

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 19 maja 2016 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 19 kwietnia 2016 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez

Gminę Goszczyn

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej – następczej z 12 kwietnia 2016 r. w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „zakup i dostawę pomocy dydaktycznych do zajęć dla dzieci z klas I-III szkół podstawowych z terenu gminy Goszczyn”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Marzena Ordysińska
Beata Pakulska - Banach

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego – Gminy Goszczyn do informacji o wyniku kontroli doraźnej – następczej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych od 3 marca do 12 kwietnia 2016 r. prowadził kontrolę udzielonego przez Zamawiającego – Gminę Goszczyn zamówienia publicznego na „zakup i dostawę pomocy dydaktycznych do zajęć dla dzieci z klas I-III szkół podstawowych z terenu gminy Goszczyn”.

W informacji o wyniku kontroli Prezes UZP wskazał, iż w punkcie IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zamieścił informację dotyczącą zastosowania materiałów równoważnych: „Nazwy własne użyte w opisie przedmiotu zamówienia, określające typ produktu lub producenta, zostały podane przykładowo w celu określenia minimalnych oczekiwanych parametrów jakościowych, funkcjonalnych i użytkowych produktu. Wykonawca oferując przedmiot równoważny do opisanego w SIWZ jest zobowiązany zachować równoważność w zakresie parametrów jakościowych, użytkowych i funkcjonalnych, które muszą być na poziomie nie niższym od wskazanych przez Zamawiającego. W takim przypadku Wykonawca zobowiązany jest przedstawić wraz z ofertą jego szczegółowy opis, specyfikację oraz zdjęcie, z których w sposób niebudzący wątpliwości Zamawiającego powinno wynikać, że oferowany produkt ma nie gorsze parametry jakościowe, funkcjonalne oraz użytkowe, niż określony przez Zamawiającego.”

W terminie składania ofert wpłynęła jedna oferta, złożona przez wykonawcę REMI s.c. J. Ł., R. T.-Ł. z ceną brutto wynoszącą 82.921,00 zł, którą Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą. Umowa w sprawie udzielenia kontrolowanego zamówienia została zawarta z ww. wykonawcą 23 września 2013 r.

W trakcie kontroli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się, na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, z prośbą do biegłego o sporządzenie opinii w celu rozstrzygnięcia, czy użyte przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia parametry pomocy dydaktycznych mogły wskazywać na chęć wyboru konkretnych produktów dystrybuowanych przez wykonawcę REMI s.c. J. Ł., R. T.-Ł. oraz wykonawcę AMTAS A. M. lub innych konkretnych produktów innego producenta.

Biegły w opinii z 10 lutego 2016 r. przedstawił następujące stanowisko: analizie zostało poddanych 168 pomocy dydaktycznych opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy czym wg biegłego parametry wyszczególnione w opisie przedmiotu zamówienia zostały dostosowane pod konkretny produkt lub producenta – odpowiedzi twierdzących udzielono 162 razy, odpowiedzi przeczących udzielono 6 razy; w większości przypadków (odpowiedzi twierdzące) opis w specyfikacji to przedruk ofert firmy REMI i AMTAS, a szczegółowość opisu produktów jest tak duża, że tylko firmy REMI i AMTAS są w stanie zaoferować produkty zgodne z opisem. Jednakże Zamawiający ujął w specyfikacji

informację o dopuszczeniu dostawy produktów równoważnych, przy czym analiza parametrów jakościowych, funkcjonalnych i użytkowych opisanych przez Zamawiającego wykazała, że istniała możliwość zaoferowania produktów równoważnych, poza 14 przypadkami produktów, dla których rzeczoznawca nie wskazał produktów równoważnych (wieże, tablica dla dwojga z literkami, kurtyna oświetlenie 2 pacynki, ślimak, wieża liczb chwytnak, maty do ćwiczeń, koła arkusze do malowania, maszyna do malowania, farba złota, farba srebrna, farba perłowa, farba do tekstyliów, plexa do malowania, rybki), lecz uznał, że w tym zakresie nie było możliwości zaoferowania produktu równoważnego.

