

sygn. akt: KIO/KD 31/16

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 12 maja 2016 r.**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 4 kwietnia 2016 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego – Gminę Trojanów, Trojanów 57a, 08-455 Trojanów, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 1 kwietnia 2016 r., znak sprawy: UZP/DKUE/KD/17/16, w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Doposażenie bazy dydaktycznej klas I-III Szkół Podstawowych w Gminie Trojanów w ramach Projektu *Stawiamy na Indywidualizację*” (znak sprawy: DM.271.11.2013),

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Członkowie: Emil Kawa
Marek Koleśnikow

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (zwany dalej: „Prezesem UZP” lub „Kontrolującym”), działając na podstawie art. 161 ust. 1 w zw. z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm. – wersja aktu normatywnego obowiązująca w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), zwanej dalej „Pzp”, w okresie od dnia 11 lutego 2016 r. do dnia 1 kwietnia 2016 r., dokonał kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, przeprowadzonego przez Zamawiającego – Gminę Trojanów, pn.: „Doposażenie bazy dydaktycznej klas I – III Szkół Podstawowych w Gminie Trojanów w ramach Projektu *Stawiamy na Indywidualizację*” (znak sprawy: DM.271.11.2013), zwanego dalej „Postępowaniem”.

W „Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej” z dnia 1 kwietnia 2016 r. (dalej: „Informacja”) Kontrolujący stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, art. 26 ust. 3 Pzp, art. 38 ust. 4a pkt 1 Pzp oraz art. 26 ust. 4 Pzp.

Wskazane zarzuty stanowiły konsekwencję następujących ustaleń faktycznych i argumentacji prawnej.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp ustalono, że zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) przedmiotem zamówienia była dostawa pomocy dydaktycznych i specjalistycznego sprzętu do 7 szkół podstawowych prowadzonych przez Gminę Trojanów w ramach projektu „Stawiamy na indywidualizację”.

Szczegółowy opis zamawianych produktów z podaniem ich nazw, miejsca dostawy, wymaganej ilości i parametrów zamieszczony został w załączniku nr 1 do SIWZ – „Wykaz pomocy dydaktycznych z opisem”, zwanym dalej „Wykazem”.

W ogłoszeniu o zamówieniu (pkt II.1.4) i SIWZ (pkt 2.8) Zamawiający zamieścił następującą informację dotyczącą zastosowania materiałów równoważnych: „[...]Jeżeli w szczególnym wykazie pomocy dydaktycznych wskazano, że do realizacji niniejszego zamówienia należy dostarczyć produkty konkretnych producentów Zamawiający informuje, że dopuszcza dostawę produktów jakościowo równoważnych, spełniających równoważne parametry. Przez produkty równoważne Zamawiający rozumie produkty o parametrach takich samych lub wyższych w stosunku do oryginału produkowanego przez producentów, wskazanych w wykazie. W przypadku użycia w SIWZ

przy opisie przedmiotu zamówienia nazwy producenta, znaku towarowego, patentu lub pochodzenia w odniesieniu do określonych przedmiotów Zamawiający wymaga, aby taki zapis rozumieć jako minimalny, określający parametry techniczne przedmiotu i w tym przypadku Wykonawca może zaoferować przedmiot równoważny, tzn. o takich samych lub lepszych parametrach, ale przy spełnianiu minimalnych parametrów określonych przez Zamawiającego. W takim przypadku Wykonawca zobowiązany jest również przedstawić wraz z ofertą szczegółowy opis przedmiotu wraz ze zdjęciem, z którego w sposób niebudzący wątpliwości Zamawiającego winno wynikać, iż zastosowany przedmiot lub element jest o takich samych lub lepszych parametrach technicznych, jakościowych, funkcjonalnych niż przedmiot lub jego element określony przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia.[...]

Ponadto w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt II.3) oraz w SIWZ (pkt 2.7) zamieszczono następującą informację: „[...]Wszystkie dostarczone pomoce dydaktyczne, winny być fabrycznie nowe, wolne od wad, wykonane w ramach bezpiecznych technologii oraz dopuszczone do stosowania w placówkach oświatowych. Wszystkie dostarczone pomoce dydaktyczne winny spełniać wymagania norm UE. Produkty, które tego wymagają winny posiadać niezbędne aktualne atesty, świadectwa jakości, certyfikaty bezpieczeństwa lub deklaracje zgodności producentów na podstawie pozytywnych badań przeprowadzonych w laboratoriach posiadających akredytację Polskiego Centrum Akredytacji i spełniać wszystkie wymogi norm określonych obowiązującym prawem.[...]”.

