

Warszawa, dnia 08.04.2016 r.

UZP/DKUE/KD/29/2016

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

Zamawiający:	Gmina Troszyn ul. Słowackiego 13 07-405 Troszyn
Rodzaj zamówienia:	dostawa
Przedmiot zamówienia:	dostawa pomocy dydaktycznych, laptopów oraz mebli, niezbędnych do przeprowadzenia zajęć w ramach projektu „Jesteśmy za indywidualizacją”
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	89 677,24 zł (22 310,00 euro)
Środki UE:	Europejski Fundusz Społeczny, Program Operacyjny Kapitał Ludzki 2007-2013

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) przedmiotem zamówienia w kontrolowanym postępowaniu była dostawa pomocy dydaktycznych, laptopów oraz mebli niezbędnych do przeprowadzenia zajęć dodatkowych do 3 szkół podstawowych prowadzonych przez Gminę Troszyn, przewidzianych w ramach projektu „Jesteśmy za

indywidualizacją”, współfinansowanego z Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, Priorytetu IX, Działanie 9.1, Poddziałanie 9.1.2. „Wyrównywanie szans edukacyjnych uczniów z grup o utrudnionym dostępie do edukacji oraz zmniejszenie różnic, w jakości usług edukacyjnych”. Przedmiot zamówienia został podzielony na 3 zadania:

- Zadanie 1 - dostawa pomocy dydaktycznych oraz laptopa wraz z niezbędnym oprogramowaniem dla Szkoły Podstawowej w Kleczkowie;
- Zadanie 2 – dostawa pomocy dydaktycznych, laptopa wraz z niezbędnym oprogramowaniem oraz mebli dla Szkoły Podstawowej w Łączynie.
- Zadanie 3 – dostawa pomocy dydaktycznych, laptopa wraz z niezbędnym oprogramowaniem oraz mebli dla Szkoły Podstawowej w Troszynie.

Nie dopuszczono możliwości składania ofert częściowych, a szczegółowy opis zamawianych dostaw z podaniem nazw produktów, miejsca dostawy, wymaganej ilości i parametrów zawiera „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” stanowiący załącznik nr 6 do SIWZ.

W rozdziale III (Opis przedmiotu zamówienia) pkt 3.8.3 - 5 SIWZ zamawiający zamieścił poniższe informacje dotyczące zastosowania materiałów równoważnych:

„3. Wszystkie nazwy własne użyte w dokumentacji przetargowej, określające typ produktu lub producenta są podane przykładowo i określają jedynie minimalne, oczekiwane parametry jakościowe, funkcjonalne i użytkowe produktu.

4. Zamawiający dopuszcza składanie rozwiązań równoważonych do opisanych przez Zamawiającego, zgodnie z zasadami określonymi w art. 30 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. W takim przypadku należy wypełnić odpowiednie kolumny formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 1a do niniejszej siwz, tj. kolumnę „f” - *„Oferowany przedmiot zamówienia (podać dokładny opis i nr stron, na których znajdują się potwierdzenia równoważności oferowanych poszczególnych towarów (produktów) zamówienia ze wskazaniem producenta)”*.

5. 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 szczegółową specyfikację, z której w sposób niebudzący wątpliwości Zamawiającego powinno wynikać, że ofertowany produkt ma nie gorsze parametry jakościowe, funkcjonalne oraz użytkowe niż określony przez Zamawiającego.”

W terminie składania ofert do zamawiającego wpłynęła jedna oferta złożona przez wykonawcę AMTAS (XXX) z ceną 107 235,00 zł brutto, którą zamawiający wybrał jako

najkorzystniejszą. Umowa w sprawie udzielenia kontrolowanego zamówienia została zawarta z ww. wykonawcą w dniu 02.10.2013 r.

