

**UCHWAŁA**

**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

**z dnia 4 kwietnia 2016 roku**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 7 marca 2016 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego, którym jest: **Gmina Miejska w Dobrodzieniu, Urząd Miejski, Plac Wolności 1, 46-380 Dobrodzień**, dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej przekazanej dnia 1 marca 2016 r., znak: **UZP/DKUE/KD/1/16** w odniesieniu do zamówienia publicznego pn.: *„Dostawa pomocy dydaktycznych, sprzętu komputerowego i multimedialnego, sprzętu audio oraz mebli dla jednostek organizacyjnych w Gminie Dobrodzień w ramach projektu: Idziemy z indywidualizacją, zdobywając rozwój”*.

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

**Przewodniczący: Barbara Bettman**

**Członkowie: Katarzyna Brzeska**

**Renata Tubisz**

wyraża następującą opinię:

**Nie uwzględnia zastrzeżeń Gminy Miejskiej w Dobrodzieniu, zgłoszonych dnia 7 marca 2016 r. do stwierdzonych naruszeń przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), wymienionych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 25 lutego 2016r., znak: UZP/DKUE/KD/1/16 w zakresie naruszenia wskazanego w pkt 2.1 Informacji o wyniku kontroli.**

## **Uzasadnienie:**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, przeprowadził na zgłoszony wniosek kontrolę doraźną następczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *„Dostawa pomocy dydaktycznych, sprzętu komputerowego i multimedialnego, sprzętu audio oraz mebli dla jednostek organizacyjnych w Gminie Dobrodzień w ramach projektu: Idziemy z indywidualizacją, zdobywając rozwój”*, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Gminę Miejską w Dobrodzieniu.

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 25 lutego 2016 r., znak: UZP/DKUE/KD/1/16 zostały wymienione stwierdzone w trakcie kontroli naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) i przepisów wykonawczych do tej ustawy, w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania przetargowego, tj.:

1. naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. naruszenie § 6 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1871), w celu potwierdzenia, że oferowanie dostawy odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego, co stanowi również naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzut 1 - pkt 2.1. Informacji o wyniku kontroli. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, opierając się na ustalonym i przytoczonym w Informacji o wyniku przedmiotowej kontroli doraźnej - stanie faktycznym sprawy, w tym na wnioskach opinii biegłego z dnia 20 stycznia 2016 r., sporządzonej przez A.S., rzeczoznawcę podręczników i programów szkolnych - ustanowionego w przebiegu kontroli stwierdził, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w ten sposób, iż część produktów mogły oferować wyłącznie firmy REMI i AMTAS, co oznacza że w konsekwencji jako jedyne mogły złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty, dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zaznaczył, że opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pomimo, że ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany charakter, to każdy z

podmiotów dokonujących zakupów określonego rodzaju dostaw, usług lub robót budowlanych ma obowiązek przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić generalne warunki, jakie nakłada na niego ustawa Pzp.

W szczególności zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wskazany przepis służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a w konsekwencji - m. in. zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt).

Dodatkowo, działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Ponadto podnosił, że naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byliby w stanie wykonać dane zamówienie. Dodał też, że w przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego - jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy - wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

Kontrolujący w okolicznościach tej sprawy, opierając się na opinii biegłego, przyjął że zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretne produkty dystrybuowane m.in. przez firmy REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł i AMTAS A.M.. Jednocześnie odnotował, że produkty te zostały opisane tak szczegółowo, iż w praktyce niemożliwe było zaoferowanie przez innych dystrybutorów działających na rynku - równoważnych pomocy dydaktycznych. Przy czym 22 produkty, dla których wg biegłego nie ma rozwiązań równoważnych - jest dystrybuowanych wyłącznie przez firmy REMI i AMTAS, co przesądza o tym, że cały przedmiot zamówienia mogły zaoferować tylko te firmy.

Podążając za przedstawioną opinią biegłego, Kontrolujący przyjął, że opis przedmiotu zamówienia utrudniał dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, a w konsekwencji utrudniał uczciwą konkurencję. Przy czym opis przedmiotu zamówienia zawierał wymagania, co do parametrów technicznych produktów stanowiących pomoce dydaktyczne, których nie można uzasadnić potrzebami zamawiającego. Jak wskazał biegły „Zabawki i pomoce edukacyjne dla dzieci w wieku wczesnoszkolnym stanowią bazę

wyposażenia niemal każdej szkoły w Polsce. Służą między innymi procesowi indywidualizacji w procesie nauczania - uczenia się. Obecnie na rynku dostępnych jest wiele pomocy edukacyjnych, które różnią się przede wszystkim jakością wykonania, ceną oraz walorami estetycznymi. Niemniej jednak porównując produkty różnych producentów i dystrybutorów można stwierdzić, że niemal wszystkie spełniają wymogi służące procesowi indywidualizacji. Mając na uwadze rozwój procesów poznawczych u dzieci ważne jest odpowiednie ich stymulowanie, poprzez wykorzystanie różnorodnych pomocy edukacyjnych. Ogromna ich oferta jest dostępna niemal w każdym sklepie stacjonarnym jak również poprzez Internet. Istnieje wiele różniących się pod względem formy, parametrów technicznych i właściwości zabawek i pomocy edukacyjnych produkowanych lub dystrybuowanych przez różne firmy. Jedną z firm dystrybuujących zabawki i pomoce edukacyjne dla dzieci jest firma REMI oraz firma AMTAS. (...) Można stwierdzić - porównując ze sobą kilka pomocy edukacyjnych - że nie istnieje jeden model (wzór, rodzaj) pomocy edukacyjnej spełniającej kryteria indywidualizacji. Np. gra edukacyjna „Rybki”, polegająca na „łowieniu” rybek na wędkę może stanowić pomoc wykonaną z różnych materiałów. Liczy się tutaj wartość edukacyjna, czyli osiągnięcie zamierzonego celu, np. sprawności manualnej i koordynacji wzrokowo-ruchowej.”

Prezes Urzędu, posiłkując się opinią biegłego doszedł do przekonania, że nie było potrzeby opisywania konkretnych pomocy dydaktycznych za pomocą ich dokładnych parametrów, ale możliwe było opisanie ich poprzez cel edukacyjny, jakiemu mają służyć. Taki opis umożliwiłby zaoferowanie różnych pomocy dydaktycznych przez różnych wykonawców, zapewniając osiągnięcie celu dydaktycznego.

Tym samym, Prezes Urzędu uznał, że Zamawiający opisując wymagania techniczne tak szczegółowo, że niemożliwe było w stosunku do większości pomocy dydaktycznych zaoferowanie produktów równoważnych - działał zbyt rygorystycznie. Powyższy rygoryzm promował produkty dystrybuowane przez wykonawców REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł oraz AMTAS A.M., przy czym - jak wynika z opinii - w 11% zamawianych produktów ww. wykonawcy są jedynymi ich dystrybutorami, co przesądza o tym, że jako jedyni mogli złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty. Ponadto nadmienił, iż w przedmiotowym postępowaniu została złożona tylko jedna oferta wykonawcy REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł, z którym zawarto umowę w sprawie kontrolowanego zamówienia.

Mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny i prawny oraz treść opinii biegłego powołanego na potrzeby przedmiotowego postępowania, Kontrolujący podtrzymał twierdzenie, iż Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w ten sposób, że część produktów mogły oferować wyłącznie firmy REMI i AMTAS, co oznacza, że w konsekwencji

jako jedyne mogły złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty - dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut 2 - pkt 2.2. Informacji o wyniku kontroli. Jak wynika z dokumentacji postępowania zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt III.5) zamieścił informację, iż w zakresie potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom należy przedłożyć zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzające, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym, tj. dokument określony w § 6 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1871), dalej jako: „rozporządzenie”. W SIWZ (pkt 9 - Wykaz dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia, że oferowana dostawa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego) Zamawiający zamieścił informację:

„9.1. Wykonawca jest zobowiązany do udokumentowania, iż pomoce dydaktyczne objęte niniejszym zamówieniem:

a) są zgodne z normą EN 71 która określa wymogi bezpieczeństwa dla zabawek, (...)”.

Wykonawca REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł wraz z ofertą nie przedłożył stosownego dokumentu, który potwierdzałby spełnianie powyższego wymagania. Jednocześnie, z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający nie wzywał wykonawcy do jego uzupełnienia.

W związku powyższym Prezes Urzędu wskazując na przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia kontrolowanego postępowania, zgodnie z którym zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert - sformułował zarzut zaniechanie wezwania wykonawcy REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł do uzupełnienia

dokumentu określonego w przywołanym wyżej przepisie - w celu potwierdzenia, że zaoferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, dopuszczając się tym samym naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający od powyższej Informacji o wyniku kontroli złożył w dniu 7 marca 2016 r. pisemne zastrzeżenia w trybie art. 167 ust. 1 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności nie zgodził się z dokonanymi przez biegłego ustaleniami, a w konsekwencji z wynikami kontroli.

