

UZP/DKD/KND/25/15

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli

Zamawiający: Zachodnia Instytucja Gospodarki Budżetowej „PIAST”
ul. Cicha 8
56 – 100 Wołów

Rodzaj zamówienia: dostawy

Przedmiot zamówienia: sukcesywne dostawy leków i witamin

Tryb postępowania: przetarg nieograniczony

Wartość zamówienia: 136 182,77 zł (32 233,37 euro)

Wszczęcie kontroli: na wniosek

Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli doraźnej, na podstawie art. 154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, ze zm.), stwierdzono następujące nieprawidłowości:

1. Przedmiotem kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego były sukcesywne dostawy leków i witamin do punktów handlowych zamawiającego. Nazwy

zamawianych produktów (leków i witamin), ich masę/ilość, a także ilość (liczba sztuk) zamawianych produktów określał załącznik nr 6 do SIWZ pn. *Formularz cenowy*.

W ramach przedmiotowego zamówienia zamawiający wymagał dostawy m.in. następujących produktów:

L P	Nazwa produktu nadana przez Zamawiającego	Nazwa produktu oferowanego przez Wykonawcę*	Masa/Ilość	J.m.	Ilość [szt.]	Cena jedn. netto [zł]	Stawka VAT [%]	Wartość netto [zł] (poz.5x6)	Kwota VAT [zł] (od poz.8)	Wartość brutto [zł] (poz.8+9)
1	2		3	4	5	6	7	8	9	10
12.	Manti		10 tabletek	op.	100					
32.	Plusssz multiwitamina, magnez PLUSSSZ		≥86g (20 tab.)	op.	400					
33.	Plusssz multiwitamina, multiminerale PLUSSSZ		≥86g (20 tab.)	op.	800					
34.	Plusssz multiwitamina, potas PLUSSSZ		≥86g (20 tab.)	op.	200					
35.	Plusssz multiwitamina, witamina C PLUSSSZ		≥90g (20 tab.)	op.	200					
36.	Plusssz multiwitamina, żelazo PLUSSSZ		≥86g (20 tab.)	op.	200					
37.	Plusssz multiwitamina żeń-szeń PLUSSSZ		≥86g (20 tab.)	op.	200					

Ponadto, w treści załącznika nr 6 do SIWZ zamawiający postanowił, iż wykonawca zobowiązany jest podać pełną nazwę oferowanego produktu wraz z masą/ilością lub w inny powszechnie przyjęty sposób określić oferowany towar, tak, aby zamawiający miał możliwość identyfikacji oferowanego produktu w trakcie realizacji umowy. Jednocześnie, wykonawca nie mógł złożyć oferty alternatywnej, tj. takiej, która umożliwiałaby wybór między kilkoma towarami wskazanymi przez wykonawcę w odniesieniu do konkretnej pozycji Formularza cenowego.

Wykonawca X, którego ofertę zamawiający uznał za najkorzystniejszą w ww. postępowaniu zaoferował następujące produkty w pozycjach 12, 32, 33, 34, 35, 36 i 37 Formularza cenowego:

L P	Nazwa produktu nadana przez Zamawiającego	Nazwa produktu oferowanego przez Wykonawcę*	Masa/Ilość	J.m.	Ilość [szt.]	Cena jedn. netto [zł]	Stawka VAT [%]	Wartość netto [zł] (poz.5x6)	Kwota VAT [zł] (od poz.8)	Wartość brutto [zł] (poz.8+9)
1	2		3	4	5	6	7	8	9	10
12.	Manti	Manti 8 tabletek, US Pharmacia	10 tabletek	op.	100	5,18 zł	8%	518 zł	41,44 zł	559,44 zł
32.	Plusssz multiwitamina, magnez PLUSSSZ	Plusssz Classic, magnez PLUSSSZ 80g, 20 tabletek, Polski Lek	≥86g (20 tab.)	op.	400	5,90 zł	8%	2360 zł	188,80 zł	2548,80 zł
33.	Plusssz multiwitamina, multiminerale PLUSSSZ	Plusssz Classic, multiwitamina, PLUSSSZ 80 g, 20 tabletek, Polski Lek	≥86g (20 tab.)	op.	800	5,90 zł	8%	4720 zł	377,60 zł	5097,60 zł
34.	Plusssz multiwitamina, potas PLUSSSZ	Plusssz Classic, potas PLUSSSZ	≥86g (20 tab.)	op.	200	5,90 zł	8%	1180 zł	94,40 zł	1274,40 zł

