby na złożenie korzystniejszej (np. bardziej konkurencyjnej cenowo) oferty (zob. KIO 350/21)".

„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 (zob. KIO 704/23)".

„Zamawiający ma prawo tak określić przedmiot zamówienia, aby opisać go adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu swoich potrzeb. Nie narusza przepisów p.z.p. sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, który uwzględnia potrzeby zamawiającego, nawet jeżeli utrudnia lub uniemożliwia niektórym podmiotom dostęp do zamówienia. Obowiązek zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza, iż zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w sposób odzwierciedlający jego potrzeby (zob. KIO 3536/22)".

„Zachowanie uczciwej konkurencji nie oznacza konieczności zapewnienia przez Zamawiającego takich warunków postępowania i opisu przedmiotu zamówienia, aby każdy podmiot dystrybuujący dane urządzenie miał możliwość złożenia oferty. Każde z wymagań zamawiającego może w większym lub mniejszym stopniu ograniczyć konkurencję; jednak tak długo, jak wymagania te są podyktowane obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a ich celem nie jest jedynie zawężenie kręgu wykonawców mogących je wykonać, zamawiający jest uprawniony do ich sformułowania (zob. KIO 534/22)".

Reasumując w ocenie Zamawiającego nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych tj. art. 16 ust. 1 i 3 oraz art. 99 ust. 4.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes Urzędu informuje, co następuje.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż nie znajduje uzasadnienia przyjęte przez Zamawiającego założenie o możliwości pozyskania tkaniny niezbędnej do wykonania pierwszej dostawy w terminie 40 dni (str. 3 zastrzeżeń od wyniku kontroli). Należy zauważyć, iż w toku kontroli Zamawiający przekazał treść korespondencji prowadzonej z potencjalnymi wykonawcami (str. 5 Informacji o wyniku kontroli) celem potwierdzenia argumentacji Zamawiającego dotyczącej m.in. proporcjonalności przewidzianego terminu pierwszej dostawy. Treść przedmiotowych dokumentów nie daje jednakże podstawy do wywiedzenia wniosku o możliwości pozyskania tkaniny w ciągu 40 dni. Specyfika procesu importu tkanin z zagranicy pozwala przyjąć, że zasadniczą część okresu niezbędnego na pozyskanie tkaniny od podmiotu zagranicznego obejmuje czas transportu, niezależnie od woluminu dostaw. Tym samym nie sposób zgodzić się z przyjętą przez Zamawiającego metodą proporcjonalnego dzielenia czasu niezbędnego na realizację części zamówienia w stosunku do wielkości danej partii towaru także w odniesieniu do okresu niezbędnego na sprowadzenie tkaniny. Zauważyć należy, iż w przekazanym przez Zamawiającego w toku kontroli piśmie podmiotu z dnia 18 października 2022 r. wskazano, że około 3 miesięcy to czas oczekiwania na przędzę, około 3-4 tygodnie proces tkania, 2-3 tygodnie proces wykończenia. Nie budzi zatem wątpliwości, iż import niezbędnych produktów z zagranicy stanowi najdłuższy element procesu realizacji zamówienia, posiadając największy wpływ na ocenę możliwości potencjalnego wykonawcy do realizacji zamówienia w terminie określonym warunkami zamówienia. Nie sposób uznać tym samym, iż Zamawiający wykazał realność i proporcjonalność zastosowanego terminu



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

realizacji pierwszej dostawy w kontekście informacji weryfikowanych w toku kontroli. Niezależnie od powyższego należy podkreślić, co zaznaczono już w Informacji o wyniku kontroli (str. 11), iż z uwagi na przewidzenie przez Zamawiającego w treści §3 ust. 3 wzoru umowy obowiązku przekazania przez wykonawcę w terminie 30 dni od dnia podpisania umowy odszytego/gotowego wzoru asortymentu zgodnego z dokumentacją techniczno-technologiczną wraz z próbkami surowców i materiałów zgodnych z dokumentacją techniczno-technologiczną, wykonawca musiałby realnie dysponować tkaniną o „splocie skośnym 3/1 Z” w ciągu ok. miesiąca od dnia zawarcia umowy, co biorąc pod uwagę terminy dostaw produktów z zagranicy, może skutkować nieuzasadnionym uprzywilejowaniem wykonawców dysponujących tkaniną o wskazanym splocie na własnym stanie magazynowym w momencie składania oferty.