Zamawiający podnosił, że numery pozycji w Szczegółowej specyfikacji technicznej dostawy nie zgadzają się z numerami pozycji - oznaczonymi w opinii biegłego, co nie pozwala odnieść się w sposób jednoznaczny do zarzutów, a jednocześnie stawia w wątpliwość rzetelność tej opinii. Biegła w opinii wskazała, że w 191 przypadkach na 198 *„Cały opis przedmiotu zamówienia to przedruk oferty handlowej firmy REMI, parametry wyszczególnione w SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA w opisie przedmiotu zamówienia zostały dostosowane pod produkt, dystrybuowany przez firmę REMI oraz przez firmę AMTAS”*. Zamawiający uznał, że nie jest to zgodne z prawdą.

W pierwszej kolejności wskazał, że opis przedmiotu zamówienia nie może być „przedrukiem” czyjejkolwiek oferty handlowej. Oferta handlowa zawiera bowiem precyzyjny opis produktu z podaniem jego parametrów, w przypadku zaś opisu przedmiotu mamy do czynienia z opisem szacunkowym, orientacyjnym. W rozpatrywanym opisie przedmiotu zamówienia zawarte zostały przykładowo sformułowania:

- „4 kolorowe wykonane z bambusa łyżki o długości około 21,5 cm. Łyżki z otworem, nie mniejszym niż 3 cm (...)" (poz. 1),
  - „Zawartość umieszczona w poręcznej wysokiej kolorowej tubie o wysokości nie mniejszej niż 31 cm (...)" (poz. 2)
  - „2 drewniane pudełka (jasne i ciemne) kwadratowe o boku nie mniejszym niż 14 cm (...)" (poz. 4),
  - „130 drewnianych, kwadratowych płytek o wymiarach boku nie mniejszych niż 6 cm (...)" (poz. 5)
- we wszystkich pozycjach wymiary zabawek określono szacunkowo przy użyciu zwrotu „nie mniejszych niż” w odpowiedniej odmianie.

Tego rodzaju opis Zamawiający uznał za niebędący kopią jakiejkolwiek oferty handlowej, co spowodowało jego wątpliwości, co do rzetelności opinii biegłego.

Wątpliwości Zamawiającego wzbudziło również:

1) uznanie poz. 152 (149 opinii) zestawu instrumentów za przedruk oferty handlowej firm REMI i AMTAS, skoro zarówno agogo drewniane jak i guiro drewniane są instrumentami dostępnymi w większości sklepów muzycznych,

2) uznanie, że firmy REMI i AMTAS są jedynymi dystrybutorami materiałów zawartych w zestawach materiałów plastycznych nr 1 -3 (poz. 157-159, poz. 154-156 opinii), w skład tych zestawów wchodzi m. in. papier rysunkowy, plastelina, tempery, brystol biały, chusteczki higieniczne itd., czyli materiały plastyczne powszechnie dostępne, nie tylko w sklepach plastycznych, bez wątpienia dla których obie ww. firmy nie są monopolistami na rynku,

3) w zakresie serii książeczek (poz. 163 - 199, poz. 160-196 opinii), że opis jest przedrukiem oferty ww. firm; nie przeczył, iż książki te być może są w ofercie firm REMI i AMTAS, podobnie jak w ofercie wielu innych firm w Polsce; zaliczenie tych produktów w opinii do 191 przedmiotów zamówienia, co do których biegła uznała, że parametry opisu zamówienia w tym przypadku zostały dostosowane pod konkretnego producenta - uznał jednakże za oczywiste i niczym nieuzasadnione nadużycie.

4) w zakresie serii gier (poz. 119-132, poz. 116-129 opinii), że opis jest przedrukiem oferty ww. firm; nie przeczył, że gry te być może są w ofercie firm REMI i AMTAS, podobnie jak w ofercie wielu innych firm w Polsce; zaliczenie tych produktów w opinii do 191 przedmiotów zamówienia, co do których biegła uznała, że parametry opisu zamówienia w tym przypadku zostały dostosowane pod konkretnego producenta uznał jednakże za oczywiste i niczym nieuzasadnione nadużycie.

5) uznanie, że farby (poz. 134-147, poz. 131-141 opinii) to „przedruk” oferty firm REMI i AMTAS i że firmy te są jedynymi dystrybutorami tych farb, przyjął za oczywiste nieporozumienie. W Szczegółowej specyfikacji technicznej dostawy pozycje te zostały opisane jako „Farba nietoksyczna i hipoalergiczna. Koncentrat, który nie łączy się z innymi kolorami farb. 1 l. koncentratu można rozcieńczyć wodą w proporcji 1:3 tworząc farbę akwarelową”. Tylko i wyłącznie w opinii biegła użyła nazwy takiej farby - „Kri Kra Krea”, która ani razu nie pada w specyfikacji. Na rynku dostępne są natomiast także inne koncentraty farby akwarelowej jak np. Ecoline, które są zgodne z opisem w specyfikacji.

Zdaniem Zamawiającego - Gminy Dobrodzień, fakt iż dana pozycja jest w ofercie handlowej firm REMI i AMTAS nie ma najmniejszego znaczenia dla oceny czy doszło do naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zwracał uwagę, że same pozycje książkowe i gry, co do których biegła uznała, że są w ofercie firm REMI i AMTAS - a ich parametry zostały dostosowane pod konkretny produkt lub producenta - to aż 47 pozycji.

Biegła w konkluzjach uznała, że w 191 przypadkach nie było możliwe w praktyce zaferowanie produktów równoważnych. Zamawiający nie zgodził zarówno z tą liczbą jak i z przyjętą zasadą. Wskazywał, że w tej liczbie mieszczą się bowiem powszechnie dostępne w specjalistycznych wydawnictwach pozycje książkowe i gry a także farby (61 pozycji), które przez innego potencjalnego oferenta wcale nie muszą być zastępowane inną pozycją książkową, grą (nie wspominając o farbie, której opis jest ogólny).

Podkreślił jeszcze raz, iż w żaden sposób nie sugerował konieczności zaferowania produktów konkretnej firmy i dopuścił możliwość zaferowania produktów równoważnych.

Reasumując, nie zgodził się z opinią biegłego, a w konsekwencji ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych, w szczególności wobec:

- przyjęcia, że orientacyjne opisy przedmiotu zamówienia są kopią ofert handlowych, wybranego wykonawcy zamówienia, oraz
- przyjęcia, że znaczenie dla uznania naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych może mieć umieszczenie w specyfikacji powszechnie dostępnych pozycji książkowych, gier i farb.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w odpowiedzi na pismo z dnia 7 marca 2016 r. (znak: RG.271.10.2012), zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej następczej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Dostawa pomocy dydaktycznych, sprzętu komputerowego i multimedialnego, sprzętu audio oraz mebli dla jednostek organizacyjnych w Gminie Dobrodzień w ramach projektu: Idziemy z indywidualizacją, zdobywając rozwój”* - podtrzymał stanowisko zaprezentowane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 25 lutego 2016 r. o naruszeniu przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie naruszenia wskazanego w pkt 2.1 Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej Kontrolujący podtrzymał zarzut uchybienia przez Zamawiającego przepisom art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Prezes Urzędu zaznaczył jednocześnie, iż Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do naruszenia opisanego w pkt 2.2. Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej, ograniczył więc swoje stanowisko do argumentacji Zamawiającego w zakresie naruszenia opisanego w pkt 2.1.

W pkt 2.1. Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej ww. postępowania zostało stwierdzone naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegające na opisanu przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w ten sposób, że część produktów mogły



oferować wyłącznie firmy REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł oraz AMTAS A.M., co oznacza, że w konsekwencji jako jedyne mogły złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty.

We wniesionych zastrzeżeniach Zamawiający nie zgodził się z powyższym zarzutem, poddając krytyce ustalenia dokonane przez biegłego w treści opinii sporządzonej na potrzeby kontroli przedmiotowego postępowania. Zamawiający na wstępie podniósł zarzut niezgodności numeracji pozycji zamieszczonych w stanowiącej załącznik do SIWZ „Szczegółowej specyfikacji technicznej dostawy” z numerami pozycji w treści opinii, co zdaniem Zamawiającego „nie pozwala odnieść się w sposób jednoznaczny do zarzutów, a jednocześnie stawia wątpliwość co do rzetelności opinii”.

