

UZP/DKUE/KD/5/16

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej**1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:**

Zamawiający:	Gmina Żary o statusie miejskim ul. Rynek 1 – 5 68-200 Żary
Rodzaj zamówienia:	dostawy
Przedmiot zamówienia:	zakup i dostawa pomocy dydaktycznych, oprogramowania i wyposażenia w ramach realizowanego przez Gminę Żary o statusie miejskim projektu systemowego: „Bawimy się ucząc i poznając świat”
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	259.815,93 zł, co stanowi równowartość 64.637,26 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, oprogramowania i wyposażenia do 6 szkół podstawowych prowadzonych przez Gminę Żary o statusie miejskim w ramach projektu „Bawimy się ucząc i poznając świat”. Szczegółowy opis zamawianych dostaw z podaniem nazw produktów, miejsca dostawy, wymaganej ilości, parametrów zamieszczony został w załączniku nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia „Specyfikacja dostaw”. W drugiej kolumnie „Specyfikacji dostaw” został wskazany szczegółowy „opis” zamawianego produktu, a w trzeciej kolumnie zostały wskazane „nazwa/przykładowa nazwa produktu spełniająca wymagania zamawiającego”.

W siwz (Rozdział III – Opis przedmiotu zamówienia, pkt 2) zamawiający zamieścił informację dotyczącą zastosowania produktów równoważnych: „Występujące w <<Specyfikacji dostaw>> nazwy własne, znaki towarowe lub podane niektóre charakterystyczne dla producenta wymiary nie są wiążące w przypadku zaoferowania przez wykonawcę asortymentu równoważnego, który posiadać będzie co najmniej takie same lub lepsze parametry techniczne, jakościowe i funkcjonalne, będzie tożsamy tematycznie i o takim samym przeznaczeniu oraz nie obniży określonych w specyfikacji dostaw standardów.

Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego obowiązany jest wykazać, że oferowane przez niego dostawy (produkty) spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. W takiej sytuacji Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wraz z ofertą stosownych dokumentów uwiarygodniających oferowane produkty tj. kartę katalogową, opis, zdjęcie produktu itp., które potwierdzać będą spełnienie wymagań Zamawiającego. Podane w <<Specyfikacji dostaw>> nazwy własne nie mają na celu naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a w szczególności art. 7 i art. 29, a służą jedynie sprecyzowaniu oczekiwań jakościowych Zamawiającego”.

W dniu 25.07.2013 r. wpłynął do zamawiającego wniosek wykonawcy EDU Pracownia ZZZ o zmianę treści siwz w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, który zdaniem wnioskującego naruszał art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp z uwagi na zawarcie w opisie przedmiotu zamówienia produktów dystrybuowanych na rynek polski wyłącznie przez firmę REMI oraz fakt jego sporządzenia „zbyt szczegółowo, na tyle, że bezpośrednio wskazuje na konkretną pomoc dydaktyczną, (konkretnego dostawcę, który ma wyłączność na dystrybucję tych produktów w Polsce)”.

W udzielonych wyjaśnieniach zamawiający pismem z dnia 29.07.2013 r. poinformował wykonawców, iż nie uznaje zasadności zarzutu, oraz że nazwy własne produktów podane w specyfikacji dostaw są jedynie nazwami orientacyjnymi. Ponadto zamawiający dopuścił

„uzasadnione łącenia pozycji wskazanych w specyfikacji dostaw poprzez podanie w formularzu cenowym jednej nazwy i jednej ceny produktu (dla kilku pozycji), który łącznie stanowić będzie oczekiwaną pomoc dydaktyczną.”

W terminie składania ofert do zamawiającego wpłynęły dwie oferty, przy czym pismem z dnia 23.08.2013 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę REMI s.c. XXX z ceną 267.278,09 zł oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy EDU Pracownia ZZZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści siwz w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia. W treści uzasadnienia zamawiający wskazał m.in., iż produkty zamienne zaoferowane w pozycjach nr: 9, 11, 12, 16, 47, 63, 64, 73 nie stanowią rozwiązań równoważnych opisanym w siwz. Ponadto, zamawiający poinformował wykonawcę EDU Pracownia ZZZ, iż w 15 pozycjach wykonawca zaoferował produkty zamienne, które zostały uznane za równoważne opisanym w siwz, natomiast w ok. 30 pozycjach wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających, że oferowane produkty spełniają wymagania zamawiającego mimo takiego wymogu zawartego w siwz (zamawiający odstąpił od ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp).

