

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 13 maja 2016 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 15 kwietnia 2016 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Zamawiającego – Gmina Rząśnik, ul. Jesionowa 3, 07-205 Rząśnik** od wyniku kontroli, zawartego w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej* z dnia 12 kwietnia 2016 r. w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn: *Zakup pomocy dydaktycznych i zestawów komputerowych (laptopów) wraz z dostawą w ramach projektu „Uczymy się i rozwijamy z indywidualizacją”*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Sylwester Kuchnio
Piotr Kozłowski

wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes UZP”), działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), dalej jako „ustawa Pzp”, przeprowadził kontrolę doraźną następczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Zakup pomocy dydaktycznych i zestawów komputerowych (laptopów) wraz z dostawą w ramach projektu „Uczymy się i rozwijamy z indywidualizacją”*, prowadzonego przez Gminę Rząśnia, w wyniku której zostały stwierdzone następujące naruszenia ustawy Pzp oraz innych przepisów prawa:

- 1) art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. w sposób wskazujący na konkretne produkty dystrybuowane przez firmy REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł.i AMTAS A.M.;
- 2) art. 32 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 3) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2010 poz. 223 nr 1458), poprzez zaniechanie ustalenia wartości szacunkowej zamówienia bez podatku od towarów i usług oraz wskazania tej wartości w euro;
- 3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł.do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w art. 26 ust. 2d ustawy Pzp, tj. listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej lub informacji o braku przynależności do takiej grupy;
- 4) § 3 ust. 1 pkt 2) oraz § 4 ust. 3 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), poprzez zamieszczenie w treści siwz nieaktualnych (tj. odnoszących się do poprzednio obowiązującego rozporządzenia) informacji:
 - nieprzewidujących możliwości przedstawienia aktualnego odpisu z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej oraz przewidujących możliwość złożenia w stosunku do osób fizycznych oświadczenia,
 - o dokumentach, jakie powinni składać wykonawcy mający miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;
- 5) art. 41 pkt 7) ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 12, poz. 69), poprzez zaniechanie dokonania czynności wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu:
 - opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia,

- informacji o dokumentach dotyczących innych podmiotów, na potencjał których powołuje się wykonawca przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 6) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wezwanie do uzupełnienia dokumentu stanowiącego część oferty wykonawcy Mazowieckie Centrum Art. Biurowych „MARCOL”;
 - 7) art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wskazania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty wykonawcy Mazowieckie Centrum Art. Biurowych „MARCOL”;
 - 8) § 7 ust. 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), poprzez wymóg składania przez wykonawców dokumentów sporządzonych w języku obcym wraz tłumaczeniem przysięgłym.

Stwierdzenie naruszenia, o którym mowa w pkt 1) zostało dokonane na podstawie ustalonego przez Prezesa UZP następującego stanu faktycznego:

Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) przedmiotem zamówienia w kontrolowanym postępowaniu był zakup pomocy dydaktycznych i zestawów komputerowych (laptopów) wraz z dostawą w ramach projektu – „Uczymy się i rozwijamy z indywidualizacją” - dla 5 Publicznych Szkół Podstawowych, realizowanego w ramach Priorytetu IX. Rozwój wykształcenia i kompetencji w regionach, Działania 9.1 Wyrównywanie szans edukacyjnych i zapewnienie wysokiej jakości usług edukacyjnych świadczonych w systemie oświaty, Poddziałania 9.1.2 Wyrównywanie szans edukacyjnych uczniów z grup o utrudnionym dostępie do edukacji oraz zmniejszanie różnic w jakości usług edukacyjnych Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia ze specyfikacją rodzaju i ilości zamawianego asortymentu zawarto w załączniku nr: 1 i 2 do siwz.