Z uwagi na fakt, że rozstrzygnięcie, czy opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretne produkty, nie jest możliwe bez posiadania wiedzy specjalistycznej, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z prośbą do biegłego o sporządzenie opinii w celu rozstrzygnięcia, czy użyte przez zamawiającego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia parametry pomocy dydaktycznych mogły wskazywać na chęć wyboru konkretnych produktów dystrybuowanych przez wykonawcę REMI s.c. (YYY) z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcę AMTAS (XXX) 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. (YYY) oraz AMTAS (XXX) są jedynymi dystrybutorami produktów opisanych w siwz w opisie przedmiotu zamówienia?

Ponadto, biegły - mając na uwadze ww. zapisy SIWZ dotyczące możliwości zaoferowania produktów równoważnych – w sporządzonej opinii miał wskazać, czy możliwe było zaoferowanie produktów równoważnych do opisanych w SIWZ w zakresie parametrów jakościowych, funkcjonalnych oraz użytkowych.

Biegły w opinii z dnia 10.02.2016 r., przy uwzględnieniu przekazanej dokumentacji postępowania przedstawił poniższe stanowisko:

„Analizie zostało poddane 154 pomoce dydaktyczne, opisane w SIWZ zamawiającego – Gminę Troszyn. 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: 146 razy

Odpowiedzi przeczących udzielono: 8 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 parametrów technicznych produktów wskazuje, że tylko firmy: REMI i AMTAS są w stanie zaoferować produkty zgodne z opisem Zamawiającego.

Jednakże Zamawiający ujął w [ww. rozdziale III pkt 3.8. SIWZ – dop. wł.] informację o dopuszczeniu dostawy produktów równoważnych: (...).

Analizując parametry jakościowe, funkcjonalne i użytkowe opisane przez Zamawiającego, rzeczoznawca stwierdza, że istniała możliwość zaoferowania produktów równoważnych, poza 16 przypadkami produktów, dla których rzeczoznawca nie wskazał produktów równoważnych (wieże, tablica z literkami, kurtyna oświetlenie 2 pacynki, wieża liczb chwytań, talerz równoważny tarcza obrotowa, talerz obrotowy podstawa, maty do ćwiczeń, koło do malowania, platforma z osłoną do farb, farba złota, farba srebrna, farba perłowa, farba do tekstyliów, równoważnia belka, plansze do kości małe, plansze do kości duże).

Produkty równoważne, wskazane przez rzeczoznawcę w tabeli 1, kolumna 3, zostały opisane jako linki do stron internetowych, na których można było zakupić produkty równoważne.

Rzeczoznawca wskazał pomoce edukacyjne, które mają nie gorsze parametry jakościowe, funkcjonalne oraz użytkowe niż określone przez Zamawiającego.

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 16 razy

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono 8 razy

Odpowiedzi: Tak, możliwe było zaoferowanie produktów równoważnych udzielono 130 razy.

3. Jeśli opis pomocy i materiałów dydaktycznych wskazywał na konkretnego producenta, to czy wykonawca REMI s.c. (YYY) oraz AMTAS (XXX) są jedynymi dystrybutorami produktów opisanych w siwz w opisie przedmiotu zamówienia?

Odpowiedzi twierdzących udzielono: 27 razy

Odpowiedzi przeczących udzielono: 119 razy

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono: 8 razy.

Na podstawie analizy dokonanej przez rzeczoznawcę stwierdzam, 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 i AMTAS będąc jednocześnie również ich dystrybutorem.

Potencjalnym oferentem produktów zamieszczonych w siwz zamawiającego mogły być firmy: „Nowa Szkoła”, „Moje Bambino”, „Educarium”, „Edufit”, jak również sklepy internetowe: Nowa

Szkoła”, „Moje Bambino”, „Educarium”, „Edufit”, jak również sklepy internetowe: www.dzieciowy.pl, www.empis.pl, www.asko.pl, www.dydaktyczne.pl, www.edukielce.pl, www.bam.bam.rybnik.pl, www.eduksiegarnia.pl, www.pus.pl, www.empik.pl. (...).

