

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 13 maja 2016 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych w dniu 15 kwietnia 2016 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Gminę Troszyn dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 8 kwietnia 2016 r. (znak: UZP/DKUE/KD/29/16) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *dostawa pomocy dydaktycznych, laptopów oraz mebli niezbędnych do przeprowadzenia zajęć w ramach projektu „Jesteśmy za indywidualizacją”*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Grabarczyk**
Członkowie : **Agnieszka Trojanowska**
 Barbara Bettman

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Troszyn – udzielił zamówienia publicznego pn. *dostawa pomocy dydaktycznych, laptopów oraz mebli niezbędnych do przeprowadzenia zajęć w ramach projektu „Jesteśmy za indywidualizacją”*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 4 września 2013 r. pod nr 357266-2013.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 Pzp przeprowadził kontrolę doraźną postępowania i stwierdził naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Prezes Urzędu wskazał, że zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”) przedmiotem zamówienia w kontrolowanym postępowaniu była dostawa pomocy dydaktycznych, laptopów oraz mebli niezbędnych do przeprowadzenia zajęć dodatkowych do 3 szkół podstawowych prowadzonych przez Gminę Troszyn, przewidzianych w ramach projektu „Jesteśmy za indywidualizacją”, współfinansowanego z Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, Priorytet IX, Działanie 9.1, Poddziałanie 9.1.2. „Wyrównywanie szans edukacyjnych uczniów z grup o utrudnionym dostępie do edukacji oraz zmniejszenie różnic, w jakości usług edukacyjnych”. Przedmiot zamówienia został podzielony na 3 zadania:

- zadanie 1 - dostawa pomocy dydaktycznych oraz laptopa wraz z niezbędnym oprogramowaniem dla Szkoły Podstawowej w Kleczkowie;
- zadanie 2 – dostawa pomocy dydaktycznych, laptopa wraz z niezbędnym oprogramowaniem oraz mebli dla Szkoły Podstawowej w Łątczynie.
- zadanie 3 – dostawa pomocy dydaktycznych, laptopa wraz z niezbędnym oprogramowaniem oraz mebli dla Szkoły Podstawowej w Troszynie.

Nie dopuszczono możliwości składania ofert częściowych, a szczegółowy opis zamawianych dostaw z podaniem nazw produktów, miejsca dostawy, wymaganej ilości i parametrów zawiera „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” stanowiący załącznik nr 6 do SIWZ.

W rozdziale III (Opis przedmiotu zamówienia) pkt 3.8.3 - 5 SIWZ zamawiający zamieścił poniższe informacje dotyczące zastosowania materiałów równoważnych:

„3. Wszystkie nazwy własne użyte w dokumentacji przetargowej, określające typ produktu lub producenta są podane przykładowo i określają jedynie minimalne, oczekiwane parametry jakościowe, funkcjonalne i użytkowe produktu.

4. Zamawiający dopuszcza składanie rozwiązań równoważonych do opisanych przez Zamawiającego, zgodnie z zasadami określonymi w art. 30 ust. 5 ustawy Prawo zamówień

publicznych. W takim przypadku należy wypełnić odpowiednie kolumny formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 1a do niniejszej siwz, tj. kolumnę „f” - „*Oferowany przedmiot zamówienia (podać dokładny opis i nr stron, na których znajdują się potwierdzenia równoważności oferowanych poszczególnych towarów (produktów) zamówienia ze wskazaniem producenta)*”.

5. Wykonawca oferując przedmiot równoważny do opisanego w SIWZ jest zobowiązany zachować równoważność w zakresie parametrów jakościowych, użytkowych i funkcjonalnych, które muszą być na poziomie nie niższym od wskazanych przez Zamawiającego. W takim przypadku Wykonawca zobowiązany jest przedstawić wraz z ofertą jego szczegółową specyfikację, z której w sposób niebudzący wątpliwości Zamawiającego powinno wynikać, że ofertowany produkt ma nie gorsze parametry jakościowe, funkcjonalne oraz użytkowe niż określony przez Zamawiającego.”

W terminie składania ofert do zamawiającego wpłynęła jedna oferta złożona przez wykonawcę AMTAS A.M. z ceną 107 235,00 zł brutto, którą zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą. Umowa w sprawie udzielenia kontrolowanego zamówienia została zawarta z tym wykonawcą 2 października 2013 r.