Udzielając odpowiedzi na pytania do treści siwz, Zamawiający stwierdził m.in., że: *„(...) wyraża zgodę na przedstawienie produktu równoważnego. Produkt równoważny powinien mieć podobne parametry, jak produkt zamieszczony w załączniku nr I bądź II do SIWZ. Jeśli chodzi o załącznik nr I do SIWZ, Zamawiający podczas oceniania weźmie pod uwagę: przeznaczenie pomocy dydaktycznej, wymiary, z czego jest wykonana oraz czy posiada atesty. W II załączniku do SIWZ produkt równoważny również powinien mieć podobne parametry, jak te przedstawione w tabelce”.*

Przedmiot zamówienia został podzielony na II części, tj.: Część I – pomoce dydaktyczne, Część II – zestawy komputerowe (laptopy). W terminie składania ofert do Zamawiającego wpłynęła tylko jedna oferta na każdą z części zamówienia:

- w Części I – ofertę złożył wykonawca: REMI s.c. J.Ł., R. T. – Ł.,

- w Części II – ofertę złożył wykonawca: Mazowieckie Centrum Art. Biurowych „MARCOL”.

Przy czym Część II postępowania została unieważniona z powodu nie złożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Z uwagi na fakt, że rozstrzygnięcie, czy opis przedmiotu zamówienia w Części I wskazuje na konkretne produkty, nie jest możliwe bez posiadania wiedzy specjalistycznej, Prezes UZP zwróciła się na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z prośbą do biegłego o sporządzenie opinii w celu rozstrzygnięcia, czy użyte przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia parametry techniczne pomocy dydaktycznych mogły wskazywać na chęć wyboru konkretnych produktów dystrybuowanych przez wykonawcę REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcę AMTAS A.M. z siedzibą w Poznaniu lub innych konkretnych produktów innego producenta.

W szczególności zwrócono się z prośbą o udzielenie odpowiedzi m.in. na poniższe 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?

Biegły w sporządzonej opinii, przy uwzględnieniu przekazanej dokumentacji postępowania przedstawił poniższe stanowisko:

„Analizie zostało poddanych 136 pomocy dydaktycznych, opisanych w siwz zamawiającego – Gminę Rząśnik. W tabeli [opracowanej przez biegłego] udzielono odpowiedzi na [nw.] zadane pytania (...):

1. Czy parametry wyszczególnione w siwz w opisie przedmiotu zamówienia dotyczące pomocy i materiałów dydaktycznych zostały dostosowane pod konkretny produkt lub producenta?

Odpowiedzi twierdzących udzielono: 107 razy

Odpowiedzi przeczących udzielono: 29 razy

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono: 0 razy

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

W większości przypadków (odpowiedzi twierdzące) opis w siwz Zamawiającego to przedruk ofert firmy REMI i AMTAS: (...)

Parametry wskazujące na konkretny produkt w opisie, np.:

„Kształcenie wyobraźni przestrzennej - karty zadaniowe” – to nazwa zabawki użyta przez zamawiającego . Nazwa w ofercie firmy REMI to: Quatrata. 60 kwadratowych kart zadaniowych (gruba tektura) o wymiarach boku nie mniejszym niż 10 cm, ze wzorami przedstawiającymi układ brył o zróżnicowanym stopniu trudności. 20 różnorodnych, drewnianych kolorowych brył geometrycznych, w tym 11 z niepowtarzalną formą. Bryły składają się z wielokrotności sześcianu o wymiarach boków nie mniejszych niż 2 cm. Wyobrażenia przestrzenne, komunikacja w grupie. Całość zapakowana w duże, drewniane lakierowane pudełko”.

Na podstawie tak szczegółowego opisu trudno jest znaleźć produkt równoważny, czyli taki, który ma takie same parametry techniczne jak w opisie. Na uwagę zasługuje opis opakowania - „drewniane lakierowane pudełko”. W przypadku zabawki czy pomocy edukacyjnej opakowanie nie ma edukacyjnego waloru ani też wpływu na efekty pracy z daną pomocą. W kontekście przedmiotu zamówienia nie ma znaczenia jako element zamawianego produktu.

