

Sygn. akt KIO/KD 41/16

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 17 czerwca 2016 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 16 maja 2016 r., do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Urząd Miasta Sulejówek
ul. Dworcowa 55
05-070 Sulejówek

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 5 maja 2016 r. (znak: UZP/DKUE/KD/7/16) przeprowadzonej w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

„Zakup pomocy dydaktycznych oraz sprzętu multimedialnego i komputerowego, niezbędnych do przeprowadzenia zajęć w ramach projektu systemowego pn.: „Indywidualizacja moją szansą”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk
Członkowie: Luiza Łamejko
Jolanta Markowska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes UZP lub Kontrolujący), przeprowadził w okresie: 10.02.2016 r. – 5.05.2016 r., na wniosek Prokuratora Prokuratury Okręgowej Warszawa-Praga w Warszawie, Wydział VI ds. Przeszłości Gospodarczej, kontrolę doraźną następczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Zakup pomocy dydaktycznych oraz sprzętu multimedialnego i komputerowego, niezbędnych do przeprowadzenia zajęć w ramach projektu systemowego pn.: „Indywidualizacja moją szansą”*, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Urząd Miasta Sulejówek (dalej: Zamawiający).

Przedmiotem zamówienia jest dostawa pomocy dydaktycznych oraz sprzętu multimedialnego i komputerowego, niezbędnych do przeprowadzenia zajęć w ramach projektu systemowego pn.: *„Indywidualizacja moją szansą”*. Wraz z ww. dostawą wykonawca zobowiązuje się do przeprowadzenia prezentacji i szkoleń z zakresu wykorzystywania przedmiotu zamówienia w placówkach oświatowych wskazanych przez Zamawiającego.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 2 do SIWZ:

- 1) Część I zamówienia: Zakup i dostawa pomocy dydaktycznych i instrumentów muzycznych;
- 2) Część II zamówienia: Zakup i dostawa sprzętu multimedialnego i komputerowego.

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 5 maja 2016 r. Prezes UZP stwierdził następujące naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.):

Część I:

- I. Naruszenie przepisu art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu powyższego stanowiska Kontrolujący wskazał, iż:

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik do SIWZ nr 2, który w Formularzu cenowym część I zamówienia: Zakup i dostawa pomocy dydaktycznych i instrumentów muzycznych - w odniesieniu do niektórych pozycji dotyczących pomocy dydaktycznych obok nazwy zamawianego produktu zawiera wyrazy *„lub równoważna/-ne”*. Jednocześnie w części *„Uwaga”*, znajduje się informacja, iż: *„Nazwy własne użyte w opisie przedmiotu zamówienia, określające typ produktu lub producenta, zostały podane przykładowo w celu określenia minimalnych oczekiwanych parametrów jakościowych, funkcjonalnych i użytkowych produktu”*.

Ponadto załącznik nr 2 do SIWZ w tabeli dotyczącej części I zamówienia zawiera bardzo szczegółowy opis wymaganych pomocy dydaktycznych w poz. od 1 do 156.

W dniu 24.10.2013 r. wpłynęły do zamawiającego pytania dotyczące treści SIWZ, m.in.:

- 1) Zamawiający w SIWZ w/w postępowania w załączniku nr 2 dopuszcza produkty równoważne. Kiedy i w jaki sposób oferent ma podać proponowane zamienniki? Czy oferent ma przedstawić szczegółowy opis, wskazać cechy użytkowe, podać ilości składowe, jakość, zdjęcie oraz materiał wykonania produktu równoważnego?
- 2) Czy zamawiający mógłby określić, jakie parametry i cechy opisanych przedmiotów zamówienia w/w postępowania, będzie brał pod uwagę oceniając równoważność produktu.
 - czy zawarte w SIWZ m. in. minimalne części składowe pomocy będą brane pod uwagę podczas równoważności?
 - czy jakość materiału i jego rodzaj, z czego jest produkt wykonany wchodzi do oceny równoważności?
 - czy opisane cechy użytkowe, funkcjonalne, jakościowe?

Zamawiający udzielił następujących odpowiedzi:

Ad. 1) *„Wykonawca podaje oferowane produkty równoważne w ofercie. W załączniku nr 2 do SIWZ w kolumnie „c” „Nazwa oferowanej pomocy” należy wpisać nazwę produktu komplementarnego wraz ze szczegółowym opisem, w tym ze wskazaniem cech użytkowych, ilości składowych, jakości oraz materiału wykonania produktu równoważnego. Zamawiający dopuszcza możliwość załączenia przez wykonawcę zdjęć równoważnych produktów - na oddzielnym załączniku. Zamawiający zastrzega, że opisy poszczególnych asortymentów umieszczone w załączniku nr 2 do SIWZ w kolumnie „b” „Pomoc dydaktyczna”, stanowią minimalne wymagania stawiane przez zamawiającego, produkty równoważne oferowane przez wykonawcę powinny wykazywać co najmniej takie parametry jak wykazane w opisie w kolumnie „c” w/w załącznika”.*

Ad. 2) *„Minimalne części składowe pomocy będą brane pod uwagę podczas oceny równoważności produktów. Będą oceniane także jakość materiału produktu równoważnego i jego rodzaj. Zamawiający oceniając równoważność produktu bierze pod uwagę cechy użytkowe, funkcjonalne i jakościowe produktu równoważnego”.*

Przed upływem terminu składania ofert w Części I wpłynęły następujące oferty:

- 1) wykonawcy [xxx] - cena brutto oferty: 198.455,99 zł,
- 2) wykonawcy [xxx] - cena brutto oferty: 203.136,00 zł.

Pismem z dnia 14.01.2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców w części I postępowania o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy [xxx], oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy [xxx] na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ zaproponowany w poz. 151 produkt nie stanowi rozwiązania równoważnego z uwagi na brak

zaoferowania wraz z zestawem 6 instrumentów wymaganej szafki do ich przechowywania. W ofercie nie było wymienionej szafki na instrumenty, tylko praktyczna plastikowa torba. Zamawiający nie uznał argumentacji wykonawcy, zgodnie z którą „brak w złożonej ofercie opisu szafki wynika z błędnego sformatowania tabeli formularza cenowego - zbyt duża ilość tekstu w komórce spowodowała obcięcie tego opisu”.

Umowa została zawarta z wykonawcą [xxx] w dniu 10.02.2014 r.

W Informacji o wyniku kontroli Prezes UZP wskazał, że z uwagi na fakt, iż rozstrzygnięcie, czy opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretne produkty, nie jest możliwe bez posiadania wiedzy specjalistycznej, Kontrolujący 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 [xxx] z siedzibą w [xxx] oraz wykonawcę [xxx] z siedzibą w [xxx] 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 [xxx] oraz [xxx] 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 156 pomocy dydaktycznych, opisanych w SIWZ zamawiającego -Miasto Gminę Sulejówkę. W tabeli udzielono odpowiedzi na 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: 106 razy

Odpowiedzi przeczących udzielono: 49 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 [xxx] i [xxx]: (...). 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 (...)

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 106 razy.

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono 56 razy.

3. *Jeśli opis pomocy i materiałów dydaktycznych wskazywał na konkretnego producenta, to czy wykonawca [xxx] oraz [xxx] są jedynymi dystrybutorami produktów opisanych w SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia?*

Odpowiedzi twierdzących udzielono: 18 razy.

Odpowiedzi przeczących udzielono: 89 razy.

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono: 49 razy.

Na podstawie analizy dokonanej przez rzeczoznawcę stwierdzam, że firma [xxx] i [xxx] nie są jedynym dystrybutorem produktów opisanych w SIWZ. Na rynku jest wiele firm, oferujących te same produkty co firma [xxx], będąc jednocześnie również ich dystrybutorem.

Potencjalnym oferentem produktów zamieszczonych w SIWZ zamawiającego mogły być firmy: [xxx] (...)

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. Zamawiający w SIWZ powinien użyć innych form opisu zamówionych zabawek i pomocy edukacyjnych, których głównym celem miało być osiągnięcie sukcesów dziecka. Tak sporządzony SIWZ pozwoliłby innym producentom i dystrybutorom spełnić wymagania zawarte w opisie zamówienia.(...)

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”.

Kontrolujący wskazał, że 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.

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 Pzp, wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

Kontrolujący argumentował następnie, że jak wynika z okoliczności sprawy, w tym opinii biegłego zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretne produkty dystrybuowane m.in. przez firmy [xxx] i [xxx]. Jednocześnie produkty te zostały opisane tak szczegółowo, że w praktyce niemożliwe było zaoferowanie przez innych dystrybutorów na rynku równoważnych pomocy dydaktycznych.

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, które nie były uzasadnione 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 zdobywaniu różnych umiejętności przez dzieci, a co za tym idzie osiągnięciu sukcesu przez dziecko. 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 rozwojowi dziecka. 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 [xxx] oraz firma [xxx]. (...) można stwierdzić - porównując ze sobą kilka pomocy edukacyjnych - że nie istnieje jeden model (wzór, rodzaj) pomocy edukacyjnej służącej rozwojowi dziecka. 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.

Tym samym, zamawiający opisując wymagania dotyczące poszczególnych pomocy dydaktycznych, w tym 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 [xxx] oraz [xxx], przy czym - jak wynika z opinii - w 12% zamawianych produktów ww. wykonawcy są jedynymi ich dystrybutorami. Nie bez znaczenia jest także fakt, iż w przedmiotowej sprawie umowa o udzielenie zamówienia publicznego została zawarta z wykonawcą [xxx], a druga ze złożonych ofert (tańsza) została odrzucona z powodu zaoferowania, zdaniem zamawiającego, produktu nierównoważnego.

Mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny i prawny oraz treść opinii biegłego powołanego na potrzeby przedmiotowego postępowania, Kontrolujący stwierdził, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia naruszył art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Część II

II. Naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp.

W uzasadnieniu powyższego stanowiska Kontrolujący wskazał, że:

A. W złożonej w części II postępowania ofercie wykonawcy [xxx] znajduje się załącznik nr 5 do SIWZ, w którym wykonawca nie zaznaczył, czy należy czy też nie należy do grupy kapitałowej.

Z protokołu postępowania (druk ZP-PN) oraz dokumentacji postępowania wynika, że w żadnej części postępowania zamawiający nie wzywał wykonawców na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń.

Zgodnie z art. 26 ust. 2d ustawy Pzp, wykonawca, wraz z wnioskiem lub ofertą, składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt

5, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Przepisy ust. 3 i 4 stosuje się. Powyższe oznacza, iż lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej i informacja o braku przynależności do grupy kapitałowej są dokumentami, do których ma zastosowanie m. in. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Stosownie do treści 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.

Tym samym, brak wezwania przez zamawiającego ww. wykonawcy do uzupełnienia 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, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

B. Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, zamawiający w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp wymagał przedłożenia m.in.:

- a) aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłatami podatków lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu -wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;
- b) aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłatami składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,

tj. dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 3 i 4 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).

Wspólnicy [xxx] wraz z ofertą złożoną na Część nr 2 zamówienia przedłożyli celem wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania m.in. nw. dokumenty:

Ad. a) zaświadczenie Urzędu Skarbowego (zaświadczaające brak zaległości podatkowych na dzień 26.11.2013 r.);

Ad. b) zaświadczenie ZUS (zaświadczaające brak zaległości w opłacaniu składek na dzień 21.11.2013 r.).

- wystawione jedynie dla spółki cywilnej [xxx].

Z załączonych do oferty odpisów z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej wynika, że wspólnikami ww. spółki cywilnej są panowie [xxx].

Z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający nie wzywał ww. wykonawców na postawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów.

