

Sygn. akt KIO/KD 20/16

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 1 kwietnia 2016 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 3 marca 2016 r., do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Gminę Żary o statusie miejskim
ul. Rynek 1 – 5
68-200 Żary

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 25 lutego 2016 r. (znak: UZP/DKUE/KD/5/16) przeprowadzonej w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

„Zakup i dostawa pomocy dydaktycznych, oprogramowania i wyposażenia w ramach realizowanego przez Gminę Żary o statusie miejskim projektu systemowego: Bawimy się ucząc i poznając świat”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk
Członkowie: Luiza Łamejko
Lubomira Matczuk-Mazuś

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes UZP lub Kontrolujący), na podstawie wniosku Prokuratora Prokuratury Okręgowej Warszawa-Praga w Warszawie, przeprowadził kontrolę doraźną następczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Zakup i dostawa pomocy dydaktycznych, oprogramowania i wyposażenia w ramach realizowanego przez Gminę Żary o statusie miejskim projektu systemowego: Bawimy się ucząc i poznając świat”*, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Gminę Żary o statusie miejskim (dalej: Zamawiający).

Kontrola przeprowadzona została w okresie: 09.02 2016 r. – 25.02.2016 r.

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 25 lutego 2016 r. Prezes UZP stwierdził, że 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 z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) – dalej: Pzp lub Ustawa. Powyższa ocena stanowiła konsekwencję następujących ustaleń faktycznych i argumentacji prawnej:

Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) przedmiotem zamówienia w kontrolowanym postępowaniu była dostawa pomocy dydaktycznych, oprogramowania i wyposażenia do 6 szkół podstawowych prowadzonych przez Gminę Żary o statusie miejskim w ramach projektu *„Bawimy się ucząc i poznając świat”*.

Szczegółowy opis zamawianych dostaw z podaniem nazw produktów, miejsca dostawy, wymaganej ilości, parametrów zamieszczony został w załączniku nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia „Specyfikacja dostaw”. W drugiej kolumnie „Specyfikacji dostaw” został wskazany szczegółowy „opis” zamawianego produktu, a w trzeciej kolumnie zostały wskazane „nazwa/przykładowa nazwa produktu spełniająca wymagania zamawiającego”. W siwz (Rozdział III - Opis przedmiotu zamówienia, pkt 2) zamawiający zamieścił informację dotyczącą zastosowania produktów równoważnych:

„Występujące w <<Specyfikacji dostawy>> nazwy własne, znaki towarowe lub podane niektóre charakterystyczne dla producenta wymiary nie są wiążące w przypadku zaoferowania przez wykonawcę asortymentu równoważnego, który posiadać będzie co najmniej takie same lub lepsze parametry techniczne, jakościowe i funkcjonalne, będzie tożsamy tematycznie i o takim samym przeznaczeniu oraz nie obniży określonych w specyfikacji dostaw standardów.

Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego obowiązany jest wykazać, że oferowane przez niego dostawy (produkty) spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. W takiej sytuacji Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wraz z ofertą stosownych dokumentów uwiarygodniających oferowane produkty tj. kartę katalogową, opis, zdjęcie produktu itp., które potwierdzać będą spełnienie wymagań Zamawiającego. Podane w <<Specyfikacji dostaw>> nazwy własne nie mają na celu naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a w szczególności art. 7 i art. 29, a służą jedynie sprecyzowaniu oczekiwań jakościowych Zamawiającego".

W dniu 25.07.2013 r. wpłynął do zamawiającego wniosek wykonawcy EDU Pracownia M.K. o zmianę treści siwz w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, który zdaniem wnioskującego naruszał art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp z uwagi na zawarcie w opisie przedmiotu zamówienia produktów dystrybuowanych na rynek polski wyłącznie przez firmę REMI oraz fakt jego sporządzenia „zbyt szczegółowo, na tyle, że bezpośrednio wskazuje na konkretną pomoc dydaktyczną, (konkretnego dostawcę, który ma wyłączność na dystrybucję tych produktów w Polsce)".