		80 g, 20 tabletek, Polski Lek								
35.	Plusssz multiwitamina, witamina C PLUSSSZ	Plusssz Classic, witamina C PLUSSSZ 80 g, 20 tabletek, Polski Lek	≥90g (20 tab.)	op.	200	5,90 zł	8%	1180 zł	94,40 zł	1274,40 zł
36.	Plusssz multiwitamina, żelazo PLUSSSZ	Plusssz Classic, żelazo PLUSSSZ 80 g, 20 tabletek, Polski Lek	≥86g (20 tab.)	op.	200	5,90 zł	8%	1180 zł	94,40 zł	1274,40 zł
37.	Plusssz multiwitamina żeń-szeń PLUSSSZ	Plusssz Classic, żeń-szeń PLUSSSZ 80 g, 20 tabletek, Polski Lek	≥86g (20 tab.)	op.	200	5,90 zł	8%	1180 zł	94,40 zł	1274,40 zł

Z powyższej tabeli wynika, iż wykonawca X w odniesieniu do poz. 12 zaoferował produkt MANTI o liczbie tabletek w opakowaniu niezgodnej z SIWZ, a w odniesieniu do poz. 32 – 37 Formularza cenowego zaoferował produkty z serii PLUSSSZ CLASSIC, które zgodnie z informacją uzyskaną od producenta ww. suplementów diety, występują w opakowaniach o gramaturze 80 g zawierających 20 tabletek, a nie żądane przez zamawiającego produkty z serii PLUSSSZ Multiwitamina, które występują w opakowaniach o gramaturze 86 g zawierających 20 tabletek lub w opakowaniach o gramaturze 103,2 g zawierających 24 tabletki.

Drugi z wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienia publiczne, tj. X zaoferował następujące produkty w pozycjach 12, 32, 33, 34, 35, 36 i 37 Formularza cenowego:

L P	Nazwa produktu nadana przez Zamawiającego	Nazwa produktu oferowanego przez Wykonawcę*	Masa/ ilość	J.m.	Ilość [szt.]	Cena jedn. netto [zł]	Stawka VAT [%]	Wartość netto [zł] (poz.5x6)	Kwota VAT [zł] (od poz.8)	Wartość brutto [zł] (poz.8+9)
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
12.	Manti	Manti 8 tabletek	10 tabletek	op.	100	5,39 zł	8%	539 zł	43,12 zł	582,12 zł
32.	Plusssz multiwitamina, magnez PLUSSSZ	Plusssz multiwitamina, magnez PLUSSSZ 80 g (20 tabl.)	≥86g (20 tab.)	op.	400	5,98 zł	8%	2392 zł	191,36 zł	2583,36 zł
33.	Plusssz multiwitamina, multiminerały PLUSSSZ	Plusssz multiwitamina, multiminerały PLUSSSZ 80 g (20 tabl.)	≥86g (20 tab.)	op.	800	5,98 zł	8%	4784 zł	382,72 zł	5166,72 zł
34.	Plusssz multiwitamina, potas PLUSSSZ	Plusssz multiwitamina, potas PLUSSSZ 80 g (20 tabl.)	≥86g (20 tab.)	op.	200	5,98 zł	8%	1196 zł	95,68 zł	1291,68 zł
35.	Plusssz multiwitamina, witamina C PLUSSSZ	Plusssz multiwitamina, witamina C PLUSSSZ 80 g (20 tabl.)	≥90g (20 tab.)	op.	200	5,98 zł	8%	1196 zł	95,68 zł	1291,68 zł
36.	Plusssz multiwitamina, żelazo PLUSSSZ	Plusssz multiwitamina, żelazo PLUSSSZ 80 g (20 tabl.)	≥86g (20 tab.)	op.	200	5,98 zł	8%	1196 zł	95,68 zł	1291,68 zł
37.	Plusssz multiwitamina żeń-szeń PLUSSSZ	Plusssz multiwitamina żeń-	≥86g (20 tab.)	op.	200	5,98 zł	8%	1196 zł	95,68 zł	1291,68 zł