Mając na uwadze ustalony powyżej stan faktyczny Kontrolujący wskazał, że spółka cywilna nie posiada statusu przedsiębiorcy ani w rozumieniu art. 43(1) Kodeksu cywilnego, ani art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. z 2015 r., poz. 584). Zgodnie z art. 860 Kodeksu cywilnego spółka cywilna jest stosunkiem prawno-zobowiązaniowym, którego istotą jest dążenie do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego. Spółka cywilna nie tworzy odrębnych struktur organizacyjnych, jest jedynie umową zawartą przez jej wspólników, której żaden przepis Kodeksu cywilnego nie przyznaje zdolności prawnej odrębnej od zdolności jej wspólników (tak też KIO w wyroku z dnia 28 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2658/11, KIO 2662/11). Za przedsiębiorców uważa się natomiast wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. Zatem wykonawcami w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, są wspólnicy spółki cywilnej, których udział w postępowaniu traktowany jest jako wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia, natomiast podstawą prawną udziału spółki cywilnej w postępowaniu jest art. 23 ustawy Pzp.

W związku z powyższym dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu, określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, powinny być przedkładane indywidualnie przez każdy z podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie, w tym przez każdego wspólnika spółki cywilnej.

W odniesieniu do składania zaświadczeń z urzędu skarbowego przez występujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia wspólników spółki cywilnej Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 maja 2010 r. (sygn. akt KIO 708/10) stwierdziła, iż „(...) *obowiązek podatkowy z tytułu podatku dochodowego od osób fizycznych ciąży na*

wspólnikach spółki cywilnej, a nie na spółce (...). Natomiast spółka cywilna posiada podmiotowość podatkowoprawną, ale wyraźnie przyznaną wyłącznie dla potrzeb stosowania przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług". Analogicznie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt: KIO 2556/10). Jednocześnie obowiązek podatkowy z tytułu podatku dochodowego od osób fizycznych ciąży na wspólnikach spółki cywilnej, a nie na spółce. W konsekwencji zaświadczenie z właściwego urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z uiszczaniem podatków powinno potwierdzać, że z uiszczaniem podatków nie zalega zarówno spółka cywilna, jak i każdy z jej wspólników. Tylko na podstawie tak złożonych zaświadczeń zamawiający może stwierdzić, czy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie zalegają z uiszczaniem podatków, a tym samym nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Natomiast w odniesieniu do zaświadczenia właściwego oddziału ZUS, Kontrolujący wskazał, że wspólnicy spółki cywilnej na gruncie ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych traktowani są jako osoby prowadzące pozarolniczą działalność gospodarczą. Zgodnie z art. 36 ust. 1 w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 5 ww. ustawy każdy ze wspólników ma obowiązek samodzielnego zgłoszenia do systemu ubezpieczeń społecznych. Wyjaśnić w tym kontekście należy, iż w przypadku osób prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej od 2009 r., tj. od wprowadzenia zmian wywołanych wejściem w życie ustawy z dnia 7 listopada 2008 r. o zmianie ustawy - Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw, płatnikiem składek na ubezpieczenia społeczne i ubezpieczenie zdrowotne jest każdy ze wspólników, opłacając składki na własne ubezpieczenia. Spółka pełni natomiast funkcję płatnika składek tylko za osoby świadczące pracę w tej spółce (np. pracowników i zleceniobiorców).

Reasumując, Prezes UZP wskazał, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wspólnicy spółki cywilnej powinni przedkładać na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia ich z udziału w postępowaniu zaświadczenia wystawione przez odpowiednio: urzędy skarbowe, Zakład Ubezpieczeń Społecznych lub Kasę Rolniczego Ubezpieczenia, dotyczące zarówno wspólników, jak i spółki cywilnej. Zaświadczenia dotyczące spółki cywilnej powinny być przedkładane niezależnie od zaświadczeń składanych przez jej wspólników; w zakresie braku zaległości z tytułu zapłaty podatku VAT, jeżeli spółka jest podatnikiem tego podatku, oraz w zakresie braku zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenia społeczne, gdy spółka cywilna jest pracodawcą lub w zakresie niefigurowania w Centralnym Rejestrze Podatkowym, gdy pracodawcą nie jest. Zatem zaświadczenia o niezaleganiu z podatkami oraz ze składkami odprowadzanymi na ubezpieczenie społeczne wystawione tylko na spółkę cywilną nie potwierdzają niezalegania z ww. opłatami przez wspólników - wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Kontrolujący wskazał na przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.

Podsumowując, Kontrolujący uznał, że zaniechanie wezwania współników spółki cywilnej [xxx] na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 3 i 4 ww. rozporządzenia wystawionych na ww. współników w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wspólne w obu częściach.

III. Naruszenie art. 40 ust. 6 pkt 3 Pzp.

W uzasadnieniu powyższego stanowiska Kontrolujący wskazał, że:

Ogłoszenie opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych, zamieszczone na tablicy ogłoszeń oraz na stronie internetowej zamawiającego nie zawiera informacji o przekazaniu ogłoszenia o zamówieniu do Dziennika Urzędowego UE.

Zgodnie z art. 40 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp, ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczane lub publikowane w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej, o której mowa w ust. 1, w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim lub w inny sposób zawiera informację o dniu jego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, a w przypadku, o którym mowa w ust. 3, (tj. jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8) o dniu jego przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Tym samym, zamawiający nie wskazując w ogłoszeniach o zamówieniu zamieszczonych na tablicy ogłoszeń oraz na stronie internetowej, informacji o dniu przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, naruszył art. 40 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp.

W zastrzeżeniach do Informacji o wyniku kontroli, Zamawiający nie zgodził się z konkluzją wyników kontroli.

Zamawiający przedstawił następujące stanowisko:

I. Zastrzeżenia dot. części I pkt. I - naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający argumentował, że nie opisał przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję w związku z czym nie nastąpiło naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazano, że Zamawiający przygotowując szczegółowy opis przedmiotu zamówienia miał na uwadze przede wszystkim specyfikę projektu, którego celem głównym była indywidualizacja nauczania dzieci z klas I-III służąca wyrównaniu szans edukacyjnych oraz rozwijaniu talentów dzieci uzdolnionych na podstawie przeprowadzonej diagnozy problemów.

Podniesiono, że Zamawiający przed ogłoszeniem przedmiotowego przetargu przeprowadził analizę rynku dostawców, która wskazała, że warunki postawione w SIWZ spełnia przynajmniej kilku producentów i dystrybutorów pomocy dydaktycznych oraz kilka rodzajów tychże pomocy.

Wskazano, że zgodnie z wyrokiem KIO 1107/15 i KIO 1114/15 właściwie każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców i dyskryminując innych. To jednak nie oznacza, że w omawianym przypadku Zamawiający naruszył zasadę z art. 7 ust. 1 Pzp. Zgodnie z wyrokiem KIO 43/15 *„Zamawiający jest uprawniony do wprowadzenia wymogów, które zawężają krąg potencjalnych wykonawców. Zawężenie to nie może mieć na celu preferowania określonego wykonawcy, ale uzyskanie produktu jak najbardziej odpowiadającego potrzebom zamawiającego. Jednocześnie zamawiający nie jest zobowiązany do takiego formułowania wymagań, aby umożliwić wszystkim wykonawcom funkcjonującym na rynku złożenie oferty. Okoliczność, że wykonawca nie posiada w swojej ofercie sprzętu, który pozwoliłby mu na wzięcie udziału w postępowaniu z powodu niespełniania określonych parametrów nie przesądza o tym, że zamawiający narusza zasady uczciwej konkurencji”*. Nie mając wiedzy specjalistycznej opisanie przedmiotu zamówienia pomocy dydaktycznych jest wręcz niemożliwe bez wskazania bądź zasugerowania się konkretnymi produktami dostępnymi na rynku. Zamawiający przygotowując opis przedmiotu zamówienia na podstawie skonkretyzowanych potrzeb wynikających z przeprowadzonej diagnozy problemów w trzech szkołach podstawowych tak sprecyzował istotne wymagania, że w rezultacie ograniczył liczbę potencjalnych rozwiązań nawet do jednego tylko producenta. Jednakże celem takiego opisu przedmiotu zamówienia nie było preferowanie określonego wykonawcy, ale otrzymanie przez zamawiającego produktu odpowiadającego jego potrzebom. Wskazanie w SIWZ wymogów technicznych i jakościowych dotyczących przedmiotu zamówienia, trudnych bądź wręcz niemożliwych do spełnienia przez danego wykonawcę, nie stanowi dostatecznej podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia określony został w sposób naruszający równe traktowanie wykonawców i zasadę uczciwej

konkurencji. Opis przedmiotu zamówienia ma przede wszystkim umożliwić dokonanie zakupu zgodnego z obiektywnymi potrzebami zamawiającego. Podkreślenia również wymaga, że zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży, zaś fakt, że na rynku istnieją inne produkty, nie przesądza o obowiązku dopuszczenia każdego z nich. Za naruszenie zasad uczciwej konkurencji nie można uznać sytuacji, w której oferty nie może złożyć każdy wykonawca z danej branży z uwagi na to, że w swoim profilu działalności nie posiada akurat pomocy o wymaganej przez zamawiającego funkcjonalności. Wymaga także podkreślenia, iż ustawa Prawo zamówień publicznych nie powinna być stosowana i interpretowana jedynie przez pryzmat pojmowanej absolutnej zasady równej konkurencji, w oderwaniu od innego podstawowego celu jej regulacji, jakim jest zapewnienie dokonywania racjonalnych i celowych zakupów.

W szczególności należy zauważyć, że przedstawiona opinia biegłego dotycząca postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mająca na celu ustalenie, czy użyte przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia parametry techniczne pomocy dydaktycznych mogły wskazywać na chęć wyboru konkretnych produktów dystrybuowanych przez wykonawcę [xxx] z siedzibą w [xxx] oraz wykonawcę [xxx] z siedzibą w [xxx] lub innych konkretnych produktów innego producenta nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, że zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Biegły sporządzając opinię już na wstępie wiedział pod kątem jakich konkretnych producentów/dostawców (czyt. [xxx], [xxx]) ma badać dany opis przedmiotu zamówienia. Taka sytuacja spowodowała, że opinia biegłego została sporządzona stroniczo i zawiera błędy w zakresie ustosunkowania się do pytań zleconych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W opinii biegłego w żadnym z jej fragmentów nie pochyłono się nad rzeczowym zbadaniem tego, czy na rynku istniały produkty równoważne oferowane przez różnych producentów. Biegły uznał, że jeżeli opis wskazuje na produkt oferowany przez obie w/w firmy to nie było możliwości zaoferowania produktu równoważnego. Dla przykładu można podać pierwsze trzy pozycje pomocy dydaktycznych przy których biegły stwierdził, że „cały opis to przedruk oferty handlowej firmy [xxx] i że nie było możliwości zaoferowania produktu równoważnego”:

- pomoc nr 4 „Czytam i układam” - producent [xxx], której opis został przygotowany na podstawie oferty [xxx];
- pomoc nr 7 „Program multimedialny do pracy z dziećmi "Dysleksja"” - producent [xxx], której opis został przygotowany na podstawie oferty ze strony [xxx];
- pomoc nr 10 „Rybki” - produkty równoważne oferują m.in. [xxx], [xxx].