Prezes Urzędu uznał, że rozstrzygnięcie, czy opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretne produkty, nie jest możliwe bez posiadania wiedzy specjalistycznej i na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 Pzp zwrócił się z prośbą do biegłego o sporządzenie opinii w celu rozstrzygnięcia, czy użyte przez zamawiającego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia parametry pomocy dydaktycznych mogły wskazywać na chęć wyboru konkretnych produktów dystrybuowanych przez wykonawcę REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł. w Warszawie oraz wykonawcę AMTAS A.M. w Poznaniu lub innych konkretnych produktów innego producenta. W szczególności zwrócono się z prośbą o udzielenie odpowiedzi na pytania:

1. Czy parametry wyszczególnione w SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia dotyczące pomocy i materiałów dydaktycznych zostały dostosowane pod konkretny produkt lub producenta?. Jeśli tak, to jakiego i które parametry na to wskazują?.

2. Jeśli opis pomocy i materiałów dydaktycznych wskazywał na konkretnego producenta, to czy możliwe było w praktyce zaoferowanie produktów równoważnych, jeśli tak to jakich?.

3. Jeśli opis pomocy i materiałów dydaktycznych wskazywał na konkretnego producenta, to czy wykonawcy REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł. oraz AMTAS A.M. są jedynymi dystrybutorami produktów opisanych w siwz w opisie przedmiotu zamówienia?.

Ponadto, biegły – mając na uwadze powołane postanowienia SIWZ dotyczące możliwości zaoferowania produktów równoważnych – w sporządzonej opinii miał wskazać,

czy możliwe było zaoferowanie produktów równoważnych do opisanych w SIWZ w zakresie parametrów jakościowych, funkcjonalnych oraz użytkowych.

W opinii z 10 lutego 2016 r., biegły – przy uwzględnieniu przekazanej dokumentacji postępowania oraz analizie 154 pomocy dydaktycznych opisanych w SIWZ – przedstawił odpowiedzi na zadane pytania (...):

Ad 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: 146 razy.

Odpowiedzi przeczących udzielono: 8 razy.

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono: 0 razy.

Jeśli tak, to jakie i które parametry na to wskazują?

Biegły stwierdził, że w większości przypadków (odpowiedzi twierdzące) opis przedmiotu zamówienia to przedruk ofert firmy REMI i AMTAS, a szczegółowość opisu parametrów technicznych produktów wskazuje, że tylko firmy: REMI i AMTAS są w stanie zaoferować produkty zgodne z opisem zamawiającego. Zdaniem biegłego, poza 16 przypadkami produktów, istniała możliwość zaoferowania produktów równoważnych.

Rzeczoznawca nie wskazał produktów równoważnych dla wież, tablicy z literkami, kurtyny oświetlenie 2 pacynki, wieży liczb chwytań, talerza równoważnego tarczy obrotowej, talerza obrotowy podstawy, maty do ćwiczeń, koła do malowania, platformy z osłoną do farb, farby złotej, farby srebrnej, farby perłowej, farby do tekstyliów, równoważni belka, planszy do kości małych, planszy do kości dużych.

Biegły wskazał pomoce edukacyjne, które mają nie gorsze parametry jakościowe, funkcjonalne oraz użytkowe niż określone przez zamawiającego.

Ad. 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 16 razy.

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono 8 razy.

Odpowiedzi: „Tak, możliwe było zaoferowanie produktów równoważnych” udzielono 130 razy.

Ad 3. Jeśli opis pomocy i materiałów dydaktycznych wskazywał na konkretnego producenta, to czy wykonawca REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł. oraz AMTAS A.M. są jedynymi dystrybutorami produktów opisanych w siwz w opisie przedmiotu zamówienia?

Odpowiedzi twierdzących udzielono: 27 razy.

Odpowiedzi przeczących udzielono: 119 razy.

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono: 8 razy.

Z opinii biegłego wynika także, że w odniesieniu do 7 produktów nie istniała możliwość zaoferowania produktów równoważnych i jednocześnie jedynymi ich dystrybutorami są wykonawcy REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł. oraz AMTAS A.M..