		szeń PLUSSSZ 80 g (20 tabl.)								
--	--	---------------------------------	--	--	--	--	--	--	--	--

Z powyższej tabeli wynika, iż wykonawca X w odniesieniu do poz. 12 zaoferował produkt MANTI o liczbie tabletek w opakowaniu niezgodnej z SIWZ, a w odniesieniu do poz. 32 – 37 Formularza cenowego zaoferował produkty z serii PLUSSSZ Multiwitamina, które jak wynika z informacji uzyskanych od producenta ww. suplementów diety, nigdy nie były produkowane w opakowaniu, które zawierało 20 tabletek i posiadało gramaturę 80 g. Z informacji uzyskanych od firmy Polski Lek S.A. będącej producentem ww. suplementów wynika, iż spółka posiada w swojej ofercie handlowej suplement diety w postaci tabletek musujących pod marką PLUSSSZ CLASSIC w opakowaniach o gramaturze 80 g zawierające 20 tabletek. Ponadto, ww. wykonawca w odniesieniu do poz. 3, 4, 5, 10, 13 i 14 Formularza cenowego nie wskazał ilości tabletek w opakowaniu oferowanych produktów.

W toku wszczętego przez Prezesa Urzędu postępowania wyjaśniającego, zamawiający w odniesieniu do podniesionego przez wnioskującego o kontrolę zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy X na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na zaoferowanie produktów niespełniających określonych w SIWZ kryteriów wagowych lub ilościowych dotyczących poz. 12, 32 - 37 Formularza cenowego wskazał, iż *„zdaniem Zamawiającego oferta firmy X nie zawiera żadnych uchybień ani błędów, a różnica cenowa ofert jest znikoma. W pełni odpowiada wymaganiom zamawiającego zawartym w siwz. Firma X wpisała w formularzu cenowym w poz. 12, 32 – 37, produkty o gramaturach i ilości tabletek niższych aniżeli wymagał zamawiający, dlatego że producent tych tabletek zmniejszył gramaturę i tylko w takiej gramaturze występują na rynku. Gdyby wpisał produkty o gramaturze, których wymagał Zamawiający zaproponowałby w ofercie produkty, które nie istnieją. Zdaniem Zamawiającego firma X zawarła prawidłowe zapisy w złożonej przez siebie ofercie. Identyczne zapisy znajdują się także w ofercie firmy X.”*

Z kolei odnosząc się do zarzutu dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty wykonawcy X na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na niewskazanie w treści oferty ilości tabletek oferowanych produktów w odniesieniu do poz. 3, 4, 5, 10, 13 i 14 Formularza cenowego zamawiający wskazał, że *„odrzuca ofertę firmy X, gdyż na rynku (obrot poza apteczny) dostępne są różne gramatury tabletek np.: Apap Extra (8 tabletek, 10 tabletek) oraz Ibuprom Sprint Caps (6 tabletek, 10 tabletek). Nieprawdą jest, jak pisze firma X, że w obrocie poza aptecznym występuje tylko Apap Extra 10 tabletek i Ibuprom Sprint Caps 10 tabletek (dowód wraz z paragonem w załączeniu).”*

Jednocześnie, w celu dokładnego ustalenia stanu faktycznego w przedmiotowej sprawie, Urząd Zamówień Publicznych pismem z dnia 8 czerwca 2015 r. zwrócił się do firmy