Zamawiający argumentował następnie, że w opinii możemy jedynie przeczytać arbitralne i lakoniczne konkluzje, że „*parametry zostały dostosowane pod produkt [xxx]/[xxx]*”

lub „*Nie, nie było możliwości zaoferowania produktu równoważnego*”. Opinia poza w/w informacjami nie zawiera żadnego uzasadnienia, czy wyjaśnienia, na jakiej podstawie biegły doszedł do takiego przekonania. Dodatkowo po przeanalizowaniu dostępnych na stronie www.uzp.gov.pl wynikach kontroli dot. naruszeń art. 29 ust. 2 Pzp w związku z prowadzonymi postępowaniami dot. zakupu pomocy dydaktycznych należy zauważyć, że powołany biegły zastosował w swoich opiniach dokładnie te same zapisy co sugeruje, że w omawianym w/w postępowaniu mógł nie przeprowadzić rzetelnej analizy na co bezpośrednio wskazują powołane wyżej trzy pierwsze przykłady Zamawiającego. Zarzut Prezesa UZP, powtórzony w ślad za biegłym, że opis przedmiotu zamówienia wykluczał realną możliwość zaoferowania produktów równoważnych jest również pozbawiony jakichkolwiek podstaw i dowodów. Zgodnie z wyrokiem KIO 740/15 „produkt równoważny ze swojej istoty nie będzie identyczny z produktem referencyjnym, są więc dopuszczane pewne odstępstwa od tej „identyczności”, jak np. osiągnięcie tego samego celu za pomocą innych środków technicznych. Konieczne jest zatem, aby zamawiający dopuszczając produkt równoważny opisał istotne dla niego cechy, parametry i rozwiązania techniczne konieczne i niedopuszczalne”. Z powyższego wynika, że dopuszczenie produktów „równoważnych” nie oznacza w praktyce obowiązku oferowania produktów „tych samych” co opisane w SIWZ, ale także „takich samych” lub podobnych, przy pomocy których zostaną osiągnięte te same cele. W omawianym postępowaniu Zamawiający umożliwił w każdym przypadku zastosowanie pomocy równoważnej, co zostało wykazane wyżej dla trzech pierwszych pomocy wskazanych przez biegłego jako pomocy dla których „nie było możliwości zaoferowania produktu równoważnego”. Bez znaczenia dla sprawy jest również fakt, że w przedmiotowej sprawie umowa o udzielenie zamówienia publicznego została zawarta z firmą [xxx] a nie z drugą tańszą odrzuconą ofertą. Oferta firmy [xxx], w części w której oferowała pomoce inne niż dystrybuowane przez firmy [xxx] i [xxx], została uznana za ofertę równoważną i zgodną z SIWZ za wyjątkiem poz. 151 „Instrumenty perkusyjne cz. 1” tj. zestawu składającego się z szafki na instrumenty wyposażonej w drzwiczki i szufladę, wykonanej z płyty wiórowej o wymiarach min. 53 x 40 x 50 cm oraz co najmniej 6 instrumentów perkusyjnych (...). Wykonawca o ofercie zaproponował produkt równoważny tj. zestaw 6 instrumentów perkusyjnych i praktyczną torbę plastikową. To na Wykonawcy spoczywa obowiązek wypełnienia oferty zgodnie z należytą starannością. Brak informacji o szafce na instrumenty nie można było potraktować jako omyłki pisarskiej zaś zaoferowanie przez wykonawcę torby plastikowej zamiast szafki na instrumenty wyposażonej w drzwiczki i szufladę, wykonanej z płyty wiórowej o wymiarach min. 53 x 40 x 50 cm nie mogło stanowić produktu równoważnego wbrew opinii UZP: „... a druga ze złożonych ofert (tańsza) została odrzucona z powodu zaoferowania, zdaniem zamawiającego, produktu nierównoważnego”.

II. Zastrzeżenia dot. części II pkt. II - naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawca zobowiązany był do złożenia wraz z ofertą pisemnego oświadczenia w sprawie grupy kapitałowej wg wzoru określonego w załączniku nr 5 do SIWZ. We wzorze Zamawiający zawarł oświadczenie o treści: „... oświadczam/my, zgodnie z art. 26 ust. 2d ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. 2013 r., poz.907 ze zm.), że:

1) Wykonawca składający niniejszą ofertę nie należy do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.);

2) Wykonawca składający niniejszą ofertę należy do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, a w skład tej grupy wchodzi następujące podmioty:

Zamawiający argumentował, że wykonawca złożył wraz z ofertą podpisane oświadczenie w sprawie grupy kapitałowej. Zamawiający uznał, że skoro wykonawca nie wypełnił zgodnie z przypisem dolnym do pkt 2 nazw i adresów siedziby wszystkich członków grupy kapitałowej to jest to tożsame z oświadczeniem wykonawcy, że nie należy do grupy kapitałowej. W sytuacji, gdy wykonawca faktycznie należałby do grupy kapitałowej, to był obligatoryjnie zobowiązany do uszczegółowienia nazw i adresów siedzib wszystkich członków grupy kapitałowej. Skoro wykonawca nie wypełnił żadnej z pustych rubryk przewidzianych w pkt 2 oświadczenia, to oznacza, że punkt ten nie miał zastosowania do tego wykonawcy. Okoliczność zaś, że wykonawca nie skreślił pkt 2 w w/w oświadczeniu jest tak nieznacznym uchybieniem, że przy uwzględnieniu oczywistości, że ewidentnie do tego wykonawcy miało zastosowanie pkt 1 tego oświadczenia, zbędne było wzywaniem tego wykonawcy do uzupełnienia oświadczenia na podstawie art. 26 ust. 3. W związku z powyższym zamawiający nie naruszył art. 26 ust. 3 Pzp.

III. Zastrzeżenia dot. części II pkt. III - naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający podniósł, że ani ustawa Prawo zamówień publicznych, ani rozporządzenie wykonawcze w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, nie formułują obowiązków czy zakazów dotyczących spółek prawa cywilnego w odróżnieniu od spółek prawa handlowego np. co do podstaw wykluczenia tych spółek z postępowania o

udzielenie zamówienia z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Można zatem uznać, że spółka cywilna jest wykonawcą, o jakim mowa w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, bowiem jest jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego przedstawienie dokumentów dotyczących nie zalegania z opłacaniem podatków oraz nie zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne tej spółki cywilnej spełnia obowiązek potwierdzania udokumentowania przez wykonawcę spełniania warunków ubiegania się o udzielenie zamówienia. Identyczne stanowisko w tym zakresie zajął Zespół Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 26 czerwca 2006 r. nr UZP/ZO/0-1799/06 stwierdzając, że w wyniku zawarcia umowy spółki cywilnej powstaje organizm dla celów zarówno podatkowych (podatek VAT płaci spółka cywilna) jak i ubezpieczeń społecznych (jednostką zobowiązaną do opłacania składek na ubezpieczenie społeczne jest spółka cywilna). Fakt ten jest potwierdzony przez obowiązujące konstrukcje formalno-prawne, które nakazują nadanie spółce cywilnej odrębnego numeru identyfikacji podatkowej NIP, jak i odrębnego numeru REGON, przy czym w przypadku osób fizycznych prowadzących działalność jako wspólnicy spółki cywilnej nie podlegają oni odrębnej rejestracji w rejestrze podmiotów gospodarki narodowej. Oznacza to, że żaden ze wskazanych wspólników spółki cywilnej, w zakresie prowadzonej działalności w formie spółki nie może uzyskiwać odrębnych zaświadczeń o wywiązywaniu się z obowiązków, które w świetle prawa obciążają spółkę cywilną. W związku z powyższym, jeżeli wydane przez ZUS zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek wskazuje NIP spółki i REGON spółki, w formie której dwaj przedsiębiorcy będący osobami fizycznymi prowadzą działalność gospodarczą, to oznacza to, iż przedstawili oni odpowiedni dokument potwierdzający, że wykonawca nie zalega z opłatą składek na ubezpieczenie zdrowotne bądź społeczne, gdyż wykonawcą nie jest w takim przypadku każdy z przedsiębiorców oddzielnie, lecz wykonawcą tym jest jednostka prowadząca działalność gospodarczą powstała w wyniku umowy spółki cywilnej. Podobne stanowisko wynika z wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 18 marca 2015 r. I SA/Kr 153/15 gdzie m.in. WSA stwierdził: *„Sąd podziela argumentację zawartą w przywołanym przez Zarząd Województwa wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2013 r. (KIO 2922/12), gdzie KIO stwierdziło m.in. iż gdyby intencją ustawodawcy było zobowiązanie do przedłożenia stosownych zaświadczeń również wspólników spółek osobowych, wyraźnie by to wskazał...Ustawa prawo zamówień publicznych nie przewiduje jednak możliwości żądania takiego zaświadczenia od wspólników spółek osobowych, dlatego konsekwentnie należy przyjąć, iż w przedmiotowej sprawie doszło do naruszenia procedur zamówień publicznych, a więc zgodnie z wcześniejszymi rozważaniami do naruszenia w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006... Żądanie nadmiernych dokumentów nie spowodowało wprawdzie bezpośrednio szkody w budżecie UE, ale zgodnie z wcześniejszym*

rozważaniami stanowiło ono naruszenie procedury krajowej lub unijnej (art. 25 ust. 1 i 2 u.p.z.p. w związku z § 2 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w zakresie zamówień publicznych) poprzez przyjęcie bez podstawy prawnej, że wspólnicy spółek osobowych zobowiązani są przedstawić zaświadczenie o niezaleganiu z obowiązkiem podatkowym, które w realiach niniejszej sprawy mogło prowadzić do ograniczenia kręgu potencjalnych oferentów uczestniczących w przetargu, a tym samym do finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE...".

Zamawiający wskazał, że w świetle powyższego zarzut naruszenia zapisów § 3 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia wykonawczego w związku z art. 26 ust 3 ustawy Pzp jest nieuzasadniony.

IV. Zastrzeżenia dot. części wspólnej - naruszenie art. 40 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający podniósł, że zgodnie z oficjalnym stanowiskiem komentatorów treści art. 40 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp podanie informacji publikowanej w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego oraz na stronie internetowej o dniu przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej miało na celu zapewnienie przejrzystości stosowanych procedur. W sytuacji kiedy niewątpliwym jest, że przekazanie ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej stanowiło wszczęcie procedury zamówienia publicznego i poprzedziło ogłoszenia lokalne to brak w nich informacji o dniu przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej nie jest istotnym uchybieniem, które w żaden sposób nie mogło wpłynąć na żadne czynności proceduralne ani na wynik postępowania.

Pismem z dnia 2 czerwca 2016 r., Prezes UZP, w odpowiedzi na powyższe zastrzeżenia Zamawiającego poinformował, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 5 maja 2016 r., odnośnie wskazanych w Informacji naruszeń przepisów art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 (naruszenie nr 3) i art. 40 ust. 6 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164).

Jednocześnie Kontrolujący poinformował, że uwzględnia zastrzeżenia do naruszenia art. 26 ust. 3 (naruszenie nr 2).