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 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, przy uwzględnieniu przekazanej dokumentacji postępowania przedstawił poniższe stanowisko:

„Analizie zostało poddanych 151 pomocy dydaktycznych, opisanych w SIWZ zamawiającego – Gminę Żary. 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: 142 razy

Odpowiedzi przeczących udzielono: 9 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: (...)

Parametry wskazujące na konkretny produkt w opisie, np.:

Gotujemy zupę – Pomoc dydaktyczna (gra planszowa), doskonaląca pamięć, logiczne myślenie i umiejętności komunikacyjne. Na planszy układamy 32 żetony o średnicy nie mniejszej niż 3,5cm z nadrukowanymi 8 rodzajami warzyw, powtarzającymi się czterokrotnie. Zadaniem gracza jest zebranie do koszyka warzyw tak, aby nie powtórzyć żadnego. Po zebraniu warzyw do koszyków, dzieci nazywają zupę, którą będą gotować. Przy wypowiedzi dzieci muszą pamiętać o prawidłowej odmianie wyrazów, np.: zupa pieczarkowo – marchewkowo – cebulowa. Zielona plansza z materiału filcopodobnego do łatwego złożenia nie podatnego na zniszczenia o wymiarach nie mniejszych niż 42 x 42 cm i 4 listwy do usztywniania planszy, 4 drewniane, kolorowe ludziki, 4 ażurowe, kolorowe koszyczki o wysokości nie mniejszej niż 4 cm, drewniana kość z oczkami od 1 do 6.

To jest opis produktu Zamawiającego opisanego w SIWZ, który jest tożsamy z opisem produktu w katalogu ofercie firmy REMI.

Na podstawie tak szczegółowego opisu trudno jest znaleźć produkt równoważny, czyli taki, który ma takie same parametry techniczne jak w opisie.

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

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 142 razy.

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono 9 razy.

3. 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: 29 razy

Odpowiedzi przeczących udzielono: 112 razy

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono: 10 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, 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: www.dzieciowoy.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. (...).

Podsumowując biegły wskazał, iż „Jak wynika z przedstawionego materiału Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Zamawiający tym samym ograniczył krąg firm i producentów, którzy mogliby zaoferować produkty opisane w siwz”.

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 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. XXX i AMTAS YYY. Jednocześnie produkty te zostały opisane tak szczegółowo, że w praktyce niemożliwe było zaoferowanie przez innych dystrybutorów na rynku równoważnych pomocy dydaktycznych. Przy czym 29 produktów, dla których wg biegłego nie ma rozwiązań równoważnych jest dystrybuowanych wyłącznie przez firmy REMI i AMTAS, co przesądza o tym, że cały przedmiot zamówienia mogły zaoferować tylko te firmy.

Z przedstawionej powyżej opinii biegłego wynika, że opis przedmiotu zamówienia utrudniał zatem dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, a w konsekwencji utrudniał uczciwą konkurencję. Przy czym opis przedmiotu zamówienia zawierał 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.”

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 techniczne 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. XXX oraz AMTAS YYY, przy czym – jak wynika z opinii - w 19% zamawianych produktów ww. wykonawcy są jedynymi ich dystrybutorami, co przesądza o tym, że jako jedyni mogli złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty. Ponadto, należy nadmienić, iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia do zamawiającego wpłynął wniosek o zmianę treści siwz w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, co dodatkowo potwierdza, iż ww. parametry produktów utrudniały innym wykonawcom niebędącym ich dystrybutorami ubieganie się o zamówienie. Nie bez znaczenia jest także fakt, iż w przedmiotowej sprawie umowa o udzielenie zamówienia publicznego została zawarta z wykonawcą REMI s.c. XXX, a druga ze złożonych ofert (tańsza) została odrzucona z powodu zaoferowania częściowo produktów nierównoważnych.

Mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny i prawny oraz treść opinii biegłego powołanego na potrzeby przedmiotowego postępowania, 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 20.01.2016 r.