Polski Lek S.A. z prośbą o udzielenie informacji dotyczących suplementów diety PLUSSSZ (poz. 32 – 37 Formularza cenowego), w celu wyjaśnienia jaką gramaturę mają wskazane w poz. 32 - 37 Formularza cenowego produkty zawierające 20 tabletek w opakowaniu, a jaką zawierające 24 tabletki w opakowaniu oraz czy ww. podmiot posiada, w swojej ofercie, suplementy diety, o których mowa w poz. 32, 33, 34, 36 i 37 Formularza cenowego, które posiadałyby gramaturę większą lub równą 86g i występowałyby w ilości min. 20 tabletek w opakowaniu, a przypadku suplementu, o którym mowa w poz. 35 Formularza cenowego, który posiadałby gramaturę większą lub równą 90g i występowałby w ilości min. 20 tabletek w opakowaniu.

W odpowiedzi na przedmiotowe pismo, firma Polski Lek S.A. wskazała, iż posiada w swojej ofercie handlowej suplementy diety w postaci tabletek musujących pod marką PLUSSSZ w opakowaniach zawierających 20 lub 24 tabletki oraz przedstawiła gramaturę poszczególnych rodzajów produktów, co obrazuje poniższa tabela.

Produkt	Masa tabletki	Tuba 24 tabletki	Tuba 20 tabletek
Plusssz Magnez + Multiwitamina	4,3 g	103,2 g	86 g
Plusssz Minerale+Multiwitamina	4,3 g	103,2 g	86 g
Plusssz Potas+Multiwitamina	4,3 g	103,2 g	86 g
Plusssz witamina C+Multiwitamina	4,3 g	103,2 g	86 g
Plusssz żelazo+Multiwitamina	4,3 g	103,2 g	86 g
Plusssz żeń szeń+Multiwitamina	4,3 g	103,2 g	86 g

W uzupełnieniu powyższego stanowiska firma Polski Lek S.A. w piśmie z dnia 1 lipca 2015 r. wskazała, że suplementy diety: Plusssz Magnez + Multiwitamina, Plusssz Minerale + Multiwitamina, Plusssz Potas + Multiwitamina, Plusssz witamina C + Multiwitamina, Plusssz żelazo + Multiwitamina, Plusssz żeń-szeń + Multiwitamina nigdy nie były produkowane w opakowaniu, które zawierało 20 tabletek i posiadało gramaturę 80 g. Spółka Polski Lek S.A. posiada aktualnie w swojej ofercie handlowej suplementy diety w postaci tabletek musujących pod marką Plusssz Classic w opakowaniach o gramaturze 80 g, zawierających 20 tabletek.

Ponadto, pismem z dnia 8 czerwca 2015 r. Urząd Zamówień Publicznych wystąpił również do firmy USP Zdrowie Sp. z o.o. z prośbą o udzielenie informacji, w jaki sposób można nabyć lek MANTI (poz. 12 Formularza cenowego) zawierający 10 tabletek w opakowaniu.

W odpowiedzi na przedmiotowe pismo, firma USP Zdrowie Sp. z o.o. w piśmie z dnia 12 czerwca 2015 r. wskazała, że obecnie sprzedaje ww. lek do odbiorców hurtowych: 1) na rynku aptecznym w opakowaniach 8 i 32 tabletki, 2) na rynku pozaaptecznym 8 i 16 tabletek. Do września 2014 r. ww. lek w opakowaniu zawierającym 10 tabletek sprzedawany

był zarówno hurtowniom aptecznym, jak i pozaaptecznym. W związku z powyższym niewielkie ilości ww. produktu mogą znajdować się jeszcze w niektórych aptekach lub sklepach.

Odnosząc się do powyższego wskazać należy, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę jeśli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W myśl art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umowy. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada SIWZ pod względem przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego wykonania. Zatem oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która wykazuje odmienność od zapisów SIWZ w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności jego parametrów technicznych.

