

aSygn. akt: KIO/KD 25/16

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 8 kwietnia 2016 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych w dniu 10 marca 2016 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Wójta Gminy Mińsk Mazowiecki**, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 3 marca 2016 r. (znak: UZP/DKUE/KD/12/16) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup i dostawa pomocy dydaktycznych w ramach projektu Szkoła Bliżej Dziecka w Gminie Mińsk Mazowiecki*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: **Anna Chudzik**
Członkowie : **Barbara Bettman**
Katarzyna Brzeska

wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy Pzp przeprowadził kontrolę doraźną postępowania prowadzonego przez Gminę Mińsk Mazowiecki o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup i dostawa pomocy dydaktycznych w ramach projektu Szkoła Bliżej Dziecka w Gminie Mińsk Mazowiecki*. W wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu wskazał, że zgodnie z treścią SIWZ przedmiotem zamówienia w kontrolowanym postępowaniu była dostawa pomocy dydaktycznych do 6 szkół podstawowych prowadzonych przez Gminę Mińsk Mazowiecki w ramach projektu *Szkoła bliżej dziecka w Gminie Mińsk Mazowiecki*. Szczegółowy opis zamawianych dostaw z podaniem nazw produktów, miejsca dostawy, wymaganej ilości, parametrów zamieszczony został w załączniku nr 6 do SIWZ *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia*, w którym w kolumnie drugiej została wskazana *nazwa pomocy dydaktycznej*, w trzeciej kolumnie *wymagania*, w kolejnych *ilość* i *cena* produktu. W SIWZ (Rozdział 2 – Opis przedmiotu zamówienia, pkt 2) Zamawiający zamieścił informację dotyczącą zastosowania materiałów równoważnych: *Zamawiający informuje, że dopuszcza dostawę produktów jakościowo równoważnych, spełniających równoważne do opisanych parametry. Przez produkty równoważne Zamawiający rozumie produkty o parametrach takich samych lub wyższych w stosunku do pozycji wskazanych w opisie. O ile w opisie przedmiotu zamówienia oraz w wyjaśnieniach do przetargu zamawiający wskazuje nazwy autorów książek, producentów materiałów, nazw własnych pomocy dydaktycznych, urządzeń, wyrobów itp. oznacza to, że Wykonawca może przyjąć rozwiązania wskazane przez Zamawiającego lub równoważne. Wszystkie określenia i nazwy materiałów, urządzeń, autorów publikacji służą jedynie do określenia parametrów jakościowych użytych materiałów, pomocy dydaktycznych, urządzeń, wyrobów oraz zakresów tematycznych książek i opracowań. Zamawiający uzna, że oferta jest równoważna, jeżeli przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych, jakościowych i merytorycznych takich samych lub lepszych od tych, które zostały określone w SIWZ, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem, pochodzeniem lub w przypadku książek innym autorem lub autorami publikacji. Przy czym istotne jest to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla Zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy, parametry lub tematykę (w przypadku książek specjalistycznych stanowiących pomoc dydaktyczną w zajęciach)*. Prezes Urzędu ustalił, że

w terminie składania ofert do zamawiającego wpłynęła jedna oferta złożona przez wykonawcę REMI s.c. XXX z ceną 116 489,12 zł.

Stwierdzając, że rozstrzygnięcie, czy opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretne produkty wymaga wiadomości specjalnych, Prezes Urzędu na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zwrócił się do biegłego o sporządzenie opinii w celu rozstrzygnięcia, 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. XXX z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcę AMTAS YYY 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. XXX oraz AMTAS YYY są jedynymi dystrybutorami produktów opisanych w SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia?

Biegły w sporządzonej opinii przedstawił następujące stanowisko:

Analizie zostało poddanych 113 pomocy dydaktycznych, opisanych w SIWZ zamawiającego – Gminę Mińsk Mazowiecki. 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: 54 razy

Odpowiedzi przeczących udzielono: 59 razy

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono: 0 razy

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

Przykładowy opis (pogrubieniem zaznaczono elementy tożsame opisów).

Opis przedmiotu zamówienia w SIWZ zamawiającego:

Słucham, wiem, odczytuję - plansze cz.1

zestaw minimum 50 drewnianych, kwadratowych płytek o wymiarach nie mniejszych niż 6 cm z kolorowymi powtarzającymi się dwukrotnie obrazkami. Minimum 12 drewnianych podstawek dwurzędowych o długości nie mniejszej niż 18 cm. Całość zamknięta w drewnianym pudełku. Dla dzieci od lat 3.