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 odpowiedzi twierdzących udzielił 34 razy, jednocześnie stwierdził, że ww. firmy nie są jedynym dystrybutorem produktów. W konkluzji – Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania produktów równoważnych, poza 14 przypadkami produktów, dla których rzeczoznawca nie wskazał produktów równoważnych. Niemożność wskazania przedmiotów równoważnych wynika z faktu, iż w zakresie dostępnym dla rzeczoznawcy (Internet, katalogi ofertowe firm oferujących produkty edukacyjne lub inna wiedza rzeczoznawcy), nie znajdowały się pomoce edukacyjne mogące spełnić warunki równoważności opisane przez Zamawiającego. Jako produkty równoważne rzeczoznawca wskazał pomoce edukacyjne, które mają nie gorsze parametry jakościowe, funkcjonalne oraz użytkowe niż określone przez Zamawiającego."

Zatem z ww. opinii biegłego wynika, że w odniesieniu do 8 poniższych produktów:

1. Farba Kri Kra Krea złota – 1 l (poz. 71);
2. Farba Kri Kra Krea srebrna – 1 l (poz. 72);
3. Farba Kri Kra Krea perłowa – 500 ml. (poz. 73);
4. Koncentrat – farba do tekstyliów – 500 ml (poz. 74);
5. Plexa do malowania (poz. 76);
6. Maszyna do malowania – koło do malowania (poz. 78);
7. Maszyna do malowania – platforma z osłoną do farb (poz. 79);
8. Koła – arkusze do malowania (poz. 80);

nie istniała możliwość zaoferowania produktów równoważnych i jednocześnie jedynymi ich dystrybutorami są wykonawcy REMI s.c. J. Ł., R. T.-Ł. oraz AMTAS A. M..

W związku z powyższym Prezes UZP zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wskazanie produktów spełniających wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. produktów równoważnych oraz innych niż firmy REMI s.c. J. Ł., Renata T.-Ł. oraz AMTAS A. M. dystrybutorów ww. produktów.

W odpowiedzi Zamawiający wyjaśnił, iż z uwagi na czas, jaki upłynął od przeprowadzenia

przetargu, nie jest w stanie wskazać produktów, które mogłyby być uznane za równoważne w czasie, gdy było prowadzone postępowanie przetargowe oraz wykazać, czy na rynku zamówień publicznych w owym okresie działały firmy mogące zrealizować zamówienie, inne niż wskazane. Zamieszczone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sformułowanie dotyczące zastosowania materiałów równoważnych stwarzało możliwość ubiegania się o realizację zamówienia dla różnych firm działających na rynku w danym okresie. W trakcie postępowania nie wpłynął żaden wniosek w sprawie nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia.

Prezes UZP wskazał, że opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pomimo, że ustawodawca pozostawił zamawiającym 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 Prawo zamówień publicznych. W szczególności zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 Prawo zamówień publicznych. Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 należy wskazać, 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 byłiby w stanie wykonać dane zamówienie. Dodać też należy, 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.

Jak wynika z okoliczności sprawy, w tym 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 8 produktów, 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.

Z przedstawionej opinii biegłego wynika jednocześnie, 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 produktów stanowiących pomoce dydaktyczne, których nie można uzasadnić potrzebami Zamawiającego. Z opinii biegłego można wywieść, 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 umożliwiałby zaoferowanie różnych pomocy dydaktycznych przez różnych wykonawców, zapewniając osiągnięcie celu dydaktycznego. Tym samym Zamawiający, opisując wymagania tak szczegółowo, że niemożliwe było w stosunku do części 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 wykonawcy ci byli jedynymi dystrybutorami w przypadku 8 z 14 wymienionych przez biegłego produktów, dla których w praktyce nie było możliwości zaoferowania produktów równoważnych, co przesądza o tym, że ww. wykonawcy jako jedyni mogli złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty, a w postępowaniu została złożona tylko jedna oferta wykonawcy REMI s.c. J. Ł., R. T.-Ł..

Tym samym Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jako drugi zarzut w stosunku do Zamawiającego Prezes UZP wskazał naruszenie art. 45 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający żądał bowiem od wykonawców wniesienia wadium w wysokości 2.800,00 złotych przy wartości szacunkowej zamówienia 70.573,17 złotych netto.

Zgodnie z dyspozycją art. 45 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3 % wartości zamówienia.

Zamawiający żądał więc wniesienia wadium w wysokości przekraczającej ustawowo określony próg 3%, ponieważ kwota żądanego wadium została określona na poziomie 3,97 % wartości zamówienia.