Biegły wyjaśnił ponadto, że „Zabawki i pomoce edukacyjne dla dzieci w wieku wczesnoszkolnym stanowią bazę wyposażenia niemal każdej szkoły w Polsce. Służą między innymi procesowi indywidualizacji w procesie nauczania – uczenia się. Obecnie na rynku dostępnych jest wiele pomocy edukacyjnych, które różnią się przede wszystkim jakością wykonania, ceną oraz walorami estetycznymi. Niemniej jednak porównując produkty różnych producentów i dystrybutorów można stwierdzić, że niemal wszystkie spełniają wymogi służące procesowi indywidualizacji. Mając na uwadze rozwój procesów poznawczych u dzieci ważne jest odpowiednie ich stymulowanie, przez wykorzystanie różnorodnych pomocy edukacyjnych. Ogromna ich oferta jest dostępna niemal w każdym sklepie stacjonarnym jak również poprzez internet. Istnieje wiele różniących się pod względem formy, parametrów technicznych i właściwości zabawek i pomocy edukacyjnych produkowanych lub dystrybuowanych przez różne firmy. Jedną z firm dystrybuujących zabawki i pomoce edukacyjne dla dzieci jest firma REMI oraz firma AMTAS. (...) można stwierdzić - porównując ze sobą kilka pomocy edukacyjnych – że nie istnieje jeden model (wzór, rodzaj) pomocy edukacyjnej spełniającej kryteria indywidualizacji. Np. gra edukacyjna „Rybki”, polegająca na „łowieniu” rybek na wędkę może stanowić pomoc wykonaną z różnych materiałów. Liczy się tutaj wartość edukacyjna, czyli osiągnięcie zamierzonego celu, np. sprawności manualnej i koordynacji wzrokowo – ruchowej.”

Pismem z 17 lutego 2016 r. Prezes Urzędu, powołując się na zamieszczone w SIWZ informacje dotyczące możliwości zaoferowania produktów równoważnych oraz opisy produktów:

1. Pojemnik do farb (poz. 71);
2. Koło do malowania (poz. 72);
3. Platforma z osłoną do farb (poz. 73);
4. Farba Kri Kra Krea (poz. 85);
5. Farba Kri Kra Krea (poz. 86);
6. Farba Kri Kra Krea (poz. 87);
7. Farba do tekstyliów (poz. 88).

zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wskazanie:

- a) produktów spełniających wymagania określone w SIWZ, tj. produktów równoważnych w świetle zapisów SIWZ;
- b) innych niż firmy REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł. oraz AMTAS A.M. dystrybutorów ww. produktów.

W odpowiedzi udzielonej pismem z 19 lutego 2016 r. zamawiający wyjaśnił, iż „analizując asortyment prezentowany w sklepach internetowych nie znaleziono ofert handlowych produktów równoważnych dla [ww.] pomocy dydaktycznych.” Ponadto zamawiający wskazał, iż „na podstawie informacji dostępnych na stronach internetowych, nie udało się ustalić innych niż firmy REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł. oraz AMTAS A.M. sprzedawców ww. produktów.”

W informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu mając na uwadze stan faktyczny i prawny, treść opinii biegłego oraz wyjaśnienia zamawiającego stwierdził, iż zamawiający opisując przedmiot zamówienia w ten sposób, że część produktów mogły oferować wyłącznie firmy REMI i AMTAS, co oznacza, że w konsekwencji jako jedyne mogły złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty, dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Kontrolujący podkreślił, że opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zgodnie z art. 29 ust. 2 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 Pzp.

Opierając się na opinii biegłego Prezes Urzędu stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia utrudniał dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, a w konsekwencji utrudniał uczciwą konkurencję. Opis przedmiotu zamówienia zawierał wymagania co do parametrów produktów stanowiących pomoce dydaktyczne, których nie można uzasadnić potrzebami zamawiającego. Wywodził, że nie było potrzeby opisywania konkretnych pomocy dydaktycznych za pomocą ich dokładnych parametrów, ale możliwe było opisanie ich poprzez cel edukacyjny, jakiemu mają służyć. Taki opis umożliwiałby zaoferowanie różnych pomocy dydaktycznych przez różnych wykonawców, zapewniając osiągnięcie celu dydaktycznego.

Kontrolujący podniósł, że zamawiający opisując wymagania tak szczegółowo, iż niemożliwe było w stosunku do większości pomocy dydaktycznych zaoferowanie produktów równoważnych, działał zbyt rygorystycznie. Powyższy rygoryzm promował produkty dystrybuowane przez wykonawców REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł. oraz AMTAS A.M., przy czym – jak

wynika z opinii - w przypadku 27 zamawianych produktów (18%) ww. wykonawcy są jedynymi ich dystrybutorami. Ponadto, w przypadku 7 z ww. 27 produktów nie było jednocześnie możliwości zaoferowania produktów równoważnych, co przesądza o tym, że ww. wykonawcy jako jedyni mogli złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty. Podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu została złożona tylko jedna oferta wykonawcy AMTAS A.M., z którym zawarto umowę w sprawie kontrolowanego zamówienia.