Opis przedmiotu w ofercie handlowej firmy REMI lub AMTAS:

Słucham, wiem, odczytuję - plansze cz. 1

Zestaw 50 drewnianych, kwadratowych płytek o wymiarach nie mniejszych niż 6 cm z kolorowymi powtarzającymi się dwukrotnie obrazkami. Umożliwiają one dzieciom dzielenie obrazków na grupy, przeprowadzenie ćwiczeń słuchowych. Zestaw zawiera płytę CD z 20 nagraniami w oddzielnych blokach, gdzie każdy składa się z 3 odgłosów. 12 drewnianych podstawek dwurzędowych o długości nie mniejszej niż 18 cm. Całość zamknięta w drewnianym pudełku. Pomoc stymuluje sprawność analizatora słuchowego.

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 (...)

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 54 razy.

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono 59 razy.

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

Odpowiedzi twierdzących udzielono: 9 razy

Odpowiedzi przeczących udzielono: 45 razy

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono: 59 razy.

We wnioskach biegły stwierdził, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Zamawiający tym samym ograniczył krąg firm i producentów, którzy mogliby zaoferować produkty opisane w SIWZ.

Kontrolujący podkreślił, 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 nałożył na niego obowiązek uwzględnienia przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia generalnych warunków, 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). 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. Ponadto, 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. 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.

Opierając się na opinii biegłego Kontrolujący stwierdził, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretne produkty dystrybuowane m.in. przez firmy REMI s.c. XXX i AMTAS YYY. Jednocześnie produkty te zostały opisane tak szczegółowo, że w praktyce niemożliwe było zaoferowanie przez innych dystrybutorów równoważnych pomocy dydaktycznych, przy czym 9 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. Tak opis przedmiotu zamówienia utrudniał zatem dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, a w konsekwencji utrudniał uczciwą konkurencję. Opis przedmiotu zamówienia zawierał wymagania co do parametrów technicznych produktów stanowiących pomoce dydaktyczne, których nie można uzasadnić potrzebami Zamawiającego. Kontrolujący powołał się na opinię biegłego, w której stwierdza się, że: *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.

W ocenie Prezesa Urzędu z opinii 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 umożliwiłby zaoferowanie różnych pomocy dydaktycznych przez różnych wykonawców, zapewniając osiągnięcie celu dydaktycznego. Tym samym Zamawiający opisując wymagania techniczne dotyczące pomocy dydaktycznych działał zbyt rygorystycznie. Powyższy rygoryzm promował produkty dystrybuowane przez wykonawców REMI s.c. XXX oraz AMTAS YYY, przy czym – jak wynika z opinii – w 8% zamawianych produktów ww. wykonawcy są jedynymi ich dystrybutorami, co przesądza o tym, że jako jedyni mogli złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty.

W dniu 10 marca 2016 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli, w których podniósł, że stwierdzenia zawarte w opinii biegłego pomijają kwestię odpowiedniej jakości przedmiotu zamówienia opisanego poprzez cel edukacyjny, jakiemu mają służyć. Zamawiający wskazał, że problemem w konstruowaniu opisu przedmiotu zamówienia było to, aby dopuścić do udziału w postępowaniu jak największe grono wykonawców, a jednocześnie zapewnić wysoką jakość produktów, jak również zapewnić, że przedmiot zamówienia jest przez kogokolwiek na rynku dostarczany. Zdaniem Zamawiającego opinia biegłego nie uwzględnia dynamiki runku produktów edukacyjnych. Zamawiający podniósł, że dane na temat zapotrzebowania produktów były zbierane od nauczycieli z poszczególnych szkół na terenie Gminy Mińsk Mazowiecki, którzy swoje

wskazania oparli na konkretnych produktach, które sami znali i potwierdzali ich jakość oraz wartość edukacyjną. Opisy te w prawie niezmienionej formie zostały zawarte we wniosku o dofinansowanie. Następnie, podczas opracowywania SIWZ okazało się, że część produktów została wycofana z rynku, część zaś jest oferowana przez mniejsze grono dystrybutorów. Dużym problemem było pogodzenie opisów z wniosku o dofinansowanie z opisem przedmiotu zamówienia przy jednoczesnym nieograniczaniu uczciwej konkurencji. Zamawiający nie dysponował w tym procesie wyspecjalizowanymi biegłymi, a jedynie własnymi pracownikami. Zdaniem Zamawiającego fakt, że w 8% zamawianych produktów wykonawcy wskazani przez biegłego są ich jedynymi dystrybutorami, jest korelacją czysto przypadkową, wynikającą z nałożenia się na siebie następujących czynników:

