

Sygn. akt: KIO/KD 29/16

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 5 maja 2016 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z 11.04.2016 r. /wpływ 15.04.2016 r. – wpływ bezpośredni do Prezesa UZP/ (znak: Nr 4431.1.25.2016) zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Gmina Mstów
ul. 16 Stycznia 14
42-244 Mstów

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 31.03.2016 r.
(znak: UZP/DKUE/W3/421/15(5)/16/MR (2922) dot. KD/15/16/DKUE)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

**Dostawa pomocy dydaktycznych i wyposażenia dla szkół gminy
Mstów w ramach projektu Szansa na rozwój z indywidualizacją**

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Ryszard Tetzlaff
Członkowie:	Marek Szafraniec
	Klaudia Szczytowska - Maziarz

wyraża następującą opinię:

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

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwany dalej: „Prezesem UZP” wszczął kontrolę doraźną następczą przeprowadzonego przez Gminę Mstów postępowania o udzielenie zamówienia pn. *„Dostawa pomocy dydaktycznych i wyposażenia dla szkół gminy Mstów w ramach projektu Szansa na rozwój z indywidualizacją”* na podstawie wniosku o kontrolę (WK/145/15/DKUE) z 28.05.2015 r., złożonego przez (...) Prokuratora Prokuratury Okręgowej Warszawa-Praga w Warszawie, Wydział VI ds. Przestępczości Gospodarczej w związku ze śledztwem (...).

Z ustaleń kontroli doraźnej - pismo z 31.03.2016 r. (informacja o wyniku kontroli doraźnej znak: UZP/DKUE/W3/421/15(5)/16/MR (2922) dot. KD/15/16/DKUE) - wynikają następujące okoliczności. Zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” przedmiotem zamówienia w kontrolowanym postępowaniu była dostawa pomocy dydaktycznych i wyposażenia dla 8 szkół Gminy Mstów w ramach projektu *„Szansa na rozwój z indywidualizacją”*. Szczegółowy opis Zamawianych dostaw z podaniem nazw produktów, miejsca dostawy, wymaganej ilości i parametrów zawiera załącznik nr 1 do SIWZ. W drugiej kolumnie załącznika został wskazany szczegółowy „opis” Zamawianego produktu. W toku postępowania jeden z wykonawców zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ w następującym zakresie: *„Czy Zamawiający dopuszcza w ww. postępowaniu produkty równoważne, a jeżeli tak to gdzie należy to przedstawić – w którym dokumencie i w jakiej formie? Czy ma to być zdjęcie, czy szczegóły opis ze wskazaniem cech użytkowych, ilości składowych, jakości i materiału wykonania?”*. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *„Tam gdzie w dokumentacji przetargowej zostało wskazane pochodzenie (marka, znak towarowy, producent, dostawca) materiałów lub wskazane normy, o których mowa w art. 30 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający dopuszcza oferowanie materiałów równoważnych pod względem parametrów technicznych, użytkowych oraz eksploatacyjnych pod warunkiem, że zagwarantują one wykorzystanie ich zgodnie z potrzebami Zamawiającego”*. Na pytanie wykonawcy, jakie parametry i cechy opisywanych przedmiotów zamówienia Zamawiający będzie brał pod uwagę oceniając równoważność produktu, zamawiający odpowiedział, że *„będzie brał pod uwagę:*

- *wymagane części składowe pomocy,*
- *jakość i rodzaj materiału,*
- *opisane cechy użytkowe, funkcjonalne i jakościowe”*. Przed upływem terminu na składanie ofert do Zamawiającego wpłynęła jedna oferta, złożona przez wykonawcę AMTAS (...) ceną ofertową 256 271,00 zł brutto.