W Postępowaniu złożona została jedna oferta – wykonawcy ██████████ prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AMTAS ██████████

Prezes UZP wskazał, że w przedmiotowej sprawie zaszła konieczność zasięgnięcia opinii biegłego celem ustalenia, czy użyte przez Zamawiającego w Wykazie parametry techniczne pomocy dydaktycznych mogły wskazywać na chęć wyboru konkretnych produktów dystrybuowanych przez ww. wykonawcę lub wykonawców ██████████ prowadzących działalność gospodarczą pod firmą REMI s.c. ██████████

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

1. Czy parametry wyszczególnione w opisie przedmiotu zamówienia dotyczące pomocy i materiałów dydaktycznych zostały dostosowane pod konkretny produkt lub producenta, a 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 ww. podmioty są jedynymi dystrybutorami produktów opisanych w opisie przedmiotu zamówienia?
4. Czy wymóg posiadania przez wykonawcę „Certyfikatu Klasy Marzeń” dla oferowanych produktów mógł ograniczyć krąg wyborów możliwych do zastosowania w Postępowaniu?

Prezes UZP podał, że biegły w sporządzonej opinii stwierdził, że analizując 127 pomocy dydaktycznych na pierwsze z wymienionych pytań odpowiedzi twierdzącej udzielił 111 razy, przeczącej – 13 razy, zaś „nie dotyczy” – 3 razy. W większości przypadków udzielenia odpowiedzi twierdzącej opis w SIWZ stanowił przedruk ofert wspomnianych podmiotów.

Biegły podał, że parametry wskazujące na konkretny produkt w opisie przedmiotu zamówienia, to np.:

„[...]OUATRATA – karty zadaniowe. 60 kwadratowych kart zadaniowych (gruba tektura) o wymiarach boku nie mniejszych niż 10 cm, ze wzorami przedstawiającymi układ brył o zróżnicowanym stopniu trudności. 20 różnorodnych, drewnianych, kolorowych brył geometrycznych, w tym 11 z niepowtarzalną formą. Bryły składają się z wielokrotności sześciianu o wymiarach boków nie mniejszych niż 2 cm. Wyobraźnia przestrzenna, komunikacja w grupie. Całość zapakowana w duże, drewniane lakierowane pudełko.[...]”

W ocenie biegłego na podstawie tak szczegółowego opisu trudno jest znaleźć produkt równoważny, czyli taki, który ma takie same parametry techniczne jak w opisie. Na uwagę zasługuje opis opakowania – „drewniane lakierowane pudełko”. W przypadku zabawki czy pomocy edukacyjnej opakowanie nie ma edukacyjnego waloru, ani też wpływu na efekty pracy z daną pomocą. W kontekście przedmiotu zamówienia nie ma znaczenia jako element zamawianego produktu.

W pozostałych pomocach edukacyjnych szczegółowy opis utrudniający uczciwą konkurencję obejmował przede wszystkim: rozmiary zabawki, kolory, materiał z jakiego jest wykonana, a także opakowanie w jakim się znajduje.

Kontrolujący podkreślił następnie, że na drugie z pytań odpowiedzi negatywnej, wskazującej na brak możliwości zaoferowania produktu równoważnego, biegły udzielił 111 razy, natomiast w 16 przypadkach wskazał „nie dotyczy”.

Z kolei na trzecie z pytań odpowiedzi twierdzącej udzielono 23 razy, przeczącej – 89 razy, „nie dotyczy” – 15 razy.

Finalnie, w odpowiedzi na ostatnie z pytań, biegły dwukrotnie udzielił odpowiedzi pozytywnej, w pozostałych 125 przypadkach odpowiedział przecząco. Wyjaśnił, że „Certyfikat Klasy Marzeń” jest tytułem dla dystrybutora zabawek lub pomocy dydaktycznych i można go uzyskać na Targach, które odbywają się corocznie w Kielcach. W Targach mogą brać udział producenci i dystrybutorzy zabawek i pomocy edukacyjnych dla dzieci. Jest to impreza komercyjna. Za udział w niej wystawcy zabawek i pomocy edukacyjnych ponoszą opłaty według regulaminu Targów. Można stwierdzić, że nie wszyscy producenci i dystrybutorzy zabawek i pomocy edukacyjnych obligatoryjnie biorą w niej udział. Tym samym zawęża się krąg osób – firm zainteresowanych otrzymaniem tego certyfikatu. Nie jest to żaden prestiżowy tytuł. Niemniej jednak informacja zawarta w SIWZ mówiąca o tym, że pomoc dydaktyczna/zabawka powinna posiadać „Certyfikat Klasy Marzeń” zawęża krąg wyborów możliwych do zastosowania w Postępowaniu.

