

UZP/DKUE/KD/30/2016

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

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

Zamawiający:	Gmina Goszczyn ul. Bądkowska 2 05-610 Goszczyn
Rodzaj zamówienia:	dostawa
Przedmiot zamówienia:	zakup i dostawa pomocy dydaktycznych do zajęć dla dzieci z klas I-III szkół podstawowych z terenu gminy Goszczyn
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	70.573,17 zł (17.557,26 euro)
Środki UE:	Europejski Fundusz Społeczny, Program Operacyjny Kapitał Ludzki 2007-2013

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

1. Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) przedmiotem zamówienia w kontrolowanym postępowaniu była dostawa pomocy dydaktycznych do zajęć dla dzieci z klas I - III szkół podstawowych z terenu gminy Goszczyn.

Szczegółowy opis zamawianych dostaw z podaniem nazw produktów oraz wymaganej ilości zamieszczony został w załączniku nr 2 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia.

W pkt IV SIWZ zamawiający zamieścił informację dotyczącą zastosowania materiałów równoważnych: „Nazwy własne użyte w opisie przedmiotu zamówienia, określające typ produktu lub producenta, zostały podane przykładowo w celu określenia minimalnych oczekiwanych parametrów jakościowych, funkcjonalnych i użytkowych produktu. 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 szczegółowy opis, specyfikację oraz zdjęcie, z których w sposób niebudzący wątpliwości Zamawiającego powinno wynikać, że oferowany 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 REMI s.c. XY, XY z ceną brutto wynoszącą 82.921,00 zł, którą zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą. Umowa w sprawie udzielenia kontrolowanego zamówienia została zawarta z ww. wykonawcą w dniu 23.09.2013 r.

Z uwagi na fakt, że rozstrzygnięcie, czy opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretne produkty, nie jest możliwe bez posiadania wiedzy specjalistycznej, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z prośbą do biegłego o sporządzenie opinii w celu rozstrzygnięcia, czy użyte przez zamawiającego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia parametry pomocy dydaktycznych mogły wskazywać na chęć wyboru konkretnych produktów dystrybuowanych przez wykonawcę REMI s.c. XY, XY z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcę AMTAS XY z siedzibą w Poznaniu lub innych konkretnych produktów innego producenta.

W szczególności zwrócono się z prośbą o udzielenie odpowiedzi na pytania:

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

Jeśli tak, to jakiego i które parametry na to wskazują?;

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

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

Ponadto, biegły - mając na uwadze ww. zapisy 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.

Biegły w opinii z dnia 10.02.2016 r., przy uwzględnieniu przekazanej dokumentacji postępowania przedstawił poniższe stanowisko:

„Analizie zostało poddanych 168 pomocy dydaktycznych, opisanych w SIWZ zamawiającego – Gminę Goszczyn. 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: 162 razy

Odpowiedzi przeczących udzielono: 6 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: (...). Szczegółowość opisu produktów jest tak duża, że tylko firmy REMI i AMTAS są w stanie zaoferować produkty zgodne z opisem Zamawiającego.

Jednakże zamawiający ujął w [ww. pkt IV SIWZ – dop. wł.] informację o dopuszczeniu dostawy produktów równoważnych: (...).

Analizując parametry jakościowe, funkcjonalne i użytkowe opisane przez Zamawiającego, rzeczoznawca stwierdza, że istniała możliwość zaoferowania produktów równoważnych, poza 14 przypadkami produktów, dla których rzeczoznawca nie wskazał produktów równoważnych (wieże, tablica dla dwojga z literkami, kurtyna oświetlenie 2 pacynki, ślimak, wieża liczb chwyta, maty do ćwiczeń, koła arkusze do malowania, maszyna do malowania, farba złota, farba srebrna, farba perłowa, farba do tekstyliów, plexa do malowania, rybki).

Produkty równoważne, wskazane przez rzeczoznawcę w tabeli 1, kolumna 3, zostały opisane jako linki do stron internetowych, na których można było zakupić produkty równoważne. Rzeczoznawca wskazał pomoce edukacyjne, które mają nie gorsze parametry jakościowe, funkcjonalne oraz użytkowe niż określone przez Zamawiającego.

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 14 razy.

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono 8 razy.

Odpowiedzi: Tak, możliwe było zaoferowanie produktów równoważnych udzielono 146 razy.

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

Odpowiedzi twierdzących udzielono: 34 razy

Odpowiedzi przeczących udzielono: 126 razy

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono: 8 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 dopuścił możliwość zaoferowania produktów równoważnych, poza 14 przypadkami produktów, dla których rzeczoznawca nie wskazał produktów równoważnych (...). Niemożność wskazania przedmiotów równoważnych wynika z faktu, iż w zakresie dostępnym dla rzeczoznawcy (internet, katalogi ofertowe firm oferujących produkty edukacyjne lub inna wiedza rzeczoznawcy), nie znajdowały się pomoce edukacyjne mogące spełnić warunki równoważności opisane przez Zamawiającego w siwz. Jako produkty równoważne rzeczoznawca wskazał pomoce edukacyjne, które mają nie gorsze parametry jakościowe, funkcjonalne oraz użytkowe niż określone przez Zamawiającego.”