Prezes Urzędu przytoczył kwestionowane przez Zamawiającego ustalenia biegłego i ustalenia w Informacji o wyniku kontroli. Odnosząc się do zgłoszonych zastrzeżeń, i przedstawionej argumentacji na wykazanie poprawności kwestionowanego opisu przedmiotu zamówienia - informował, że stanowisko Zamawiającego w odniesieniu do stwierdzonego naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności ponownie wskazał, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych 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. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady nakładającej obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. 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 zasadę. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert, oraz może powodować oferowanie przez wykonawców produktów tylko i wyłącznie jednego producenta czy dystrybutora. W efekcie prowadzi to do powstania ułomnego rynku kreowanego przez zamawiających, na którym rzeczywistą konkurencję zastępuje quasi-konkurencja między dostawcami tej samej technologii lub produktów tego samego producenta lub dystrybutora.

Ustawodawca poprzez przesłanki negatywne określa, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp), w tym także przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, z wyjątkiem przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką zamówienia i jednocześnie zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych

określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne” (art. 29 ust. 3 ustawy Pzp). W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 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 (tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20.03.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 285/09, 300/09, 303/09).

Prezes Urzędu wskazywał, że naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może być realizowane w sposób bezpośredni oraz pośredni. Bezpośrednie naruszenie ww. artykułu zachodzi, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób określający konkretny produkt poprzez wskazanie znaków towarowych, oznaczeń, patentów lub pochodzenia. Natomiast pośrednie naruszenie zasady poszanowania uczciwej konkurencji w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia będzie miało miejsce, gdy produkt opisany przez Zamawiającego nie będzie nazwany, jednakże wymogi i parametry przedmiotu zamówienia zostaną określone tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Powyższe stanowisko zostało rozwinięte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7.01.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 28/07; KIO/UZP 100/07), w którego uzasadnieniu Izba stwierdziła, że: *„Przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Należy przy tym zauważyć, że przez utrudnienie uczciwej konkurencji należy rozumieć opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (z wyjątkiem sytuacji zastrzeżonych w ustawie), lub poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę), lub konkretny produkt. W szerokim rozumieniu tego przepisu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego.”*

Prezes Urzędu podnosił, że Zamawiający może obalić zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp jeśli wykaze, że opis przedmiotu zamówienia ma źródło w jego uzasadnionych potrzebach lub przez wykazanie, że wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia spełniają inne produkty w sposób zapewniający konkurencję. Przy czym w przypadku zamówienia, którego poszczególne części składowe opisane zostały za pomocą wielu parametrów, nawet brak spełniania jednego z parametrów pojedynczego produktu niesie skutek niemożności złożenia oferty w ogóle (oferta taka, co do zasady, będzie podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), zatem niezbędne jest wykazanie spełniania przez oferowany przedmiot zamówienia wszystkich kwestionowanych parametrów

(zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28.09.2011 r.; sygn. akt: KIO 1949/11, KIO 1954/11).

Mając na uwadze treść zastrzeżeń Zamawiającego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego o uzupełnienie opinii sporządzonej na potrzeby przedmiotowej kontroli. Opinia uzupełniająca została przekazana dnia 14 marca 2016 r.

W odpowiedzi na zarzut niezgodności numerów pozycji opisów produktów w treści opinii z numeracją zamieszczoną w SIWZ biegły wyjaśnił, że zostało to spowodowane faktem powtórnego zamieszczenia przez Zamawiającego opisu farb w „Szczegółowej specyfikacji technicznej dostawy”, stwierdzając: „zamawiający dwukrotnie opisał przedmiot zamówienia (farby) w swojej specyfikacji pod pozycjami: 68 - 70, opis znajduje się w kolumnie 2, oraz pod pozycjami 134 - 147 opis znajduje się w kolumnie 3. W swojej opinii biegły umieścił farby pod pozycjami: 131 - 144.”

Na potwierdzenie wniosku wyrażonego w opinii z dnia 20.01.2016 r., iż w przypadku opisu 191 na 198 produktów składających się na przedmiot zamówienia opisy te stanowią przedruk oferty reklamowej firm REMI i AMTAS, jako przykład biegły przytoczył w formie tabeli identycznie sformułowane opisy produktów „Koła do malowania” i „Zestaw sprawnościowy, zestaw balansujący” zaczerpnięte z SIWZ oraz z oferty handlowej firm REMI i AMTAS.

W odniesieniu do zarzutu sformułowanego przez Zamawiającego wobec treści opinii dotyczącej zamieszczonego w SIWZ opisu produktu - zestaw instrumentów, iż uznanie przez biegłego takiego opisu za przedruk oferty handlowej firm REMI i AMTAS „budzi wątpliwości” Zamawiającego „skoro agogo drewniane i guiro drewniane są instrumentami dostępnymi w większości sklepów muzycznych”, biegły przytoczył w formie tabeli zestawienie identycznie brzmiących szczegółowych opisów produktu „Instrumenty w torbie - Zestaw instrumentów wspierający pracę z dzieckiem na zajęciach muzykoterapeutycznych i socjoterapeutycznych (...)” zamieszczonych w SIWZ oraz w ofercie handlowej firm REMI i AMTAS. Ponadto biegły stwierdził: „Oczywiście, instrumenty muzyczne są dostępne w wielu muzycznych sklepach, ale należy zauważyć, że zamawiający opisał zestaw instrumentów muzycznych, a nie pojedyncze instrumenty. Zamawiający w opisie użył stwierdzeń: „nie mniejszych” - ale również w opisie handlowym firmy REMI znajduje się taki sam zapis.”

Biegły potwierdził również tożsamość opisów, zamieszczonych w SIWZ z opisami ofert handlowych firm REMI i AMTAS, przywołując w formie tabeli opisy produktów: „Zestaw materiałów plastycznych nr 1. - Papier rysunkowy biały A4 - 500 szt., papier rysunkowy kolorowy A4 - 400 szt., papier kolorowy wycinankowy nabłyszczany A3 - 100 szt., brystol biały A3 - 100 szt., brystol kolorowy A4 - 100 szt.”; „Zestaw materiałów plastycznych nr 2. - Klej czarodziejski 1 litr, Kredki Bambino 25 szt., Kredki ołówkowe 25 szt., Plastelina mix 2,3

kg, Tempery 6 kolorów 6x500 ml, Teczka prac przedszkolnych 25 szt., Cienkie druczki kreatywne 1 opak., Klej w sztyfcie 25 szt., Chusteczki higieniczne 10 kpl, Ołówki trójkątne 25 szt.”; „Zestaw materiałów plastycznych nr 3. - Tektura falista kolorowa B4 10 ark, Zestaw papierów podstawowych 1 kpl., Folie piankowe 15 ark., Beżowa tektura falista 100 ark., Krepina mix 15 kolor., Papier pakowy beżowy 10 ark, Kulki styropianowe śr. 10 szt., 7cm 3 kpl., Masa papierowa 1 szt., Papier rysunkowy biały A3 250 ark., Kolorowy papier rysunkowy A3 -10 kol. 160 ark., Kolorowy brystol A3 -10 kol. 100 ark., Zeszyty 16 kartkowe 25 szt.”

Biegły, negując twierdzenia Zamawiającego - użycia w stosunku do farb nazwy własnej farby - „Kri Kra Krea” wyłącznie przez biegłego w treści sporządzonej opinii powołał się na okoliczność, iż ww. nazwa nie została zamieszczona w „Szczegółowej specyfikacji technicznej dostawy” stanowiącej załącznik nr 4 do SIWZ, natomiast w części opisowej SIWZ „występują tylko te nazwy farby, z rozróżnieniem koloru. (...) Jednakże, specyfikacja farb ujęta w załączniku nr 4 jest tożsama z ofertą firmy REMI.

W Tabeli 4 podano przykład pobrany z SIWZ Zamawiającego oraz opis oferty firmy REMI z 2013 roku. Odnosi się to do opisu pozycji, od poz. 134 do poz. 147 w SIWZ. W nazwie produktu zamówienia określono kolor farby.”

Podsumowując wnioski opinii biegłego, Prezes Urzędu stwierdził, że inne numery pozycji nie mają znaczenia dla oceny opisu przedmiotu zamówienia, gdyż to opisy poszczególnych pozycji, a nie ich numery przesadzają o nieprawidłowości tego opisu. Biegły podał też przykłady opisów produktów, które są identyczne lub prawie takie same, jak opisy produktów z oferty handlowej firm REMI i AMTAS. Nie zgodził z Zamawiającym, że drobne różnice w opisie niektórych produktów świadczą o tym, że opisy te nie zostały przepisane z oferty handlowej firm REMI i AMTAS. Biorąc bowiem pod uwagę skalę, tj. fakt, że na 198 produktów, 191 zostało opisanych w sposób identyczny lub bardzo podobny do opisów z oferty handlowej ww. firm, nie można uznać, że jest to podobieństwo przypadkowe, i że Zamawiający nie opierał się przy opisie przedmiotu zamówienia na treści ofert handlowych tych firm.