Z uwagi na fakt, że rozstrzygnięcie, czy opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretne produkty, nie jest możliwe bez posiadania wiedzy specjalistycznej, Prezes UZP zwrócił się na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 Pzp z prośbą do biegłego o sporządzenie opinii w celu rozstrzygnięcia, czy użyte przez zamawiającego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia parametry techniczne pomocy dydaktycznych mogły wskazywać na chęć wyboru konkretnych produktów dystrybuowanych przez wykonawcę REMI (...) wykonawcę AMTAS (...) 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 (...) oraz AMTAS (...) są jedynymi dystrybutorami produktów opisanych w SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia?

Biegły w sporządzonej opinii, przy uwzględnieniu przekazanej dokumentacji postępowania, przedstawił poniższe stanowisko: „Analizie zostało poddanych 171 pomocy dydaktycznych, opisanych w SIWZ zamawiającego – Gminę Mstów. 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: 131 razy

Odpowiedzi przeczących udzielono: 35 razy

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono: 5 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: (...).

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

Parametry wskazujące na konkretny produkt w opisie, np.:

„QUATRATA - karty zadaniowe. 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. Wyobraźnia przestrzenna, 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 131 razy.

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono 40 razy.

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

Odpowiedzi twierdzących udzielono: 34 razy

Odpowiedzi przeczących udzielono: 117 razy

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono: 40 razy.

Na podstawie analizy dokonanej przez rzeczoznawcę stwierdzam, że firma REMI i AMTAS nie są jedynym dystrybutorem produktów opisanych w siwz. Na rynku jest wiele firm, oferujących te same produkty co firma REMI, będąc jednocześnie również ich dystrybutorem. Potencjalnym oferentem produktów zamieszczonych w siwz zamawiającego mogły być firmy: „Nowa Szkoła”, „Moje Bambino”, „Educarium”, „Edufit”, jak również sklepy internetowe: www.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”.

Mając na uwadze wyżej przytoczony stan faktyczny podkreślił, 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 Pzp.

W szczególności 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. Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 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 Pzp 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 (...) i AMTAS (...). Jednocześnie produkty te zostały opisane tak szczegółowo, że w praktyce niemożliwe było zaoferowanie przez innych dystrybutorów na rynku równoważnych pomocy dydaktycznych. Przy czym, 34 produkty, dla których wg 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 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, 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 spełniającej kryteria indywidualizacji. Np. gra edukacyjna „Rybki”, polegająca na „łowieniu” rybek na wędkę może stanowić pomoc wykonaną z różnych materiałów. Liczy się tutaj wartość edukacyjna, czyli osiągnięcie zamierzonego celu, np. sprawności manualnej i koordynacji wzrokowo – ruchowej.”

Z opinii biegłego można zatem wywieść, że nie było potrzeby opisywania konkretnych pomocy dydaktycznych za pomocą ich dokładnych parametrów, ale możliwe było opisanie ich poprzez cel edukacyjny, jakiemu mają służyć. Taki opis umożliwiłby zaoferowanie różnych pomocy dydaktycznych przez różnych wykonawców, zapewniając osiągnięcie celu dydaktycznego. Tym samym Zamawiający opisując wymagania techniczne tak szczegółowo, że niemożliwe było w stosunku do większości pomocy dydaktycznych zaoferowanie produktów równoważnych, działał zbyt rygorystycznie. Powyższy rygoryzm promował produkty dystrybuowane przez wykonawców REMI (...) oraz AMTAS (...), przy czym – jak wynika z opinii - w 20% zamawianych produktów ww. wykonawcy są jedynymi ich dystrybutorami, co przesądza o tym, że jako jedyni mogli złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty. Należy również podkreślić, że w postępowaniu została złożona tylko jedna oferta, tj. oferta wykonawcy AMTAS (...), co może stanowić potwierdzenie ograniczenia uczciwej konkurencji w kontrolowanym postępowaniu. Mając na uwadze przytoczony powyżej stan faktyczny i prawny oraz treść opinii biegłego powołanego na potrzeby przedmiotowego postępowania, należy stwierdzić, iż zamawiający opisując przedmiot zamówienia w ten sposób, że część produktów mogły oferować wyłącznie firmy REMI i AMTAS, co oznacza, że w konsekwencji jako jedyne mogły złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty, dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Po zapoznaniu się z wynikami kontroli, Zamawiający zgłosił zastrzeżenia (pismo z 11.04.2016 r. /wpływ 15.04.2016 r./) /znak:4431.1.25.2016/ do wyników kontroli doraźnej, w których podniósł co następuje. Opis przedmiotu zamówienia nie narusza art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust 1 Pzp. Jak wprost wynika z treści SIWZ Zamawiający dopuścił oferty równoważne. Jednocześnie Zamawiający odpowiadając na pytania wykonawców wskazał, że oferty równoważne będą oceniane pod względem:

- wymaganych części składowych;
- jakości i rodzaju materiału;
- opisanych cech użytkowych, funkcjonalnych i jakościowych.

Podkreślił, że wskazane w opinii biegłego parametry wskazujące na konkretny produkt takie jak wymiary kart zadaniowych, materiał w postaci tektury, drewna czy rodzaj opakowania nie stanowiły elementów, od których zależało uznanie oferty za równoważne. W istocie karty czy bryły geometryczne z dowolnego materiału opakowane w dowolny sposób mogły stanowić ofertę równoważną - o ile oczywiście spełniały podstawowy wymóg, jakim były odpowiednie walory edukacyjne. W żadnym miejscu SIWZ, ani w udzielonych wyjaśnieniach Zamawiający nie żądał dostarczenia konkretnego produktu, zaś zamieszczony opis - w połączeniu z wyjaśnieniami - jednoznacznie wskazywał na możliwość składania równoważnych ofert - pod warunkiem, że oferowane pomoce naukowe mogły być wykorzystane w założonym celu.

Prezes UZP w odpowiedzi z 26.04.2016 r. (znak: UZP/DKUE/W3/421/15(9)/16/MR dot. KD/15/16/DKUE) na zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej w związku z przeprowadzoną przez Prezesa UZP kontrolą doraźną wskazał, iż nie uwzględnia zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących naruszeń Pzp. W pierwszej kolejności wskazał, 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 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 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 Pzp). W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 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 (m. in. wyrok KIO z 27.03.2015 r., sygn. akt: KIO 496/15, wyrok SA w Warszawie z 24.01.2012 r., sygn. akt: VI ACa 965/11).

Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 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 KIO z 07.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 28/07; KIO/UZP 100/07: *„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.”*

Zamawiający może skutecznie zakwestionować zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp jeśli wykáže, 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 Pzp), zatem niezbędne jest wykazanie spełniania przez oferowany przedmiot zamówienia wszystkich kwestionowanych parametrów (wyrok KIO z 28.09.2011 r.; sygn. akt: KIO 1949/11, KIO 1954/11).

W Informacji o wyniku kontroli zostały szczegółowo wskazane wnioski płynące z opinii biegłego powołanego przez Prezesa UZP. Wynika z nich po pierwsze, że w przypadku 131 pomocy dydaktycznych (na 171 badanych) przedmiot zamówienia został opisany tak szczegółowo, że niemożliwe było zaoferowanie w stosunku do nich produktów równoważnych, pomimo że Zamawiający dopuścił taką możliwość w wyjaśnieniach do treści SIWZ. Zdaniem biegłego szczegółowy opis, utrudniający uczciwą konkurencję, dotyczy w szczególności parametrów takich jak opakowanie, rozmiar i kolor zabawki oraz materiał, z jakiego jest wykonana. W żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie wskazał jednocześnie, że ww. parametry nie będą miały istotnego znaczenia przy ocenie oferowanych produktów. Wykonawcy otrzymali jedynie ogólną informację, że *„oceniając równoważność produktu Zamawiający będzie brał pod uwagę: wymagane części składowe pomocy, jakość i rodzaj materiału, opisane cechy użytkowe, funkcjonalne i jakościowe”*. Z powyższego sformułowania trudno wywnioskować, które parametry oraz w jakim stopniu mogą być zmienione, aby wciąż były uznane za równoważne do wymaganych przez Zamawiającego. Dopiero na etapie zastrzeżeń Zamawiający doprecyzował częściowo swoje intencje, stwierdzając, że za równoważne uznałby dowolny materiał czy opakowanie, o ile zachowane zostałyby walory edukacyjne oferowanych produktów. Nie zostało to jednak wprost wskazane w SIWZ, czy w wyjaśnieniach treści SIWZ, a tym samym, nie może zostać uznane za prawidłowe i skuteczne. Na marginesie za niezrozumiałe należy uznać szczegółowe opisywanie parametrów, które jak się okazuje na obecnym etapie, nie mają istotnego znaczenia dla Zamawiającego.