Zamawiający złożył zastrzeżenia do wyniku kontroli w zakresie zarzutu pierwszego, nie zgadzając się z ustaleniem kontroli o dopuszczeniu się naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia

w ten sposób, że część produktów mogły zaoferować wyłącznie firmy REMI s.c. J. Ł., R. T.-Ł. oraz AMTAS A. M..

Wyjaśnił, że wskazane przez niego parametry techniczne pomocy dydaktycznych zostały uprzednio zadeklarowane na etapie złożenia wniosku o przyznanie pomocy z Europejskiego Funduszu Społecznego Program Operacyjny Kapitał Ludzki 2007. W konsekwencji powyższego postępowanie zostało przeprowadzone z uwzględnieniem przyjętych wcześniej rozwiązań technicznych. Uznając, że zostały spełnione warunki określone w art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych opisał przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretne produkty, gdyż stosownie do art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych istnieje możliwość opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, w sytuacji, gdy opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia jest uzasadnione jego specyfiką, a zamawiający nie jest w stanie opisać przedmiotu zamówienia przy użyciu dostatecznie dokładnych określeń oraz w odniesieniu do zabronionych określeń towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Zdaniem Zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w przedmiotowej sprawie poprzez wskazanie nazw konkretnych produktów było w pełni uzasadnione jego specyfiką. Zamawiający planował zaopatrzyć placówki oświatowe w określone pomoce dydaktyczne o jak najwyższej jakości, jak najdłuższej trwałości, posiadające odpowiednie atesty i certyfikaty, jak również spełniające swoją funkcję edukacyjną, a ze względu na wcześniejsze zadeklarowanie we wniosku o przyznanie pomocy określonych materiałów dydaktycznych zmuszony był w taki sam sposób opisać przedmiot zamówienia, nie będąc w stanie opisać przedmiotu zamówienia przy użyciu dostatecznie dokładnych określeń. To właśnie uzasadnione potrzeby Zamawiającego zadecydowały i zdeterminowały charakter i zakres przedmiotowy postępowania. W przedmiotowej sprawie celem Zamawiającego było nabycie pomocy naukowych posiadających wskazane wyżej cechy, wspomagających w jak najwyższym stopniu rozwój dzieci.

W tym stanie rzeczy Zamawiający dopuścił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia możliwość zastosowania materiałów równoważnych. Nie naruszył zatem wynikającego z art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję. Określenie, że „nazwy własne użyte w opisie przedmiotu zamówienia (...) zostały podane przykładowo w celu określenia minimalnych oczekiwanych parametrów jakościowych, funkcjonalnych i użytkowych produktu” miało na celu nabycie pomocy dydaktycznych odpowiadających uzasadnionym potrzebom Zamawiającego, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jednocześnie dopuszczenie możliwości ofertowania zamawianych materiałów przez nieograniczony krąg wykonawców. Przez wskazanie, że

„Wykonawca oferując przedmiot równoważny do opisanego w SIWZ jest zobowiązany zachować równoważność w zakresie parametrów jakościowych, użytkowych i funkcjonalnych, które muszą być na poziomie nie niższym od wskazanych przez Zamawiającego”, dopuszczało konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, bez ograniczania dostępu do niego. Zamawiający sprecyzował zatem parametry równoważności oraz dokonał opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które miały dla niego kluczowe znaczenie. Wykonawcy mieli możliwość ustalenia, jakie parametry posiada rozwiązanie referencyjne oraz które z nich są dla zamawiającego na tyle istotne, że przesądzają o równoważności innego dostępnego na rynku rozwiązania. Istotą równoważności nie jest identyczność poszczególnych rozwiązań technicznych składających się na produkt równoważny, a spełnianie określonych funkcji w sposób odmienny od zakładanego. W sytuacji, gdy Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne, o naruszeniu art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może przesądzać okoliczność, że jedynym producentem danego produktu jest określony podmiot.