Pismem z 15 kwietnia 2016 r. zamawiający wniósł zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli, w których podniósł, że nie można od niego wymagać posiadania wiedzy specjalistycznej dotyczącej przedmiotu zamówienia, skoro nie posiada jej sam kontrolujący, który musiał korzystać z opinii biegłego. Wyjaśnił, że z tego powodu opisu przedmiotu zamówienia nie dokonywał samodzielnie, lecz oparł się na rekomendacji dyrektorów poszczególnych szkół. Podkreślił, że dyrektorzy są osobami najlepiej zorientowanymi w zindywidualizowanych potrzebach kierowanych przez siebie placówek i wybierali pomoce dydaktyczne niezbędne do realizacji określonego projektu oraz powiązane z pozostałymi składnikami procesu dydaktycznego.

Zdaniem zamawiającego intencją ustawodawcy wyrażoną w art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp było wyeliminowanie działań podejmowanych świadomie i celowo, zatem umyślnie i w określonym zamiarze. Zamawiający oświadczył, że nie kierował się takimi intencjami, o czym świadczy dopuszczenie możliwości składania ofert równoważnych.

Zamawiający podkreślił również, że ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 4 września 2013 r., termin składania ofert wyznaczony został na 17 września 2013 r., co dawało potencjalnym wykonawcom możliwość zadawania pytań do treści SIWZ, z której żaden z nich nie skorzystał.

Prezes Urzędu nie uwzględnił zastrzeżeń zamawiającego i pismem z 22 stycznia 2016 r. przekazał je Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w celu wydania opinii przez Izbę.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu i zamawiającego zważyła, co następuje:

Zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Stan faktyczny ustalony w toku kontroli nie był kwestionowany w zastrzeżeniach. Kwestią sporną jest ocena zgodności opisu przedmiotu zamówienia z art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Przywołany stan sprawy, treść opinii biegłego oraz wyjaśnienia zamawiającego wskazują, iż zamawiający opisując przedmiot zamówienia w ten sposób, że część produktów mogły oferować wyłącznie firmy REMI i AMTAS, dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 w zw.

z art. 7 ust. 1 Pzp, tym samym Prezes Urzędu zasadnie stwierdził naruszenie tych przepisów przez zamawiającego.

Stosownie do art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazuje na to ponowienie w ustawie w odniesieniu *stricte* do opisu przedmiotu zamówienia generalnej zasady zawartej wcześniej w art. 7 ust. 1 Pzp, a obowiązującej w odniesieniu do wszystkich czynności podjętych przez zamawiającego w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, od jego przygotowania i wszczęcia poczynszy, a na zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego skończywszy. Zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Na wagę opisu przedmiotu zamówienia dla prawidłowego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia wskazuje nie tylko ponowienie reguły zawartej w art. 7 ust. 1 Pzp, ale również to, że naruszeniem normy art. 29 ust. 2 Pzp nie jest rzeczywiste, lecz już potencjalne ograniczenie konkurencji w postępowaniu.

W świetle przywołanych przepisów swoboda zamawiającego w określaniu cech produktów, które chce zakupić, jest ograniczona koniecznością zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji. Opis przedmiotu zamówienia ograniczający możliwość złożenia ofert przez wykonawców, który nie jest podyktowane racjonalnymi i obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego narusza prawo. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest zatem zbyt rygorystyczne i nieuzasadnione określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które zawęży krąg wykonawców mogących złożyć ofertę w danym postępowaniu.

Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest zatem nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący wprost na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który przez swą drobiazgowość i rygoryzm umożliwia dostęp do zamówienia jedynie kilku wybranym wykonawcom działającym w danym obszarze rynku.

Takiego właśnie niezgodnego z wymaganiami art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp opisu przedmiotu zamówienia dopuścił się zamawiający, gdyż pośrednio wskazał na konkretne produkty dystrybuowane przez firmy REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł. i AMTAS A.M.. Produkty te zostały opisane tak szczegółowo, że w praktyce niemożliwe było zaoferowanie równoważnych pomocy dydaktycznych przez inne podmioty działające na rynku. Podkreślić należy, że biegły zakwestionował zasadność określania cech zamawianych produktów na

takim poziomie szczegółowości, że stanowiły one odzwierciedlenie ofert handlowych konkretnych wykonawców i jednocześnie potwierdził możliwość dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób bardziej ogólny, w szczególności poprzez wskazanie celu edukacyjnego i dydaktycznego.

Wyłączenie realnej konkurencji w postępowaniu potwierdzają wyjaśnienia zamawiającego skierowane do Prezesa Urzędu. Wskazał bowiem zamawiający, iż analizując asortyment prezentowany w sklepach internetowych nie znalazł ofert handlowych produktów równoważnych dla 7 produktów (wskazanych powyżej) oraz nie udało mu się ustalić innych dystrybutorów tych produktów niż firmy REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł. oraz AMTAS A.M..