W uzasadnieniu stanowiska Kontrolujący, odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego wskazał, że w wyniku kontroli zostały stwierdzone następujące naruszenia przepisów ustawy Pzp:

1) art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na opisanu przez

zamawiającego w części I postępowania przedmiotu zamówienia, w tym wymagań technicznych tak szczegółowo, że niemożliwe było w stosunku do większości pomocy dydaktycznych zaoferowanie produktów równoważnych. Przy czym, część produktów mogli oferować wyłącznie [xxx] oraz [xxx], co oznacza, że w konsekwencji jako jedyni mogli złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty;

- 2) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w II części postępowania, poprzez zaniechanie wezwania przez zamawiającego wykonawcy [xxx] do uzupełnienia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, albo informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej;
- 3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w II części postępowania, poprzez zaniechanie wezwania przez zamawiającego wykonawcy [xxx] do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, wystawionych na wspólników ww. spółki, w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia;
- 4) art. 40 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp, w części I i II postępowania, poprzez niewskazanie w ogłoszeniach o zamówieniu zamieszczonych na tablicy ogłoszeń oraz na stronie internetowej, informacji o dniu przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Ad. 1)

W odniesieniu do zastrzeżeń wniesionych wobec pierwszego naruszenia stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli Prezes UZP ponownie wskazał, że zgodnie z treścią art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cały przebieg postępowania o udzielenie zamówienia i może wywrzeć wpływ na jego wynik. Dlatego też zamawiający winni dokonywać tej czynności z poszanowaniem wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zasady nakładającej obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, iż zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłby w wyżej wskazaną zasadę. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert oraz może powodować oferowanie przez wykonawców produktów tylko i wyłącznie jednego producenta czy dystrybutora. W efekcie prowadzi to do powstania ułomnego rynku kreowanego przez zamawiających, na którym rzeczywistą konkurencję zastępuje quasi-konkurencja między

dostawcami tej samej technologii lub produktów tego samego producenta lub dystrybutora.

Ustawodawca poprzez przesłanki negatywne określa, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp), w tym także przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, z wyjątkiem przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką zamówienia i jednocześnie zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne” (art. 29 ust. 3 ustawy Pzp). W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby chociażby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji (tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20.03.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 285/09, 300/09, 303/09).

Do naruszenia zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, może dojść w sposób bezpośredni oraz pośredni. Bezpośrednie naruszenie ww. artykułu zachodzi, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, poprzez wskazanie znaków towarowych, oznaczeń, patentów lub pochodzenia. Natomiast pośrednie naruszenie ww. artykułu będzie miało miejsce, gdy produkt opisany przez zamawiającego nie będzie nazwany, jednakże wymogi i parametry przedmiotu zamówienia zostaną określone tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Powyższe stanowisko zostało rozwinięte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7. 01. 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 28/07; KIO/UZP 100/07), w którego uzasadnieniu Izba stwierdziła, że: „Przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Należy przy tym zauważyć, że przez utrudnienie uczciwej konkurencji należy rozumieć opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (z wyjątkiem sytuacji zastrzeżonych w ustawie), lub poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę), lub konkretny produkt. W szerokim rozumieniu tego przepisu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego.”

Z takim opisem przedmiotu zamówienia mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może zakwestionować, jeśli wykaże, że opis przedmiotu zamówienia ma źródło w jego uzasadnionych potrzebach lub przez wykazanie, że wymagania SIWZ spełniają inne produkty w sposób zapewniający

konkurencję. Przy czym w przypadku zamówienia, którego poszczególne części składowe opisane zostały za pomocą wielu parametrów, nawet brak spełniania 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 spełniania przez oferowany przedmiot zamówienia wszystkich kwestionowanych parametrów (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28. 09. 2011 r.; sygn. akt: KIO 1949/11, KIO 1954/11).

Tymczasem, zaprezentowane powyżej argumenty zamawiającego w odniesieniu do stwierdzonego naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nie wskazują ani jakie są jego uzasadnione (obiektywne) potrzeby, które skłoniły go do tak szczegółowego opisanie parametrów technicznych zamawianych pomocy dydaktycznych, ani nie wskazują jakie inne produkty (dystrybuowane przez innych dostawców niż [xxx] i [xxx]) spełniają wymagania SIWZ w sposób zapewniający uczciwą konkurencję. Bowiem w żadnych dokumentach dotyczących przedmiotowego postępowania, w tym zawierających opis przedmiotu zamówienia, ani też w zastrzeżeniach zamawiający nie wskazał, jakie oczekiwania mają szkoły co do zamawianych pomocy edukacyjnych, ani też nie wskazał celu, jaki powinna spełniać dana pomoc edukacyjna. Nie można bowiem za wyczerpujące uzasadnienie uznać, nie popartego żadnymi dokumentami (dowodami) twierdzenia zamawiającego, iż „zamawiający przed ogłoszeniem przedmiotowego przetargu przeprowadził analizę rynku dostawców, która wskazała, że warunki postawione w SIWZ spełnia przynajmniej kilku producentów i dystrybutorów pomocy dydaktycznych oraz kilka rodzajów tychże pomocy”. Tym bardziej, iż w dalszej części zastrzeżeń zamawiający sam przyznaje, iż „przygotowując opis przedmiotu zamówienia na podstawie skonkretyzowanych potrzeb wynikających z przeprowadzonej diagnozy problemów w trzech szkołach podstawowych (przypis: w dokumentacji postępowania brak takiej diagnozy), tak sprecyzował istotne wymagania, że w rezultacie ograniczył liczbę potencjalnych rozwiązań nawet do jednego tylko producenta”.

Zamawiający zatem nie wskazał konkretnych potrzeb uzasadniających dokonany przez niego opis przedmiotu zamówienia, a jednocześnie sam przyznał, że opis ten wskazywał na jednego producenta.

Ponadto zamawiający wskazał, iż „*Nie mając wiedzy specjalistycznej opisanie przedmiotu zamówienia pomocy dydaktycznych jest wręcz niemożliwe bez wskazania bądź zasugerowania się konkretnymi produktami dostępnymi na rynku*”. Mając na uwadze regulację zawartą w art. 21 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którą jeżeli dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych, kierownik zamawiającego, z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej, może powołać biegłych - nie można również

zgodzić się z zacytowanym powyżej twierdzeniem zamawiającego. Art. 21 ust. 4 ustawy Pzp, daje bowiem zamawiającemu możliwość skorzystania z usług biegłych, tj. osób posiadających wiadomości specjalne w danej tematyce/branży, których nie posiadają członkowie komisji przetargowej, a które są niezbędne m. in. w celu sporządzenia prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia.

Tym samym, wbrew twierdzeniom zamawiającego, ustawa Pzp daje zamawiającym instrumenty pozwalające na opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który nie będzie utrudniał uczciwej konkurencji.

Niezależnie od powyższego Prezes UZP wskazał, że zgodnie z art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, prowadząc postępowanie wyjaśniające lub kontrolę, Prezes Urzędu może zasięgnąć opinii biegłych, jeżeli ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy lub dokonanie innych czynności kontrolnych wymaga wiadomości specjalnych. Ponadto zgodnie z art. 163 ust. 3 ustawy Pzp, stan faktyczny sprawy ustala się na podstawie całokształtu materiału zebranego w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli, w szczególności dokumentów związanych z postępowaniem, wyjaśnień kierownika i pracowników zamawiającego, opinii biegłych oraz wyjaśnień innych podmiotów. Z powyższego wynika, że w przypadku konieczności posiadania wiadomości specjalnych Prezes Urzędu może korzystać z opinii biegłych i w oparciu o nie przedstawić swoje stanowisko. Korzystanie z opinii specjalisty z danej dziedziny świadczy o rzetelnym i obiektywnym przeprowadzeniu kontroli. Należy ponadto zwrócić uwagę, że stwierdzenia zawarte w opinii biegłego znajdują potwierdzenie w stanie faktycznym sprawy, gdyż - jak ustalił Prezes Urzędu - w postępowaniu złożone zostały jedynie 2 oferty, spośród których wybrana została jako najkorzystniejsza oferta firmy [xxx], a druga ze złożonych ofert (tańsza) została odrzucona ponieważ zaproponowany w poz. 151 produkt nie stanowi rozwiązania równoważnego z uwagi na brak zaoferowania wraz z zestawem 6 instrumentów wymaganej szafki do ich przechowywania. W ofercie nie było wymienionej szafki na instrumenty, tylko praktyczna plastikowa torba. Odrzucenie ww. oferty z powodu braku równoważności opakowania pomocy dydaktycznej potwierdza opinię biegłego, że większość opisanych w SIWZ produktów nie miała odpowiedników równoważnych. Na marginesie jedynie zauważono, że Zamawiający nie wyjaśnił, jakie uzasadnione potrzeby, skłoniły go do żądania, aby ww. instrumenty, które służyły zaspokojeniu tego samego celu, przechowywane były w szafce o ściśle określonych w SIWZ parametrach, a nie zaspokajała jego potrzeb plastikowa torba, również przeznaczona do przechowywania zaoferowanych instrumentów. Powyższe potwierdza także, że wymogi zamawiającego niezasadnie ograniczały możliwość zaoferowania różnych produktów, skoro - jak pokazuje powyższy przykład - elementem decydującym o odrzuceniu oferty mogło być opakowanie.

Ponadto, zaznaczono, że w przekazanej Informacji o wyniku kontroli doraźnej

następczej Prezes Urzędu w żadnym miejscu nie wyraził opinii, iż wskazany w poz. 151 produkt zaofferowany przez wykonawcę [xxx], stanowi produkt równoważny do opisanego w SIWZ. Wręcz przeciwnie, przywołana w ww. Informacji przyczyna odrzucenia przez zamawiającego oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, miała za zadanie podkreślić i tak już oczywisty fakt skonstruowania przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, w sposób naruszający art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez wskazanie, iż pomimo zaofferowania przez obu wykonawców instrumentów zaspokajających tę samą główną potrzebę edukacyjną zamawiającego, oferta wykonawcy [xxx], została odrzucona z postępowania, z powodu zaofferowania innej formy, niż wymagana w SIWZ, przechowywania ww. instrumentów - co nie wpływało na jakość zaofferowanego produktu (instrumentów).

Prezes UZP zauważył również, że zastrzeżenia zamawiającego, w których pisze o tym, że produkt równoważny nie musi być identyczny z opisanym w SIWZ są sprzeczne z faktem odrzucenia tańszej oferty z powodu nierównoważności opakowania.

Dodatkowo podkreślono, że nie można się zgodzić ze stanowiskiem zamawiającego, że biegły „już na wstępnie wiedział pod kątem jakich konkretnych producentów/dostawców (czyt. [xxx], [xxx]) ma badać dany opis przedmiotu zamówienia”. W piśmie z dnia 29.10.2015 r. Urząd Zamówień Publicznych zadał biegłemu pytania, z których pierwsze brzmiało: „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?” Biegły miał więc odpowiedzieć na pytanie, w którym nie było sugestii, o produkty jakich firm chodzi. Nazwy ww. firm pojawiły się dopiero w pytaniu trzecim, które dotyczyło jednak dystrybucji pomocy dydaktycznych, nie zaś ich pochodzenia (wytwarzania przez konkretnego producenta).