Ponadto w opinii z 10 lutego 2016 r. biegły uznał, iż niemożność wskazania przedmiotów równoważnych w stosunku do 14 z 168 produktów objętych przedmiotem zamówienia wynika z faktu, iż w zakresie dostępnym dla rzeczoznawcy (Internet, katalogi ofertowe firm oferujących produkty edukacyjne lub inna wiedza rzeczoznawcy), nie znajdowały się pomoce edukacyjne mogące spełnić warunki równoważności opisane przez zamawiającego. Tym samym biegły nie przesądził w sposób definitywny, że takich produktów równoważnych w ogóle nie było, czy też, że nie mogłyby zostać one wytworzone, wskazując jedynie na niemożliwość odnalezienia produktów równoważnych w dostępnych sobie źródłach.

Zamawiający podkreślił, że ograniczenie konkurencji, w kontekście normy art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych bada się na rynku właściwym, tj. rynku określonych dóbr i usług, jak również w określonym czasie. Zamawiający adresował zamówienie do wszystkich podmiotów na rynku rozumianego jako obszar Unii Europejskiej, pomimo to biegły w swoich opiniach odniósł się wyłącznie do rynku polskiego. W ocenie Zamawiającego dla ustalenia, że doszło do ograniczenia uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego bez znaczenia jest, czy opisany przedmiot zamówienia jest dystrybuowany na terenie Polski przez jeden czy dwa podmioty, w sytuacji, gdy możliwość swobodnego konkurowania w postępowaniu należy oceniać przez pryzmat podmiotów funkcjonujących na rynku europejskim, a nie tylko polskim.

Nadto z opinii biegłego nie wynika, że badanie rynku pomocy dydaktycznych zostało odniesione do czasu, w którym Zamawiający udzielał kontrolowanego zamówienia. Biorąc pod uwagę znaczną ilość pomocy edukacyjnych na rynku trudno obecnie jednoznacznie stwierdzić, że w tamtym czasie takie materiały równoważne nie istniały. Ponadto biegły we

wnioskach opinii stwierdził, że Zamawiający nie ograniczył kręgu firm i producentów, którzy mogliby zaoferować produkty opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako przedmioty równoważne. Pomimo powyższych wniosków biegłego oraz braku kategoriowego stwierdzenia, że – co do wskazanych 14 pomocy dydaktycznych – nie istniały materiały równoważne, w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej” przyjęto, 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. oraz że produkty te zostały opisane tak szczegółowo, iż w praktyce niemożliwe było zaoferowanie przez innych dystrybutorów na rynku równoważnych pomocy dydaktycznych.

Ponadto w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej” uznano, że 8 produktów, dla których według biegłego nie ma rozwiązań równoważnych, jest dystrybuowana wyłącznie przez firmy REMI i AMTAS, co przesądza o tym, że cały przedmiot zamówienia mogły zaoferować tylko te firmy. Biorąc pod uwagę okoliczność, że w przypadku 126 pozycji pomocy dydaktycznych firmy REMI i AMTAS nie były jedynymi dystrybutorami oraz ze względu na powszechną dostępność pozostałych pomocy dydaktycznych na rynku europejskim, w tym na rynku niemieckim, i swobodną możliwość ich dystrybucji przez wykonawców oferujących tego typu produkty na rynku polskim, Zamawiający nie podzielił powyższej tezy. Zamawiający podał linki do stron internetowych dwóch firm, na których 8 wskazanych powyżej pomocy dydaktycznych oferowanych jest przez inne firmy niż przez Prezesa UZP. Wynika z tego, że cały przedmiot zamówienia, przy niewielkim nakładzie starań polegającym na pozyskaniu tych artykułów, mógł być zaoferowany również przez innych wykonawców niż firmy REMI i AMTAS. Opis przedmiotu zamówienia nie utrudniał zatem dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, a w konsekwencji nie utrudniał również uczciwej konkurencji. Opis przedmiotu zamówienia nie musi bowiem zapewniać nieograniczonej możliwości złożenia oferty przez każdy podmiot funkcjonujący w danej branży na rynku. Zamawiający ma prawo limitować dostęp do uzyskania zamówienia, jeśli uzasadnione jest to racjonalnymi i zobiektywizowanymi przyczynami, co miało miejsce w niniejszej sprawie.

Powyższa argumentacja nie przekonała Prezesa UZP, który zastrzeżeń nie uwzględnił i podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko.