W pozostałych pomocach edukacyjnych szczegółowy opis utrudniający uczciwą konkurencję obejmuje przede wszystkim: rozmiary zabawki, kolory, materiał z jakiego jest wykonana, a także opakowanie w jakim się znajduje.

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

Odpowiedzi: Nie, nie było możliwości zaoferowania produktu równoważnego udzielono 107 razy

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono 29 razy.

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: 24 razy

Odpowiedzi przeczących udzielono: 84 razy

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono: 28 razy.

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

Potencjalnym oferentem produktów zamieszczonych w siwz zamawiającego mogły być firmy: „Nowa Szkoła”, „Moje Bambino”, „Educarium”, „Edufit”, jak również sklepy internetowe:

www.dzieciowoy.pl, www.empis.pl, www.asko.pl, www.dydaktyczne.pl, www.edukielce.pl, www.bam.bam.rybnik.pl, www.eduksiegarnia.pl, www.pus.pl, www.empik.pl. (...)

Jak wynika z przedstawionego materiału Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Zamawiający tym samym ograniczył krąg firm i producentów, którzy mogliby zaoferować produkty opisane w siwz”.

Na tym tle Prezes UZP zważyła, co następuje:

Mając na uwadze wyżej przytoczony stan faktyczny należy podkreślić, że opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pomimo, że ustawodawca pozostawił Zamawiającemu możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany charakter, to każdy z podmiotów dokonujących zakupów określonego rodzaju dostaw, usług lub robót budowlanych ma obowiązek przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić generalne warunki, jakie nakłada na niego ustawa Pzp.

W szczególności zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wskazany przepis służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a w konsekwencji – m. in. zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli Zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt). Dodatkowo, działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Ponadto należy wskazać, że naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byłiby w stanie wykonać dane zamówienie. Dodać też należy, że w przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z okoliczności sprawy, w tym opinii biegłego, Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretne produkty, dystrybuowane m.in. przez firmy REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł.i AMTAS A.M.. Jednocześnie produkty te zostały opisane tak szczegółowo, że w praktyce niemożliwe było zaoferowanie przez innych dystrybutorów

na rynku równoważnych pomocy dydaktycznych. Przy czym 24 produktów, dla których według biegłego nie ma rozwiązań równoważnych jest dystrybuowanych wyłącznie przez firmy REMI i AMTAS, co przesądza o tym, że cały przedmiot zamówienia mogły zaoferować tylko te firmy.

Z przedstawionej powyżej opinii biegłego wynika, że opis przedmiotu zamówienia utrudniał zatem dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, a w konsekwencji utrudniał uczciwą konkurencję. Przy czym opis przedmiotu zamówienia zawierał wymagania co do parametrów technicznych produktów stanowiących pomoce dydaktyczne, których nie można uzasadnić potrzebami Zamawiającego. Jak wskazał biegły: *„Zabawki i pomoce edukacyjne dla dzieci w wieku wczesnoszkolnym stanowią bazę wyposażenia niemal każdej szkoły w Polsce. 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 REMI oraz firma AMTAS. (...) 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, zdaniem Prezes UZP, że nie było potrzeby opisywania konkretnych pomocy dydaktycznych za pomocą ich dokładnych parametrów, ale możliwe było opisanie ich poprzez cel edukacyjny, jakiemu mają służyć. Taki opis umożliwiłby zaoferowanie różnych pomocy dydaktycznych przez różnych wykonawców, zapewniając osiągnięcie celu dydaktycznego.

