

Sygn. akt: KIO/KD 23/16

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 6 kwietnia 2016 r.**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 14 marca 2016 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

**Miasto i Gmina Lipsko**  
**ul. 1 Maja 2**  
**27-300 Lipsko**

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 3 marca 2016 r.,  
(znak: UZP/DKUE/KD/18/16)

w przedmiocie postępowania na:

*Zakup i dostawa pomocy dydaktycznych do zajęć realizowanych w ramach projektu systemowego „Chcemy się rozwijać”.*

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

Przewodniczący:	Marek Szafraniec
Członkowie:	Robert Skrzyszewski
	Klaudia Szczytowska-Maziarz

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto i Gmina Lipsko – przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania „*Zakup i dostawa pomocy dydaktycznych do zajęć realizowanych w ramach projektu systemowego »Chcemy się rozwijać«*”. W pkt. III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Zamawiający zawarł następujące informacje: „*Zamawiający informuje, że wskazanie nazw zwyczajowych, autorów, producentów w zamieszczonych elementach opisu przedmiotu zamówienia służy wyłącznie precyzyjnemu określeniu cech technicznych i jakościowych oraz wynika z konieczności wykorzystania danej pomocy dydaktycznej dla osiągnięcia lepszych efektów dydaktyczno – wychowawczych przez uczniów klas I – III szkół podstawowych, a tym samym dla osiągnięcia zamierzonego celu projektu. Ilekroć w treści użyte są znaki towarowe, patenty lub pochodzenia, a także normy zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne pod warunkiem, iż oferowany asortyment będzie o takich samych lub lepszych parametrach technicznych, merytorycznych, cechach użytkowych, jakościowych i funkcjonalnych*”. Zamawiający wykluczył możliwość składania mu ofert wariantowych (pkt IV SIWZ) oraz ofert częściowych (pkt V SIWZ). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, zgodnie z pkt III SIWZ, zawarty został w załącznikach 4a-d do SIWZ i został zamknięty w formie tabeli o 7 kolumnach, z których Zamawiający wypełnił treścią kolumny pierwszą („Lp”), drugą („Nazwa produktu”), trzecią („Charakterystyka przedmiotu zamówienia”) oraz piątą („Wymagana ilość”). W toku postępowania o udzielenie zamówienia, pismem z dnia 13 listopada 2013 r., w odpowiedzi na pytanie nr 1 Zamawiający wyjaśnił: „*Zamawiający do oceny równoważności produktów wymaga opisu produktu zamiennego ze wskazaniem: -) ilości elementów z których składa się produkt, -) cech użytkowych, funkcjonalnych, jakościowych i wielkościowych, -) zdjęć produktów zamiennych. Powyższe należy wykonać wykorzystując załączony do SIWZ formularz cenowy odpowiednio modyfikując kolumnę »charakterystyka przedmiotu zamówienia«. W kolumnie tej należy również wpisać nazwę własną produktu zamiennego, jeżeli jest ona inna niż wskazana w kolumnie »nazwa produktu«. Zdjęcia poglądowe należy załączyć do formularza cenowego w sposób umożliwiający ich łatwą identyfikację zgodnie z numeracją określoną w formularzu cenowym.*”

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zwany dalej Prezesem UZP lub Kontrolującym, przeprowadził kontrolę doraźną tegoż postępowania. W jej wyniku stwierdził on, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164),

zwanej dalej ustawą Pzp. W ocenie Prezesa UZP Zamawiający, opisując w sposób bardzo szczegółowy wymagania techniczne odnoszące się do przedmiotu zamówienia, działał zbyt rygorystycznie, a rygoryzm ten „promował produkty dystrybuowane przez wykonawców REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł. (zwanym dalej REMI) oraz AMTAS A. M. (zwanego dalej AMTAS), przy czym – jak wynika z opinii - w 20% zamawianych produktów ww. wykonawcy są jedynymi ich dystrybutorami, co przesądza o tym, że jako jedyni mogli złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty”. Podstawą dla formułowania takich zarzutów była dla Prezesa UZP m.in. opinia sporządzona przez powołanego w toku kontroli biegłego. Jak ustalił Kontrolujący w przypadku 127 produktów spośród wszystkich opisanych, których było 139, zamieszczony w SIWZ opis parametrów wskazywał na konkretny produkt i stanowił „przedruk ofert firm REMI i AMTAS”. Zdaniem Prezesa UZP „na podstawie tak szczegółowego opisu trudno jest znaleźć produkt równoważny, czyli taki, który ma takie same parametry techniczne jak w opisie”, a „szczegółowy opis utrudniający uczciwą konkurencję obejmuje przede wszystkim: rozmiary zabawki, kolory, materiał z jakiego jest wykonana, a także opakowanie w jakim się znajduje”. Zgodnie z twierdzeniami zawartymi w informacji o wyniku kontroli w przypadku każdego z powołanych 127 produktów nie było możliwym wskazanie produktu równoważnego, zaś w przypadku 29 spośród nich wykonawcy REMI i AMTAS byli ich jedynymi dystrybutorami. Fakt ten przesądzał zdaniem Kontrolującego o tym, że wyłącznie te dwie firmy mogły złożyć ofertę w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu – w rzeczywistości swoją ofertę złożył Zamawiającemu tylko AMTAS. Prezes UZP podnosił w tym kontekście, że „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. (...) 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 Kontrolujący wywodził również, 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 umożliwiałby zaoferowanie różnych