Po zapoznaniu się ze stanem faktycznym wynikającym z przekazanej jej dokumentacji kontroli oraz z uzasadnieniem stanowisk Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego, Izba stwierdziła, że zastrzeżenia zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdza, że zgadza się z ogólnymi stwierdzeniami Prezesa UZP dotyczącymi konieczności prawidłowego przygotowania opisu przedmiotu zamówienia wynikającymi z art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oczywiście jest bowiem, że prawidłowe dokonanie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a wyrażona w art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zasada, zgodnie z którą przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, ma chronić ową uczciwą konkurencję oraz dostęp do zamówienia na równych i uczciwych zasadach. Prezes UZP słusznie podkreślił też, że działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić nie tylko bezpośrednio poprzez wskazanie konkretnego produktu lub wykonawcy, ale także przez takie dokonanie opisu, które umożliwia dostęp do zamówienia jednemu lub kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byłiby w stanie wykonać dane zamówienie. Przy czym może zdarzyć się tak, że przy braku możliwości składania ofert częściowych opis nawet jednego z wielu zamawianych produktów może spowodować niemożliwość złożenia niepodlegającej odrzuceniu oferty – zgodnej ze wszystkimi wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgadając się z powyższym Izba nie może jednak pominąć faktu zasadniczego, czyli tego, jakie jest konkretne brzmienie owego opisu przedmiotu zamówienia w konkretnie prowadzonym postępowaniu oraz zarzutów postawionych przez Kontrolującego.

W niniejszej kontroli zarzuty Prezesa UZP dotyczą jedynie 8 produktów wskazanych w pozycjach 71-74, 76, 78-80 opisu przedmiotu zamówienia, czyli:

1. Farba Kri Kra Krea złota – 1 l (poz. 71);
2. Farba Kri Kra Krea srebrna – 1 l (poz. 72);
3. Farba Kri Kra Krea perłowa – 500 ml. (poz. 73);
4. Koncentrat – farba do tekstyliów – 500 ml (poz. 74);
5. Plexa do malowania (poz. 76);
6. Maszyna do malowania – koło do malowania (poz. 78);
7. Maszyna do malowania – platforma z osłoną do farb (poz. 79);
8. Koła – arkusze do malowania (poz. 80);

w stosunku do których, jak wskazano, nie istniała możliwość zaoferowania produktów równoważnych.

Wymogi opisu przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w stosunku do ww. pozycji brzmią:

71.	FARBA KRI KRA KREA – złota 1L	Koncentrat farby złotej nietoksycznej i hipoalergicznej. Nie miesza się z koncentratem farby o podobnych właściwościach, ale przy połączeniu z farbami daje obrazowi charakterystyczny połysk. Umożliwia malowanie palcami 1 l koncentratu można rozcieńczyć z wodą w proporcji 1:3 uzyskując 4 l farby akwareli.
72.	FARBA KRI KRA KREA – srebrna 1L	Koncentrat farby srebrnej nietoksycznej i hipoalergicznej. Nie miesza się z koncentratem farby o podobnych właściwościach, ale przy połączeniu z farbami daje obrazowi charakterystyczny połysk. Umożliwia malowanie palcami 1 l koncentratu można rozcieńczyć z wodą w proporcji 1:3 uzyskując 4 l farby akwareli.
73.	FARBA KRI KRA KREA – perłowa 500 ML	Koncentrat farby perłowej nietoksycznej i hipoalergicznej o pojemności 500 ml. Przy połączeniu z farbami z tej samej serii w proporcji 1:3 można uzyskać nowe i niepowtarzalne kolory o perłowym odcieniu.
74.	KONCENTRAT-FARBA DO TEKSTYLIÓW 500 ML	Nietoksyczny i hipoalergiczny koncentrat farby do tekstyliów o pojemności 0,5 litra. W połączeniu z koncentratem farby o tych samych właściwościach w proporcji 1:3, umożliwia malowanie na koszulkach bawełnianych bez obawy, że malunki spiorą się.
76.	PLEXA DO MALOWANIA	Pleksi o wymiarach nie mniejszych niż 15 cm x 20 cm; grubość 2 mm, przezroczysta do wykorzystania podczas prac plastycznych.
78.	MASZYNA DO MALOWANIA – KOŁO DO MALOWANIA	Zespół dwóch drewnianych kół pasowych, o średnicy jednego koła nie mniejszej niż 21 cm, i średnicy drugiego koła nie mniejszej niż 8 cm, obracających się na stalowych osiach. Koła posiadają na rancie wyżłobienie, po którym przesuwa się gumowy pasek. Koła wprowadzane są w ruch. Można tworzyć formy plastyczne, gdzie materiał tworzenia jest w ruchu.
79.	MASZYNA DO MALOWANIA – PLATFORMA Z OSŁONĄ DO	Drewniana, kolorowa platforma do tworzenia abstrakcyjnych form plastycznych w kształcie łzy, o długości minimum 67 cm. Do niej dołączona osłona z tworzywa sztucznego, o długości nie mniejszej niż 140 cm, która uniemożliwia rozpryskiwanie farby.
80.	KOŁA – ARKUSZE DO MALOWANIA	Komplet 50 kół wykonanych z grubego bloku technicznego, o średnicy 36 cm, pasującej do Maszyny do malowania.