Jednocześnie wskazano, iż mając na uwadze treść zastrzeżeń Zamawiającego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił do biegłego o uzupełnienie opinii sporządzonej na potrzeby przedmiotowej kontroli. W odniesieniu do zarzutu sformułowanego przez zamawiającego, iż „Biegły uznał, że jeżeli opis wskazuje na produkt oferowany przez obie w/w firmy (przypis: [xxx] i [xxx]), to nie było możliwości zaofferowania produktu równoważnego”, biegły w opinii uzupełniającej z dnia 21.05.2016 r. stwierdził, co następuje: „Biegły dokonał dokładnej analizy opisów przedmiotu zamówienia znajdujących się w SIWZ zamawiającego, pod kątem parametrów technicznych, jakościowych i funkcjonalnych. Przeanalizował rynek zabawek i pomocy edukacyjnych dostępnych na rynku (Internet, katalogi, oferty sklepów internetowych i stacjonarnych). Sporządził zestawienie i porównanie tabelaryczne ofert zabawek i pomocy dydaktycznych różnych producentów i dystrybutorów z branży edukacyjnej.” Jako przykład zostały przytoczone w formie tabeli opisy produktów:

Opis przedmiotu zamówienia w SIWZ Zamawiającego Rybki	Opis przedmiotu z oferty [xxx] lub [xxx] Rybki
<p>Pomoc dydaktyczna, która doskonali sprawność manualną ręki, jej precyzję i szybkość ruchu, koordynację wzrokowo-ruchową. Uczy rozpoznawania kolorów i kształtów. Narzędziem do ćwiczeń są pałeczki bambusowe, które poprzez specjalne połączenia i wyprofilowanie dają możliwość trzymania i operowania nimi na trzy sposoby: klamerkowy, oburącz i w sposób tradycyjny po chińsku. Ponad 25 bambusowych rybek z ogonkami ułatwiającymi chwycenie kształtki występuje w trzech różnych kształtach, a każdy kształt w 3 różnych kolorach. Kostka z oczkami i kostka oznaczająca kształt rybki. Zawartość umieszczona w poręcznej wysokiej tubie.</p> <p>Pomoc dydaktyczna typu "Teatryk" - scena Teatryk - scena - kolorowy teatryk o wymiarach nie mniejszy niż 94 x 78 x 22 cm, wykonany z trwałego tworzywa sztucznego o podwójnych ściankach wypełniony w środku powietrzem. Na froncie znajduje się suchościeralna naklejka/tablica do zapisywania tytułu przedstawień. Z tyłu teatryku para ruchomych drzwiczek stanowi podpórkę konstrukcji a zarazem imitujące kasę biletową. Dwie półeczki wkomponowane w konstrukcję umożliwiają przechowywanie pacynek.</p>	<p>Pomoc dydaktyczna, która doskonali sprawność manualną ręki, jej precyzję i szybkość ruchu, koordynację wzrokowo-ruchową. Uczy rozpoznawania kolorów i kształtów. Narzędziem do ćwiczeń są pałeczki bambusowe, które poprzez specjalne połączenia i wyprofilowanie dają możliwość trzymania i operowania nimi na trzy sposoby: klamerkowy, oburącz i w sposób tradycyjny po chińsku. Ponad 25 bambusowych rybek z ogonkami ułatwiającymi chwycenie kształtki występuje w trzech różnych kształtach, a każdy kształt w 3 różnych kolorach. Kostka z oczkami i kostka oznaczająca kształt rybki. Zawartość umieszczona w poręcznej wysokiej tubie.</p> <p>[xxx] dostęp: 21.05.2016, godz.07:42</p> <p>Teatryk scena Kolorowy teatryk o wymiarach nie mniejszy niż 94 x 78 x 22 cm, wykonany z trwałego tworzywa sztucznego o podwójnych ściankach wypełniony w środku powietrzem, lekki umożliwia dzieciom łatwe przenoszenie. Z tyłu teatryku para ruchomych drzwiczek stanowi podpórkę konstrukcji a zarazem imitujące kasę biletową.</p> <p>[xxx] dostęp: 21.05.2016, godz. 9:11</p>

Na podstawie powyżej przytoczonych przykładów biegły stwierdził, że „*opis przedmiotu zamówienia opisany jest w sposób bardzo szczegółowy i wskazujący na konkretny produkt dystrybuowany przez firmy [xxx] i [xxx]*”.

Biegły, odrzucając zarzut zamawiającego zgodnie z którym:

„- pomoc nr 4 „Czytam i układam” - producent [xxx], której opis został przygotowany na podstawie oferty [xxx];

- pomoc nr 7 „Program multimedialny do pracy z dziećmi „dysleksja” – producent [xxx], której opis został przygotowany na podstawie oferty ze strony [xxx];

- pomoc nr 10 „Rybki” - produkty równoważne oferują m. in. [xxx], [xxx]”,

stanowią produkty równoważne w stosunku do pomocy nr 4 „czytam i układam”, nr 7 „program multimedialny „dysleksja”, nr 10 „rybki logopedyczne”, co do których biegły stwierdził w ww. opinii, iż nie było możliwości zaoferowania produktu równoważnego, wskazał:

	Opis przedmiotu	[xxx]	[xxx]
--	-----------------	-------	-------

	zamówienia w SIWZ zamawiającego		
pomoc nr 4 „Czytam i układam”	Układanka dydaktyczna dla dzieci, do poznawania budowania wyrazów i rozwiązywania rebusów zawiera min. 3 zestawy puzzli	Układanka dydaktyczna dla dzieci, naukę poznawania budowania wyrazów i rozwiązywania rebusów. Przeznaczona dla najmłodszych uczniów już od 4 roku życia. [xxx] dostęp: 22.05.2016, godz. 19:16	Układanka dydaktyczna dla dzieci, do poznawania budowania wyrazów i rozwiązywania rebusów zawiera min. 3 zestawy puzzli. [xxx] dostęp: 22.05.2016, godz. 19:16

Jednocześnie biegły stwierdził, iż: „(...) opis przedmiotu zamówienia jest tożsamy z opisem pomocy dydaktycznej z oferty firmy [xxx], a nie jak wskazuje zamawiający z opisem księgarni [xxx]. (...) Należy zauważyć, że analizie zostały poddane opisy pomocy edukacyjnych sprzedawanych/dystrybuowanych przez różne firmy. W konsekwencji to ten sam produkt, ale inaczej opisany. Podobieństwo opisów wskazuje na to, że opis przedmiotu zamówienia Zamawiającego został dostosowany (skopiowany) z oferty handlowej firmy [xxx].”

	Opis przedmiotu zamówienia w SIWZ zamawiającego	[xxx]	[xxx]
Pomoc nr 7 „Program multimedialny do pracy z dziećmi „dysleksja”	Komputerowy program terapeutyczny do pracy z dziećmi w wieku od 5 do 9 lat wykazującymi specyficzne trudności w czytaniu, pisaniu. Program zawiera co najmniej 328 ćwiczeń interaktywnych i co najmniej 135 kart pracy do wydruku, posiada również: Aplikację Terapeuty,	Szczegóły produktu ok. 15% dzieci w polskich szkołach ma trudności w nauce czytania i pisania, chociaż teoretycznie nie powinny ich mieć. Są to przecież dzieci prawidłowo rozwinięte intelektualnie, nie posiadające żadnych poważnych wad wzroku i słuchu ani schorzeń neurologicznych. W szkole wymagają jednak indywidualnego wsparcia. Powodem jest dysleksja, która w przyszłości może być źródłem stresu i niepowodzeń. Im wcześniej ten problem zostanie rozpoznany, tym łatwiej jest mu przeciwdziałać. Program Eduterapeutica dysleksja to komputerowy program terapeutyczny do pracy z dziećmi wykazującymi specyficzne trudności w czytaniu i pisaniu.	Komputerowy program terapeutyczny do pracy z dziećmi w wieku od 5 do 9 lat wykazującymi specyficzne trudności w czytaniu, pisaniu i rozwiązywaniu zadań matematycznych. Zawiera 330 ćwiczeń i 137 kart pracy do wydruku, posiada również: Aplikację Terapeuty, Diagnozę, Terapię.* [xxx] dostęp: 22.05.2016, godz. 19:38 *Zachowano oryginalną pisownię

	Diagnozę, Terapię. Pogram współdziałający z programem e-dziennik.* *Zachowano oryginalną pisownię	Program składa się z: Aplikacji terapeuty/nauczyciela Programu do diagnozy Programu terapeutycznego [xxx] dostęp: 22.05.2016, godz. 19:38	
--	--	---	--

Jednocześnie biegły stwierdził, iż: „(...) opis przedmiotu zamówienia jest bardzo zbliżony z opisem pomocy dydaktycznej z oferty firmy [xxx], a nie jak wskazuje zamawiający z opisem ze strony <http://www.proqramvdiaszkoiy.pl>. (...) Należy zauważyć, że analizie zostały poddane opisy pomocy edukacyjnych sprzedawanych/dystrybuowanych przez różne firmy. W konsekwencji to ten sam produkt, ale inaczej opisany. Podobieństwo opisów wskazuje na to, że opis przedmiotu zamówienia Zamawiającego został dostosowany (skopiowany) z oferty handlowej firmy [xxx].”

	Opis przedmiotu zamówienia w SIWZ zamawiającego	[xxx]	[xxx]
Pomoc nr 10 „Rybki”	Rybki Pomoc dydaktyczna, która doskonali sprawność manualną ręki, jej precyzję i szybkość ruchu, koordynację wzrokowo-ruchową. Uczy rozpoznawania kolorów i kształtów. Narzędziem do ćwiczeń są pałeczki bambusowe, które poprzez specjalne połączenia i wyprofilowanie dają możliwość trzymania i operowania nimi na trzy sposoby: klamerkowy, oburącz i w sposób tradycyjny po chińsku. Ponad 25 bambusowych rybek z ogonkami ułatwiającymi chwycenie kształtki występuje w trzech różnych kształtach, a	Rybki zestaw do łowienia, [xxx] Gra zręcznościowa Rybki francuskiej marki [xxx] to wspaniała zabawa dla dwójki dzieci, podczas kąpieli w wannie lub w ogrodzie w basenie. Zestaw zawiera 6 rybek w różnych kolorach unoszących się na wodzie oraz 2 wędki z haczykiem, za pomocą którego można łowić rybki. Po naciśnięciu rybki, z dziubka wypływa woda. Gra ćwiczy koordynację ruchową, cierpliwość i rozwija umiejętności manualne oraz cierpliwość. Zabawka zaprojektowana [xxx]. [xxx] od 1970 roku niezmiennie projektuje zabawki, które są synonimem innowacyjności, francuskiego designu i najwyższej jakości. Unikalne zabawki [xxx] tworzone są z drewna i innych doskonałych materiałów, a przede wszystkim z dziecięcych marzeń! [xxx] -Rybki-zestaw-do-lowienia-[xxx] dostęp: 22.05.2016 r, godz. 19:56	RYBKI Pomoc dydaktyczna, która doskonali sprawność manualną ręki, jej precyzję i szybkość ruchu, koordynację wzrokowo-ruchową. Uczy rozpoznawania kolorów i kształtów. Narzędziem do ćwiczeń są pałeczki bambusowe, które poprzez specjalne połączenia i wyprofilowanie dają możliwość trzymania i operowania nimi na trzy sposoby: klamerkowy, oburącz i w sposób tradycyjny po chińsku. Ponad 25 bambusowych rybek z ogonkami ułatwiającymi chwycenie kształtki występuje w trzech różnych kształtach, a

	każdy kształt w 3 różnych kolorach. Kostka z oczkami i kostka oznaczająca kształt rybki. rybki. Zawartość umieszczona w poręcznej wysokiej tubie.		
--	--	--	--

Jednocześnie biegły stwierdził, iż: „(...) opis przedmiotu zamówienia jest tożsamy z opisem pomocy dydaktycznej z oferty firmy [xxx], a nie jak wskazuje zamawiający z opisem sklepu internetowego [xxx]. (...) Podobieństwo opisów wskazuje na to, że opis przedmiotu zamówienia Zamawiającego został dostosowany (skopiowany) z oferty handlowej firmy [xxx].”

Ponadto w podsumowaniu biegły podtrzymał opinię z dnia 16. 01. 2016 r.

Uwzględniając powyżej przedstawione stanowisko biegłego Kontrolujący stwierdził, że możliwość zaoferowania przez wykonawców produktu równoważnego, została w praktyce wyłączona w odniesieniu do niektórych produktów (była iluzoryczna). W szczególności opisy produktów zaczerpnięte z ofert handlowych dystrybutorów [xxx] i [xxx], którzy - jak wynika z opinii - są dodatkowo w 12% ich jedynymi dystrybutorami, wskazują że zamawiający wyłączył możliwość zaoferowania produktów innych niż dystrybuowane przez ww. wykonawców. Przy czym zauważyć należy, że poszczególne pozycje opisu przedmiotu zamówienia nie stanowiły oddzielnych pakietów (części zamówienia), zatem niemożność zaoferowania nawet jednego produktu, przesądzała o braku możliwości złożenia oferty przez danego wykonawcę.