W odniesieniu do argumentu Zamawiającego wskazującego na kwestię, iż Zamawiający poprzez prowadzoną z potencjalnymi wykonawcami korespondencję zmierzał do ustalenia dostępności tkaniny na rynku a nie ustalenia terminu realizacji zamówienia częściowego należy podkreślić, iż pismem z dnia 22 marca 2023 r. Kontrolujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wskazanie uzasadnienia dla określenia terminu pierwszej dostawy, o której mowa w §3 ust. 5 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ na do 70 dni (po zmianie SWZ z dnia 14 marca 2022 r.) oraz terminu dostawy, o którym mowa w §3 ust. 6 pkt 2 wzoru umowy na do 60 dni – w szczególności w kontekście uzyskanej przez Zamawiającego wiedzy co do terminów realizacji zamówienia przez potencjalnych wykonawców uzyskanych w drodze korespondencji z podmiotami

Zamawiający w odpowiedzi, pismem z dnia 29 marca 2023 r. powoływał się na informacje przekazane przez te podmioty. Jednocześnie w toku kontroli Zamawiający nie wskazał na informacje pochodzące od innych podmiotów, które uwiarygadniałyby tezę Zamawiającego o zgodności przyjętego terminu realizacji zamówienia określonego w §3 ust. 5 wzoru umowy z zasadami przygotowania i prowadzenia postępowania wynikającymi z ustawy Pzp. W tym względzie należy przywołać wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w uchwale z dnia 15 lipca 2022 r. (sygn. KIO/KD 21/22) twierdzenie, iż *tylko bowiem wprost wyartykułowane podstawy prawne i uzasadnienie faktyczne, które zamieści Zamawiający w dokumentacji prowadzonego postępowania, są przedmiotem oceny czy to organów kontrolujących, czy też Krajowej Izby Odwoławczej.*

Zaznaczyć należy także, iż Zamawiający w przedmiotowym piśmie z dnia 29 marca 2023 r., wskazał, że *zapytanie o dostępność tkaniny zostało skierowane losowo do wskazanych dostawców.* W tym względzie niezrozumiałe jest, dlaczego Zamawiający pomimo braku wskazań wynikających z analizy rynku, w sytuacji, gdy informacje pozyskane z wycinka tegoż rynku określonego przez samego Zamawiającego nie potwierdzały jednoznacznie możliwości wykonania pierwszej dostawy w terminie przewidywanym przez Zamawiającego, pomimo to zdecydował się na ustalenie terminu wykonania pierwszej dostawy na 70 dni od dnia akceptacji wzoru asortymentu, co daje podstawę do uznania, iż termin ten został ustalony arbitralnie, bez rzetelnej analizy danego rynku. Należy podkreślić, iż w zakresie, w jakim Zamawiający powołuje się w toku kontroli na określoną informację celem uzasadnienia dokonanej przez siebie czynności w ramach przygotowania lub prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, to na Zamawiającym spoczywa ciężar dowodu co do wykazania, iż informacja ta rzeczywiście potwierdza przyjęte przez Zamawiającego założenie, a w konsekwencji – prawidłowość dokonanej czynności. W ocenie Kontrolującego, z informacji zawartych w korespondencji pochodzącej od podmiotów przekazanej przez

Zamawiającego w toku kontroli, wywieść można wyłącznie tezę o niemożności realizacji zamówienia w zakresie i terminie wynikającym z §3 ust. 5 wzoru umowy przez te podmioty. Na marginesie wskazać należy, co zaznaczono już w treści Informacji o wyniku kontroli (str. 12), że żaden z potencjalnych wykonawców, do których zwracał się Zamawiający,