Z kolei art. 7 ustawy, z którego wynika zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców ma na celu zapewnienie dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania na równych zasadach. Z powyższego wynika m.in. konieczność oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom zasad i parametrów.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż zamawiający zasadnie odrzucił ofertę wykonawcy X, który nie zastosowawszy się do postanowień SIWZ nie wskazał w poz. 3, 4, 5, 10, 13 i 14 Formularza cenowego ilości tabletek oferowanych leków. Nie można przy tym zgodzić się ze stanowiskiem, iż leki określone w poz. 3 i 10 Formularza cenowego dostępne są na rynku tylko w jednej gramaturze, przez co zbędne było wskazanie przez wykonawcę X w treści Formularza cenowego liczby tabletek w opakowaniu w przypadku m.in. ww. produktów i poprzestanie na wskazaniu nazwy oferowanego produktu. Jak wykazał bowiem zamawiający w toku prowadzonego przez Prezesa Urzędu postępowania wyjaśniającego na rynku poza aptecznym występują produkty Apap Extra oraz Ibuprom Sprint Caps zawierające także odpowiednio 8 tabletek (Apap Extra) i 6 tabletek (Ibuprom Sprint Caps).

Jednocześnie, oferta ww. wykonawcy była niezgodna z treścią SIWZ w zakresie poz. 12 Formularza cenowego z uwagi na zaoferowanie produktu o mniejszej liczbie tabletek w opakowaniu aniżeli wymagana w SIWZ. Z kolei w odniesieniu do poz. 32 - 37 Formularza cenowego ww. wykonawca zaoferował produkty wymagane przez zamawiającego, tj. PLUSSSZ Multiwitamina jednakże o niższej niż wymagana w SIWZ gramaturze. Mając na uwadze wyjaśnienia producenta ww. suplementów diety, z których wynika iż produkt PLUSSSZ z serii Multiwitamina nigdy nie był produkowany w opakowaniu, które zawierało

20 tabletek i posiadało gramaturę 80 g, stwierdzić należy, iż ww. kwestia winna być przedmiotem wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy.

Z kolei w odniesieniu do oferty wykonawcy X stwierdzić należy, iż oferta ww. wykonawcy była niezgodna z treścią SIWZ z uwagi na zaoferowanie produktów niespełniających określonych w SIWZ kryteriów ilościowych (liczba tabletek w opakowaniu) w odniesieniu do poz. 12 Formularza cenowego oraz w szczególności w zakresie parametrów wagowych (gramatura produktu) w odniesieniu do poz. 32 - 37 Formularza cenowego, bowiem ww. wykonawca zaoferował produkty z serii PLUSSSZ CLASSIC, a nie produkty z serii PLUSSSZ Multiwitamina, których wymagał zamawiający.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż oferta wykonawcy X była niezgodna z treścią SIWZ w zakresie ilości oferowanych tabletek w opakowaniu w odniesieniu do poz. 12 Formularza cenowego oraz w szczególności w zakresie gramatury oferowanych produktów w odniesieniu do poz. 32 – 37 Formularza cenowego. Zamawiający zobowiązany był zatem odrzucić ofertę ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy.

Ponadto, zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy X do wyjaśnienia gramatury suplementów diety wskazanych w poz. 32 - 37 Formularza cenowego. Jednakże z uwagi na fakt, że oferta ww. wykonawcy została zasadnie odrzucona wskazane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania. Jednocześnie mając na uwadze, iż w postępowaniu nie złożono niepodlegającej odrzuceniu oferty, zaniechanie powyższego stanowi naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.

2. W piśmie z dnia 26 maja 2015 r. zamawiający, w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu z dnia 14 maja 2015 r. wyjaśnił, iż nie może wskazać nazwy produktów równoważnych oraz nazw producentów artykułów określonych w pozycjach 12 oraz 32 – 37 Formularza cenowego, bowiem po przeanalizowaniu produktów występujących na rynku stwierdził, iż nie znajduje towarów, którymi mógłby zastąpić produkt MANTI oraz tabletki musujące PLUSSSZ. W opinii zamawiającego, MANTI i PLUSSSZ to jedyne produkty spełniające wszystkie wymogi określone w SIWZ.