W udzielonych wyjaśnieniach zamawiający pismem z dnia 29.07.2013 r. poinformował wykonawców, iż nie uznaje zasadności zarzutu, oraz że nazwy własne produktów podane w specyfikacji dostaw są jedynie nazwami orientacyjnymi. Ponadto zamawiający dopuścił „uzasadnione łączenia pozycji wskazanych w specyfikacji dostaw poprzez podanie w formularzu cenowym jednej nazwy i jednej ceny produktu (dla kilku pozycji), który łącznie stanowić będzie oczekiwaną pomoc dydaktyczną."

W terminie składania ofert do Zamawiającego wpłynęły dwie oferty, przy czym pismem z dnia 23.08.2013 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł. z ceną 267.278,09 zł oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy EDU Pracownia M.K. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści siwz w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia. W treści uzasadnienia Zamawiający wskazał m.in., iż produkty zamienne zaoferowane w pozycjach nr: 9, 11, 12, 16, 47, 63, 64, 73 nie stanowią rozwiązań równoważnych opisanym w siwz. Ponadto, Zamawiający poinformował wykonawcę EDU Pracownia M.K., iż w 15 pozycjach wykonawca zaoferował produkty zamienne, które zostały uznane za równoważne opisanym w siwz, natomiast w ok. 30 pozycjach wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających, że oferowane produkty spełniają wymagania zamawiającego mimo takiego wymogu zawartego w siwz (zamawiający odstąpił od ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp).

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 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 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?

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

„Analizie zostało poddanych 151 pomocy dydaktycznych, opisanych w SIWZ zamawiającego - Gminę Żary. 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: 142 razy

Odpowiedzi przeczących udzielono: 9 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.:

Gotujemy zupę - Pomoc dydaktyczna (gra planszowa), doskonaląca pamięć, logiczne myślenie i umiejętności komunikacyjne. Na planszy układamy 32 żetony o średnicy nie mniejszej niż 3,5cm z nadrukowanymi 8 rodzajami warzyw, powtarzającymi się czterokrotnie. Zadaniem gracza jest zebranie do koszyka warzyw tak, aby nie powtórzyć żadnego. Po zebraniu warzyw do koszyków, dzieci nazywają zupę, którą będą gotować. Przy wypowiedzi dzieci muszą pamiętać o prawidłowej odmianie wyrazów, np.: zupa pieczarkowo-

marchewkowo - cebulowa. Zielona plansza z materiału filcopodobnego do łatwego złożenia nie podatnego na zniszczenia o wymiarach nie mniejszych niż 42 x 42 cm i 4 listwy do usztywniania planszy, 4 drewniane, kolorowe ludziki, 4 ażurowe, kolorowe koszyczki o wysokości nie mniejszej niż 4 cm, drewniana kość z oczkami od 1 do 6.

To jest opis produktu Zamawiającego opisanego w SIWZ, który jest tożsamy z opisem produktu w katalogu ofercie firmy REMI.

Na podstawie tak szczegółowego opisu trudno jest znaleźć produkt równoważny, czyli taki, który ma takie same parametry techniczne jak w opisie.

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 142 razy.

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono 9 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: 29 razy

Odpowiedzi przeczących udzielono: 112 razy

Odpowiedzi: „nie dotyczy” udzielono: 10 razy.

Na podstawie analizy dokonanej przez rzeczoznawcę stwierdzono, że firmy 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. (...)

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

Kontrolujący 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 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 stwierdzono, 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. Dodano także, 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.

Kontrolujący stwierdził, że jak wynika z okoliczności sprawy, w tym opinii biegłego, Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretne produkty dystrybuowane m.in. przez firmy 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 29 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.