Skoro 7 produktów, dla których nie ma rozwiązań równoważnych, jest dystrybuowanych wyłącznie przez firmy REMI i AMTAS, jest przesądzone, że cały przedmiot zamówienia mogły zaoferować tylko te firmy. Pogląd, że naruszeniem zasad udzielania zamówień oraz art. 7 ust. 1 Pzp jest opis przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem licznych cech, czy parametrów, z których przeważającą liczbę może spełnić wielu wykonawców, a niewielką część mogą spełnić jedynie niektórzy wykonawcy (z zastrzeżeniem, że zamawiający nie wykazał celowości takiego działania) ukształtował się już w orzecznictwie Izby (*vide* przykładowo: wyrok z 28 września 2011 r. sygn. akt KIO 1949/11, KIO 1954/11). Stanowisko to jest aktualne w okolicznościach sprawy, gdyż złożenie oferty z innymi, niż 7 wskazanymi pomocy dydaktycznych, oznacza, że oferta taka podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Brak zadania pytań do treści SIWZ nie sanuje wadliwego i naruszającego prawo opisu przedmiotu zamówienia.

Ograniczeniu konkurencji przez nadmiernie rygorystyczny i nieuzasadniony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu na pomoce dydaktyczne sprzeciwiła się Izba w m.in. uchwałach wydanych: 4 kwietnia 2016 r. KIO/KD 21/16, 6 kwietnia 2016 r. KIO/KD 23/16, 8 kwietnia 2016 r. KIO/KD 25/16.

Niezasadnie zamawiający podważa oceny zawarte w Informacji o wyniku kontroli z tego powodu, że Prezes Urzędu skorzystał z opinii biegłego. Możliwość zasięgnięcia opinii biegłego w toku kontroli wynika wprost z art. 163 ust. 1 pkt 3 Pzp, a opinia ta wchodzi w zakres dokumentów na podstawie których w toku kontroli ustalany jest stan faktyczny sprawy. Trudno czynić zarzut Prezesowi Urzędu, który nie poprzestał na przekonaniu i doświadczeniu osób, które z jego upoważnienia prowadziły kontrolę, lecz zasięgnął opinii osoby bezstronnej i posiadającej wiedzę specjalistyczną dotyczącą przedmiotu zamówienia.

Wskazania na produkty oferowane przez konkretnych wykonawców nie usprawiedliwia fakt, że opis pomocy dydaktycznych przygotowany był przez kadre

zarządzającą (dyrektorów poszczególnych szkół). Odpowiedzialność za przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób gwarantujący przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji spoczywa na zamawiającym. Zamawiający zobowiązany był więc sporządzić taki opis przedmiotu zamówienia, który jest zgodny z przepisami ustawy.

Wskazywany przez zamawiającego brak umyślności jego działania polegającego na tym, że opis przedmiotu zamówienia pozwala na złożenie oferty wyłącznie przez dwóch wykonawców nie może prowadzić do uwzględnienia zastrzeżeń.

Przepisy art. 29 Pzp nie odwołują się do intencji zamawiającego, jego woli i świadomości. Ustalają natomiast reguły, których zamawiający jest zobowiązany przestrzegać przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia. Nieuzasadnione ograniczenie konkurencji w postępowaniu do dwóch wykonawców działających na konkurencyjnym rynku pomocy dydaktycznych jest naruszeniem art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp, nawet jeśli zamawiający nieumyślnie doprowadził do braku możliwości złożenia oferty nie podlegającej odrzuceniu przez innych wykonawców.

Również Prezes Urzędu prowadząc kontrolę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w razie stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego, nie bada czy naruszenie takie jest zawinione, gdyż podstawą ku temu nie daje mu żaden przepis ustawy. Przepisy Rozdziału 3 ustawy dotyczące kontroli udzielania zamówień statuuja bowiem taki model postępowania kontrolnego, który odwołuje się wyłącznie do kryterium legalności. Kontrolujący bowiem stwierdza wyłącznie, czy zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego albo udzielił zamówienia zgodnie z przepisami ustawy.

Podsumowując, zamawiający przez opis przedmiotu zamówienia w sposób nieuzasadniony ograniczył do dwóch krąg wykonawców, którzy mogli złożyć ofertę na cały przedmiot zamówienia. Ten niesporny rzeczy potwierdza również opinia biegłego. W związku z powyższym Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu, że opisując przedmiot zamówienia w badanym postępowaniu zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....