

UZP/DKUE/KD/16/16

### **Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej**

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

<b>Zamawiający:</b>	Gmina Regimin Regimin 22 06-461 Regimin
<b>Rodzaj zamówienia:</b>	dostawy
<b>Przedmiot zamówienia:</b>	Dostawa zabawek i pomocy dydaktycznych do szkół podstawowych zlokalizowanych na terenie Gminy Regimin
<b>Tryb postępowania:</b>	przetarg nieograniczony
<b>Wartość zamówienia:</b>	56 883,57 zł (14 151,54 euro)
<b>Środki UE:</b>	Europejski Fundusz Społeczny, Program Operacyjny Kapitał Ludzki 2007-2013, Priorytet IX, Poddziałanie 9.1.1

#### **2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:**

1. Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) przedmiotem kontrolowanego zamówienia jest dostawa do szkół podstawowych zlokalizowanych na

terenie Gminy Regimin pomocy dydaktycznych i wyposażenia w ramach projektu „Stawiamy na jakość usług edukacyjnych dla dzieci w wieku przedszkolnym”. Szczegóły zakresu i wielkości zamówienia przedstawione zostały w formularzu cenowym (załącznik nr 1 do SIWZ). W drugiej kolumnie załącznika został wskazany szczegółowy „opis” zamawianego produktu.

W SIWZ (Rozdział III – Opis przedmiotu zamówienia, pkt 12) zamawiający zamieścił informację dotyczącą zastosowania produktów równoważnych: „Wszystkie nazwy własne i marki handlowe urządzeń i wyposażenia zawarte w SIWZ, zostały użyte w celu sprecyzowania oczekiwań jakościowych i technologicznych Zamawiającego. Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne. Jako rozwiązanie równoważne należy rozumieć zastosowanie innego niż opisane nazwą urządzenia lub elementu wyposażenia z zachowaniem takich samych lub lepszych parametrów technicznych, jakościowych, użytkowych i funkcjonalnych. Równoważne produkty i urządzenia muszą być dopuszczone do obrotu i stosowania zgodnie z obowiązującym prawem”.

Przed upływem terminu na składanie ofert do zamawiającego wpłynęła jedna oferta, złożona przez wykonawcę AMTAS (...) z ceną ofertową 64 430,57 zł brutto. W dniu 6 grudnia 2013 r. zamawiający poinformował o wyborze ww. oferty jako najkorzystniejszej, a następnie dnia 10 grudnia 2013 r. zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego z wybranym wykonawcą.

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. (...) z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcę AMTAS (...) 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. (...) oraz AMTAS (...) 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 95 pomocy dydaktycznych, opisanych w SIWZ zamawiającego – Gminę Regimin. 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: 60 razy

Odpowiedzi przeczących udzielono: 34 razy

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono: 1 raz

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 produktów jest tak duża, że nie istniała możliwość zaoferowania produktów równoważnych – chociaż zamawiający ujął w wyjaśnieniach do siwz informację o dopuszczeniu dostawy produktów równoważnych (...).

Parametry wskazujące na konkretny produkt w opisie, np.:

*„TANGALO - Gra edukacyjna z tangramami. Zestaw 30 sztywnych kart o wymiarach minimum A4 z kolorowymi obrazkami przedstawiającymi różne scenki. Każda karta z kolorowym obrazkiem posiada wycięty fragment, który bez podpowiedzi poprzez logiczne myślenie należy wypełnić klockami z pudełka. Dziecko uczy się dokładności i staranności. Wycięte kontury służą do odrysowania i tworzenia nowych form i obrazów oraz pozwalają na tworzenie opowiadań do obrazka. 2 drewniane pudełka każdy z 7 drewnianymi klockami o różnym kształcie i wielkości. Wielkość pudełka tylko taka, aby pomieściła klocki ułożone koło siebie, tak by nie nachodziły jedno na drugie. To pozwoli na układanie klocków w różnych konfiguracjach”.*

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 59 razy.

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono 36 razy.

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

Odpowiedzi twierdzących udzielono: 19 razy

Odpowiedzi przeczących udzielono: 40 razy

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono: 36 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.dzieciowy.pl](http://www.dzieciowy.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 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. (...) i AMTAS (...). Jednocześnie produkty te zostały opisane tak szczegółowo, że w praktyce niemożliwe było zaoferowanie przez innych dystrybutorów na rynku równoważnych pomocy dydaktycznych. Przy czym 19 produktów, dla których według 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. Obecnie na rynku dostępnych jest wiele pomocy edukacyjnych, które różnią się przede wszystkim jakością wykonania, ceną oraz walorami estetycznymi. 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. (...).”

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. (...) oraz 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. Należy również podkreślić, że w postępowaniu została złożona tylko jedna oferta, tj. oferta wykonawcy AMTAS (...), co może stanowić potwierdzenie ograniczenia uczciwej konkurencji w kontrolowanym postępowaniu.