- opisów pomocy dydaktycznych przygotowanych przez kadrę nauczycielską do wniosku o dofinansowanie,
- dążenia do zachowania zgodności opisu przedmiotu zamówienia z zatwierdzonym wnioskiem o dofinansowanie,
- dążenia do uzyskania gwarancji wysokiej jakości zamawianych produktów,
- dążenia do unikania opisów abstrakcyjnych, odnoszących się do nieistniejących na rynku produktów.

W odpowiedzi na zastrzeżenia Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli oraz wskazał, że Zamawiający może zakwestionować zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp jeśli wykaże, że opis przedmiotu zamówienia ma swoje źródło w jego uzasadnionych potrzebach lub że wymagania SIWZ spełniają inne produkty w sposób zapewniający uczciwą konkurencję. Prezes Urzędu powołał się na uzupełniającą opinię biegłego z 18 marca 2016 r., w której biegły stwierdził, że *cel edukacyjny i dydaktyczny jest jak najbardziej uzasadniony w SIWZ, gdyż pozwala sprawdzić, czy dany przedmiot jest tym, którego potrzebuje zamawiający dyrektor danej placówki. Pozwala także oferentom na lepsze dopasowanie się do potrzeb zamawiającego. Biegły stwierdził, że dokładność parametrów wynikała z przepisania pomocy dydaktycznych i edukacyjnych z katalogu, podczas gdy wystarczyło sprawdzić, nawet w Internecie, produkty podobne lub równoważne. Na tej podstawie można było utworzyć uniwersalny opis potrzebnego sprzętu, zawierający wymiary (min. i max.), temat nadruków, typ farb i lakierów, materiał, itp.*

Opierając się na uzupełniającej opinii biegłego Prezes Urzędu stwierdził, że możliwe było opisanie pomocy dydaktycznych poprzez wskazanie m.in. ich celu edukacyjnego natomiast nie było potrzeby przepisywania opisu tych pomocy z oferty handlowej konkretnych podmiotów. Prezes Urzędu podkreślił, że opis przedmiotu zamówienia powinien zawierać wymagania co do ogólnego wyglądu i sposobu korzystania z danej pomocy

dydaktycznej oraz celu edukacyjnego, jakiemu ta pomoc ma służyć (np. jakie umiejętności ma rozwijać). Zdaniem Prezesa Urzędu, w niniejszym postępowaniu możliwość zaferowania przez wykonawców produktu równoważnego została w praktyce wyłączona. Ponadto nie sposób stwierdzić, że opis przedmiotu zamówienia pokrywający się z opisem z oferty handlowej dwóch wykonawców znajduje uzasadnienie w potrzebach Zamawiającego, który w zastrzeżeniach nie wyjaśnił, w jaki sposób opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą ich ogólnego wyglądu, sposobu korzystania i celu edukacyjnego miałyby negatywnie wpływać na jakość zamawianych produktów. Prezes Urzędu nie zgodził się też z tezą Zamawiającego, że wpływ na sposób dokonania opisu przedmiotu zamówienia miała dynamika rynku zamawianych produktów i podniósł, że skoro wskazanie na konkretne produkty we wniosku o dofinansowanie spowodowało, że na etapie opracowania SIWZ część produktów była już wycofana, to tym bardziej świadczy to o potrzebie opisu pomocy dydaktycznych za pomocą ogólnych wymogów, tak by m.in. po wycofaniu części produktów z rynku nadal te wymogi spełniały inne produkty.

Prezes Urzędu podkreślił, że Zamawiający nie zakwestionował zawartego w Informacji o wyniku kontroli stwierdzenia, że 8% produktów opisanych w SIWZ nie miało odpowiednika równoważnego i było dystrybuowanych jedynie przez dwóch wykonawców, którzy jako jedyni mogli złożyć oferty niepodlegające odrzuceniu na cały przedmiot zamówienia. Wskazane przez Zamawiającego czynniki, które miały wpływ na powyższe nie zmieniają – zdaniem Prezesa Urzędu – faktu, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób ograniczający konkurencję.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:

Zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że stan faktyczny został w toku kontroli ustalony prawidłowo i nie był kwestionowany w zastrzeżeniach. Kwestią sporną była ocena ustalonego stanu faktycznego pod kątem jego zgodności z art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W świetle przywołanych przepisów swoboda zamawiającego w określaniu cech produktów, które chce zakupić, jest ograniczona koniecznością zachowania

w postępowaniu uczciwej konkurencji. Z jednej strony oczywistym jest, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym nabywcą określonych towarów czy usług, a konieczności zachowania uczciwej konkurencji nie można utożsamiać z nakazem umożliwienia złożenia oferty przez jak najszerszy krąg wykonawców, w oderwaniu od potrzeb Zamawiającego. Z drugiej strony niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które nie jest podyktowane racjonalnymi i obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego.

Ocena przedmiotowej sprawy wymagała ustalenia po pierwsze, czy Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób ograniczający krąg podmiotów mogących złożyć ofertę, a po drugie – czy takie ograniczenie jest usprawiedliwione specyfiką przedmiotu zamówienia i uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego.

Izba wzięła pod uwagę, że z uwagi na fakt, iż ustalenie powyższych okoliczności wymagało wiadomości specjalnych, Prezes Urzędu na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zasięgnął opinii biegłego – rzeczoznawcy podręczników i programów szkolnych. Sformułowana przez Prezesa Urzędu ocena prawna wniosków wynikających z opinii biegłego była – zdaniem Izby – prawidłowa. Izba ocenę tę podziela i przyjmuje ją za własną.

Ustawa Pzp nie zawiera szczegółowych regulacji dotyczących znaczenia opinii biegłego i sposobu jej oceny. Ze względu na kontradiktoryjny charakter postępowania kontrolnego za zasadne, zdaniem Izby, należy uznać posiłkowanie się zasadami wypracowanymi w tym zakresie w odniesieniu do postępowania cywilnego, zgodnie z którymi sąd nie może poczynić ustaleń sprzecznych z opinią biegłego, jeżeli jest ona prawidłowa i jeżeli odmienne ustalenia nie mają oparcia w pozostałym materiale dowodowym (m.in. wyrok SN z 27 listopada 1974 r., II CR 748/74), a podstawy do dokonania ustaleń faktycznych nie może stanowić opinia dowolna, sprzeczna z materiałem dowodowym, niepełna lub pozbawiona argumentacji umożliwiającej sądowi dokonanie wszechstronnej oceny złożonej przez biegłego (wyrok SN z 17 maja 1974 r., I CR 100/74). Przenosząc powyższe zasady na grunt postępowania kontrolnego należy stwierdzić, że w zakresie, w jakim sprawa wymaga wiadomości specjalnych, Kontrolujący (a za nim Izba) nie był uprawniony do poczynienia ustaleń sprzecznych z opinią biegłego, jeżeli opinia ta jest kompletna, spójna logicznie, zawierająca argumentację umożliwiającą dokonanie wszechstronnej oceny. Z kolei rozstrzygnięcie wbrew tej opinii byłoby zasadne pod warunkiem podważenia jej wiarygodności lub wykazania wad takich jak wewnętrzna sprzeczność, niekompletność czy brak stanowczych konkluzji.

W ocenie Izby, skierowane do biegłego pytania były sformułowane prawidłowo, w sposób pozwalający ustalić okoliczności istotne dla oceny dokonanej przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Izba doszła również do przekonania, że sporządzona przez biegłego opinia (wraz z opinią uzupełniającą) nie była obarczona żadną z wad, które uzasadniałyby odstąpienie od jej uwzględnienia i dokonanie przez Kontrolującego własnych ustaleń wbrew tej opinii. Biegły jednoznacznie stwierdził, że w przypadku 54 produktów parametry wyszczególnione w SIWZ zostały dostosowane pod konkretny produkt lub producenta i nie było możliwości zaoferowania produktów równoważnych, a w dziewięciu przypadkach wykonawcy REMI s.c. XXX oraz AMTAS YYY są jedynymi dystrybutorami produktów opisanych w SIWZ. Zamawiający w zastrzeżeniach nie polemizował z powyższymi ustaleniami ani nie próbował wykazać wadliwości opinii biegłego w tym zakresie.