Kontrolujący odniósł się do kwestionowanego w zastrzeżeniach - stanowiska wyrażonego w Informacji o wyniku kontroli - dotyczącego równoważności kilkunastu pojedynczych produktów. Zauważył natomiast, że nie została zakwestionowana zasadnicza teza postawiona w Informacji o wyniku kontroli, że 22 produkty (11%) po pierwsze, nie mają odpowiedników równoważnych, po drugie, są dystrybuowane wyłącznie przez firmy REMI i AMTAS.

Zaznaczał, że powyższego stwierdzenia Zamawiający nie kwestionuje w zastrzeżeniach, a było ono podstawą do konkluzji, że z powodu owych 22 produktów tylko firmy REMI i AMTAS mogły złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty. Dlatego też, nawet

ewentualne uznanie racji Zamawiającego w stosunku do produktów wymienionych w zastrzeżeniach (choć - w oparciu o opinię biegłego - nie można zgodzić się z tezami Zamawiającego) - nie zmienia niekwestionowanego przez Zamawiającego faktu, że 11% produktów mogło być dystrybuowanych tylko przez ww. firmy. Powyższe, w stanie faktycznym niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie każdy z produktów stanowił element opisu tego samego przedmiotu zamówienia, bez dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych na poszczególne produkty, przesądza o ograniczeniu konkurencji w postępowaniu tylko do wskazanych firm.

Uwzględniając także powyżej przedstawione stanowisko biegłego, Prezes Urzędu stwierdził, iż możliwość zaoferowania produktu równoważnego przy jednoczesnym spełnieniu obowiązku wykazania przez wykonawcę „iż oferowany przez niego asortyment dostawy będzie o takich samych lub nie gorszych bądź lepszych parametrach technicznych, jakościowych, funkcjonalno-użytkowych i gabarytowych” do szczegółowo opisanych w SIWZ za pomocą parametrów technicznych produktów - została w praktyce wyłączona w odniesieniu do niektórych produktów (była iluzoryczna). W szczególności opisy produktów zaczerpnięte z ofert handlowych dystrybutorów REMI i AMTAS, którzy - jak wynika z opinii - są dodatkowo w 11% (tj. w zakresie 22 produktów) ich jedynymi dystrybutorami wskazują, że Zamawiający wyłączył możliwość zaoferowania produktów innych niż dystrybuowane przez ww. wykonawców. Przy czym zauważył równocześnie, że poszczególne pozycje opisu przedmiotu zamówienia nie stanowiły oddzielnych pakietów, zatem niemożność zaoferowania nawet kilku produktów, przesądzała o braku możliwości złożenia oferty przez innego wykonawcę.

Kontrolujący przypomniał, iż zamawiający opisując parametry równoważności, powinien skupić się jedynie na tych cechach, które są dla niego istotne oraz wynikają z obiektywnych potrzeb. Natomiast na gruncie rozpatrywanej sprawy nie doszukał się uzasadnienia, aby szczegółowy opis produktów, pokrywający się z opisem w ofercie handlowej firm REMI lub AMTAS - miał oparcie w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego. Zamawiający nie wskazał, bowiem we wniesionych zastrzeżeniach obiektywnych potrzeb uzasadniających opisanie poszczególnych produktów w sposób zgodny z opisem tych samych produktów dystrybuowanych przez firmy REMI i AMTAS, a w 11% przypadków - dystrybuowanych wręcz wyłącznie przez te firmy. Fakt, że 11% opisanych produktów nie miało odpowiedników równoważnych, a jednocześnie ich jedynymi dystrybutorami były firmy REMI i AMTAS skutkowało tym, że tylko te firmy mogły złożyć oferty niepodlegające odrzuceniu na cały przedmiot zamówienia.

Jednocześnie, kontrolujący podtrzymał, że posłużenie się przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia w przeważającej mierze (w 191 przypadkach na 198)

szczegółowymi opisami produktów zaczerpniętymi z oferty handlowej firm REMI i AMTAS faworyzowało te firmy w stosunku do pozostałych wykonawców, ograniczając możliwość zaoferowania nie tylko produktów znajdujących się wyłącznie w ich ofercie handlowej, ale również innych produktów opisanych zbiorczo w ramach oferowanych przez ww. firmy zestawów (por. produkty „Instrumenty w torbie”, zestawy materiałów plastycznych, seria książeczek, seria gier).

W opinii Prezesa Urzędu opis przedmiotu zamówienia, zamiast zawierać wprost produkty z oferty handlowej REMI lub AMTAS, powinien zawierać wymagania, co do ogólnego wyglądu i sposobu korzystania z danej pomocy dydaktycznej oraz celu edukacyjnego, jakiemu pomoc ta ma służyć (np. jakie umiejętności ma rozwijać). Taki opis pomocy dydaktycznych zapewniłby realną konkurencję, zgodną z art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Kontrolującego podtrzymał twierdzenia, że Zamawiający nie spełnił ciężącego na nim obowiązku zapewnienia wykonawcom niedyskryminacyjnego dostępu do zamówienia, gdyż ograniczył konkurencję do ww. wykonawców będących w stanie zaoferować łącznie wszystkie produkty składające się na przedmiot niniejszego zamówienia.

Powyższe potwierdza także opinia biegłego odnosząca się do zastrzeżeń Zamawiającego. W związku z powyższym podtrzymał, że opisanie przedmiotu zamówienia zarówno w sposób wskazujący na konkretny produkt, jak i faworyzujący konkretnego producenta, bądź dystrybutora narusza wyżej omówione podstawowe zasady udzielania zamówień poprzez wyłączenie lub znaczne ograniczenie konkurencji. Dowodem powyższego w przedmiotowym postępowaniu może być fakt, że została złożona tylko jedna oferta wykonawcy REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł, którego oferta handlowa zawiera identyczne lub bardzo podobne opisy produktów do opisanych w SIWZ, a w odniesieniu do 22 produktów jest on (obok firmy AMTAS) ich jedynym dystrybutorem.

Reasumując, przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do naruszenia wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej Prezes Urzędu uznał za niezasługujące na uwzględnienie. Tym samym, podtrzymał stanowisko zaprezentowane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 25 lutego 2016 r. o naruszeniu przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w ten sposób, że część produktów mogło być zaoferowane wyłącznie przez firmy REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł oraz AMTAS A.M., a w konsekwencji ww. wykonawcy jako jedyni mogli złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty, i nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Kontrola doraźna następcza przedmiotowego postępowania, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej 119.226,50 zł (29.661,28 euro) została przeprowadzona w okresie od 09.02.2016 r. do 25.02.2016 r. Wszczęcie postępowania przetargowego miało miejsce 20.12.2012 r.

Przedmiot zamówienia stanowi: zakup i dostawa pomocy dydaktycznych, sprzętu komputerowego i multimedialnego, sprzętu audio oraz mebli dla jednostek organizacyjnych w Gminie Dobrodzień w ramach projektu: „Idziemy z indywidualizacją, zdobywając rozwój” - realizowanego przy udziale Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (wykaz wszystkich pomocy dydaktycznych, sprzętu komputerowego i multimedialnego, sprzętu audio oraz mebli dla poszczególnych szkół) przedstawia załącznik nr 4 do SIWZ - „Szczegółowa specyfikacja techniczna dostawy” i Opis przedmiotu zamówienia zawarty w punkcie 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja II.1.3) i w SIWZ (pkt 3.5) zamawiający zamieścił informację dotyczącą zastosowania materiałów równoważnych: „Jeżeli w (...) wykazie pomocy dydaktycznych, sprzętu komputerowego i multimedialnego, sprzętu audio oraz mebli [wymienionych w punkcie 3.1 - 3.4 SIWZ i w załączniku nr 4 do SIWZ] wskazano nazwy zwyczajowe lub produkty konkretnych producentów, to nie mają one na celu naruszenia art. 29 i art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), a jedynie wskazano te nazwy jako przykładowe w celu sprecyzowania oczekiwań jakościowych i określenie cech technicznych zamawianego asortymentu dostawy. Zamawiający w związku z powyższym dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. Wykonawca w takim przypadku powołując się na dopuszczone przez Zamawiającego rozwiązania równoważne winien wykazać, iż oferowany przez niego asortyment dostawy będzie o takich samych lub nie gorszych bądź lepszych parametrach technicznych, jakościowych, funkcjonalno-użytkowych i gabarytowych. W takiej sytuacji należy dołączyć dodatkowo do niniejszej specyfikacji technicznej stosowne dokumenty, o których mowa w sekcji III.6 pkt 5, i punkcie 10.5 SIWZ, tj. dokumenty potwierdzające spełnianie wymaganych przez zamawiającego parametrów technicznych, jakościowych, funkcjonalno-użytkowych i gabarytowych asortymentu dostawy opisanego w szczegółowej specyfikacji technicznej (załącznik Nr 4), jeżeli Wykonawca powoła się na dopuszczone przez Zamawiającego rozwiązania równoważne.