Zauważyć należy, iż zamawiający dopuścił w SIWZ możliwość zaoferowania przez wykonawców produktów równoważnych do żądanych w poz. 12 oraz 32 – 37 Formularza cenowego oraz określił kryteria równoważności odnoszące się w szczególności do gramatury leku, rodzaju oraz minimalnej ilości określonych substancji czynnych występujących w leku.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zgodnie z brzmieniem ww. przepisu, wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji w opisie przedmiotu zamówienia, co potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 października 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 984/08).

Zasada uczciwej konkurencji nie została w powyższym przepisie zawężona podmiotowo tylko i wyłącznie do wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, iż zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia, który bezpośrednio lub nawet pośrednio naruszałby zasadę uczciwej konkurencji. Jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 ustawy użyty w treści tego przepisu zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” wskazuje, iż do naruszenia ww. przepisu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio.

Ponadto, należy wskazać, iż nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego - wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Powyższy pogląd został wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 maja 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 423/08), w którym Izba stwierdziła, że *„Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób”*.

Powyższe stanowisko potwierdza Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 stycznia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 28/07; KIO/UZP 100/07), w którym stwierdziła, 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”*.

Z kolei zgodnie z ust. 3 ww. przepisu, przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu

zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. W wyroku z dnia 28 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 545/11), Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że art. 29 ust. 3 ustawy wprowadzający możliwość dopuszczenia składania ofert równoważnych ma charakter wyjątkowy i dlatego może być stosowany w wyjątkowych sytuacjach i winien być interpretowany ściśle. Zamawiający powinien określić w niezbędnym dla danego przedmiotu zamówienia jakie konkretne rozwiązania czy materiały będzie uważał za równoważne, jakie są dopuszczalne wartości odstępstwa od parametrów przedmiotu referencyjnego, ponieważ ta wielkość odstępstw ma istotny wpływ na sporządzenie oferty. Kryteria równoważności produktów winny być określone poprzez sformułowanie katalogu zamkniętego. Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia lub jego elementy do których zamawiający dopuszcza zamienniki równoważne w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości o jakich parametrach oraz na jakich warunkach mogą zaoferować konkretny produkt, aby spełniał on wymagania SIWZ. Odpowiedni stopień doprecyzowania wymagań umożliwia precyzyjną ocenę spełnienia warunku równoważności, tym samym umożliwia zamawiającemu bezstronną ocenę złożonych ofert. Niezbędne jest, aby taki opis był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, iż zamawiający poprzez wskazanie nazwy zamawianego produktu w poz. 12 i 32 – 37 Formularza cenowego wraz z pozornym określeniem kryteriów równoważności, których spełnienie w istocie sprowadzało się do możliwości zaoferowania przez wykonawców wyłącznie produktu MANTI oraz produktów z serii PLUSSSZ Multiwitamina stanowiło naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy.

3. Z dokumentacji kontrolowanego postępowania wynika, iż zamawiający nie poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego o terminie, po którego upływie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 4 ustawy, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o terminie, określonym zgodnie z art. 94 ust. 1 lub 2, po którego upływie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta.

W związku z niedopełnieniem ww. obowiązku informacyjnego, należy stwierdzić iż zamawiający naruszył przepis art. 92 ust. 1 pkt 4 ustawy.

4. W dziale VI pkt 2 SIWZ, zamawiający wskazał, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany był udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy znowelizowanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1232), która weszła w życie z dniem 19 października 2014 r., wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Z powyższego wynika zatem, iż zamawiający nie dopuścił możliwości posługiwania się przez wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasobami podmiotu trzeciego w zakresie zdolności ekonomicznych.

Powyższe działanie zamawiającego stanowi zatem naruszenie art. 26 ust. 2b ustawy.

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli (art. 167 ust. 1 ustawy Pzp).