*pomocy dydaktycznych przez różnych wykonawców, zapewniając osiągnięcie celu dydaktycznego.”*

Konkludując, Prezes UZP stwierdził, że *„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”.*

W związku ze stwierdzonymi naruszeniami, określonymi w ustaleniach kontrolnych, Prezes UZP wraz z pismem z dnia 3 marca 2016 r. (znak: UZP/DKUE/W3/421/18(3)/16/KS/2138), przekazał je Zamawiającemu, wskazując na możliwość zgłoszenia zastrzeżeń do wyników kontroli.

Pismem z dnia 3 marca 2016 r., doręczonym Prezesowi UZP w dniu 14 marca 2016 r., Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Zamawiający na wstępie podniósł, że na drugiej stronie przekazanej mu informacji o wyniku kontroli Prezes UZP wskazał na nieprawidłową nazwę prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, z czego wywodził wątpliwości, czy informacja ta skierowana została do niego prawidłowo.

Niezależnie od powyższego Zamawiający twierdził, że Kontrolujący w ogóle nie uwzględnił regulacji art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, z którego to przepisu Zamawiający miał właśnie przy konstruowaniu opisu przedmiotu zamówienia skorzystać. W ocenie Zamawiającego, z uwagi na to, że *„każda zabawka ma inne cechy uniemożliwiające znalezienie wspólnego mianownika w ofertach innych lub wszystkich producentów”* mógł on stwierdzić obiektywną trudność w opisanu w sposób dokładny i precyzyjny tak dużej ilości różnego rodzaju produktów. Dlatego też wskazał on w SIWZ na przykładowy katalog produktów dopuszczając przy tym możliwość składania produktów równoważnych, czego biegły powołany przez Prezesa UZP, a w ślad za nim, sam Prezes UZP, nie dostrzegli. W ocenie Zamawiającego Kontrolujący nieprawidłowo przyjął, że przez równoważne należy rozumieć jedynie produkty takie same, jak wskazane w SIWZ przykładowe zabawki i pomoce – w takim przypadku, nawet dla Zamawiającego było oczywiste to, że Prezes UZP nie mógłby znaleźć ofert konkurencyjnych. Tymczasem Zamawiający miał dopuszczać nie tylko produkty takie same, ale również lepsze, przy czym ciężar wykazania złożenia lepszej oferty spoczywał w tym przypadku na wykonawcy składającym taką ofertę. Podnosił w tym kontekście również Zamawiający, że w jego ocenie z przedstawionej mu informacji o wyniku kontroli nie wynika, aby, czy to biegły, czy to Prezes UZP, podejmowali próbę wyjaśnienia, czy szczegółowy opis, po uwzględnieniu opracowanych i upubliczionych

kryteriów równoważności, również można było uznać za naruszający zasady uczciwej konkurencji. Twierdził on nadto, że taka konstrukcja opisu przedmiotu zamówienia dawała praktyczną możliwość przygotowania i złożenia ważnej oferty każdemu podmiotowi działającemu w tej branży – nie wymagał on bowiem od wykonawców, aby kryteria równoważności były spełnione łącznie – takich zapisów, zdaniem Zamawiającego, nie zawarł on bowiem w SIWZ wprost. Według Zamawiającego wykonawcy mogli dowolnie korzystać z określonego katalogu kryteriów równoważnych, przy czym nie wymagał on również tego, aby produkt równoważny nosił tę samą nazwę, jak produkt przykładowy wskazany w SIWZ. W świetle stanowiska Zamawiającego, wystarczającym miało być, aby wykonawca wykazał, że oferowany przez niego produkt równoważny jest lepszy od produktu przykładowego jedynie według jednego, wybranego przez tego wykonawcę, kryterium równoważności wskazanego w SIWZ, aby złożona przez niego oferta mogła zostać przez Zamawiającego zaakceptowana. Na poparcie swoich twierdzeń Zamawiający odwołał się do wybranych przez siebie i określanych, jako produkty przykładowe (asortyment opisany w SIWZ) oraz przy wykorzystaniu poszczególnych, również przez siebie wybranych kryteriów, podejmował próbę wykazania, że możliwym było zaoferowanie mu produktów innych, niż opisane w SIWZ.