Szczegółowego opisu znacznej liczby produktów, pokrywającego się z opisem w ofertach handlowych firm [xxx] lub [xxx] - co naruszało uczciwą konkurencję, nie uzasadniają potrzeby zamawiającego. Zamawiający nie wskazał bowiem ani w wyjaśnieniach przedstawionych Prezesowi Urzędu, ani w zastrzeżeniach, obiektywnych potrzeb uzasadniających opisanie poszczególnych produktów w sposób zgodny z opisem tych samych produktów dystrybuowanych przez firmy [xxx] i [xxx], a w 12% przypadków - dystrybuowanych wyłącznie przez te firmy. Natomiast fakt, że 12% opisanych produktów nie miało odpowiedników równoważnych, a jednocześnie ich jedynymi dystrybutorami były firmy [xxx] i [xxx] skutkowało tym, że tylko te firmy mogły złożyć oferty niepodlegające odrzuceniu na cały przedmiot zamówienia.

Jednocześnie podkreślono, że w opinii Prezesa Urzędu, opis przedmiotu zamówienia, zamiast zawierać wprost opisy produktów z oferty handlowej [xxx] lub [xxx], powinien zawierać wymagania co do ogólnego wyglądu i sposobu korzystania z danej pomocy

dydaktycznej oraz celu edukacyjnego, jakiemu pomoc ta ma służyć (np. jakie umiejętności ma rozwijać). Taki opis pomocy dydaktycznych zapewniłby realną konkurencję, zgodną z art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe prowadzi do wniosku, że zamawiający nie spełnił ciążącego na nim obowiązku zapewnienia wykonawcom niedyskryminacyjnego dostępu do zamówienia, gdyż ograniczył konkurencję do ww. wykonawców będących w stanie zaoferować wszystkie produkty składające się na przedmiot niniejszego zamówienia. Powyższe potwierdza fakt, że w postępowaniu została wybrana oferta wykonawcy [xxx], zaś oferta drugiego z wykonawców, tj. [xxx], została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż w ocenie zamawiającego produkt zamienny zaoferowany przez wykonawcę w pozycji 151 nie stanowił rozwiązania równoważnego opisanemu w SIWZ.

W świetle powyższego stwierdzono, że w praktyce zamawiający nie dopuścił przedmiotów równoważnych, tj. „także „takich samych” lub podobnych, przy pomocy których zostaną osiągnięte te same cele”. Powyższą tezę potwierdza przede wszystkim sposób przeprowadzenia przedmiotowego postępowania, w tym odrzucenie oferty [xxx] z powodu opisanej powyżej niezgodności z treścią SIWZ.

Reasumując, Prezes UZP wskazał, że przedstawione przez zamawiającego zastrzeżenia do naruszenia wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej nie zasługują na uwzględnienie. Tym samym, podtrzymano stanowisko zaprezentowane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 05. 05.2016 r. o naruszeniu przez zamawiającego art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Ad. 3)

W odniesieniu do zastrzeżeń wniesionych wobec trzeciego naruszenia stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli Prezes UZP ponownie wskazał, że spółka cywilna nie posiada statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W myśl art. 2 pkt 11 ustawy Pzp wykonawcami są (osoby fizyczne) wspólnicy prowadzący działalność gospodarczą. Stosownie do art. 860 kc spółka cywilna jest stosunkiem prawno-zobowiązaniowym (umową zawartą przez jej wspólników), którego istotą jest dążenie do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego.

Spółka cywilna nie tworzy odrębnych podmiotowych struktur organizacyjnych, jest jedynie umową zawartą przez jej wspólników, której żaden przepis kodeksu cywilnego nie przyznaje zdolności prawnej odrębnej od zdolności jej wspólników, tak jak ma to miejsce w przypadku jednostek organizacyjnych nie posiadających osobowości prawnej, o których mowa w 331 kc. Istota spółki cywilnej wyczerpuje się więc w dwu - lub nawet wielostronnym stosunku obligacyjnym, łączącym wspólników (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2003 r., sygn. akt I CK 201/02).

W obrocie prawnym występują zatem wspólnicy spółki cywilnej, a sama spółka nie jest podmiotem praw i obowiązków. W konsekwencji, oświadczenie woli, jakim jest oferta oraz wszelkie załączniki do niej (dokumenty, oświadczenia), są składane nie przez spółkę cywilną, a przez jej wspólników jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 23 ustawy Pzp (podobnie: wyrok KIO z dnia 5. 04. 2016 r. sygn. akt KIO 420/16, oraz m. in. wyroki Izby wydane w sprawach o sygn. akt: KIO 1313/11, KIO 1674/14, KIO 1956/14).

W związku z powyższym dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu, określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, powinny być przedkładane indywidualnie przez każdego ze wspólników spółki cywilnej.

Jednocześnie, za orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (por. wyrok KIO z dnia 9. 12. 2010 r. sygn. akt: KIO 2556/10) stwierdzić należy, iż *„(...) obowiązek podatkowy z tytułu podatku dochodowego od osób fizycznych ciąży na wspólnikach spółki cywilnej, a nie na spółce. (...) (vide: wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 27 kwietnia 2001 r., sygn. akt III SA 429/00). Natomiast spółka cywilna posiada podmiotowość podatkowo-prawną, ale wyraźnie przyznaną wyłącznie dla potrzeb stosowania przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (...)”*. W konsekwencji zaświadczenie z właściwego urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z uiszczaniem podatków powinno potwierdzać, że z uiszczaniem podatków nie zalega zarówno spółka cywilna, jak i każdy z jej wspólników. Tylko na podstawie tak złożonych zaświadczeń zamawiający może stwierdzić, czy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie zalegają z uiszczaniem podatków, a tym samym nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (podobnie: wyrok KIO z dnia 16 lipca 2013 r. sygn. akt KIO 1571/13, KIO 1572/13, KIO 1574/13).

Z kolei w wyroku z dnia 5 kwietnia 2016 r. (sygn. akt KIO 420/16) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła: *„Spółka cywilna jest jedynie podatnikiem podatku VAT i akcyzowego. Natomiast dochody uzyskiwane z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej w formie spółki cywilnej opodatkowane są podatkiem dochodowym, którego podatnikiem są wspólnicy s.c, a nie spółka. Zatem zaświadczenie z US dokumentujące brak zaległości podatkowych spółki cywilnej należało uznać za niewystarczające”*.

Zatem, zgodnie z cytowanym powyżej orzecznictwem, dla zweryfikowania stanu realizacji zobowiązań podatkowych w zakresie wymaganym przepisami prawa zamówień publicznych konieczne jest złożenie przez wspólników spółki cywilnej zaświadczenia dotyczącego indywidualnie każdego z nich oraz zaświadczenia dotyczącego spółki cywilnej.

Konstrukcja prawna nadania podmiotowości prawnopodatkowej spółce cywilnej funkcjonuje wyłącznie na gruncie przepisów o podatku VAT. Jednakże, z uwagi na solidarną odpowiedzialność wspólników oraz z uwagi na fakt, że przepisy o zamówieniach

publicznych, prowadzą do wyeliminowania z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podmiotów nierzetelnych, z uwagi na ich zaległości w opłacaniu danin publicznych, na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych dokumentami wykazującymi brak zaległości podatkowych wspólników spółki cywilnej ubiegających się o udzielenie zamówienia, powinny być zarówno dokumenty potwierdzające tę okoliczność w stosunku do każdego wspólnika odrębnie, a w przypadku gdy spółka cywilna jest podatnikiem podatku VAT, także w stosunku do spółki cywilnej.

Natomiast, na gruncie obowiązujących przepisów, w przypadku osób prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej, płatnikiem składek na ubezpieczenia społeczne i ubezpieczenie zdrowotne jest każdy ze wspólników spółki cywilnej, opłacając składki na własne ubezpieczenia. Spółka cywilna pełni natomiast funkcję płatnika składek tylko za osoby świadczące pracę w tej spółce (np. pracowników i zleceniobiorców). O wydanie więc zaświadczenia o niezaleganiu z opłatami i składkami na ubezpieczenie społeczne może ubiegać się także płatnik, a więc obok wspólnika spółki cywilnej jako osoby fizycznej - wobec braku stosownego wyłączenia - również spółka cywilna, jako pracodawca.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 7 maja 2010 r. (sygn. akt KIO 708/10) „spółka cywilna jest pracodawcą w rozumieniu art. 3 Kodeksu pracy, zatem w razie zatrudniania pracowników dokonuje ona zgłoszenia pracowników do ubezpieczenia społecznego i odprowadza należne składki. Wspólnicy spółki cywilnej mogą samodzielnie odprowadzać swoje składki ZUS, w indywidualnych przypadkach może uczynić to również spółka. Zatem wymaganie złożenia zaświadczenia lub zaświadczeń wystawionych przez właściwy oddział ZUS przez wspólników lub przez spółkę cywilną konkretyzuje się w zależności od okoliczności danego przypadku - tzn. faktu zatrudniania pracowników lub zgłaszania do ubezpieczenia osób i odprowadzania składki z innych tytułów (umów cywilnoprawnych) oraz dokonywania lub nie wymienionych czynności w odniesieniu do wspólników”.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1661/11, KIO 1684/11) wskazała, iż „(...) obowiązujące prawo, np. gdy spółka cywilna prowadząc wspólne przedsięwzięcie zatrudnia pracowników, obliguje spółkę cywilną do odprowadzania podatku oraz opłat do organów podatkowych czy ubezpieczeń społecznych. Powyższe nie powoduje, że wspólnicy w takiej sytuacji przestają być odrębnymi podmiotami gospodarczymi zobowiązanymi odrębnie do rozliczeń czy to z organami podatkowymi, czy ubezpieczeń społecznych. Natomiast powyżej opisana sytuacja nakłada na wspólników spółki cywilnej dodatkowy obowiązek w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przedłożenia dodatkowych zaświadczeń organu podatkowego, ubezpieczeń społecznych potwierdzających niezaleganie z podatkami i opłatami (...)”.

W związku z powyższym, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wspólnicy spółki cywilnej powinni przedkładać na potwierdzenie braku podstaw do

wykluczenia ich z udziału w postępowaniu, w zależności od konkretnego przypadku, zaświadczenia wystawione przez odpowiednio urzędy skarbowe, ZUS lub KRUS, dotyczące zarówno wspólników, jak i spółki, w odniesieniu do zobowiązań ich dotyczących.

Mając na uwadze powyższe Kontrolujący stwierdził, że brak jest zatem podstaw, by uznać, iż zaświadczenie o niezaleganiu ze składkami odprowadzanymi na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne jak i zaświadczenie o braku zaległości podatkowych dotyczące spółki cywilnej, potwierdza także niezaleganie z tymi opłatami/należnościami przez jej wspólników.

Tym samym, brak wezwania, w II części postępowania, przez zamawiającego wykonawcy [xxx] do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 3 i 4 Rozporządzenia w sprawie dokumentów, wystawionych na wspólników ww. spółki cywilnej, w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Na marginesie wskazano, że cytowany przez zamawiającego wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2922/12) dotyczył oceny istnienia podstaw prawnych do żądania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przedkładania zaświadczeń z urzędów skarbowych przez wspólników spółki komandytowej (wspólników spółki osobowej), która w odróżnieniu od spółki cywilnej, jest jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, a więc zgodnie z art. 2 pkt 11 ustawy Pzp - jest wykonawcą w danym postępowaniu. Nie odnosi się on natomiast do spółki cywilnej, która jest jak wykazano to powyżej, stosunkiem prawno-zobowiązaniowym (umową).