Tym samym Zamawiający opisując wymagania techniczne tak szczegółowo, że niemożliwe było w stosunku do większości pomocy dydaktycznych zaoferowanie produktów równoważnych, działał zbyt rygorystycznie. Powyższy rygoryzm promował produkty dystrybuowane przez wykonawców REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł. oraz AMTAS A.M., przy czym – jak wynika z opinii - w 18% zamawianych produktów ww. wykonawcy są jedynymi ich

dystrybutorami, co przesądza o tym, że jako jedyni mogli złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty. Ponadto, zwrócono uwagę, iż nie bez znaczenia jest także fakt, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w Części I, została złożona tylko jedna oferta przez wykonawcę REMI s.c. J.Ł., R. T. – Ł.

Mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny i prawny oraz treść opinii biegłego powołanego na potrzeby przedmiotowego postępowania, zdaniem Prezes UZP, należy stwierdzić, iż Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w ten sposób, że część produktów mogły oferować wyłącznie firmy REMI i AMTAS, co oznacza, że w konsekwencji jako jedyne mogły złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty, dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do naruszenia wskazanego w pkt 1 powyżej, w których stwierdził, że: *„(...) nie podziela stwierdzenia Kontrolującego, że dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp opisując przedmiot zamówienia w taki sposób, że część produktów mogły oferować wyłącznie firmy REMI i AMTAS, co oznaczałoby, że jako jedyne mogły złożyć oferty niepodlegające odrzuceniu”*.

Ponadto Zamawiający zaznaczył, że: *„W toku prowadzonego postępowania żaden z potencjalnych Wykonawców nie skorzystał z przysługujących środków ochrony prawnej przysługujących w tym zakresie tj. nie wniósł odwołania wobec postanowień treści SIWZ”*.

Dalej Zamawiający zwrócił uwagę, że opis przedmiotu zamówienia sporządzony został zgodnie z przepisami art. 29 ustawy Pzp. Dodatkowo podał, że: *„Sporządzając opis przedmiotu zamówienia Zamawiający nie użył nazw własnych tylko ograniczył się do parametrów technicznych i cech edukacyjnych przedmiotu zamówienia, które to pozwoliły osiągnąć założony cel dydaktyczny”*.

Podsumowując zastrzeżenia, Zamawiający stwierdził, że: *„W załączonej do informacji pokontrolnej opinii stwierdzono, że firma REMI i AMTAS nie są jedynym dystrybutorem produktów opisanych w SIWZ. Wskazano, że potencjalnym oferentem produktów zamieszczonych w SIWZ mogły być firmy: Nowa Szkoła, Moje Bambino, Educarium, Edufit a także sklepy internetowe: www.dzieciowy.pl, www.empis.pl, www.asko.pl, www.dydaktyczne.pl, www.edukielce.pl, www.bambam.rybnik.pl, www.eduksiegarnia.pl, www.pus.pl, www.empik.pl. Zamawiający nie może odpowiadać za to, że w/w potencjalni oferenci nie złożyli ofert w przedmiotowym postępowaniu”*.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do naruszeń stwierdzonych w punktach od 2 do 8 Informacji o wyniku kontroli, stąd też Izba odstąpiła od przytoczenia w części wstępnej

uzasadnienia ustaleń faktycznych i prawnych, których dokonał Prezes UZP w odniesieniu do niekwestionowanych naruszeń.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń Prezes Urzędu podtrzymała swoje stanowisko. W pierwszej kolejności zwrócono uwagę, iż 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 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).

Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może być realizowane 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 zasady poszanowania uczciwej konkurencji w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia 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.”*

Zdaniem Prezesa UZP, Zamawiający może skutecznie zakwestionować zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp jeśli wykaże, że opis przedmiotu zamówienia ma źródło w jego uzasadnionych potrzebach lub przez wykazanie, że wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia spełniają inne produkty w sposób zapewniający konkurencję. Przy czym, w przypadku zamówienia, którego poszczególne części składowe opisane zostały za pomocą wielu parametrów, nawet brak 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 ustawy 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).