Zamawiający nie dopuszczał składania ofert częściowych, ani wariantowych.

Zamawiający przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20.12.2012 r. pod nr 521524-2012; a także zostały ogłoszone zmiany - zmiana terminu realizacji zamówienia z 30 do 42 dni oraz zmiana terminu składania ofert na dzień 04.01.2013 r. - termin ostateczny.

W ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja III.5) zamawiający zamieścił informację, iż w zakresie potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom należy przedłożyć dokument określony w § 6 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1871), dalej jako: „rozporządzenie”, tj. zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym.

W SIWZ (pkt 9 - Wykaz dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia, że oferowana dostawa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego) zamawiający zamieścił informację:

„9.1. Wykonawca jest zobowiązany do udokumentowania, iż pomoce dydaktyczne objęte niniejszym zamówieniem:

- a) są zgodne z normą EN 71 która określa wymogi bezpieczeństwa dla zabawek,
- b) posiadają oznaczenie CE, które potwierdza, że pomoce dydaktyczne są zgodne z zasadniczymi wymogami bezpieczeństwa obowiązującymi w UE.

9.2. Wykonawca jest zobowiązany do udokumentowania, iż sprzęt komputerowy i multimedialny, sprzęt audio oraz meble objęte niniejszym zamówieniem posiadają oznaczenie CE, które potwierdza, że wymieniony sprzęt i meble są zgodne z zasadniczymi wymaganiami bezpieczeństwa obowiązującymi w UE”.

Zamawiający w SIWZ określił:

- kryterium oceny ofert: cena - 100%;
- ryczałtową formę wynagrodzenia.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 127.716,40 zł brutto.

Przed upływem wyznaczonego terminu wpłynęła jedna oferta złożona przez wykonawcę REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł z ceną 122.949,00 zł brutto.



W zbiorze dokumentów oferty złożonej przez wykonawcę REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł nie przedstawiono udokumentowania, iż pomoce dydaktyczne objęte niniejszym zamówieniem: są zgodne z normą EN 71, która określa wymogi bezpieczeństwa dla zabawek. Wykonawca złożył oświadczenie, iż w odnośnych przepisach wymóg taki nie jest przewidziany. *„Produkty te są przeznaczone dla dzieci powyżej trzeciego roku życia. W związku z powyższym na produkty te nie obowiązują żadne inne atesty poza obowiązującym oznaczeniem CE na opakowaniu.”*

Z protokołu postępowania (druk ZP-PN) oraz dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający nie wzywał wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do uzupełnienia, ani do wyjaśnienia dokumentów i oświadczeń.

Pismem z dnia 10 stycznia 2013 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł.

W postępowaniu nie zostały wniesione środki ochrony prawnej.

Zamawiający zawarł umowę (Nr FB.272.16.2012) z wykonawcą REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł w dniu 14 stycznia 2013 r.

Z uwagi na fakt, że odpowiedź na pytanie - czy opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretne produkty? - wymagała posiadania wiedzy specjalistycznej, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp ustanowił biegłego w celu sporządzenia opinii w celu rozstrzygnięcia zagadnień:

- czy użyte przez zamawiającego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia parametry techniczne pomocy dydaktycznych mogły wskazywać na chęć wyboru konkretnych produktów dystrybuowanych przez wykonawcę REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcę AMTAS A.M. z siedzibą w Poznaniu, lub innych konkretnych produktów innego producenta.

W szczególności zwrócono się z prośbą o udzielenie odpowiedzi na pytania:

1. Czy parametry wyszczególnione w SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia dotyczące pomocy i materiałów dydaktycznych zostały dostosowane pod konkretny produkt lub producenta? Jeśli tak, to jakiego i które parametry na to wskazują?;

2. Jeśli opis pomocy i materiałów dydaktycznych wskazywał na konkretnego producenta, to czy możliwe było w praktyce zaoferowanie produktów równoważnych, jeśli tak to jakich?;

3. Jeśli opis pomocy i materiałów dydaktycznych wskazywał na konkretnego producenta, to czy wykonawcy REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł oraz AMTAS A.M. są jedynymi dystrybutorami produktów opisanych w SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia?

Biegły rzeczoznawca podręczników i programów szkolnych A. S. - w sporządzonej opinii z dnia 20 stycznia 2016 r., przy uwzględnieniu przekazanej dokumentacji postępowania przedstawił poniższe stanowisko:

„Analizie zostało poddanych 198 pomocy dydaktycznych, opisanych w SIWZ Zamawiającego - Gminy Dobrodzień. W tabeli [opracowanej przez biegłego] udzielono odpowiedzi na [nw.] zadane pytania (...):

1. Czy parametry wyszczególnione w SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia dotyczące pomocy i materiałów dydaktycznych zostały dostosowane pod konkretny produkt lub producenta?

Odpowiedzi twierdzących udzielono: 191 razy

Odpowiedzi przeczących udzielono: 7 razy

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono: 0 razy

Jeśli tak, to jakie i które parametry na to wskazują?

W większości przypadków (odpowiedzi twierdzące) opis w SIWZ Zamawiającego to przedruk ofert firmy REMI i AMTAS: (...).Szczegółowość opisu produktów jest tak duża, że nie istniała możliwość zaoferowania produktów równoważnych - chociaż zamawiający ujął w wyjaśnieniach do SIWZ informację o dopuszczeniu dostawy produktów równoważnych (...).

Parametry wskazujące na konkretny produkt w opisie, np.:

Logopedyczne rybki 1. W zestawie 54 magnetyczne "rybki" z wyrazami zawierającymi głoski sz, ż(rz), cz, s, z, wędka z magnesem oraz plansze. Magnetyczna gra do utrwalania głosek przeznaczona dla dzieci, które nieprawidłowo wymawiają głoski szumiące i syczące.

To jest opis przedmiotu zamówienia w SIWZ, który jest tożsamy z opisem w ofercie handlowej firmy REMI.

2. Jeśli opis pomocy i materiałów dydaktycznych wskazywał na konkretnego producenta, to czy możliwe było w praktyce zaoferowanie produktów równoważnych, jeśli tak to jakich?

Odpowiedzi: Nie, nie było możliwości zaoferowania produktu równoważnego udzielono 191 razy.

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono 7 razy.

3. Jeśli opis pomocy i materiałów dydaktycznych wskazywał na konkretnego producenta, to czy wykonawca REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł oraz AMTAS A.M. są jedynymi dystrybutorami produktów opisanych w SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia?

Odpowiedzi twierdzących udzielono: 22 razy

Odpowiedzi przeczących udzielono: 168 razy

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono: 8 razy.

Na podstawie analizy dokonanej przez rzeczoznawcę, stwierdzono że firma REMI i AMTAS nie są jedynym dystrybutorem produktów opisanych w SIWZ. Na rynku jest wiele firm, oferujących te same produkty co firma REMI, będąc jednocześnie również ich dystrybutorem.

Potencjalnym oferentem produktów zamieszczonych w SIWZ postępowania mogły być firmy: „Nowa Szkoła”, „Moje Bambino”, „Educarium”, „Edufit”, jak również sklepy internetowe: [www.dzieciowoy.pl](http://www.dzieciowoy.pl), [www.empis.pl](http://www.empis.pl), [www.asko.pl](http://www.asko.pl), [www.dydaktyczne.pl](http://www.dydaktyczne.pl), [www.edukielce.pl](http://www.edukielce.pl), [www.bam.m.bam.rybnik.pl](http://www.bam.m.bam.rybnik.pl), [www.eduksiegarnia.pl](http://www.eduksiegarnia.pl), [www.pus.pl](http://www.pus.pl), [www.empik.pl](http://www.empik.pl).

W uzupełniającej opinii z dnia 14 marca 2016 r. mając na uwadze treść zastrzeżeń Zamawiającego, biegły stwierdził, co następuje.

W odpowiedzi na zarzut niezgodności numerów pozycji opisów produktów w treści opinii z numeracją zamieszczoną w SIWZ biegły wyjaśnił, że zostało to spowodowane faktem powtórnego zamieszczenia przez Zamawiającego opisu farb w „Szczegółowej specyfikacji technicznej dostawy”, stwierdzając: „zamawiający dwukrotnie opisał przedmiot zamówienia (farby) w swojej specyfikacji pod pozycjami: 68 - 70, opis znajduje się w kolumnie 2, oraz pod pozycjami 134 - 147 opis znajduje się w kolumnie 3. W swojej opinii biegły umieścił farby pod pozycjami: 131 - 144.”