Biegły stwierdził, że wspomniani wykonawcy nie są jedynymi dystrybutorami produktów opisanych w SIWZ. Skonstatował, że na rynku jest wiele firm oferujących te same produkty, z których kilka przykładowo wymienił.

W podsumowaniu biegły oświadczył, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, ograniczając krąg firm i producentów, którzy mogliby zaoferować produkty opisane w SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia 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 zamawiającemu możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany interes, to każdy z podmiotów dokonujących zakupów określonego rodzaju dostaw, usług lub robót budowlanych ma obowiązek, przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia, uwzględnić generalne wymogi wynikające z przepisów Pzp.

W szczególności, zgodnie z art. 29 ust. 2 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 Pzp. Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 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 Kontrolujący wskazał, 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 podmiotom, które również byłyby w stanie wykonać dane zamówienie. Podkreślił, że w przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 Pzp wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

W opinii Prezesa UZP z okoliczności sprawy wynika, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretne produkty dystrybuowane przez określone podmioty. Jednocześnie produkty te zostały opisane tak szczegółowo, że w praktyce niemożliwe było zaoferowanie przez innych dystrybutorów na rynku równoważnych pomocy dydaktycznych. Przy czym 16 produktów, dla których wg. biegłego nie ma rozwiązań równoważnych, jest dystrybuowanych wyłącznie przez wspomniane wcześniej podmioty, co przesądza o tym, że cały przedmiot zamówienia mogły zaoferować tylko one.

Kontrolujący stwierdził, że z opinii biegłego wynika, iż opis przedmiotu zamówienia utrudniał dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, a w konsekwencji utrudniał uczciwą konkurencję. Zawierał on wymagania co do parametrów technicznych produktów stanowiących pomoce dydaktyczne, których nie można uzasadnić potrzebami Zamawiającego. Jak wskazał biegły „[...]Zabawki i pomoce edukacyjne dla dzieci w wieku wczesnoszkolnym stanowią bazę wyposażenia niemal każdej szkoły w Polsce. Służą między innymi procesowi indywidualizacji w procesie nauczania – uczenia się. Obecnie na rynku dostępnych jest wiele pomocy edukacyjnych, które różnią się przede wszystkim jakością wykonania, ceną oraz walorami estetycznymi. Niemniej jednak porównując produkty różnych producentów i dystrybutorów można stwierdzić, że niemal wszystkie spełniają wymogi służące procesowi indywidualizacji. Mając na uwadze rozwój procesów poznawczych u dzieci ważne jest odpowiednie ich stymulowanie, poprzez wykorzystanie różnorodnych pomocy edukacyjnych. Ogromna ich oferta jest dostępna niemal w każdym sklepie stacjonarnym jak również poprzez internet. Istnieje wiele różniących się pod względem formy, parametrów technicznych i właściwości zabawek i pomocy edukacyjnych produkowanych lub dystrybuowanych przez różne firmy. Jedną z firm dystrybuujących zabawki i pomoce edukacyjne dla dzieci jest firma REMI oraz firma AMTAS. (...) można stwierdzić – porównując ze sobą kilka pomocy edukacyjnych – że nie istnieje jeden model (wzór, rodzaj) pomocy edukacyjnej spełniającej kryteria indywidualizacji.

Np. gra edukacyjna „Rybki”, polegająca na „łowieniu” rybek na wędkę może stanowić pomoc wykonaną z różnych materiałów. Liczy się tutaj wartość edukacyjna, czyli osiągnięcie zamierzonego celu, np. sprawności manualnej i koordynacji wzrokowo-ruchowej.[...]”.