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że z ww. opinii biegłego wynika także, że w odniesieniu do 8 produktów (wymienionych poniżej) nie istniała możliwość zaoferowania produktów równoważnych i jednocześnie jedynymi ich dystrybutorami są wykonawcy REMI s.c. XY, XY oraz AMTAS XY.

W związku z powyższym, pismem z dnia 17.02.2016 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych mając na uwadze zamieszczone w SIWZ informacje dotyczące możliwości zaoferowania produktów równoważnych oraz opisy nw. produktów:

1. Farba Kri Kra Krea złota – 1 l. (poz. 71);

2. Farba Kri Kra Krea srebrna – 1 l. (poz. 72);
3. Farba Kri Kra Krea perłowa - 500 ml. (poz. 73);
4. Koncentrat – farba do tekstyliów - 500 ml. (poz. 74);
5. Plexa do malowania (poz. 76);
6. Maszyna do malowania – koło do malowania (poz. 78);
7. Maszyna do malowania – platforma z osłoną do farb (poz. 79);
8. Koła – arkusze do malowania (poz. 80);

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. XY, XY oraz AMTAS XY dystrybutorów ww. produktów.

W odpowiedzi na powyższe, zamawiający pismem z dnia 29.02.2016 r. wyjaśnił, iż „z uwagi na okres czasu jaki upłynął od przeprowadzenia przetargu nie jesteśmy w stanie wskazać produktów, które mogłyby być uznane za równoważne w czasie, gdy było prowadzone postępowanie przetargowe oraz wykazać, czy na rynku zamówień publicznych w owym okresie działały firmy mogące zrealizować zamówienie, inne niż wskazane przez Państwa w piśmie, tj. Remi s.c. XY, XY oraz AMTAS XY. Zamieszczone przez nas w SIWZ sformułowanie dotyczące zastosowania materiałów równoważnych stwarzało możliwość ubiegania się o realizację zamówienia dla różnych firm działających na rynku w danym okresie. W trakcie postępowania nie wpłynął żaden wniosek w sprawie nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia.”

Mając na uwadze wyżej przytoczony stan faktyczny należy podkreślić, że opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych w toku przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pomimo, że ustawodawca pozostawił zamawiającemu możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący jego zobiektywizowany charakter, to każdy z podmiotów dokonujących zakupów określonego rodzaju dostaw, usług lub robót budowlanych ma obowiązek przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia uwzględnić generalne warunki, jakie nakłada na niego ustawa Pzp. W szczególności zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wskazany przepis służy realizacji ustawowej zasady uczciwej konkurencji (a w konsekwencji – m. in. zasady równego dostępu do zamówienia), wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na

jeden konkretny produkt). Dodatkowo, działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Ponadto należy wskazać, że naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byliby w stanie wykonać dane zamówienie. Dodać też należy, że w przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z okoliczności sprawy, w tym opinii biegłego zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretne produkty dystrybuowane m.in. przez firmy REMI s.c. XY, XY i AMTAS XY. Jednocześnie produkty te zostały opisane tak szczegółowo, że w praktyce niemożliwe było zaoferowanie przez innych dystrybutorów na rynku równoważnych pomocy dydaktycznych. Przy czym 8 produktów, 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 opinii biegłego wynika jednocześnie, że opis przedmiotu zamówienia utrudniał dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, a w konsekwencji utrudniał uczciwą konkurencję. Przy czym opis przedmiotu zamówienia zawierał wymagania co do parametrów 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 tak szczegółowo, że niemożliwe było w stosunku do części pomocy dydaktycznych zaoferowanie produktów równoważnych, działał zbyt rygorystycznie. Powyższy rygoryzm promował produkty dystrybuowane przez wykonawców REMI s.c. XY, XY oraz AMTAS XY, przy czym – jak wynika z opinii - w przypadku 34 zamawianych produktów (20%) ww. wykonawcy są jedynymi ich dystrybutorami. Ponadto, ww. wykonawcy byli jedynymi dystrybutorami w przypadku 8 z 14 wymienionych przez biegłego produktów, dla których w praktyce nie było możliwości zaoferowania produktów równoważnych, co przesądza o tym, że ww. wykonawcy jako jedyni mogli złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty. Należy też nadmienić, iż w przedmiotowym postępowaniu została złożona tylko jedna oferta wykonawcy REMI s.c. XY, XY, z którym zawarto umowę w sprawie kontrolowanego zamówienia.

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 XY, XY oraz AMTAS XY - co oznacza, że w konsekwencji jako jedyne mogły złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty - dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

2. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający żądał od wykonawców wniesienia wadium w wysokości 2.800,00 złotych. Zgodnie z protokołem postępowania wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia wynosi 70.573,17 złotych netto.

Zgodnie z dyspozycją art. 45 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3 % wartości zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zażądał wniesienia wadium w wysokości przekraczającej ustawowo określony

próg 3%, ponieważ kwota żądanego wadium została określona na poziomie 3,97 % wartości zamówienia.

Powyższe stanowi naruszenie art. 45 ust. 4 ustawy Pzp.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

3. Załącznik do Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej:

Kopia opinii z dnia 20.01.2016 r. oraz uzupełnienia do opinii z dnia 10.02.2016 r.