Analizując powyższe opisy trudno stwierdzić, dlaczego np. farba do tekstyliów, „pleksi o wymiarach nie mniejszych niż 15 cm x 20 cm; grubość 2 mm, przezroczysta”, czy „komplet 50 kół wykonanych z grubego bloku technicznego, o średnicy 36 cm”, czy nawet „Maszyna do malowania” składająca się z dwóch drewnianych kół obracających się na stalowych osiach, posiadających na rancie wyżłobienie, po którym przesuwa się gumowy pasek, stanowią przedmioty, które może wykonać (choćby na indywidualne zamówienie), czy dostarczyć, tylko jeden albo dwa podmioty w całym kraju.

Opisom zawartym w ww. 8 pozycjach trudno też zarzucić jakieś nadmierne i utrudniające konkurencję uszczegółowienie, które – prawdopodobnie – ma miejsce w innych pozycjach,

np. 144, (których jednak Izba nie badała, gdyż nie dotyczą ich zarzuty Prezesa UZP ze względu na to, że biegły uznał, iż pomimo takiego opisu możliwe jest zaoferowanie produktów równoważnych).

Poza tym należy przyznać rację Zamawiającemu, iż biegły nie przesądził w sposób definitywny, że takich produktów równoważnych w ogóle nie ma albo że nie mogłyby zostać wytworzone na zamówienie (jak wynika z opinii, opcji tej biegły wydawał się w ogóle nie brać pod uwagę), a jedynie nie znalazł ich w źródłach, z których korzystał. Zasadniczo Izba zgadza się z przedstawionymi przez Zamawiającego zarzutami co do braku w treści opinii biegłego informacji dotyczących przebiegu badania rynku.

Wadą opinii biegłego, zdaniem Izby, jest także to, że nie wskazał on, jakie konkretne wymagania w stosunku do ww. produktów powodują, że brak jest produktów równoważnych, np. kolor, pojemność opakowania, wielkość, kształt, materiał – np. w stosunku do farb zakwestionował on tylko 3 spośród 16 pozycji, których opis był podobny, np. w poz. 70: „FARBA KRI KRA KREA – czarna 1 l, 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.” Z kolei wskazane w tych pozycjach kolory, w szczególności złoty i srebrny, wydają się być popularne wśród dzieci i często znajdują się nawet w popularnych, niewielkich zestawach farb.

Przy tym należy zwrócić uwagę, że skoro w poz. 71-73 użyto konkretnych nazw produktów (KRI KRA KREA) oraz dopuszczono produkty równoważne, to dostarczane produkty mogły być nie identyczne z opisanymi, lecz musiały zachowywać równoważność w zakresie parametrów jakościowych, użytkowych i funkcjonalnych, które musiały być na poziomie nie niższym niż wskazane (zgodnie z przytoczonym na wstępie opisem równoważności zawartym na str. 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Jednocześnie Izba wskazuje, że niniejszego stanowiska nie uznaje za rozbieżne z opiniami przedstawionymi w uchwałach Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO/KD 20/16, KIO/KD 21/16, KIO/KD 23/16, KIO/KD 24/16, KIO/KD 25/16, KIO/KD 29/16, KIO/KD 31/16 ze względu na to, że opinia powyższa dotyczy ww. ośmiu kwestionowanych pozycji, a nie odmiennych produktów i wymogów do nich wskazanych w powyższych uchwałach.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....