Prezes UZP podsumował, że z opinii biegłego można wywieść, że nie było potrzeby opisywania konkretnych pomocy dydaktycznych za pomocą ich dokładnych parametrów, ale możliwe było opisanie ich przez cel edukacyjny, jakiemu mają służyć. Taki opis umożliwiłby zaoferowanie różnych pomocy dydaktycznych przez różnych wykonawców, zapewniając osiągnięcie celu dydaktycznego.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 Pzp Kontrolujący wskazał, że Postępowanie zostało wszczęte w dniu 8 listopada 2013 r., podczas gdy dnia 20 lutego 2013 r. weszła w życie ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U.2012.1271), która wprowadziła nową przesłankę wykluczenia, określoną w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp (przynależność do tzw. grupy kapitałowej). Celem weryfikacji podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego pod kątem zaistnienia wskazanej powyżej okoliczności ustawodawca w art. 26 ust. 2d Pzp zobowiązał wykonawcę do złożenia wraz z wnioskiem lub ofertą listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, albo informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej.

Kontrolujący podkreślił, że ww. dokumentu są objęte procedurą uzupełniania, o której mowa w przepisie art. 26 ust. 3 Pzp. Stwierdził, że Zamawiający, w braku załączenia przez Wykonawcę A dokumentu, o którym mowa w art. 26 ust. 2d Pzp, powinien był wezwać go do jego uzupełnienia, czego bezprawnie zaniechał.

Uzasadniając naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 1 Pzp Kontrolujący podał, że w dniu 14 listopada 2013 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej informację o zmianie SIWZ w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia (wartość zamówienia referencyjnego). Pomimo tego Zamawiający nie dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu, podczas gdy, zgodnie z art. 38 ust. 4a pkt 1 Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zamieszcza ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W ocenie Prezesa UZP zmiana treści SIWZ w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu niewątpliwie prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, co aktualizowało po stronie Zamawiającego obowiązek zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

W zakresie ostatniego ze stwierdzonych naruszeń Kontrolujący przytoczył treść warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i wskazał, że Wykonawca A powołał się na zamówienie zrealizowane na rzecz Gminy Troszyn na kwotę 107.235,00 zł brutto obejmujące m.in. dostawę pomocy dydaktycznych (wymóg wynikający z treści warunku udziału w Postępowaniu – pomoce dydaktyczne o wartości 100.000,00 zł). Z załączonego do oferty listu referencyjnego nie wynika jaką wartość zamówienia referencyjnego stanowiły pomoce dydaktyczne. Zdaniem Prezesa UZP Zamawiający powinien był, w oparciu o przepis art. 26 ust. 4 Pzp, wyjaśnić tą kwestię, czego nie zrobił.

Zamawiający – pismem z dnia 5 kwietnia 2016 r. – wniósł zastrzeżenia, w których przedstawił następującą argumentację.

Na wstępie podał, że uzyskał dofinansowanie na realizację projektu „Stawiamy na indywidualizację” w ramach umowy nr UDA-POKL.09.01.02-14-311/13-00 z dnia 26 września 2013 r. Załącznik do umowy stanowił wniosek o dofinansowanie, w którym wymieniono nazwy pomocy dydaktycznych i określono urządzenia, które zostaną zakupione w ramach projektu. Zamawiający przygotowując SIWZ był zobowiązany opisać przedmiot zamówienia zgodnie z zawartą umową. W związku z powyższym opis pomocy dydaktycznych został sporządzony na podstawie wymagań zawartych we wniosku.

Podkreślił następnie, że w orzecznictwie Izby ukształtował się pogląd, że opis przedmiotu zamówienia dokonany w taki sposób, że wyłącznie jeden wykonawca może złożyć zgodną z nim ofertę, może nie być poczytany za naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp. Zamawiający może bowiem żądać od wykonawców produktów o odpowiednich kryteriach jakościowych, ponieważ jest to uzasadnione rzeczywistą potrzebą z uwagi na ich wykorzystanie w pracy z dziećmi klas I-III.

Zamawiający wymagał w ramach zamówienia dostawy pomocy dydaktycznych o dobrych walorach pod względem wykonania i wartości edukacyjnych, dlatego określił w SIWZ wymóg posiadania „Certyfikatu Klasy Marzeń”. Wskazany certyfikat nie był jednak dokumentem wymaganym na potwierdzenie, że oferowane produkty spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

Zamawiający podkreślił, że w SIWZ zostały zawarte postanowienia dotyczące możliwości zaoferowania przez wykonawców przedmiotów równoważnych, tzn. o takich samych lub lepszych parametrach. W trakcie Postępowania nie wpłynęły żadne pytania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia oraz wnioski o dokonanie zmiany parametrów zamawianych produktów.