Zdaniem Zamawiającego Prezes UZP nie powinien wyciągać wobec Zamawiającego konsekwencji z faktu, że inni wykonawcy niż AMTAS nie złożyli mu swojej oferty. Nadto Kontrolujący nie powinien się koncentrować na jednej części składowej całego zadania – dla Zamawiającego pozostawało istotne to, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia żaden wykonawca nie wnosił o udzielenie wyjaśnień odnoszących się do treści SIWZ, ani też nie kwestionował prawidłowości jej zapisów.

Podnosił również Zamawiający, że skonstruowanie tak szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia pozwolić mu miało na pozostawienie sobie kontroli nad jakością i trwałością oferowanych mu produktów. Podkreślał przy tym, że jego prawem jest dążenie do uzyskania produktów wysokiej jakości, a odwołanie się w opisie jedynie do celu edukacyjnego mogłoby go pozbawić możliwości uzyskania takich właśnie produktów. Powołując się na fakt finansowania realizacji przedmiotu zamówienia ze środków unijnych, twierdził, że koniecznym było zakupienie produktów lepszych i trwałych, które pozwolą na ich pełne wykorzystanie przez okres co najmniej pięciu lat od daty zatwierdzenia ostatecznego wniosku o płatność. Wszystko to miało uzasadniać istnienie po stronie Zamawiającego uzasadnionych potrzeb przemawiających za takim opisaniem przedmiotu zamówienia, jak uczynione to zostało w kontrolowanym postępowaniu.

Mając to wszystko na uwadze, Zamawiający uważał, że w zaistniałej sytuacji zgłoszone przez niego zastrzeżenia uznać należało za zasadne.

W odpowiedzi na zgłoszone zastrzeżenia pismem z dnia 24 marca 2015 r. (znak: UZP/DKUE/W3/421/18(9)/16/KS/2811), Prezes UZP zastrzeżeń nie uwzględnił, przekazując je, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia Zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wynikach kontroli doraźnej Prezesa UZP ustaliła, co następuje.

Pierwszą, istotną dla rozstrzygnięcia sprawy okolicznością jest ustalenie przez Izbę zakresu regulacji art. 167 nowej ustawy Pzp. W świetle przepisu art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa UZP umotywowanych zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej. Dalej, zgodnie z art. 167 ust. 3 nowej ustawy Pzp, Izba wyraża opinię w sprawie zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego, o ile Prezes UZP nie uwzględni powołanych zastrzeżeń. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż rozstrzygając o zasadności wniesionych przez Zamawiającego zastrzeżeń zobowiązana jest uwzględnić informację o stwierdzeniu naruszenia wraz z aktami kontroli oraz umotywowane zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego.

Izba uznała, że przywołana przez Zamawiającego pomyłka na drugiej stronie informacji o wyniku kontroli w oznaczeniu prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, wobec całej treści powołanej informacji musiała zostać uznana za nieistotną dla rozstrzygnięcia. Całokształt informacji o wyniku kontroli nie pozostawia bowiem wątpliwości, do którego postępowania o udzielenie zamówienia odnosił się w tejże informacji Prezes UZP.

Mając na celu wyrażenie opinii w sprawie zastrzeżeń, Izba ustaliła na podstawie akt kontroli, że poczynione przez Prezesa UZP ustalenia co do faktów (z uwzględnieniem zaistnienia w informacji o wyniku kontroli rzeczony omyłki w oznaczeniu nazwy postępowania) są rzetelne. Ustalenia te nie były, co do zasady, kwestionowane przez Zamawiającego, który zgłaszane przez siebie zarzuty skierował wobec dokonanej przez Kontrolującego oceny prawnej zaistniałego w sprawie stanu faktycznego. Tak dla Kontrolującego, jak i Zamawiającego, oczywistym było to, które zapisy SIWZ oraz udzielonych pismem z dnia 13 listopada 2013 r. wyjaśnień były w tej sprawie istotne. Odmienne jednak było ich rozumienie.