Jak wynika z przedstawionego materiału Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania produktów równoważnych, poza 16 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 w SIWZ. Jako produkty równoważne rzeczoznawca wskazał pomoce edukacyjne, które mają nie gorsze parametry jakościowe, funkcjonalne oraz użytkowe niż określone przez Zamawiającego.”

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że z ww. opinii biegłego wynika także, że w odniesieniu do 7 produktów (wymienionych poniżej) nie istniała możliwość zaoferowania produktów równoważnych i jednocześnie jedynymi ich dystrybutorami są wykonawcy REMI s.c. (YYY) oraz AMTAS (XXX).

W związku z powyższym pismem z dnia 17.02.2016 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych mając na uwadze zamieszczone w SIWZ informacje dotyczące możliwości zaoferowania produktów równoważnych oraz opisy ww. produktów:

1. Pojemnik do farb (poz. 71);
2. Koło do malowania (poz. 72);
3. Platforma z osłoną do farb (poz. 73);
4. Farba Kri Kra Krea (poz. 85);
5. Farba Kri Kra Krea (poz. 86);
6. Farba Kri Kra Krea (poz. 87);
7. Farba do tekstyliów (poz. 88).

zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wskazanie:

- a) produktów spełniających wymagania określone w SIWZ, tj. produktów równoważnych w świetle zapisów SIWZ;
- b) innych niż firmy REMI s.c. Jacek Łyżwiński, Renata Toepler – Łyżwińska oraz AMTAS Adam Miński dystrybutorów ww. produktów.

Pismem z dnia 19.02.2016 r. zamawiający wyjaśnił, iż „analizując asortyment prezentowany w sklepach internetowych nie znaleziono ofert handlowych produktów równoważnych dla [ww.] pomocy dydaktycznych.” Ponadto zamawiający wskazał, iż „na podstawie informacji

dostępnych na stronach internetowych, nie udało się ustalić innych niż firmy REMI s.c. (YYY) oraz AMTAS (XXX) sprzedawców ww. produktów.”

Mając na uwadze wyżej przytoczony stan faktyczny należy podkreślić, 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 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 byliby 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 Pzp 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. (YYY) i AMTAS (XXX). Jednocześnie produkty te zostały opisane tak szczegółowo, że w praktyce niemożliwe było zaoferowanie przez innych dystrybutorów na rynku równoważnych pomocy dydaktycznych. Przy czym 7 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.

Powyższe potwierdził również sam zamawiający w wyjaśnieniach skierowanych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wskazując iż analizując asortyment prezentowany w sklepach internetowych nie znalazł ofert handlowych produktów równoważnych dla ww. 7 produktów oraz nie udało mu się ustalić innych niż firmy REMI s.c. (YYY) oraz AMTAS (XXX) dystrybutorów ww. produktów.

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. 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.”

Z opinii biegłego można zatem 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 umożliwiłby zaoferowanie różnych pomocy dydaktycznych przez różnych wykonawców, zapewniając osiągnięcie celu dydaktycznego.

Tym samym zamawiający opisując wymagania 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. (YYY) oraz AMTAS (XXX) s.c., przy czym – jak wynika z opinii - w przypadku 27 zamawianych produktów (18%) ww. wykonawcy są jedynymi ich dystrybutorami. Ponadto, w przypadku 7 z ww. 27 produktów nie było jednocześnie możliwości zaoferowania produktów równoważnych, co przesądza o tym, że ww. wykonawcy jako jedyni mogli złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty. Należy też nadmienić, iż w przedmiotowym postępowaniu została złożona tylko jedna oferta wykonawcy AMTAS Adam Miński, z którym zawarto umowę w sprawie kontrolowanego zamówienia.

Mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny i prawny, treść opinii biegłego powołanego na potrzeby przedmiotowego postępowania oraz wyjaśnienia zamawiającego należy stwierdzić, 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.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

3. Załącznik do Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej:

Kopia opinii z dnia 10.02.2016 r.