Podkreślił, że wprawdzie w opinii Prezesa UZP nie istnieje prawny obowiązek formułowania przez zamawiających warunków (kryteriów) równoważności, to jednak jeśli Zamawiający decyduje się je opisać, powinien zrobić to precyzyjnie i w miarę możliwości wyczerpująco, a w szczególności – jeszcze przed terminem składania ofert tak, aby wszystkie informacje istotne i znane Zamawiającemu otrzymali również wykonawcy zamierzający złożyć ofertę. Ocena równoważności może odbywać się bowiem tylko i wyłącznie w oparciu o jasne zapisy zawarte w SIWZ, nie zaś w oparciu o interpretację zamawiającego odnoszącą się do wybranych fragmentów SIWZ. Powyższe twierdzenia, w szczególności wnioski płynące z opinii biegłego, jednoznacznie wskazują, że podnoszony przez Zamawiającego zapis SIWZ dotyczący parametrów równoważnych jest wyłącznie iluzoryczny i w praktyce nie było możliwości jego zastosowania.

W drugiej kolejności należy ponownie wskazać, że zgodnie z opinią biegłego, 34 pomoce dydaktyczne (tj. 20% całego przedmiotu zamówienia), dla których nie ma rozwiązań równoważnych, są dystrybuowane wyłącznie przez firmy REMI i AMTAS, co przesądza o tym, że cały przedmiot zamówienia mogły zaoferować tylko te firmy. Podkreślił, że w zastrzeżeniach Zamawiający nie odniósł się w żaden sposób do powyższych ustaleń

opinii biegłego. Wskazał jedynie że „w żadnym miejscu SIWZ ani w udzielonych wyjaśnieniach zamawiający nie żądał dostarczenia konkretnego produktu”, co jednak pozostaje bez znaczenia dla stwierdzonego naruszenia. Jak zostało bowiem wskazane w Informacji o wyniku kontroli, naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 Pzp, oprócz bezpośredniego charakteru, polegającego na literalnym wskazaniu nazwy konkretnego producenta, może mieć również charakter pośredni, kiedy to szczegółowy opis parametrów wskazuje pośrednio na jeden konkretny produkt. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie.

Podkreślił, że Zamawiający w szczególności nie wskazał w zastrzeżeniach obiektywnych potrzeb uzasadniających opisanie poszczególnych produktów w sposób zgodny z opisem tych samych produktów dystrybuowanych przez firmy REMI i AMTAS, a w 20% przypadków - dystrybuowanych wyłącznie przez te firmy. Zamawiający w zgłoszonych przez siebie zastrzeżeniach nie podważył zatem twierdzeń zawartych w Informacji o wyniku kontroli. W tym miejscu wskazał, że Prezes UZP podtrzymuje swoje stanowisko, zgodnie z którym opis przedmiotu zamówienia, zamiast zawierać wprost produkty z oferty handlowej REMI lub AMTAS, powinien zawierać wymagania co do ogólnego wyglądu i sposobu korzystania z danej pomocy dydaktycznej oraz celu edukacyjnego, jakemu 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 Pzp. Powyższe ustalenia prowadzą 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 złożona wyłącznie oferta wykonawcy AMTAS. Wskazuje to jednoznacznie, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób naruszający dyspozycję art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Stanowisko Prezesa UZP zostało potwierdzone w uchwałach KIO z 06.04.2016 r. (sygn. akt: KIO/KD 23/16) oraz z 08.04.2016 r. (sygn. akt: KIO/KD 24/16).