W świetle przytoczonej argumentacji zarzut dotyczący opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję Zamawiający uznał za bezzasadny. Nie zgodził się również z twierdzeniem, jakoby ograniczył krąg firm i producentów, którzy mogliby zaoferować produkty opisane w SIWZ, ponieważ na chwilę obecną nie są Zamawiającemu znane wszystkie firmy, które funkcjonowały w obrocie gospodarczym w trakcie Postępowania.

Zamawiający podał następnie, że w dniu 14 listopada 2013 r. dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, a wprowadzoną zmianę zamieścił na stronie internetowej. Stwierdził, że ponieważ osoba odpowiedzialna za przygotowanie i przeprowadzenie Postępowania nie jest już pracownikiem Urzędu Gminy, nie potrafi udowodnić, że ww. zmiana została ujęta w ogłoszeniu o zamówienie.

Zamawiający wyjaśnił, że na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia Wykonawca A dostarczył referencje potwierdzające wykonanie zamówienia na rzecz Gminy Troszyn w zakresie dostawy pomocy dydaktycznych, laptopów i mebli o wartości 107.235,00 zł. Zamawiający uznał złożone referencje za wystarczające, ponieważ z analizy dokumentacji przetargowej dostępnej na stronie internetowej Gminy Troszyn wynikało, że zakres dostaw był tożsamy z przedmiotem zamówienia w ramach prowadzonego postępowania, tj. dotyczył dostawy pomocy dydaktycznych i komputerów. W ramach zamówienia Wykonawca A dostarczył do Gminy Troszyn tylko 2 szt. mebli. Na podstawie powyższego złożone referencje Zamawiający uznał za prawidłowe i odstąpił od wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp.

W odpowiedzi Kontrolujący – pismem z dnia 27 kwietnia 2016 r. – podtrzymał dotychczasowe stanowisko i działając w trybie określonym przepisem art. 167 ust. 2 zd. drugie Pzp, przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Izbę.

Izba zważyła, co następuje.

Po dokonaniu analizy przepisów obowiązujących w dacie wszczęcia Postępowania oraz akt kontroli, w szczególności ustaleń dokonanych w jej toku przez Prezesa UZP i stanowiska Zamawiającego, Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego nie są zasadne.

Izba, dzielając i przyjmując za własne ustalenia Kontrolującego odnośnie stwierdzonych w Informacji naruszeń, wyjaśnia dodatkowo co następuje.

W zakresie naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp skład orzekający wskazuje, że jakkolwiek zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tak nie dysponuje niczym nieograniczonym prawem opisanie przedmiotu zamówienia wedle własnych preferencji.

Po pierwsze – sposób sformułowania opisu przedmiotu zamówienia odpowiadać musi wymogom określonym w przepisie art. 29 ust. 1 i 3 Pzp, po drugie zaś – opis przedmiotu zamówienia nie może, zgodnie z przepisem art. 29 ust. 2 Pzp, naruszać uczciwej konkurencji, przy czym wystarczające do stwierdzenia naruszenia ww. regulacji jest chociażby uprawdopodobnienie tej okoliczności. Wspomniany zakaz należy rozumieć w ten sposób, że zamawiający uprawniony jest wyłącznie do takiego scharakteryzowania przedmiotu zamówienia, które odpowiada jego rzeczywistym i uzasadnionym potrzebom. Zamawiający, czy to w postępowaniu odwoławczym, którego przedmiotem jest kontrola przez Izbę prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia, czy to w postępowaniu kontrolnym, powinien być w stanie wykazać jakimi uzasadnionymi potrzebami kierował się konstruując opis przedmiotu zamówienia w określony sposób.

W przedmiotowej sprawie, w odpowiedzi na przytoczoną powyżej argumentację Kontrolującego, opartą na wnioskach zawartych w opinii biegłego, a wskazującą przykłady konkretnych wadliwości opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający przedstawił szczątkowe stanowisko odnosząc się do rzekomej treści umowy o dofinansowanie projektu, w ramach którego zrealizowane zostało skontrolowane zamówienie. Nie jest przy tym wiadome dlaczego treść tej umowy miałaby niejako sanować stwierdzone naruszenie, ponieważ dopuszczenie takiej możliwości stanowiłoby, w ocenie Izby, obejście przepisu art. 29 ust. 2 Pzp.