Kontrolujący wskazał, że z przedstawionej 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 s.c. J.Ł., R.T.Ł. oraz AMTAS A.M., przy czym - jak wynika z opinii - w 19% zamawianych produktów ww. wykonawcy są jedynymi ich dystrybutorami, co przesądza o tym, że jako jedyni mogli złożyć niepodlegające odrzuceniu oferty. Ponadto, należy nadmienić, iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia do zamawiającego wpłynął wniosek o zmianę treści siwz w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, co dodatkowo potwierdza, iż ww. parametry produktów utrudniały innym wykonawcom niebędącym ich dystrybutorami ubieganie się o zamówienie. Nie bez znaczenia jest także fakt, iż w przedmiotowej sprawie umowa o udzielenie zamówienia publicznego została zawarta z wykonawcą REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł., a druga ze złożonych ofert (tańsza) została odrzucona z powodu zaoferowania częściowo produktów nierównoważnych.

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

Zamawiający zwrócił uwagę, że krytykowany opis przedmiotu zamówienia zawierał w dokumentacji przetargowej zapis o dopuszczalności oferowania produktów „równoważnych”, co oznaczało, że Zamawiający nie oczekiwał zaoferowania produktów, których wyłącznym dystrybutorem są firmy Remi i Atmos, ale dopuszczał oferty oferujące inne produkty - równoważne do opisanych w SIWZ, zastrzegając w rozdziale III SIWZ, że: *„występujące w „Specyfikacji dostaw” nazwy własne, znaki towarowe lub podane niektóre charakterystyczne dla producenta wymiary nie są wiążące w przypadku zaoferowania przez wykonawcę asortymentu równoważnego, który posiadać będzie co najmniej takie same lub lepsze parametry techniczne, jakościowe i funkcjonalne, będzie tożsamy tematycznie i o takim samym przeznaczeniu oraz nie obniży określonych w specyfikacji dostaw standardów”.... Podane w „Specyfikacji dostaw” nazwy własne nie mają na celu naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a w szczególności art. 7 i art. 29, a służą jedynie sprecyzowaniu oczekiwań jakościowych Zamawiającego”.*

Zamawiający podniósł, że ta jakże istotna z punktu widzenia Zamawiającego okoliczność (która przemawiałaby za tym, że Zamawiający nie naruszył art. 29 ust. 2 ustawy PZP), nie została należycie i obiektywnie rozpatrzona przez powołanego w sprawie biegłego i zespół kontrolujący.

W opinii biegłego w żadnym z jej fragmentów nie pochyłono się nad rzeczowym zbadaniem tego, czy na rynku istniały produkty równoważne oferowane przez różnych producentów. W opinii możemy jedynie przeczytać arbitralne i lakoniczne konkluzje, że *„na podstawie tak szczegółowego opisu trudno jest znaleźć produkt równoważny”* lub *„Nie, nie było możliwości zaoferowania produktów równoważnych”*. Opinia poza w/w informacjami nie zawiera żadnego uzasadnienia, czy wyjaśnienia, na jakiej podstawie biegły doszedł do takiego przekonania. Samo sformułowanie w tabelkach opinii *„Nie, nie było możliwości zaoferowania produktów równoważnych”* stanowi więc pozbawioną podstaw konkluzję, której nie można poddać rzeczowej krytyce, albowiem nie są znane podstawy takiego ustalenia, jak choćby to, czy i w jaki sposób biegły zbadał rynek zabawek dydaktycznych, do ilu producentów się zwrócił z zapytaniem, a ilu udzieliło mu odpowiedzi lub przesłało opis własnych produktów. Samo odwołanie się biegłego do doświadczenia wynikającego z „wykonywanego zawodu” (vide: ostatnia strona opinii) jest tutaj niewystarczające.

W takim stanie rzeczy Zamawiający został postawiony przed koniecznością krytykowania samej konkluzji opinii, podczas gdy to na organie kontrolnym ciąży obowiązek wykazania, że taka konkluzja znajduje odzwierciedlenie w stanie faktycznym sprawy i realiach rynkowych.