W odniesieniu do zastrzeżeń Zamawiającego, w pierwszej kolejności stwierdzono, że nie ma znaczenia argument dotyczący tego, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia nie użył nazw własnych. Naruszenie stwierdzone przez Prezesa UZP nie dotyczyło bowiem użycia przez Zamawiającego nazw własnych, ale ograniczenia konkurencji poprzez pośrednie wskazanie na konkretne produkty za pomocą ich bardzo szczegółowego opisu. Przy czym 18% tych produktów było dystrybuowanych wyłącznie przez firmy REMI i AMTAS, co skutkowało tym, że tylko te firmy mogły złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty na cały przedmiot zamówienia. Argument Zamawiającego o nieużyciu nazw własnych nie dotyczy więc istoty stwierdzonego naruszenia i jako taki jest bezprzedmiotowy.

Następnie, zauważono, że nie można uzasadniać prawidłowości dokonania opisu przedmiotu zamówienia niewniesieniem przez wykonawcę odwołania. Złożenie ewentualnego odwołania jest jedynie uprawnieniem, a nie obowiązkiem wykonawcy. Innymi słowy o odwołaniu decyduje sam odwołujący i nie ma to nic wspólnego z faktem ograniczenia przez Zamawiającego uczciwej konkurencji w powyższym zakresie (co potwierdzać może złożenie w Części I tylko jednej oferty). Na marginesie zaznaczyć należy, że w niniejszym postępowaniu, w którym wartość zamówienia jest niższa od progów unijnych, wykonawcom nie przysługiwało prawo wniesienia odwołania na opis przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu natomiast do argumentu Zamawiającego, iż *„W załączonej do informacji pokontrolnej opinii stwierdzono, że firma REMI i AMTAS nie są jedynym dystrybutorem produktów opisanych w SIWZ”*, Prezes UZP dostrzegła, że Zamawiający wybiórczo przytacza treść opinii. W opinii znalazło się wprawdzie zdanie o tym, że firmy REMI i AMTAS nie są jedynymi dystrybutorami produktów opisanych w siwz, jest to jednak zdanie o charakterze ogólnym stanowiącym wstęp do wymienienia innych firm, które produkują lub dystrybuują pomoce dydaktyczne. Natomiast w tabeli odnoszącej się szczegółowo do każdego produktu, przy 24 spośród nich biegły wyraźnie wskazał, że są dystrybuowane wyłącznie przez firmy REMI i AMTAS.

Dalej Prezes UZP zwróciła uwagę, co było istotą stwierdzonego naruszenia. Otóż Zamawiający tak szczegółowo opisał przedmiot zamówienia, że w większości przypadków wskazywał on jednoznacznie na przedruk oferty handlowej firm REMI i AMTAS. W ramach opinii biegłego analizie zostało poddanych 136 pomocy dydaktycznych. W stosunku do 84 z nich biegły stwierdził, że wprawdzie opis przedmiotu zamówienia wskazywał wprost na produkty firmy AMTAS i REMI, to jednak firmy te nie są jedynymi dystrybutorami produktów opisanych w SIWZ. W tym kontekście w opinii znalazło się sformułowanie, że *„Na rynku jest wiele firm, oferujących te same produkty co firma REMI i AMTAS, będąc jednocześnie również ich dystrybutorem”*. Jednak co najistotniejsze, dla stwierdzonego naruszenia, w opinii biegłego znalazło się stwierdzenie, że 24 produkty (tj. 18% zamawianych produktów), dla których nie ma rozwiązań równoważnych, jest dystrybuowanych wyłącznie przez firmy REMI i AMTAS, co przesądza o tym, że cały przedmiot zamówienia mogły zaoferować tylko te firmy. Przy czym Prezes UZP zwróciła uwagę, że Zamawiający nie odniósł się w zastrzeżeniach do powyższych ustaleń opinii biegłego.