Na potwierdzenie wniosku wyrażonego w opinii z dnia 20.01.2016 r., iż w przypadku opisu 191 na 198 produktów składających się na przedmiot zamówienia opisy te stanowią przedruk oferty reklamowej firm REMI i AMTAS, jako przykład biegły przytoczył w formie tabeli identycznie sformułowane opisy produktów „Koła do malowania” i „Zestaw sprawnościowy, zestaw balansujący” zaczerpnięte z SIWZ oraz z oferty handlowej firm REMI i AMTAS.

W odniesieniu do zarzutu sformułowanego przez Zamawiającego wobec treści opinii dotyczącej zamieszczonego w SIWZ opisu produktu - zestaw instrumentów, iż uznanie przez biegłego takiego opisu za przedruk oferty handlowej firm REMI i AMTAS „budzi wątpliwości” Zamawiającego „skoro agogo drewniane i guiro drewniane są instrumentami dostępnymi w większości sklepów muzycznych”, biegły przytoczył w formie tabeli zestawienie identycznie brzmiących szczegółowych opisów produktu „Instrumenty w torbie - Zestaw instrumentów wspierający pracę z dzieckiem na zajęciach muzykoterapeutycznych i socjoterapeutycznych (...)” zamieszczonych w SIWZ oraz w ofercie handlowej firm REMI i AMTAS.

Ponadto, biegły stwierdził: „Oczywiście, instrumenty muzyczne są dostępne w wielu muzycznych sklepach, ale należy zauważyć, że zamawiający opisał zestaw instrumentów muzycznych, a nie pojedyncze instrumenty. Zamawiający w opisie użył stwierdzeń: „nie mniejszych” - ale również w opisie handlowym firmy REMI znajduje się taki sam zapis.”

Biegły potwierdził również tożsamość opisów, zamieszczonych w SIWZ z opisami ofert handlowych firm REMI i AMTAS, przywołując w formie tabeli opisy produktów:

„Zestaw materiałów plastycznych nr 1. - Papier rysunkowy biały A4 - 500 szt., papier rysunkowy kolorowy A4 - 400 szt., papier kolorowy wycinankowy nabłyszczany A3 - 100 szt., brystol biały A3 - 100 szt., brystol kolorowy A4 - 100 szt.”;

„Zestaw materiałów plastycznych nr 2. - Klej czarodziejski 1 litr, Kredki Bambino 25 szt., Kredki ołówkowe 25 szt., Plastelina mix 2,3 kg, Tempery 6 kolorów 6x500 ml, Teczka prac przedszkolnych 25 szt., Cienkie druciki kreatywne 1 opak., Klej w sztyfcie 25 szt., Chusteczki higieniczne 10 kpl, Ołówki trójkątne 25 szt.”;

„Zestaw materiałów plastycznych nr 3. - Tektura falista kolorowa B4 10 ark, Zestaw papierów podstawowych 1 kpl., Folie piankowe 15 ark., Beżowa tektura falista 100 ark., Krepina mix 15 kolor., Papier pakowy beżowy 10 ark, Kulki styropianowe śr. 10 szt., 7cm 3 kpl., Masa papierowa 1 szt., Papier rysunkowy biały A3 250 ark., Kolorowy papier rysunkowy A3 -10 kol. 160 ark., Kolorowy brystol A3 -10 kol. 100 ark., Zeszyty 16 kartkowe 25 szt.”.

Biegły, negując twierdzenia Zamawiającego - użycia w stosunku do farb nazwy własnej farby - „Kri Kra Krea” wyłącznie przez biegłego w treści sporządzonej opinii powołał się na okoliczność, iż ww. nazwa nie została zamieszczona w „Szczegółowej specyfikacji technicznej dostawy” stanowiącej załącznik nr 4 do SIWZ, natomiast w części opisowej SIWZ „występują tylko te nazwy farby, z rozróżnieniem koloru. (...) Jednakże, specyfikacja farb ujęta w załączniku nr 4 jest tożsama z ofertą firmy REMI np.:

Opis przedmiotu zamówienia Zamawiającego	Opis przedmiotu z oferty firm: REMI, AMTAS
Farba nietoksyczna i hipoalergiczna. Koncentrat, który nie łączy się i z innymi kolorami farb. 1 l. koncentratu można rozcieńczyć wodą w proporcji 1: 3 tworząc farbę akwarelową.	Farba nietoksyczna i hipoalergiczna. Koncentrat, który nie łączy się i z innymi kolorami farb. 1 l. koncentratu można rozcieńczyć wodą w proporcji 1: 3 tworząc farbę akwarelową.

W Tabeli 4 podano przykład pobrany z SIWZ Zamawiającego oraz opis oferty firmy REMI z 2013 roku. Odnosi się to do opisu pozycji, od poz. 134 do poz. 147 w SIWZ. W nazwie produktu zamówienia określono kolor farby.” [w opisie przedmiotu zamówienia SIWZ wielokrotnie wymieniono wprost z nazwy „Farby KRI KRA Krea”].

Przechodząc do oceny ustalonego stanu faktycznego sprawy w kontekście zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego w odniesieniu do punktu 2.1. Informacji o wyniku kontroli,

Krajowa Izba Odwoławcza miała na uwadze, że zgodnie z 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. Nie jest więc zabroniony szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, a w niektórych okolicznościach postępowań przetargowych - jest wręcz wskazany, czy konieczny.

Sporządzając opis zamawianej dostawy, Zamawiający nie mógł jednak tracić z pola widzenia i odstępować od ogólnych zasad rządzących postępowaniem o zamówienie publiczne, tj. art. 7 ustawy Pzp wskazującego, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Ustawodawca przywiązując dużą wagę do prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia, dodatkowo w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zastrzegł, że nie może on zostać opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Specyfikacje techniczne w postępowaniach o zamówienia publiczne muszą zapewniać otwarcie zamówień na konkurencję. W tym celu należało umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność stosowanych rozwiązań, w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając cechy produktów oferowanych zwykle przez tego wykonawcę. Zamawiający przyznał w swoich wyjaśnieniach z dnia 18 września 2013 r., że: *„firma REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł od dwóch lat współpracuje z placówkami oświatowymi Gminy Dobrodzień. Wniosek o udzielenie dotacji zredagowany został przez Gminę samodzielnie przy uwzględnieniu doświadczeń uzyskanych przy wcześniejszej współpracy ze wskazaną wyżej Firmą.”* Odnotowana, daleko idąca zbieżność opisu przedmiotu zamówienia z ogólnie prezentowaną ofertą handlową i reklamową wykonawcy REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł, nie była zatem dziełem przypadku, ale mogła być efektem tej współpracy.

Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wyrażone w punkcie 2.1 Informacji o wyniku kontroli, że Zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - poprzez zastosowany opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu przetargowym.

Izba uwzględniła całokształt ustalonych okoliczności, w tym na podstawie opinii biegłego - odnoszonych do przedmiotu dostawy, ustalonych w SIWZ warunków - przekazanych potencjalnym wykonawcom do wiadomości w ogłoszeniu o zamówieniu, a nie tylko odnoszonych do poszczególnych - wyspecyfikowanych opisów poszczególnych pozycji załącznika Nr 4 do SIWZ Szczegółowej specyfikacji technicznej dostawy - do czego zawęzał swoje zastrzeżenia Zamawiający.

Taki szeroki punkt widzenia oraz logika zaistniałych faktów, pozwalały na wyprowadzenie wniosków, że działania Zamawiającego z góry zmierzały do zawężenia kręgu wykonawców, którzy będą w stanie złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty.

Opis przedmiotu zamówienia według załącznika Nr 4 do SIWZ składa się z 210 pozycji, z czego 203 pozycji odnosi się do pomocy dydaktycznych służących wyrównywaniu szans edukacyjnych uczniów z grup o utrudnionym dostępie do edukacji oraz zmniejszenia różnic w jakości usług edukacyjnych.

Opinia biegłego zgodnie z zadaną tezą dowodową odnosi się do 198 pozycji wykazu dotyczących pomocy dydaktycznych. Izba nie znalazła żadnych podstaw, aby pominąć ustalenia i wnioski opinii biegłego rzeczoznawcy A. S. z dnia 20 stycznia 2016 r. i z dnia 14 marca 2016 r. Opinie te są konkretne, bazują na specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz Zał. nr 4, opisujących potrzeby i wymagania Zamawiającego z jednej strony, a z drugiej na ofercie wybranego wykonawcy REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł., przy uwzględnieniu ustaleń i wiedzy biegłego, co do firm działających w danym segmencie rynku i zakresu oferowanych na tym rynku produktów, materiałów, które mogą służyć celom edukacyjnym według wytycznych danego projektu „*Idziemy z indywidualizacją, zdobywając rozwój*”.