W związku z powyższym, Kontrolujący wskazał, że przedstawione przez zamawiającego zastrzeżenia do ww. naruszenia wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej nie zasługują na uwzględnienie. Tym samym, podtrzymano stanowisko zaprezentowane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 05. 05.2016 r. o naruszeniu przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Ad 4)

Odnosząc się do zastrzeżeń wniesionych wobec czwartego naruszenia stwierzonego w Informacji o wyniku kontroli, wskazano, że sam zamawiający przyznał, iż brak wskazania w ogłoszeniach o zamówieniu zamieszczonych na tablicy ogłoszeń oraz na stronie internetowej, informacji o dniu przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej stanowi naruszenie art. 40 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp, chociaż w opinii zamawiającego, „nie jest to istotne uchybienie”, albowiem: „W sytuacji kiedy niewątpliwym jest, że przekazanie ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej stanowiło wszczęcie procedury zamówienia publicznego i poprzedziło ogłoszenia lokalne to brak w nich informacji o dniu przekazania ogłoszenia urzędowi (...) nie jest istotnym

uchybieniem, które w żaden sposób nie mogło wpłynąć na żadne czynności proceduralne ani na wynik postępowania".

Jednakże, podkreślić należy, iż celem kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy Pzp, a w konsekwencji wskazanie wszystkich naruszeń tej ustawy, a nie jedynie wykazanie tych naruszeń ustawy Pzp, które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Przepis art. 40 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp, wyraźnie wskazuje, iż ogłoszenie o zamówieniu, odpowiednio zamieszczone lub publikowane w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej, w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim lub w inny sposób powinno zawierać informację o dniu jego przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

W związku z powyższym, podkreślenia wymaga fakt, iż dla oceny wystąpienia w przedmiotowym postępowaniu powyższego naruszenia istotny jest brak zamieszczenia w „ogłoszeniach lokalnych” pewnych informacji wymaganych przepisami ustawy Pzp, w tym przypadku informacji o dniu przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, i to on stanowi o istnieniu bądź braku istnienia naruszenia ww. art. 40 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp.

Tym samym, pominięcie ww. informacji przez zamawiającego w ogłoszeniach o zamówieniu zamieszczonych na tablicy ogłoszeń oraz na stronie internetowej, stanowi naruszenie art. 40 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Prezes UZP wskazał, że przedstawione przez zamawiającego zastrzeżenia do ww. naruszenia wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej nie zasługują na uwzględnienie. Tym samym, podtrzymano stanowisko zaprezentowane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 05. 05.2016 r.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń Prezes UZP, stosownie do art. 167 ust. 2 Pzp, złożone zastrzeżenia przekazał do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania kontrolnego, a także argumentacji Zamawiającego i Kontrolującego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Izba uznaje ustalenia Prezesa UZP, poczynione w niniejszej sprawie, za prawidłowe i przyjmuje je za własne. Izba w całości podziela także wywody i argumentację prawną przedstawioną przez Prezesa UZP w odniesieniu do poczynionych ustaleń oraz stwierdzonych naruszeń.

Prezes UZP przeprowadził kontrolę postępowania o udzielenie zamówienia z wykorzystaniem opinii biegłego w zakresie wskazanym w Informacji o wyniku kontroli. Rozpoznał zastrzeżenia Zamawiającego przeprowadzając postępowanie z dalszym udziałem biegłego, potwierdzając ostatecznie, że Zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Kontrolujący w sposób wnikliwy i wyczerpujący przeprowadził więc postępowanie dowodowe. W ocenie Izby Kontrolujący dokonał także wszechstronnej i trafnej analizy zgromadzonej dokumentacji, w tym sporządzonych opinii biegłego. Zamawiający nie przedstawił natomiast żadnych rzeczowych argumentów, które podważałyby zasadność wniosków Kontrolującego.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 167 ust. 1-3 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża w formie uchwały opinię w sprawie nieuwzględnionych przez Prezesa UZP zastrzeżeń zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej następczej. Opinia - w rozumieniu wskazanego przepisu - ma na celu m.in. przedstawienie poglądu na sprawę będącą przedmiotem sporu, z jednej strony ustaleń faktycznych i oceny prawnej organu kontrolującego, z drugiej argumentacji zamawiającego, która ze swej istotny - zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej następczej - powinna zmierzać do zasadnego zakwestionowania i podważenia stanowiska przedstawionego w Informacji o wyniku kontroli.

W myśl art. 161 ust. 1 i 2 Pzp celem przeprowadzanej przez Prezesa UZP kontroli jest sprawdzenie zgodności postępowania zamawiającego z przepisami ustawy. Kontrola postępowania prowadzona na zasadzie legalności ma wyłącznie na celu formalną zgodność postępowania z przepisami ustawy, bez względu na przyczyny postępowania zamawiającego i skutki wynikające z naruszenia przepisów ustawy. Zatem, opiniowaniu Izby podlegają zastrzeżenia - stanowisko zamawiającego podważające ustalenia faktyczne w toku kontroli doraźnej następczej oraz ocena prawna tego stanu w kontekście przepisów ustawy Pzp, zgodnie z przepisami art. 167 ust. 3.

Przepisy ustawy Pzp dotyczące sposobu przeprowadzania kontroli udzielania zamówień, uprawniają Prezesa UZP do zasięgnięcia opinii biegłych, jeżeli ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy lub dokonanie innych czynności w toku kontroli wymaga wiadomości specjalnych. Opinia biegłego wydana na wniosek organu kontrolującego, podobnie jak opinia biegłego w innych procedurach, jest dokumentem o szczególnej mocy i wartości dowodowej. Podważenie dowodu z opinii biegłego lub zdyskredytowanie wniosków takiej opinii wymaga przedstawienia wiarygodnych kontrdowodów (przykładowo opinii innego

biegłego) bądź rzeczowych argumentów, które w sposób jednoznaczny wykazywałyby błędy opinii lub obalałyby prawidłowość wniosków wywiedzionych przez biegłego.

Przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia ograniczają się natomiast do ogólnikowych uwag dotyczących opinii biegłego oraz stanowią subiektywną polemikę z ustaleniami i wnioskami Kontrolującego. Uwagi skierowane wobec opinii biegłego utraciły przy tym na aktualności i znaczeniu wobec faktu uzyskania przez Prezesa UZP opinii uzupełniającej. Przedmiotowa opinia w sposób rzeczowy i przekonujący odnosi się do wszystkich uwag podniesionych w treści zastrzeżeń, nakazując końcowo uznanie argumentacji Zamawiającego za niezasadną i bezprzedmiotową.

W ocenie Izby całościowa analiza sprawy nie pozostawia wątpliwości, co do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 29 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W niniejszej sprawie Kontrolujący zgromadził obszerny, wiarygodny i rzeczowy materiał dowodowy, który uczynił podstawą swoich wniosków. Zamawiający z kolei ograniczył się jedynie do tez, nie przekładając żadnych dowodów dla wykazania ich zasadności. Konfrontując materiał dowody przedstawiony przez Prezesa UZP ze stanowiskiem Zamawiającego, Izba uznała, że brak jest jakichkolwiek podstaw, by ogólnikową argumentację Zamawiającego uznawać za wystarczającą do obalenia trafności wniosków Kontrolującego. Zamawiający odwołał się do przeprowadzonej analizy rynku, mającej wskazywać, że warunki postawione w SIWZ spełnia przynajmniej kilku producentów i dystrybutorów pomocy dydaktycznych oraz kilka rodzajów tychże pomocy – okoliczność ta, poza samym twierdzeniem Zamawiającego, nie została w żaden sposób wykazana za pomocą obiektywnych dowodów. W szczególności, ogólnikowe odwołanie się do sygnalizowanego rozeznania rynku i przeprowadzenia jego analizy (nie wiadomo, w jakiej formie, w jakim zakresie, etc.) nie podważa ustaleń biegłego, podzielonych przez Kontrolującego, dotyczących m.in. tego, że w 12% opis produktów pokrywał się z opisem produktów, dystrybuowanych wyłącznie, przez firmy [xxx] i [xxx]. Zamawiający nie przedstawił dowodów, by chociażby w zakresie tych 12% produktów, faktycznie istniała możliwość zaoferowania produktów przez innych przedsiębiorców. Skoro Zamawiający odwoływał się do analizy własnej, powinien mieć możliwość wykazania tą analizą, że m.in. w odniesieniu do tych produktów ustalenia i wnioski Kontrolującego są błędne. Nie zostało to jednak w żadnym stopniu uczynione, a stanowisko Zamawiającego ograniczyło się jedynie do polemiki z wnioskami i ustaleniami kontroli. Z uwagi na realia kontrolowanego postępowania istotne jest przy tym to, że opis chociażby tylko jednego z oczekiwanych produktów, dokonany w ten sposób, że wyłączona została faktyczna możliwość zaoferowania produktu przez innego oferenta lub produktu równoważnego i umożliwienie w

konsekwencji złożenia tylko jednemu wykonawcy oferty zgodnej z treścią specyfikacji – wyłączał już jakąkolwiek konkurencję w tym postępowaniu. W toku postępowania Kontrolujący wykazał natomiast szereg produktów opisanych w ten właśnie sposób.

Za chybiony Izba uznała ponadto argument Zamawiającego, iż nie posiadając wiedzy specjalistycznej opisanie przedmiotu zamówienia jest wręcz niemożliwe bez wskazania bądź zasugerowania się konkretnymi produktami dostępnymi na rynku. Kontrolujący przedstawił celną uwagę dotyczącą regulacji zawartej w art. 21 ust. 4 Pzp i możliwości, jakie istnieją po stronie zamawiającego w zakresie korzystania z osób posiadających wiadomości specjalne w danej tematyce.

Zamawiający przyznał w istocie, że tak sprecyzował istotne wymagania, że w rezultacie ograniczył liczbę potencjalnych rozwiązań do jednego producenta. Pozostaje to w sprzeczności z argumentacją mówiącą o analizie rynku i mających wynikać z tej analizy możliwości ofertowania przez przynajmniej *„kilku producentów i dystrybutorów pomocy dydaktycznych oraz kilka rodzajów tychże pomocy”*. Niezależnie od tego, Zamawiający nie przedstawił przekonujących argumentów, ani okoliczności, które potwierdzałyby, że przyjęty opis przedmiotu zamówienia podyktowany był rzeczywiście uzasadnionymi wymogami Zamawiającego. Zamawiający w sposób wybiórczy odwoływał się przy tym do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, pomijając, że dla uznania adekwatności tego orzecznictwa do realiów niniejszej sprawy koniecznym było przede wszystkim wykazanie, że szczególne potrzeby Zamawiającego, szczególne cele tego postępowania, determinowały taki a nie inny opis przedmiotu zamówienia – czego Zamawiający nie uczynił. Zamawiający ogólnie odwołał się do *„potrzeb wynikających z przeprowadzonej diagnozy problemów w trzech szkołach podstawowych”*. Kontrolujący celnie wskazał, że *„w żadnych dokumentach dotyczących przedmiotowego postępowania, w tym zawierających opis przedmiotu zamówienia, ani też w zastrzeżeniach zamawiający nie wskazał, jakie oczekiwania mają szkoły co do zamawianych pomocy edukacyjnych, ani też nie wskazał celu, jaki powinna spełniać dana pomoc edukacyjna”*. Nie wyjaśniono również, dlaczego owe potrzeby (ogólnikowo przywołane przez Zamawiającego) nie mogłyby zostać zaspokojone w inny sposób niż przyjęcie opisu przedmiotu zamówienia będącego w znacznej mierze powieleniem opisów produktów z oferty handlowej [xxx] lub [xxx].