Ponadto stwierdzono, że szczegółowego opisu produktów, pokrywającego się z opisem w ofercie handlowej firm REMI lub AMTAS, co naruszało uczciwą konkurencję, nie

uzasadniają potrzeby Zamawiającego. Nie można bowiem zgodzić się z argumentem, iż sporządzając opis przedmiotu zamówienia ograniczono się tylko do parametrów technicznych i cech edukacyjnych, które to pozwoliły osiągnąć założony cel dydaktyczny. Po pierwsze, Zamawiający nie skonkretyzował, jakie parametry techniczne i cechy edukacyjne ma na myśli i dlaczego pomoce dydaktyczne niespełniające szczegółowych wymagań opisanych w SIWZ obiektywnie nie zapewniłyby osiągnięcia założonego celu dydaktycznego. Niezależnie jednak od braku rozwinięcia przez Zamawiającego założonego celu stwierdzono, że cel ten może zostać osiągnięty poprzez wskazanie ogólnego wyglądu, wymogów funkcjonalnych i edukacyjnych poszczególnych zabawek, a nie jedynie przez przepisywanie opisu pomocy dydaktycznych z ofert handlowych konkretnych firm.

W konsekwencji uznano, że Zamawiający nie wskazał obiektywnych potrzeb uzasadniających opisanie poszczególnych produktów w sposób zgodny z opisem tych samych produktów dystrybuowanych przez firmy REMI i AMTAS, a w 18% przypadków – dystrybuowanych wyłącznie przez te firmy. Fakt, że 18% opisanych produktów nie miało odpowiedników równoważnych, a jednocześnie ich jedynymi dystrybutorami były firmy REMI i AMTAS skutkowało tym, że tylko te firmy mogły złożyć oferty niepodlegające odrzuceniu na cały przedmiot zamówienia. Poszczególne pozycje opisu przedmiotu zamówienia nie stanowiły bowiem oddzielnych pakietów, zatem niemożność zaoferowania nawet kilku produktów, przesądzała o braku możliwości złożenia oferty przez danego wykonawcę.

Zdaniem Prezes UZP, nie sposób zgodzić się również z Zamawiającym, który w zastrzeżeniach od wyniku kontroli dowodzi, że: „(...) *nie może odpowiadać za to, że w/w potencjalni oferenci nie złożyli ofert w przedmiotowym postępowaniu*”. Nie chodzi tu bowiem o założenie, że ewentualne, potencjalne firmy zainteresowane przedmiotowym postępowaniem nie złożyły oferty, ile o fakt, że powyższe przykładowe firmy nie miały możliwości ich złożenia, skoro Zamawiający wymagał dostarczenia produktów dydaktycznych określonych dystrybutorów.

Powyższe prowadzi do wniosku, w ocenie Prezes UZP, 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 (na Część I – pomoce dydaktyczne) została złożona wyłącznie oferta wykonawcy REMI s.c. J.Ł., R. T. – Ł. Wskazuje to jednoznacznie, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób naruszający dyspozycję art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż ustalenia faktyczne w niniejszej sprawie nie są kwestionowane przez Zamawiającego, stąd też Izba uznaje je własne i dokonana oceny zastrzeżeń na ich gruncie.

Przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia stanowi nie tylko uprawnienie zamawiającego, ale i jego obowiązek (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp). Z jednej strony bowiem zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia ma możliwość określenia swoich potrzeb, z drugiej zaś strony winien mieć na względzie, że owo uprawnienie nie jest nieograniczone. Należyte zrealizowanie przez zamawiającego przedmiotowego obowiązku polega w szczególności na wypełnieniu dyspozycji norm zawartych w szczególności w przepisie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Opisanie przedmiotu zamówienia ma niebagatelne znaczenie, bowiem częstokroć wpływa na wynik postępowania. Stąd też opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w ubieganiu się o udzielenie zamówienia.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że z mocy przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji zachodzi m.in. w sytuacji, gdy zamawiający opisz przedmiot zamówienia przez zbytne dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt. Naruszenie to polega również na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia w realizacji potrzeb zamawiającego.

Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają niektórym wykonawcom udział w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. W wyroku KIO z dnia 21 kwietnia 2009 r., KIO/UZP 434/09, wskazano, że: *„Określenie przedmiotu zamówienia powinno być poparte obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. Ograniczenie w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia wskazuje norma art. 29 p.z.p., która zakazuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję poprzez użycie takich sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także*

określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórych wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia".

Zamawiający każdorazowo opisując przedmiot zamówienia musi mieć na uwadze, że jakkolwiek jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jest uprawniony do zakupu dóbr, które są niezbędne do zrealizowania powierzonych mu zadań, to jednak rolą zamawiającego jest również umożliwienie jak najszerszemu kręgowi wykonawców złożenie oferty. Zamawiający winien więc rozważyć, gdzie jest granica pomiędzy istotnymi a nieistotnymi cechami, parametrami, funkcjonalnościami zakupowanych produktów, tak aby mieć pewność, że potrzeby zamawiającego zostaną zrealizowane, przy jednoczesnym zagwarantowaniu uczciwej konkurencji. Oczywiście na tym tle podkreślenia wymaga, że zamawiający nie ma obowiązku umożliwienia dostępu do postępowania wszystkim wykonawcom, którzy funkcjonują w danym segmencie rynku, ale wyeliminowanie części z nich już na etapie przedmiotu zamówienia musi mieć uzasadnienie.

Jednocześnie w orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji przez zastosowanie określonych zapisów w opisie przedmiotu zamówienia jest wystarczające do uznania, że przepisy art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oraz w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zostały naruszone (wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2011 r., KIO 752/11).

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że Zamawiający w kontrolowanym postępowaniu nie sprostął obowiązkowi opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który nie utrudnia uczciwej konkurencji (art. 29 ust. 2 ustawy Pzp). Biegły ustalił, czego Zamawiający nie kwestionował, że w większości przypadków opis zamawianych pomocy dydaktycznych odpowiada temu, który znajduje się w ofertach firm REMI i AMTAS. Zamawiający co prawda dopuścił możliwość zaoferowania produktów równoważnych, ale poziom szczegółowości wymagań określonych przez Zamawiającego spowodował, że w istocie w wielu przypadkach niemożliwym było zaoferowanie innych produktów niż te, które oferują wskazane wyżej firmy. To z kolei, biorąc pod uwagę, że Zamawiający nie przewidywał możliwości składania ofert częściowych w ramach tego asortymentu, powodowało, że w istocie tylko wskazane firmy mogły złożyć oferty. Stąd też stanowisko Zamawiającego zawarte z zastrzeżeniami, że nie zgadza się z twierdzeniem, iż opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, który dawał możliwość ubiegania się o przedmiotowe zamówienie jedynie wskazanym firmom, nie znajduje oparcia ani w uzasadnieniu Zamawiającego ani w materiale faktycznym sprawy.

Zamawiający poszukując argumentacji uzasadniającej poprawność działań Zamawiającego wskazał również, że żaden z wykonawców nie skorzystał ze środków ochrony prawnej, co zdaniem Zamawiającego, świadczy o prawidłowości dokonanego opisu przedmiotu zamówienia. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego w tym przedmiocie. Po pierwsze, zdaniem Izby, brak skorzystania z uprawnienia przez wykonawcę w postaci odwołania wobec postanowień SIWZ nie stanowi instrumentu do weryfikacji prawidłowości a tym samym legalności działań podjętych przez Zamawiającego. Po drugie, Zamawiający nie dostrzegł, że wartość kontrolowanego zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, co oznacza, że odwołanie nie przysługiwało wobec opisu przedmiotu zamówienia (art. 180 ust. 2 ustawy Pzp).