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

nie potwierdził jednoznacznie dysponowania tkaniną na swoim składzie magazynowym. W kontekście oceny postanowień SWZ z perspektywy zgodności z treścią art. 16 pkt 1 i 3 oraz art. 99 ust. 4 ustawy Pzp pojęcie „dostępności tkaniny na rynku” nie może być rozumiane wyłącznie jako techniczna możliwość pozyskania tkaniny w nieokreślonym terminie, ale możliwość jej pozyskania w czasie pozwalającym na realizację zamówienia zgodnie z terminem wykonania zamówienia określonym w SWZ, który to fakt nie daje się uzasadnić na podstawie wyjaśnień oraz dokumentacji zamówienia przekazanych przez Zamawiającego w toku kontroli.

Odnosząc się do załączonej do zastrzeżeń od wyniku kontroli korespondencji z podmiotami z dnia 18 września 2023 r., oraz z podmiotem z dnia 19 września 2023 r. należy podkreślić, iż przekazane w treści ww. pism informacje nie mogą mieć znaczenia dla sprawy stanowiącej przedmiot kontroli z uwagi na znaczny upływ czasu pomiędzy dniem upływu terminu składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia poddanym kontroli doraźnej (tj. 28 października 2022 r.) a dniem pozyskania ww. informacji (ok. 11 miesięcy), wobec czego nie sposób uznać, iż odzwierciedlają one sytuację rynkową na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem kontroli.

W odniesieniu do kwestii wpływu faktu przedłużenia terminu wykonania zamówienia w zakresie pierwszej dostawy na potencjalne straty finansowe po stronie Zamawiającego oraz uznanie przez Zamawiającego, iż nie jest zobowiązany do zapewnienia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim potencjalnym wykonawcom w tej branży należy podkreślić, iż analiza stanu faktycznego sprawy daje podstawy do uznania, że termin wykonania pierwszej dostawy został przez Zamawiającego ustalony w rzeczywistości arbitralnie, nie znajdując uzasadnienia nawet w informacjach powziętych od potencjalnych wykonawców co do realiów rynkowych w tym zakresie już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Należy podkreślić, iż jak wynika z treści pisma Zamawiającego do Urzędu z dnia 4 lipca 2023 r., Zamawiający przed wszczęciem postępowania nie prowadził działań mających na celu rozeznanie rynku. W związku z tym uznać należy, że wytworzona w ten sposób sytuacja mogła doprowadzić do wyeliminowania niektórych wykonawców, co w kontekście powyższych ustaleń nie pozwala na pogodzenie działania Zamawiającego w szczególności z zasadą proporcjonalności wynikającą z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp, jak również nie dopuszcza możliwości usprawiedliwienia zastosowanego w ten sposób terminu czynnikami stricte ekonomicznymi po stronie Zamawiającego. Nie może również ująć uwadze fakt, iż Zamawiający uzasadniając możliwe straty finansowe nie powołuje się na żadne dokumenty oraz szczegółowe wyliczenia w tym zakresie, jak również nie przedstawia dowodów, poza ogólnikowymi stwierdzeniami, z których wynikałby realny wpływ wydłużenia terminu wykonania zamówienia w zakresie pierwszej dostawy na pozycję rynkową Zamawiającego.

Tym samym zasadne jest uznanie, iż poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców a także w sposób proporcjonalny Zamawiający naruszył przepisy art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, jak również, iż poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję, Zamawiający naruszył przepis art. 99 ust. 4 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 17 października 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 17/23) wyraziła opinię, iż zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy Pzp opinia Izby jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

W związku z powyższym, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp Prezes Urzędu uprzejmie informuje, że ostatecznie nie uwzględnia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Dostawa odzieży mundurowej wyjściowej, codziennej, obuwia i galanterii dla pracowników PGL LP” (część nr 1 pn. „Koszula damska i męska”).

W załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 17/23).

Załącznik:

1. odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2023 r. (sygn. akt KIO/KD 17/23).