Powyższe słowa krytyki należy zaadresować również względem treści informacji pokontrolnej, ponieważ dokument ten bezkrytycznie powiela ww. konkluzje opinii (vide: s. 4

i 5) i w żadnej mierze nie rozwija i nie uzasadnia, dlaczego zdaniem zespołu kontrolującego umożliwienie przez Zamawiającego oferowania zabawek równoważnych wykluczało mimo wszystko możliwość oferowania zabawek innych producentów. Sam fakt przytoczenia przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia fragmentu opisu produktu z katalogu firmy REMI, nie oznaczało przecież, że inni producenci nie posiadali podobnych opisów i produktów. Ani biegły, ani zespół kontrolujący nie zbadali bowiem takich katalogów. Dlatego właśnie do chwili obecnej zarzut zespołu opiniującego, powtórzony w ślad za biegłym, że opis przedmiotu zamówienia wykluczał realną możliwość zaoferowania produktów równoważnych jest pozbawiony jakichkolwiek podstaw i dowodów.

Niezależnie od powyższego Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 29 kwietnia 2015 r. (KIO 740/15): *„Produkt równoważny ze swojej istoty nie będzie identyczny z produktem referencyjnym, są więc dopuszczane pewne odstępstwa od tej „identyczności”, jak np. osiągnięcie tego samego celu za pomocą innych środków technicznych. Konieczne jest zatem, aby zamawiający dopuszczając produkt równoważny opisał istotne dla niego cechy, parametry i rozwiązania techniczne konieczne i niedopuszczalne”*. Z powyższego wynika, że dopuszczenie produktów „równoważnych” nie oznacza w praktyce obowiązku oferowania produktów „tych samych” co opisane w SIWZ, ale także „takich samych” lub podobnych, przy pomocy których zostaną osiągnięte te same cele. Nie można w związku z tym bezrefleksyjnie zakładać, że jeżeli w badanym postępowaniu zamawiający posłużył się relatywnie szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia, np. poprzez wskazanie minimalnych rozmiarów, kolorów, ilości i tematyki zabawek, to została automatycznie wykluczona możliwość oferowania innych zabawek np. o innym kolorze, rozmiarze lub tematyce. O ile bowiem być może inne zabawki mają inne kolory, czy rozmiary, to nie oznacza to, że nie mogły być oferowane, gdyż Zamawiający zgodnie m.in. z ww. orzeczeniem KIO, nie ma prawa odrzucać tego typu ofert, tylko z tego powodu, że elementy zabawek są innego koloru, ale powinien kierować się przede wszystkim celem, jakie te zabawki „miały osiągnąć”.

Zamawiający wskazał, że aby zobrazować powyższe należy zapoznać się wnikliwie z dokumentacją przetargową, w szczególności z protokołem pracy komisji przetargowej z dnia 22.08.2013 r., z którego wprost wynika, że oferta firmy EDU, w części w której oferowała zabawki inne niż opisane w siwz i inne niż dystrybuowane przez firmy Remi i Amtas, została uznana za ofertę równoważną i zgodną z SIWZ (vide: s. 2) - wbrew zarzutom Kontrolującego. Potwierdza to dopuszczenie, jako produktu równoważnego, do wskazanej w pkt. 1 formularza cenowego pomocy dydaktycznej o przykładowej nazwie „Gotujemy zupę”, zaoferowanej przez wykonawcę pomocy dydaktycznej pn. „Wrzuć do garnka”, dla której to pozycji biegły uznał, że nie było możliwości zaoferowania produktu równoważnego.

Ponadto zwrócono uwagę, że do części pomocy dydaktycznych zaoferowanych przez firmę EDU jako produkty równoważne, zamawiający nie miał szansy odnieść się, gdyż

wykonawca nie przedstawił wymaganych dokumentów i informacji pozwalających zamawiającemu na ocenę, czy zaproponowane produkty równoważne spełniają wymagania zamawiającego. Nadmieniono, że samo zaoferowanie przez wykonawcę produktów równoważnych, uprawdopodobnia ich istnienie na rynku. Brak ich oceny pod kątem spełnienia wymagań zamawiającego wynika z braku konieczności wystąpienia przez Zamawiającego o uzupełnienie brakujących dokumentów i informacji z uwagi na obowiązek odrzucenia oferty na podstawie innych przesłanek.