Biegły przeprowadził analizę 198 pozycji w celu odpowiedzi na postawione pytanie - czy parametry wyszczególnione w SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia dotyczące pomocy i materiałów dydaktycznych zostały dostosowane pod konkretny produkt lub producenta? W opinii - odpowiedzi twierdzących na powyższe pytanie udzielono 191 razy.

Jeśli tak, to jakiego [producenta] i które parametry na to wskazują? Biegły wskazał na oferty handlowe dwóch wykonawców, którzy prowadzili również wspólne interesy i posługiwali się tymi samymi ofertami handlowymi, tj. na firmę REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł. z siedzibą w Warszawie oraz firmę AMTAS A.M. z siedzibą w Poznaniu.

Dokumentacja postępowania oraz ustalenia opinii biegłego potwierdzają użycie przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia w przeważającej mierze (w 191 przypadkach na 198) niezwykle szczegółowego opisu produktów zaczerpniętego z oferty handlowej firm REMI i AMTAS.

Biorąc pod uwagę skalę, tj. fakt, że na 198 produktów, 191 zostało opisanych w sposób identyczny lub bardzo podobny do opisów z oferty handlowej ww. firm, nie można uznać, że jest to podobieństwo przypadkowe, i że Zamawiający nie opierał się przy opisie przedmiotu zamówienia na treści ofert handlowych tych firm. Przy czym numeracja pozycji w opinii biegłego nawiązywała do dwutorowości opisu w SIWZ i nie wykazywała błędów, gdyż to opisy poszczególnych pozycji, a nie ich numery przesądzały o wadliwości tego opisu.

Zamawiający nie wykazał, żeby taki drobiazgowy opis przedmiotu zamówienia, sprowadzający się do podania wszelkich parametrów konkretnych wyrobów z oferty firmy REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł - miał swoje uzasadnienie w jego obiektywnych potrzebach. Z przedstawionej powyżej opinii biegłego wynika, że opis przedmiotu zamówienia zawierał wymagania, co do parametrów technicznych produktów stanowiących pomoce dydaktyczne, których nie można uzasadnić potrzebami zamawiającego. Jak wskazał biegły „Zabawki i pomoce edukacyjne dla dzieci w wieku wczesnoszkolnym stanowią bazę wyposażenia niemal każdej szkoły w Polsce. Służą między innymi procesowi indywidualizacji w procesie nauczania - uczenia się. Obecnie na rynku dostępnych jest wiele pomocy edukacyjnych, które różnią się przede wszystkim jakością wykonania, ceną oraz walorami estetycznymi. Niemniej jednak porównując produkty różnych producentów i dystrybutorów można stwierdzić, że niemal wszystkie spełniają wymogi służące procesowi indywidualizacji. Mając na uwadze rozwój procesów poznawczych u dzieci ważne jest odpowiednie ich stymulowanie, poprzez wykorzystanie różnorodnych pomocy edukacyjnych. Ogromna oferta tych wyrobów jest dostępna niemal w każdym sklepie stacjonarnym jak również poprzez internet. Istnieje wiele różniących się pod względem formy, parametrów technicznych i właściwości zabawek i pomocy edukacyjnych produkowanych lub dystrybuowanych przez różne firmy. Jedną z firm dystrybuujących zabawki i pomoce edukacyjne dla dzieci jest firma REMI oraz firma AMTAS. (...) można stwierdzić - porównując ze sobą kilka pomocy edukacyjnych - że nie istnieje jeden model (wzór, rodzaj) pomocy edukacyjnej spełniającej kryteria indywidualizacji. Np. gra edukacyjna „Rybki”, polegająca na „łowieniu” rybek na wędkę może stanowić pomoc wykonaną z różnych materiałów. Liczy się tutaj wartość edukacyjna, czyli osiągnięcie zamierzonego celu, np. sprawności manualnej i koordynacji wzrokowo - ruchowej.

Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu, że dla stosunkowo mało skomplikowanych wyrobów, stanowiących pomoce i materiały dydaktyczne dla małych dzieci - nie było potrzeby opisywania konkretnych pozycji za pomocą ich dokładnych parametrów - granicznie wymaganych (pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp,) do tego odwzorowanych z konkretnej oferty rynkowej, ale możliwe było opisanie ich poprzez cel edukacyjny, jakiemu mają służyć. Dotyczących ogólnego wyglądu i sposobu korzystania z danej pomocy dydaktycznej oraz z wymieniem umiejętności, jakie ma u dziecka rozwijać. Taki opis pomocy dydaktycznych zapewniłby realną konkurencję, zgodną z art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Umożliwiłaby zaoferowanie różnicowanych produktów, przez szerszy krąg wykonawców, zapewniając przy tym osiągnięcie celu dydaktycznego.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wskazany przepis służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji, w tym zapewnieniu równego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego należytego wykonania - wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne, oznacza konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nawet nazwy własne nie zostają podane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt). Trzecią postać naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp stanowi zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a jednocześnie prowadzą z tej przyczyny do rezygnacji potencjalnych wykonawców - którzy byliby zdolni do wykonania zamówienia - z udziału w danym postępowaniu przetargowym i z ubiegania się o zamówienie.

Biegły w swojej opinii nie zaprzeczył, że firmy: REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł oraz AMTAS A.M. nie są producentami, ale dystrybutorami oferowanych wyrobów stanowiących pomoce i materiały dydaktyczne dla dzieci, w przypadku których w większości ich rozprowadzaniem na rynku - zajmują się także inne podmioty.

Przy czym nie można było pominąć istotnej kwestii, że część wyrobów ujętych w zakresie przedmiotu zamówienia dotyczyła opisu całych zestawów, np. opisu kilku zestawów materiałów plastycznych, zestawu instrumentów w torbie, serii książeczek, czy serii gier. Jeżeli nawet oznaczony wyrób znajduje się w szerszej ofercie rynkowej, jako pojedynczy produkt, to już niekoniecznie w zestawie o oznaczonej konfiguracji.

Należało zważyć, iż na pytanie - jeśli opis pomocy i materiałów dydaktycznych wskazywał na konkretnego producenta, to czy wykonawca REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł oraz AMTAS A.M. są jedynymi dystrybutorami produktów opisanych w SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia? Biegły udzielił 22 odpowiedzi twierdzących - przywołując odnośne pozycje opisu przedmiotu zamówienia.

Opis przedmiotu zamówienia należy do prerogatyw zamawiającego, tak samo jak ewentualny podział zamówienia na części, o którym mowa w art. 36 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w związku z art. 2 pkt 6 tej ustawy. Jednakże i takie działania zamawiającego mogą być weryfikowane w świetle zasad art. 29 ust. 2 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż każdy z podmiotów dokonujących zakupów określonego rodzaju dostaw, usług lub robót budowlanych w trybie zamówień publicznych ma obowiązek przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić generalne zasady, jakie nakłada na niego ustawa Pzp.



Ze względu na ograniczenia proceduralne wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp - na opis przedmiotu zamówienia w rozpatrywanym postępowaniu - nie przysługiwało odwołanie. Inne firmy trudniące się zaopatrywaniem szkół w pomoce dydaktyczne nie mogły zatem skutecznie przeciwdziałać przez korzystanie ze środków ochrony prawnej - dyskryminacyjnemu ich traktowaniu względem wykonawcy REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł oraz AMTAS A.M..

Zamawiający opisując bardzo szeroki zakres zamówienia obejmujący 210 pozycji o zróżnicowanym charakterze, począwszy od pomocy dydaktycznych, poprzez meble i sprzęt audio, komputerowy i multimedialny - wyłączył możliwość składania ofert częściowych. Powodowało to ten skutek, iż o przedmiotowe zamówienie mógł się jedynie ubiegać podmiot, który w całości i bez wyjątków dysponował i był zdolny zaoferować łącznie wszystkie produkty - tak jak zostały one opisane w SIWZ.

Jak wynika z okoliczności sprawy, w tym z opinii biegłego, Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretne produkty dystrybuowane m.in. przez firmy REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł i AMTAS A.M.. Jednocześnie produkty te zostały opisane tak szczegółowo, że w praktyce niemożliwe było zaoferowanie przez innych dystrybutorów na rynku równoważnych pomocy dydaktycznych.

Przy czym 22 produkty, dla których wg biegłego nie ma rozwiązań równoważnych jest dystrybuowanych wyłącznie przez firmy REMI i AMTAS, co przesądza o tym, że cały przedmiot zamówienia mogły zaoferować tylko te firmy. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byliby w stanie wykonać dane zamówienie.