Co szczególnie istotne, Zamawiający nie kwestionował tego, że wskazane przez biegłego produkty w 127 przypadkach opisane zostały w SIWZ przez powielenie treści oferty handlowej firm REMI lub AMTAS, zaś 29 produktów spośród nich były dystrybuowane jedynie przez te dwie firmy.

Izba podziela wyrażoną przez Prezesa UZP opinię, zgodnie z którą: *„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. 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 byłiby w stanie wykonać dane zamówienie.”* Również zasadnie podnosił Kontrolujący, że *„Zamawiający może zakwestionować zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wykaże, że opis przedmiotu zamówienia ma źródło w jego uzasadnionych potrzebach lub przez wykazanie, że wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia spełniają inne produkty w sposób zapewniający konkurencję. Przy czym w przypadku zamówienia, którego poszczególne części składowe opisane zostały za pomocą wielu parametrów, nawet brak spełnienia jednego z parametrów pojedynczego produktu niesie skutek niemożności złożenia oferty w ogóle (oferta taka, co do zasady, będzie podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) zatem niezbędne jest wykazanie przez zamawiającego spełnienia przez oferowany przedmiot zamówienia wszystkich kwestionowanych parametrów”*.

Uwzględniając powyższe dostrzeżenia wymagało to, że zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia oparte zostały na twierdzeniu, że nie jest słusznym stawiany Zamawiającemu zarzut naruszenia przepisów ustawy Pzp, albowiem dopuścił on w sposób zgodny z przepisem art. 29 ust. 3 ustawy Pzp możliwość oferowania mu produktów równoważnych tym, które zostały przez niego opisane w SIWZ. Szczególnie zaś istotne miało być to, że poszczególne mierniki potwierdzające równoważność innych produktów, do których odniesienia znalazły się w SIWZ oraz piśmie z dnia 13 listopada 2013 r., mogły być stosowane niezależnie od siebie i wystarczającym było przywołanie choćby jednego z nich, aby móc wykazać, że oferowany Zamawiającemu produkt jest taki sam lub lepszy od produktu opisanego w SIWZ.

Izba nie podzieliła zaprezentowanej przez Zamawiającego wykładni zapisów pkt III SIWZ odnoszących się do kryteriów równoważności ofert. Faktem jest, że z litery tego zapisu nie wynika, aby Zamawiający dopuszczał jedynie możliwość oferowania mu produktów tylko takich samych, jak opisane w SIWZ, jak to sam je określał w zastrzeżeniach, produkty przykładowe. Znajduje się tam bowiem również wskazanie na możliwość zaoferowania produktów lepszych. Jednakże prezentowana przez Zamawiającego interpretacja ostatniej części pkt III SIWZ, która odnosi się do mierników równoważności nie znajdowała uzasadnienia w literalnej treści tegoż zapisu. Mowa tam bowiem wyraźnie, wbrew temu co twierdził Zamawiający, że za produkty lepsze (równoważne) można uznać jedynie takie, które charakteryzują się lepszymi parametrami technicznymi, merytorycznymi, cechami użytkowymi, jakościowymi i funkcjonalnymi – wszystkie te cechy produkty te musiałyby posiadać łącznie, co wynika z użycia w tym zdaniu spójnika „i”, nie zaś, jak zadawał się sugerować w zgłoszonych przez siebie zastrzeżeniach Zamawiający, spójnika „lub”. Zapis spornego zdania, w ocenie Izby, nie pozwala przyjąć tak, jak chciałby tego Zamawiający, że każdy z przywołanych tam mierników równoważności mógł być badany rozłącznie i niezależnie od innych.

Dostrzeżenia wymagane poczynione przez Zamawiającego w rozpoznawanych zastrzeżeniach stwierdzenie, że w przypadku gdyby od wykonawców wymagać, aby złożyli jako równoważne takie same produkty, jak te opisane w SIWZ, nie byłoby możliwym znalezienie ofert konkurencyjnych. Oświadczenie to Izba uznała za przyznanie przez Zamawiającego słuszności twierdzeń zawartych w informacji o wyniku kontroli, zgodnie z którymi zawarty w SIWZ opis 29 produktów przywołanych w opinii biegłego wskazuje na asortyment, którego jedynymi dystrybutorami są firmy REMI lub AMTAS, co *de facto* wyłączało możliwość złożenia oferty przez innych wykonawców.