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.

2.W punkcie 16. Rozdział III SIWZ zamawiający wskazał, że „wykonawca nie może powierzyć wykonania części lub całości niniejszego zamówienia podwykonawcom”.

Zgodnie z art. 36 ust. 5 ustawy Pzp obowiązującym w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku, gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Przepis ten wprowadza wyjątek od ogólnej zasady możliwości powierzenia realizacji całości lub części zamówienia podwykonawcom i jako taki powinien być stosowany w sposób ścisły. Wyłączenie udziału podwykonawców z realizacji zamówienia musi być umotywowane specyfiką przedmiotu zamówienia i poprzedzone jego wnikliwą analizą, która wyklucza prawidłową realizację zamówienia

w przypadku, gdy określona jego część zostanie powierzona podwykonawcy. Należy zauważyć, że warunek zastosowania ww. przepisu, tj. specyfika przedmiotu zamówienia, nie został zdefiniowany na gruncie przepisów ustawy Pzp. Należy jednak uznać, że chodzi o skomplikowany charakter zamówienia czy też trudności techniczne wymagające posiadania szczególnej wiedzy lub uprawnień do jego wykonania. W konsekwencji, realizacja takiego przedmiotu zamówienia może zostać powierzona tylko wykonawcy zweryfikowanemu pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W niniejszej sprawie trudno wskazać powody, dla których dostawa zabawek i pomocy dydaktycznych nie może być powierzona podwykonawcy. Przedmiot zamówienia nie odznacza się bowiem skomplikowanym charakterem, a jego realizacja nie wymaga posiadania żadnych szczególnych cech podmiotowych. Potwierdził to również sam zamawiający, nie opisując żadnego z warunków udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę całkowite wykluczenie możliwości udziału podwykonawców w realizacji zamówienia przy braku zaistnienia przesłanek odnoszących się do specyfiki przedmiotu zamówienia należy stwierdzić, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 36 ust. 5 ustawy Pzp.

**3.** W treści SIWZ (pkt VI E.2) zamawiający zamieścił następującą informację: „Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie wydaje się dokumentów wskazanych w pkt. E [tj. dokumentu potwierdzającego, że w stosunku do wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości] zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania – wystawionych nie wcześniej niż w terminach określonych w niniejszym pkt. E” – tj. informację przytoczoną w ślad za uregulowaniem zawartym w § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), nieobowiązującego już w momencie wszczęcia kontrolowanego postępowania. Mając na uwadze fakt, iż niniejsze postępowanie zostało wszczęte w dniu 26 listopada 2013 r., tj. po dacie wejścia w życie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz

form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), należy zauważyć, iż w treści § 4 ust. 3 obecnie obowiązującego rozporządzenia zostały wprowadzone zmiany w stosunku do uchylonego rozporządzenia, dotyczące oświadczenia składanego przez wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (wykonawców zagranicznych) przed notariuszem, polegające na rezygnacji z wymogu, by notariusz był notariuszem działającym w obszarze miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Powyższa regulacja umożliwi składanie oświadczeń przez podmioty zagraniczne przed polskimi notariuszami, jak również przed notariuszami kraju, w którym aktualnie przebywa wykonawca. Ponadto, zgodnie z treścią § 4 ust. 3 obecnie obowiązującego rozporządzenia w składanym oświadczeniu określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy.

Z uwagi na powyższe, zawarcie przez zamawiającego powyżej przytoczonej informacji w punkcie VI E.2 SIWZ stanowi naruszenie § 4 ust. 3 rozporządzenia.

4. Z dokumentacji postępowania wynika, że wykonawca AMTAS (...) nie przedłożył listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp albo informacji o braku przynależności do grupy kapitałowej.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 26 listopada 2013 r. W dniu 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. z 2012 r., poz. 1271). Zgodnie z dodaną powyższą nowelizacją art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.), złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Celem weryfikacji podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego pod kątem zaistnienia powyższej okoliczności, ustawodawca treścią art. 26 ust. 2d ustawy 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, albo informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Przepisy ust. 3 i 4 stosuje się.

Jak wynika natomiast z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub



dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że wykonawca składający wniosek lub ofertę w postępowaniu ma obowiązek złożyć listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej lub informację o braku przynależności do takiej grupy. Natomiast w sytuacji braku złożenia stosownej listy lub informacji zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia braków na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W konsekwencji, zaniechanie zamawiającego, polegające na braku wezwania wykonawcy AMTAS (...) do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w art. 26 ust. 2d ustawy Pzp, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 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:**

- a) Kopia opinii z dnia 14.01.2016 r.
- b) kopia SIWZ;
- c) kopia wyjaśnień treści SIWZ;
- d) kopia oferty wykonawcy AMTAS (...).