Izba w całości podzieliła wniosek Kontrolującego, że Zamawiający nie wskazał, ani w wyjaśnieniach przedstawionych Prezesowi Urzędu, ani w zastrzeżeniach, obiektywnych potrzeb uzasadniających opisanie poszczególnych produktów w sposób zgodny z opisem tych samych produktów dystrybuowanych przez firmy [xxx] i [xxx], a w 12% przypadków - dystrybuowanych wyłącznie przez te firmy. Zamawiający nie przedstawił również rzeczowych argumentów dla obalenia wniosku, że z uwagi m.in. na powyższą okoliczność (tj., że 12% opisanych produktów nie miało odpowiedników równoważnych, a jednocześnie ich jedynymi

dystrybutorami były firmy [xxx] i [xxx]) tylko te firmy mogły złożyć oferty niepodlegające odrzuceniu na cały przedmiot zamówienia – co zdaniem Izby wyłączało uczciwą konkurencję w tym postępowaniu, a możliwość ubiegania się o zamówienie przez inne podmioty czyniło jedynie pozorną (iluzoryczną).

Argument Zamawiającego, iż umożliwił „w każdym przypadku zastosowanie pomocy równoważnej” nie podważał trafności wniosków Kontrolującego. W realiach tej sprawy wskazanie w odniesieniu do niektórych pozycji zastrzeżenia „lub równoważna/-ne” nie jest okolicznością kreującą w sposób faktyczny realną i uczciwą konkurencję. Kontrolujący w sposób jednoznaczny wykazał, zdaniem Izby, że w odniesieniu do niektórych produktów zapis ten otwierał jedynie pozorną i iluzoryczną możliwość ubiegania się o zamówienie – gdyż w rzeczywistości, z uwagi na przyjęty przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, nie było obiektywnej i faktycznej możliwości zaoferowania produktu równoważnego. Należy przypomnieć, że biegły ustalił, iż w 106 pozycjach nie było możliwości oferowania produktu równoważnego, ponadto w wielu przypadkach opis SIWZ to przedruk ofert firm [xxx] oraz [xxx], a szczegółowość opisu jest tak duża, że w rzeczywistości nie istniała możliwość zaoferowania produktów równoważnych. W ocenie Izby opis chociażby tylko jednego z oczekiwanych produktów, dokonany w ten sposób, że wyłączona została faktyczna możliwość zaoferowania produktu równoważnego i umożliwienie w konsekwencji złożenia tylko jednemu wykonawcy oferty zgodnej z treścią specyfikacji – wyłączał już jakąkolwiek konkurencję w tym postępowaniu. W toku postępowania Kontrolujący wykazał natomiast szereg produktów opisanych w ten właśnie sposób.

Kwestią kluczową dla krytycznej oceny zastrzeżeń Zamawiającego jest także specyfika zakazu zawartego w art. 29 ust. 2 Pzp. Prezes UZP trafnie wskazał na możliwość bezpośredniego lub pośredniego naruszenia przedmiotowej normy prawnej. Co także istotne i podkreślone trafnie przez Kontrolującego, dla uznania niezgodności opisu przedmiotu zamówienia z zasadą wynikającą z art. 29 ust. 2 Pzp wystarczające jest uprawdopodobnienie utrudnienia uczciwej konkurencji. Orzecznictwo, co do opisu przedmiotu zamówienia w takich okolicznościach jest jednoznaczne – przykładowo:

W wyroku KIO z dnia 27 marca 2015 r., sygn. akt KIO 496/15, wskazano, że „Użyty w treści przepisu art. 29 ust. 2 p.z.p. zwrot *„mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję”* wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji (...).”

W wyroku z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05, Sąd Okręgowy w Bydgoszczy orzekł: „Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia

wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji”.

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III C 1161/09, wskazał: „Zakaz utrudniania uczciwej konkurencji jest naruszony wtedy, gdy w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego dostawcę lub konkretny produkt, działając w ten sposób niezgodnie z obowiązkiem obiektywnego i równego traktowania wszystkich podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie publiczne.”

W wyroku z dnia 24 stycznia 2012 r., sygn. akt VI ACa 965/11, Sąd Apelacyjny w Warszawie orzekł: „2. Przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia musi odbyć się z poszanowaniem zasad określonych w art. 7 i 29 p.z.p. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę, bądź też które eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. (...) Zakaz, o którym mowa w art. 29 ust. 2 p.z.p. zostanie naruszony, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne. (...) 4. Dyspozycją art. 29 ust. 2 p.z.p. objęte jest zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, więc spełnienie dyspozycji tego przepisu niekoniecznie musi przybierać charakter bezpośredniego godzenia w uczciwą konkurencję.”

W niniejszej sprawie, w ocenie Izby, Kontrolujący nie tylko uprawdopodobnił, że opis przedmiotu zamówienia łamał zakaz z art. 29 ust. 2 Pzp, ale wprost udowodnił tę okoliczność, w tym w oparciu o zewnętrzne źródła w postaci opinii biegłego. Również w ocenie Izby opinia ta jest rzeczowa, kompleksowa, została sporządzona przez osobę posiadającą wiedzę specjalistyczną i brak jest jakichkolwiek podstaw, by odmówić tej opinii wartości i znaczenia dowodowego.

Zakaz wyrażony w art. 29 ust. 2 Pzp koreluje w sposób nierozdzielny z zasadami zawartymi w art. 7 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Złamanie zakazu z art. 29 ust. 2 Pzp musi więc prowadzić jednocześnie do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

Reasumując, Izba nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego, w pełni podzielając stanowisko Prezesa UZP, co do naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Nie zasługiwały na uwzględnienie także zastrzeżenia dotyczące stwierdzonego naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, w II części postępowania, poprzez zaniechanie wezwania przez zamawiającego wykonawcy [xxx] do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 3 i 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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), wystawionych na współników ww. spółki, w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia.

Izba w całości podziela argumentację prawną wskazaną w tym zakresie przez Kontrolującego, przyjmując ją w konsekwencji za własną.

Za całkowicie błędne i nie przystające do specyfiki spółki cywilnej należało uznać wywody Zamawiającego nakierowane na tezę, iż współnicy spółki cywilnej nie mieli w tej sprawie obowiązku złożenia stosownych zaświadczeń. Krytycznie należało również ocenić argumentację Zamawiającego, iż w przypadku spółki cywilnej wykonawcą jest jednostka organizacyjna prowadząca działalność gospodarczą powstała w wyniku umowy spółki cywilnej. Zamawiający myli spółkę cywilną ze spółkami osobowymi, regulowanymi przepisami Kodeksu spółek handlowych. Umowa spółki cywilnej jest regulowana przepisami Kodeksu cywilnego. Spółka cywilna jest niczym innym jak umową. Zamawiający przytaczając wyrok WSA w Krakowie z dnia 18 marca 2015 r., sygn. akt I SA/Kr 153/15, pominął zawarte w tym wyroku oceny, które wprost przeciwstawiają się tezom Zamawiającego, a jednocześnie korelują w całości ze stanowiskiem Kontrolującego. Warto więc wskazać, że w wyroku, który w ocenie Zamawiającego miał przemawiać za jego stanowiskiem, wskazano m.in., że:

„Gmina błędnie przyjęła, że spółka cywilna jest spółką osobową. Twierdzenie takie na gruncie przepisów kodeksu spółek handlowych jest niedopuszczalne. Ustawa ta enumeratywnie wymienia rodzaje spółek osobowych do których zaliczają się spółka jawna, partnerska, komandytowa oraz komandytowo-akcyjna. Wyliczenie to nie obejmuje swoim zakresem spółki cywilnej, która to jest wyłącznie umową o charakterze obligacyjnym uregulowaną w przepisach kodeksu cywilnego (art. 860- 875). W odróżnieniu od spółek prawa handlowego, spółka cywilna nie posiada osobowości prawnej (tak jak spółki kapitałowe), nie stanowi jednostki organizacyjnej posiadającej podmiotowość (zdolność) prawną (jak spółki osobowe). To współnicy spółki cywilnej jako strony umowy prowadzą przedsiębiorstwo, podlegają obowiązkowi rejestracji w CEIDG. Odmienne sytuacja kształtuje się jeżeli chodzi o spółki osobowe. Spółka osobowa prowadzi przedsiębiorstwo pod własną firmą, jest jednostką odrębną od swoich współników zarówno majątkowo jak i organizacyjnie. Spółki osobowe są jednostkami posiadającymi zdolność prawną oraz zdolność do czynności prawnych. Mogą więc we własnym imieniu nabywać prawa, zaciągać zobowiązania.

Przenosząc te rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należy przypomnieć, że ustawodawca w art. 2 pkt 11 u.p.z.p. definiuje wykonawcę jako osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Sąd w tym miejscu podziela stanowisko organu, który słusznie zauważył, że Gmina nieprawidłowo przyjęła, iż jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której można przyznać przymiot wykonawcy, jest spółka cywilna. Tymczasem spółka cywilna nie może być wykonawcą. Wykonawcami są jej wspólnicy, będący przedsiębiorcami działającymi wspólnie przy wykonywaniu zamówienia, których udział w postępowaniu przetargowym traktowany jest jako wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 23 ust. 1 u.p.z.p.”.

Również powyższe orzeczenie, do którego odwoływał się Zamawiający, wprost potwierdza, że to nie spółka cywilna jest wykonawcą, ale jej wspólnicy i to te osoby winny przedłożyć w pierwszej kolejności stosowne zaświadczenia. W zakresie stwierzonego naruszenia stan faktyczny nie budził wątpliwości – okolicznością bezsporną jest to, że Zamawiający w trakcie weryfikacji braku podstaw wykluczenia wykonawców nie wezwał wspólników spółki cywilnej do złożenia wymaganych zaświadczeń. Spór koncentrował się na ocenie prawnej tego zaniechania. W tym zakresie Izba w całości podziela argumentację i stanowisko Prezesa UZP uznając tym samym zastrzeżenia Zamawiającego za bezpodstawne.

Równie krytycznie Izba oceniła zastrzeżenia dotyczące naruszenia przepisu art. 40 ust. 6 pkt 3 Pzp.

Zamawiający w istocie nie negował faktu, że ogłoszenie zamieszczone na tablicy ogłoszeń oraz na stronie internetowej nie zawiera informacji o przekazaniu ogłoszenia o zamówieniu do Dziennika Urzędowego UE – czego wymaga powołany powyżej przepis. Zamawiający argumentował jedynie na okoliczność „nieistotności” tego uchybienia. Ciężar naruszenia danego przepisu i potencjalne skutki naruszenia nie stanowią przesłanek warunkujących możliwość przypisania naruszenia Zamawiającemu, który postępowanie w sprawie zamówienia publicznego winien prowadzić z uwzględnieniem wszystkich obowiązków statutowanych przepisami ustawy Pzp. Sygnalizowana przez Zamawiającego „nieistotność” naruszenia w żaden sposób nie pozwalała Kontrolującemu na odstąpieniu od stwierdzenia zaistnienia danego naruszenia, skoro miało ono miejsce. Prezes UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia trafnie wskazał, że celem prowadzonej kontroli jest sprawdzenie zgodności postępowania z przepisami ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....