Okoliczność wskazywana przez Zamawiającego, że sporządzając opis przedmiotu zamówienia nie użył nazw własnych, a jedynie ograniczył się do parametrów edukacyjnych i technicznych pozostaje bez wpływu na dokonaną ocenę. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę Zamawiającemu, że istotą postawionego zarzutu nie jest formułowanie opisu przedmiotu zamówienia w oparciu o nazwy własne. Treścią stwierdzonego naruszenia jest fakt, iż Zamawiający naruszył uczciwą konkurencję w sposób pośredni. Zamawiający nie ograniczył bowiem konkurencji wprost, używając nazw własnych, a przez to wskazując na konkretny produkt, ale poprzez określone sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, które wskazało, przynajmniej w części, na konkretne produkty. Co więcej, ta część produktów, nie miała swoich odpowiedników, a więc niemożliwym było zaoferowanie rozwiązań równoważnych pomimo, że Zamawiający co do zasady dopuścił taką możliwość.

Twierdzenie Zamawiającego, że biegły stwierdził, iż firmy REMI i AMTAS nie są jedynymi dystrybutorami produktów opisanych w SIWZ jest co do zasady prawdziwe. Jednakże w analizowanym stanie faktycznym okoliczność ta nie ma doniosłości prawnej. Zamawiający pomija bowiem, że 24 produkty, a więc 18% zamawianych produktów, jest dystrybuowana wyłącznie przez wskazane firmy, co oznacza, że żadna inna firma poza wskazanymi nie mogła złożyć oferty, bowiem nie dysponowała pełnym asortymentem, którym był zainteresowany Zamawiający. Zaś, wskazanie na określone firmy, jako potencjalnych wykonawców nie przemawia na korzyść Zamawiającego, wręcz przeciwnie, obrazuje, że wielu wykonawców mogło, gdyby nie ujawnione ograniczenia, ubiegać się o przedmiotowe zamówienie.

Zamawiając dążąc do zakwestionowania przedmiotowego zarzutu winien wykazać, że cechy i parametry zamawianych produktów były niezbędne dla osiągnięcia założonego

celu dydaktycznego. Tymczasem Zamawiający w tej kwestii w ogóle nie podjął polemiki, co czyni argumentację Zamawiającego już z tej przyczyny chybioną.

Na marginesie wypada jedynie zauważyć, że wątpliwym jest, aby Zamawiający był w stanie powyższe wykazać, mając na względzie, iż cechy, którymi posługiwał się Zamawiający opisując przedmiot zamówienia, dla przykładu sposób opakowania pomocy dydaktycznych, były usprawiedliwione potrzebami Zamawiającego i celami, jakie chciał osiągnąć.

Reasumując stwierdzić należy, że opisu przedmiotu zamówienia należy dokonywać z najwyższą starannością. Zamawiający decydując się na wyartykułowanie określonych cech zamawianych dóbr winien po pierwsze, znajdować uzasadnienie dla ich określenia w konkretnym kształcie, po drugie, Zamawiający winien mieć pewność, że prowadzone postępowanie nie zaburza konkurencji na rynku. Nie chodzi bowiem jedynie o pozorne zagwarantowanie realizacji zasady uczciwej konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie udźwignął nałożonego na niego obowiązku. Dopuścił, aby opis przedmiotu zamówienia odpowiadał opisowi produktów oferowanych przez dwie firmy, co spowodowało, że w istocie jedynie te firmy, mogły złożyć oferty pomimo, iż na rynku istnieje wielu wykonawców, którzy byliby w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie. Zamawiający poprzez uczynienie istotnymi cech, które w istocie przymiotu tego nie powinny posiadać, wyeliminował konkurencję w niniejszym postępowaniu, co skutkowało złożeniem tylko jednej oferty w ramach części pierwszej zamówienia przez jedną z ww. firm. W świetle powyższego, zdaniem Izby, przypisany Zamawiającemu zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp okazał się trafny.

Wobec powyższego, skład orzekający Izby, wyraził opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

.....