Biegły zakwestionował zasadność określania cech zamawianych produktów na takim poziomie szczegółowości, że stanowiły one odzwierciedlenie ofert handlowych konkretnych wykonawców i jednocześnie potwierdził możliwość dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób bardziej ogólny, w szczególności poprzez wskazanie celu edukacyjnego i dydaktycznego. Zamawiający w zgłoszonych zastrzeżeniach poprzestał na przeciwstawieniu powyższym tezom własnej oceny, wskazując na okoliczności, które – w ocenie Izby – nie usprawiedliwiają przyjętego sposobu opisu przedmiotu zamówienia.

Po pierwsze, nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że opinia biegłego nie uwzględnia dynamiki rynku produktów edukacyjnych. Za nielogiczne należy uznać stanowisko, zgodnie z którym stworzenie opisu przedmiotu zamówienia na wysokim poziomie szczegółowości, z wyspecyfikowaniem cech produktów w sposób odpowiadający ofertom handlowym konkretnych wykonawców, może zapobiec problemom wynikającym z dynamiki rynku, takim jak wyeliminowanie określonych produktów z rynku. W ocenie Izby uzasadniona jest teza przeciwna – im bardziej opis przedmiotu zamówienia jest elastyczny i dokonany z uwzględnieniem funkcjonalności i założonego do osiągnięcia celu, tym bardziej ograniczone zostaje ryzyko związane ze zmianami dostępnego na rynku asortymentu. W związku z powyższym nie zasługuje na uwzględnienie przedstawiony w zastrzeżeniach argument o dążeniu do unikania opisów abstrakcyjnych, odnoszących się do nieistniejących na rynku produktów. To właśnie bardzo szczegółowe opisanie cech zamawianych produktów prowadzi do tego, że opisane przez Zamawiającego wymagania będzie spełniać niewiele produktów, które dodatkowo – ze względu na dynamikę rynku – mogą w toku postępowania przestać być dostępne. Rezygnując z opisów abstrakcyjnych Zamawiający nie tylko nie wyeliminował powyższego ryzyka, a wręcz je zwiększył, postępując jednocześnie w sposób naruszający uczciwą konkurencję.

Po drugie, wskazania na produkty oferowane przez konkretnych wykonawców nie usprawiedliwia fakt, że opis pomocy dydaktycznych przygotowany był przez kadre nauczycielską do wniosku o dofinansowanie, a Zamawiający zobowiązany był zapewnić zgodność opisu przedmiotu zamówienia z zatwierdzonym wnioskiem. Podkreślić należy, że to na Zamawiającym spoczywa odpowiedzialność za przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób gwarantujący przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji. Posiłkując się wskazaniem kadry nauczycielskiej przy określaniu zapotrzebowania na pomoce dydaktyczne Zamawiający zobowiązany był sporządzić taki opis przedmiotu zamówienia, aby był on zgodny z przepisami ustawy Pzp, a konieczność zachowania jego zgodności z zatwierdzonym wnioskiem o dofinansowanie nie usprawiedliwia naruszenia tego obowiązku. Zamawiający mógł zapewnić, aby opis zapotrzebowania na pomoce dydaktyczne we wniosku o dofinansowanie był sporządzony w taki sposób, aby przyszły opis przedmiotu zamówienia odpowiadał przepisom ustawy.

Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że dokonany przez niego opis przedmiotu zamówienia był usprawiedliwiony dążeniem do uzyskania gwarancji wysokiej jakości zamawianych produktów. Jak wynika z opinii biegłego, możliwe było opisanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem celu, jakiego mają służyć zamawiane produkty. W zgłoszonych zastrzeżeniach w żaden sposób nie wykazano, że odejście od szczegółowego wyspecyfikowania cech poszczególnych pomocy dydaktycznych i opisanie ich od strony funkcjonalnej ze wskazaniem określonych parametrów granicznych, narażałoby na konieczność zamówienia produktów niskiej jakości. W świetle opinii biegłego należy uznać, że Zamawiający miał możliwość stworzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób generalny, niewskazujący na konkretne produkty, przy jednoczesnym opisaniu wymagań tak, aby przedmiot zamówienia spełniał jego oczekiwania jakościowe.

Podsumowując, Zamawiający poprzez opis przedmiotu zamówienia ograniczył do dwóch krąg wykonawców, którzy mogli złożyć ofertę na cały przedmiot zamówienia, co potwierdza opinia biegłego. Jednocześnie Zamawiający nie wykazał, że taki opis przedmiotu zamówienia był konieczny, aby zamawiane produkty odpowiadały jego usprawiedliwionym oczekiwaniom. W związku z powyższym Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu, że opisując przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu Zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....