Osobnego rozważenia wymagała kwestia dopuszczenia rozwiązań równoważnych opisywanym. Zamawiający zdawał sobie sprawę z faktu, że taki nadmiernie uszczegółowiony opis przedmiotu zamówienia - pozwala na identyfikację produktu, jako pochodzącego od oznaczonego producenta lub dystrybutora, gdyż w warunkach zamówienia dopuścił wyroby równoważne, i w ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja II.1.3) oraz w SIWZ (pkt 3.5) zamieścił informację dotyczącą zastosowania materiałów równoważnych: *„Jeżeli w (...) wykazie pomocy dydaktycznych, sprzętu komputerowego i multimedialnego, sprzętu audio oraz mebli [wymienionych w punkcie 3.1 - 3.4 SIWZ i w załączniku nr 4 do SIWZ] wskazano nazwy zwyczajowe lub produkty konkretnych producentów, to nie mają one na celu naruszenia art. 29 i art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), a jedynie wskazano te nazwy jako przykładowe w celu*

*sprecyzowania oczekiwań jakościowych i określenie cech technicznych zamawianego asortymentu dostawy. Zamawiający w związku z powyższym dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. Wykonawca w takim przypadku powołując się na dopuszczone przez Zamawiającego rozwiązania równoważne winien wykazać, iż oferowany przez niego asortyment dostawy będzie o takich samych lub nie gorszych bądź lepszych parametrach technicznych, jakościowych, funkcjonalno-użytkowych i gabarytowych. W takiej sytuacji należy dołączyć dodatkowo do niniejszej specyfikacji technicznej stosowne dokumenty, o których mowa w sekcji III.6 pkt 5. i punkcie 10.5 SIWZ, tj. dokumenty potwierdzające spełnianie wymaganych przez zamawiającego parametrów technicznych, jakościowych, funkcjonalno-użytkowych i gabarytowych asortymentu dostawy opisanego w szczegółowej specyfikacji technicznej (załącznik Nr 4), jeżeli Wykonawca powoła się na dopuszczone przez Zamawiającego rozwiązania równoważne.”*

Ustawodawca wprost zastrzegł w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, z wyjątkiem przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką zamówienia i jednocześnie zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny.

W przypadku dopuszczenia wyrobów równoważnych, zamawiający winien sprecyzować jakie cechy zamawianego produktu mają dla niego walor równoważny, które będą brany pod uwagę przy ocenie. Określenie, iż „*oferowany asortyment dostawy będzie o takich samych lub nie gorszych bądź lepszych parametrach technicznych, jakościowych, funkcjonalno-użytkowych i gabarytowych,*” nie spełnia przesłanek ustawowych pojęcia „równoważności” i daje zamawiającemu nieograniczone i arbitralne pole do oceny tej równoważności.

Ponadto, tylko i wyłącznie przy zaoferowaniu produktów równoważnych Zamawiający żądał dołączenia dokumentów, o których mowa w sekcji III.6 pkt 5, i punkcie 10.5 SIWZ, tj. potwierdzających spełnianie wymaganych przez Zamawiającego parametrów technicznych, jakościowych, funkcjonalno-użytkowych i gabarytowych asortymentu dostawy opisanego w szczegółowej specyfikacji technicznej, co wprost różnicowało wykonawców i stwarzało dla nich nierówne warunki ubiegania się o dane zamówienie. Tworzyło niezasadne bariery w dostępie do zamówienia, tym podmiotom, które usiłowałyby wykazać równoważność oferowanych wyrobów.

W tak ustalonych okolicznościach Izba uznała, że dopuszczenie zaoferowania wyrobów równoważnych w przedmiotowym postępowaniu miało charakter pozorny, gdyż w praktyce umożliwiało Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, jeżeli zaoferowany

wyrób równoważny nie spełniałby któregokolwiek z parametrów i właściwości zamieszczonych wprost w opisie przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z punktem 9.1 SIWZ wykonawca był zobowiązany do udokumentowania, iż zamawiane pomoce dydaktyczne są zgodne z normą EN - 71, która określa wymogi bezpieczeństwa dla zabawek. Zatem opisywane wykazanie równoważności mogło ograniczać się tylko do zgodności z zasadniczymi wymaganiami bezpieczeństwa zabawek, obowiązującymi w UE i określenia celu dydaktycznego wymienionych pozycji Załącznika Nr 4 do SIWZ, a nie przykładowo - do szczegółowych „parametrów gabarytowych” [w tym opakowań], które poza przypadkami eliminacji ryzyka połknięcia lub przedostania się do dróg oddechowych dziecka, nie zostały objęte wymaganiami zasadniczymi według rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla zabawek (Dz. U. 83, poz. 454 ze zm.). Przy czym zgodnie z § 2 pkt 1) rozporządzenia - zabawka to wyrób, który ze względu na swoje cechy charakterystyczne lub wygląd może być użyty do zabawy przez dzieci w wieku poniżej 14 lat. Za takie mogą więc uchodzić pomoce edukacyjne.

Z podsumowania analizy przedstawionego materiału dowodowego, wynika że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tym samym ograniczył krąg firm i producentów, którzy mogliby zaoferować produkty zapotrzebowane w SIWZ. Dla sformułowania zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy wystarczającym jest samo uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający opisując wymagania techniczne tak szczegółowo, że niemożliwe było w stosunku do większości pomocy dydaktycznych zaoferowanie produktów równoważnych, według definicji równoważności zastosowanej w warunkach tego przetargu - działał również w sposób nieuzasadniony własnymi potrzebami zakreślonymi w SIWZ. Nie wykazał z jakich względów taki, a nie inny opis przedmiotu zamówienia (np. pogrupowanie instrumentów w zestawach) był konieczny i podyktowany zobiektywizowanymi względami. Powyższy rygoryzm promował produkty dystrybuowane przez wykonawców REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł oraz AMTAS A.M., przy czym - jak wynika z opinii biegłego - w 11% zamawianych produktów (22 pozycje) ww. wykonawcy są jedynymi ich dystrybutorami, co przesądzało o tym, że jako jedyni mogli złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty.

Powyższe wyłączenie konkurencji potwierdza fakt, że w przedmiotowym postępowaniu została złożona tylko jedna oferta wykonawcy REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł, z którym zawarto umowę w sprawie kontrolowanego zamówienia.

Mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny i prawny oraz treść opinii biegłego powołanego na potrzeby przedmiotowego postępowania, Izba podzieliła poglądy

Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, iż Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w ten sposób, że część produktów mogły oferować wyłącznie firmy REMI i AMTAS, co oznacza, że w konsekwencji jako jedyne mogły złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty - dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bezpośrednio na liczbę złożonych w postępowaniu ofert, oraz może skutkować oferowaniem przez wykonawców produktów tylko i wyłącznie jednego producenta czy dystrybutora. W efekcie prowadzi to do powstania zawężonego rynku kreowanego przez zamawiających, na którym rzeczywistą konkurencją ceną, walorami użytkowymi i jakością zastępuje quasi-konkurencja między dostawcami tej samej technologii lub produktów tego samego producenta lub dystrybutora.

Stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wyrażone w punkcie 2.2 Informacji o wyniku kontroli, że Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł do uzupełnienia dokumentu wymaganego w SIWZ, iż pomoce dydaktyczne objęte niniejszym zamówieniem: a) są zgodne z normą EN - 71, która określa wymogi bezpieczeństwa dla zabawek, i odpowiadają określonym wymaganiom, gdzie dla udokumentowania należało przedłożyć zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości - potwierdzające, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym - nie zostało przez Zamawiającego zakwestionowane w złożonych zastrzeżeniach, zatem nie wymagało rozstrzygnięcia Izby. Na marginesie jedynie można stwierdzić, iż żaden wykonawca nie może ignorować wymogu postawionego w SIWZ i składać w ofercie oświadczenia, że w odnośnych przepisach wymóg taki nie został przewidziany. Wymóg, przedstawienia poświadczenia, mógł bowiem sprowadzać się do certyfikacji dobrowolnej. Zamawiający nie może natomiast dla któregokolwiek z wykonawców czynić żadnych odstępstw od warunków, które ustanowił i udostępnił poprzez ogłoszenie lub SIWZ wszystkim podmiotom, które mogły być zainteresowane przetargiem.

Wynik przedmiotowej kontroli odzwierciedla zaistniałe obiektywnie, ustalone nieprawidłowości, wiążące się z zakwestionowanymi czynnościami Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę zasadność stwierdzonych naruszeń, podanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej przedmiotowego postępowania, ustalonych w protokole kontroli w oparciu o dokumentację postępowania, z uwzględnieniem opinii biegłego w danej sprawie, Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały, na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

**Przewodniczący: .....**

**Członkowie: .....**

.....