Nie mogło również odnieść skutku lakoniczne powołanie się na rzeczywistą potrzebę wykorzystywania zamówionych pomocy dydaktycznych w pracy z dziećmi klas I-III. W szczególności Zamawiający nie podał argumentów przemawiających za stwierdzeniem, że tylko opis przedmiotu zamówienia w przyjętym przez niego kształcie, który w przeważającej mierze wskazywał na wyroby dystrybuowane przez ograniczony krąg podmiotów, gwarantował realizację tak rozumianego celu.

Nie sposób również podzielić zapatrywania Zamawiającego, jakoby o braku naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 Pzp świadczyć miała możliwość zaoferowania przez wykonawców produktów równoważnych, w kształcie przewidzianym postanowieniami SIWZ.

Należy mieć bowiem na względzie, że rozwiązanie równoważne nie jest identyczne z rozwiązaniem referencyjnym, a jedynie pod pewnymi istotnymi, określonymi przez zamawiającego cechami, odpowiada takiemu rozwiązaniu. Z powyższego wynika zawodność charakteryzowania rozwiązania równoważnego wyłącznie przez wskazanie, że ma ono posiadać takie same lub lepsze parametry, z pominięciem określenia tych cech rozwiązania, które decydować będą o jego równoważności w stosunku do tych, które zostały przyjęte w opisie przedmiotu zamówienia.

Reasumując, przewidziana przez Zamawiającego możliwość zaoferowania produktów równoważnych miała wyłącznie pozorny charakter, co *nota bene* znalazło odzwierciedlenie w ustaleniach powołanego przez Kontrolującego biegłego.

Niezrozumiałe były natomiast wywody Zamawiającego odnośnie roli, jaką w Postępowaniu odgrywał dokument pn.: „Certyfikat Klasy Marzeń”. Z jednej strony wskazał on bowiem na wymóg jego posiadania, z drugiej zaś podał, że nie był on dokumentem przedmiotowym.

Niezależnie od powyższego skład orzekający wskazuje, że Zamawiający nie odniósł się w tym zakresie do zasadniczej kwestii, a to stwierdzonego przez biegłego dyskryminującego charakteru postawionego wymogu, z uwagi na charakter takiego dokumentu i okoliczności towarzyszące jego uzyskiwaniu.

Podzielając w całości ustalenia Prezesa UZP w zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania Wykonawcy A do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w art. 26 ust. 2d Pzp, Izba wskazuje jedynie, że Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach w ogóle nie podjął polemiki z ustaleniami Kontrolującego.

Izba nie znalazła również podstaw do uwzględnienia zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących zarzuconego mu naruszenia przepisu art. 38 ust. 4a pkt 1 Pzp. Treść zastrzeżeń w istocie nie podważa ustaleń Prezesa UZP, wskazując jedynie na brak po stronie Zamawiającego możliwości zweryfikowania przedmiotowej kwestii, co w żaden sposób nie tłumaczy ani nie usprawiedliwia zaniechania zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Skład orzekający uznał również, że Zamawiający powinien był wyjaśnić z Wykonawcą A kwestię wartości dostawy referencyjnej. Należy mieć na uwadze, że treść warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia odnosiła się li tylko do dostawy pomocy dydaktycznych, podczas gdy zamówienie wykazane przez ww. podmiot obejmowało również – jak sam na to wskazuje Zamawiający – komputery i meble. Zachodził zatem brak tożsamości pomiędzy zamówieniem opisanym w treści warunku, a zamówieniem referencyjnym, obligujący Zamawiającego do wyjaśnienia tej kwestii w trybie przepisu art. 26 ust. 4 Pzp. Nie uwzględniono przy tym twierdzeń Zamawiającego, że wartość dostaw materiałów dydaktycznych ustalił na podstawie „analizy dokumentacji przetargowej dostępnej na stronie internetowej Gminy Troszyn”, ponieważ kwestią równie istotną, co ilość zamówionych komputerów i mebli, była również sprawa udziału ich wartości w ogólnej kwocie zamówienia, do której Zamawiający zasadniczo się nie odniósł.

Wobec powyższego Izba, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....