W kontekście powyższego podkreślenia wymagało to, że w odniesieniu do każdego z powołanych przez Zamawiającego przykładów produktów, które miałyby być produktami równoważnymi dla tych, które opisane były w SIWZ, Zamawiający wskazywał na ich równoważność jedynie w wybranych przez siebie poszczególnych aspektach. W stosunku do żadnego ze wskazanych przez siebie przykładów nie wskazał na wszystkie mierniki określone w pkt III SIWZ spełnione łącznie.

W tym miejscu ważnym wydaje się też odwołanie do poglądu wyrażonego w sprawie KIO 1931/14: *„w doktrynie i orzecznictwie Izby ugruntowany jest pogląd, zgodnie z którym nie jest wystarczające ograniczenie się przez zamawiającego li tylko do zamieszczenia w opisie przedmiotu zamówienia ww. sformułowania bez jednoczesnego wskazania parametrów, w oparciu o które ustalana będzie równoważność rozwiązań proponowanych przez wykonawców. Zaniechanie ich uszczegółowienia niesie ze sobą, zdaniem Izby, doniosłe konsekwencje. Po pierwsze zamawiający w sposób nieuzasadniony ogranicza swoje oczekiwania wyłącznie do jednego, identyfikowanego przez znak towarowy, patent lub pochodzenie, wyrobu, uniemożliwiając de facto składanie ofert równoważnych. Po drugie zaś - nawet gdyby zamawiający otrzymał ofertę, co do której wykonawca twierdziłby, że zawiera ona rozwiązania równoważne do opisanych w SIWZ - nie jest możliwe dokonanie porównania takiej oferty z wymaganiami zawartymi w SIWZ. Ocena oferty może być prowadzona wyłącznie w kontekście wymagań i kryteriów, które w sposób niebudzący wątpliwości ujęte zostały w postanowieniach SIWZ, zaś ich uzupełnianie czy zmiana jest niedopuszczalna po upływie terminu składania ofert, co wynika a contrario z przepisu art. 38 ust. 4 zd. pierwsze P.z.p. (...) Nie jest bowiem wystarczające określanie ich mianem »nie gorszych«, »równoważnych«, czy »lepszonych« od rozwiązań opisanych w SIWZ, gdyż są to pojęcia nieostre.»*

Zgodnie z przepisem art. 29 ust. 3 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Obiektywna niemożność opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, uzasadniona specyfiką przedmiotu zamówienia, której konieczność zaistnienia wynika z powołanego przepisu wpływać powinna z cech technicznych, jakościowych lub funkcjonalnych przedmiotu zamówienia. W ocenie Prezesa UZP, oraz biegłego, na opinii, którego Prezes UZP, się oparł, możliwym było odwołanie się do celu edukacyjnego. Tymczasem Zamawiający w skonstruowanym przez siebie opisie, nie odwołując się wprost do znaków towarowych, patentów lub

pochodzenia, w sposób pośredni, przez ścisłe zakreślenie opisu parametrów, wskazał na konkretne produkty, dystrybuowane wyłącznie przez firmy REMI i AMTRAS. Jak Prezes UZP podkreślał *„pomoce dydaktyczne należy uznać za artykuły powszechnie dostępne na rynku, produkowane przez wielu producentów i możliwe do uzyskania od wielu przedsiębiorców handlowych. Charakter niniejszego zamówienia, jak również zamierzony cel wykorzystania pomocy dydaktycznych przekonują, że pomoce dydaktyczne oferowane przez inne podmioty niż firmy REMI i AMTAS spełniałyby przeznaczoną im funkcję”*. Zasadnie jednocześnie, zdaniem Izby, podnosił Kontrolujący, że trwałość i jakość zamawianych produktów mogłaby być zagwarantowana m.in. przez odpowiednie zapisy w SIWZ, choćby odnoszące się do udzielonej Zamawiającemu gwarancji.

Uwzględniając powyższe ustalenia, Izba, oceniając zasadność zgłoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeń, podzieliła argumentację przedstawioną przez Prezesa UZP i uznała ją za słuszną. Podzielając stanowisko Prezesa UZP, Izba uznała, iż Zamawiający w zgłoszonych przez siebie zastrzeżeniach do wyniku kontroli doraźnej nie podważył twierdzeń zawartych w informacji o wynikach kontroli. Nie wykazał on bowiem, że w rozpatrywanej sprawie skonstruowany przez niego opis przedmiotu zamówienia nie był zbyt rygorystyczny i nie promował tym samym, wykluczając przy tym innych wykonawców, produktów oferowanych przez firmy REMI i AMTAS.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, iż słusznie Prezes UZP wskazywał, że 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.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, iż okoliczności naruszeń wskazanych przepisów ustawy ponoszone przez Prezesa UZP znalazły potwierdzenie w aktach kontroli.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....