Jednocześnie Prezes UZP, poinformował stosownie do treści art. 167 ust. 2 Pzp, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej o ich przekazaniu do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Na tym tle Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązana była na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wydać niniejszą uchwałę.

Izba ustaliła, że stan faktyczny został w toku kontroli ustalony prawidłowo i nie był kwestionowany w zastrzeżeniach. Kwestią sporną była ocena ustalonego stanu faktycznego pod kątem jego zgodności z art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. 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. W świetle przywołanych przepisów swoboda Zamawiającego w określaniu cech produktów, które chce zakupić, jest ograniczona koniecznością zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji. Z jednej strony oczywistym jest, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do Zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym nabywcą określonych towarów czy usług, a konieczności zachowania uczciwej konkurencji nie można utożsamiać z nakazem umożliwienia złożenia oferty przez jak najszerszy krąg wykonawców, w oderwaniu od potrzeb Zamawiającego. Z drugiej strony niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które nie jest podyktowane racjonalnymi i obiektywnie uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego.

Ocena przedmiotowej sprawy wymagała ustalenia po pierwsze, czy Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób ograniczający krąg podmiotów mogących złożyć ofertę, a po drugie – czy takie ograniczenie jest usprawiedliwione specyfiką przedmiotu zamówienia i uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego.

Izba wzięła pod uwagę, że z uwagi na fakt, iż ustalenie powyższych okoliczności wymagało wiadomości specjalnych, Prezes UZP na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 Pzp zasięgnął opinii biegłego – rzeczoznawcy podręczników i programów szkolnych. Sformułowana przez Prezesa Urzędu ocena prawna wniosków wynikających z opinii biegłego z 15.01.2016 r. była – zdaniem Izby – prawidłowa. Izba ocenę tę podziela i przyjmuje ją za własną. Pzp nie zawiera szczegółowych regulacji dotyczących znaczenia opinii biegłego i sposobu jej oceny. Ze względu na kontradyktoryjny charakter postępowania kontrolnego za zasadne, zdaniem Izby, należy uznać posiłkowanie się zasadami wypracowanymi w tym zakresie w odniesieniu do postępowania cywilnego, zgodnie z którymi sąd nie może poczynić ustaleń sprzecznych z opinią biegłego, jeżeli jest ona prawidłowa

i jeżeli odmienne ustalenia nie mają oparcia w pozostałym materiale dowodowym (m.in. wyrok SN z 27.11.1974 r., sygn. akt: II CR 748/74), a podstawy do dokonania ustaleń faktycznych nie może stanowić opinia dowolna, sprzeczna z materiałem dowodowym, niezupełna lub pozbawiona argumentacji umożliwiającej sądowi dokonanie wszechstronnej oceny złożonej przez biegłego (wyrok SN z 17.05.1974 r., sygn. akt: I CR 100/74). Przenosząc powyższe zasady na grunt postępowania kontrolnego należy stwierdzić, że w zakresie, w jakim sprawa wymaga wiadomości specjalnych, Prezes UZP (a za nim Izba) nie był uprawniony do poczynienia ustaleń sprzecznych z opinią biegłego, jeżeli opinia ta jest kompletna, spójna logicznie, zawierająca argumentację umożliwiającą dokonanie wszechstronnej oceny. Z kolei rozstrzygnięcie wbrew tej opinii byłoby zasadne pod warunkiem podważenia jej wiarygodności lub wykazania wad takich jak wewnętrzna sprzeczność, niekompletność czy brak stanowczych konkluzji. (za uchwałą KIO z 08.04.2016 r., sygn. akt: KIO/KD 25/16).

