

UZP/DKUE/KD/32/2016

### Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

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

**Zamawiający:** Gmina Pniewy  
Pniewy 2  
05-652 Pniewy

**Rodzaj zamówienia:** dostawa

**Przedmiot zamówienia:** dostawa pomocy dydaktycznych do szkół podstawowych Gminy Pniewy w ramach projektu systemowego POKL 9.1.2 pt. Indywidualizacja z Gminą Pniewy

**Tryb postępowania:** przetarg nieograniczony

**Wartość zamówienia:** 97.405,70 zł (24.232,69 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) przedmiot kontrolowanego zamówienia obejmuje dostawę 4 pakietów pomocy dydaktycznych do 4 szkół podstawowych z terenu Gminy Pniewy:

- Pakiet nr 1 - Pomoce dydaktyczne dla PSP w Ciechlinie (76 pozycji);
- Pakiet nr 2 - Pomoce dydaktyczne dla PSP w Jeziorze (68 pozycji);
- Pakiet nr 3 - Pomoce dydaktyczne dla PSP w Karolewie (68 pozycji);
- Pakiet nr 4 - Pomoce dydaktyczne dla PSP w Kruszewie (68 pozycji).

Szczegółowy opis zamawianych dostaw z podaniem nazw produktów, ich opisu, ilości oraz miejsc dostawy zawiera „Zestawienie pomocy dydaktycznych – formularz cenowy” stanowiący załącznik nr 5 do siwz. W ww. załączniku zamawiający zawarł informację o możliwości zaoferowania produktów równoważnych o następującej treści: „Nazwy własne użyte w opisie przedmiotu zamówienia, określające typ produktu lub producenta, zostały podane przykładowo w celu określenia minimalnych oczekiwanych parametrów jakościowych, użytkowych i funkcjonalnych produktu. Wykonawca oferujący 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 szczegółowy opis, specyfikację oraz zdjęcie, z których w sposób nie budzący wątpliwości powinno wynikać, że oferowany produkt ma nie gorsze parametry jakościowe, funkcjonalne oraz użytkowe, niż określone przez zamawiającego.”

W terminie składania ofert do zamawiającego wpłynęła jedna oferta złożona przez wykonawcę AMTAS XY z ceną 114.940,00 zł brutto, którą zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą. Umowa w sprawie udzielenia kontrolowanego zamówienia została zawarta z ww. wykonawcą w dniu 25.11.2013 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 zwróciła 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. XY, XY z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcę AMTAS XY 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. XY, XY oraz AMTAS XY są jedynymi dystrybutorami produktów opisanych w SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia?

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

Biegły w opinii z dnia 07.02.2016 r., przy uwzględnieniu przekazanej dokumentacji postępowania przedstawił poniższe stanowisko:

„Analizie zostało poddanych 80 pomocy dydaktycznych, opisanych w SIWZ zamawiającego – Gminę Pniewy. 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: 62 razy

Odpowiedzi przeczących udzielono: 13 razy

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono: 5 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 wyjaśnieniach do SIWZ informację o dopuszczeniu dostawy produktów równoważnych: (...).

Analizując parametry jakościowe, funkcjonalne i użytkowe opisane przez Zamawiającego, rzeczoznawca stwierdza, że istniała możliwość zaoferowania produktów równoważnych, poza 5 przypadkami produktów, dla których rzeczoznawca nie wskazał produktów

równoważnych ([kurtyna oświetlenie, 2 pacynki]; ślimak; szachowy skoczek M. skoczki, szachowy skoczek M. plansza; wieża liczb chwytak; (...)).

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 5 razy

Odpowiedzi: Tak, możliwe było zaoferowanie produktów równoważnych udzielono 58 razy.

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono 17 razy

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

Odpowiedzi twierdzących udzielono: 8 razy

Odpowiedzi przeczących udzielono: 53 razy

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono: 19 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.dzieciowoy.pl](http://www.dzieciowoy.pl), [www.empis.pl](http://www.empis.pl), [www.asko.pl](http://www.asko.pl), [www.dydaktyczne.pl](http://www.dydaktyczne.pl), [www.edukielce.pl](http://www.edukielce.pl), [www.bam.bam.rybnik.pl](http://www.bam.bam.rybnik.pl), [www.eduksiegarnia.pl](http://www.eduksiegarnia.pl), [www.pus.pl](http://www.pus.pl), [www.empik.pl](http://www.empik.pl). (...).

Jak wynika z przedstawionego materiału Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania produktów równoważnych, poza 5 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 2 produktów (wymienionych poniżej) nie istniała możliwość zaoferowania produktów równoważnych i jednocześnie jedynymi ich dystrybutorami są wykonawcy REMI s.c. XY, XY oraz AMTAS XY.

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 nw. produktów:

1. szachowy skoczek M. skoczki (poz. 61),
2. szachowy skoczek M. plansza (poz. 62);

zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wskazanie:

- b) produktów spełniających wymagania określone w SIWZ, tj. produktów równoważnych w świetle zapisów SIWZ;
- c) innych niż firmy REMI s.c. XY, XY oraz AMTAS XY dystrybutorów ww. produktów.

Pismem z dnia 22.02.2016 r. zamawiający wyjaśnił jedynie, że „określenie przedmiotu zamówienia w przetargu na dostawę pomocy dydaktycznych do szkół podstawowych Gminy Pniewy w ramach projektu systemowego POKL 9.1.2 pt. „Indywidualizacja z Gminą Pniewy” następowało w odniesieniu do określenia ich, zawartych w programie, z którego ma być finansowany zakup (Umowa o dofinansowanie projektu w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki 9.1.2 - Wyrównanie szans edukacyjnych uczniów z grup o utrudnionym dostępie do edukacji oraz zmniejszanie różnic w jakości usług edukacyjnych).” Tym samym zamawiający nie wskazał produktów równoważnych do wyżej opisanych.

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. XY, XY i AMTAS XY. Jednocześnie produkty te zostały opisane tak szczegółowo, że w praktyce niemożliwe było zaoferowanie przez innych dystrybutorów na rynku równoważnych pomocy dydaktycznych. Przy czym 2 produkty, 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 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 części pomocy dydaktycznych zaoferowanie produktów równoważnych, działał zbyt rygorystycznie. Powyższy rygoryzm promował produkty dystrybuowane przez wykonawców REMI s.c. XY, XY oraz AMTAS XY, przy czym – jak wynika z opinii - w przypadku 8 zamawianych produktów ww. wykonawcy są jedynymi ich dystrybutorami. Ponadto, ww. wykonawcy byli jedynymi dystrybutorami w przypadku 2 z 5 wymienionych przez biegłego produktów, dla których w praktyce nie było 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 XY, z którym zawarto umowę w sprawie kontrolowanego zamówienia.

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 s.c. XY, XY oraz AMTAS XY - 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 07.02.2016 r.,
- kopia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.