W ocenie Izby, skierowane do biegłego pytania były sformułowane prawidłowo, w sposób pozwalający ustalić okoliczności istotne dla oceny dokonanego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Izba doszła również do przekonania, że sporządzona przez biegłego opinia (wraz z opinią uzupełniającą) nie była obarczona żadną z wad, które uzasadniałyby odstąpienie od jej uwzględnienia i dokonanie przez Kontrolującego własnych ustaleń wbrew tej opinii. Biegły jednoznacznie stwierdził, że w przypadku 131 pomocy dydaktycznych (na 171 badanych) parametry wyszczególnione w SIWZ zostały dostosowane pod konkretny produkt lub producenta i nie było możliwości zaoferowania produktów równoważnych, a w 34 przypadkach (czyli w 20 % całego przedmiotu zamówienia) wykonawcy REMI oraz AMTAS są jedynymi dystrybutorami produktów opisanych w SIWZ. Zamawiający w zastrzeżeniach nie polemizował z powyższymi ustaleniami ani nie próbował wykazać wadliwości opinii biegłego w tym zakresie. 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.

Zamawiający w zgłoszonych zastrzeżeniach poprzestał na przeciwstawieniu powyższemu tezie stwierdzenia, że dopuścił oferty równoważne, zarazem wskazując co będzie w takiej sytuacji przedmiotem ich oceny. Nadto, podnosząc, że elementy przywołane przez biegłego nie miały być podstawą uznania danej oferty za równoważną, a generalnie

zamierzał w tym zakresie kierować się przede wszystkim ich walorami edukacyjnymi. Jednocześnie, zauważył, że nigdzie wprost nie zażądał dostarczenia konkretnego produktu.

Po pierwsze, z udzielonych wyjaśnień SIWZ oraz wskazanych elementów które miały być podstawą oceny równoważności danej oferty nic nie wynika, są one na takim poziomie ogólności, że nic nie wnoszą do sprawy. Należy je przeciwstawić stworzonemu przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ opisowi przedmiotu zamówienia na wysokim poziomie szczegółowości, z wyspecyfikowaniem cech produktów w sposób odpowiadający ofertom handlowym konkretnych wykonawców. Trudno na podstawie udzielonych wyjaśnień przyporządkować jakie de facto cechy miały być miernikiem oceny równoważności, nadto pozostawiały one znaczną dozę uznaniowości w tym zakresie. Dopiero, jak słusznie zauważył, Prezes UZP, na etapie zastrzeżeń, Zamawiający dał wyraz swoim intencjom – podkreślając, że uznałby dowolny materiał czy opakowanie przy uwzględnieniu walorów edukacyjnych. Jednakże, trudno oprzeć się wrażeniu, że stanowisko Zamawiającego jest wynikiem uzyskanej informacji o wyniku kontroli, albowiem nie ma ono żadnej wcześniejszej wiarygodnej podstawy w dokumentacji postępowania.

Po drugie, Izba podziela stanowisko Prezesa UZP, że naruszenie art. 29 ust.2 Pzp może mieć miejsce nie tylko bezpośrednio /z zastrzeżeń wynika, że tylko takie naruszenie uznaje Zamawiający za godne uznania/, ale także pośrednio, kiedy to szczegółowy opis parametrów wskazuje pośrednio na jeden konkretny produkt, co ma miejsce w tym stanie faktycznym. Nadto, nie mniej istotna jest okoliczność, iż Zamawiający nie wskazał, żadnych obiektywnych potrzeb uzasadniających jego działanie.

Podsumowując, Zamawiający poprzez opis przedmiotu zamówienia ograniczył do dwóch krąg wykonawców, którzy mogli złożyć ofertę na cały przedmiot zamówienia, co potwierdza opinia biegłego. Jednocześnie Zamawiający nie wykazał, że taki opis przedmiotu zamówienia był konieczny, aby zamawiane produkty odpowiadały jego usprawiedliwionym oczekiwaniom.

W związku z powyższym Izba podzieliła stanowisko Prezesa UZP, że opisując przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu Zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 i 4 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....