Odrzucenie oferty firmy EDU na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczyło w istocie produktów, które nie zostały przez zamawiającego opisane za pomocą szczegółowych parametrów technicznych, np. w pozycji 64 formularza cenowego „kule rehabilitacyjne”, zamawiający odrzucił ofertę, gdyż wykonawca zaoferował produkt nieodpowiadający podstawowym wymaganiom zamawiającego, tj. o wadze mniejszej niż wymagana. Brak zakwalifikowania oferowanego przez wykonawcę produktu jako równoważnego tj. spełniającego wymagania zamawiającego w tym przypadku nie dotyczył, jak w zarzucie biegłego, koloru, czy też opakowania produktu, ale jego wagi, która akurat w przypadku kul rehabilitacyjnych miała dla zamawiającego podstawowe znaczenie. Przyjęcie przez zamawiającego oferowanych przez firmę EDU kul rehabilitacyjnych, spowodowałoby zgodę na zaoferowanie pomocy dydaktycznej nie dość, że niezgodnej z SIWZ, to jeszcze o parametrach niższych od wymaganych przez Zamawiającego.

Zamawiający zwrócił następnie uwagę, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w przedmiotowej sprawie był niezbędny z uwagi na specyfikę zamówienia, jego cel, oczekiwania szkół i sam produkt (zabawki). Na rynku istnieje bowiem bardzo wiele różnorodnych pomocy dydaktycznych. W związku z tym ogólny zapis, że zamawiający oczekuje zaoferowania zabawek edukacyjnych do szkół powodowałby, że oferty poszczególnych producentów lub dystrybutorów byłyby nieporównywalne i wygrałaby oferta proponująca zabawki najtańsze (w tym przypadku jednocześnie najgorsze jakościowo i edukacyjnie). Taka sugestia wypływa również z informacji pokontrolnej, gdzie na stronie 6 podnosi się, że należało zamówić po prostu pomoce dydaktyczne i zabawki edukacyjne.

W związku z tym, aby zapewnić dostawę zabawek na odpowiednim poziomie edukacyjnym i o odpowiednim poziomie jakości wykonania, należało relatywnie szczegółowo opisać oczekiwania Zamawiającego, co miało miejsce w przedmiotowej sprawie i nie powinno tym samym spotykać się z krytyką.

Prezes UZP nie uwzględnił wniesionych zastrzeżeń i podtrzymał stanowisko odnośnie naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się do zastrzeżeń, Prezes UZP wskazał w pierwszej kolejności, że zgodnie z art. 163 ust. 1 pkt 3 Pzp, prowadząc postępowanie wyjaśniające lub kontrolę, Prezes Urzędu może zasięgnąć opinii biegłych, jeżeli ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy lub dokonanie innych czynności kontrolnych wymaga wiadomości specjalnych. Ponadto zgodnie z art. 163 ust. 3 Pzp stan faktyczny sprawy ustala się na podstawie całokształtu materiału zebranego w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli, w szczególności dokumentów związanych z postępowaniem, wyjaśnień kierownika i pracowników zamawiającego, opinii biegłych oraz wyjaśnień innych podmiotów. Z powyższego wynika, że w przypadku konieczności posiadania wiadomości specjalnych Prezes Urzędu może korzystać z opinii biegłych i w oparciu o nie przedstawić swoje stanowisko. Korzystanie z opinii specjalisty z danej dziedziny świadczy o rzetelnym i obiektywnym przeprowadzeniu kontroli. Zwrócono uwagę, że stwierdzenia zawarte w opinii biegłego znajdują potwierdzenie w stanie faktycznym sprawy, gdyż - jak ustalił Prezes UZP - w toku postępowania do Zamawiającego wpłynął wniosek o zmianę opisu przedmiotu zamówienia, tak aby nie wskazywał on wyłącznie na produkty firmy REMI. Ponadto w postępowaniu złożone zostały 2 oferty, spośród których wybrana została oferta firmy REMI, natomiast druga (tańsza) oferta została odrzucona z powodu braku zaoferowania produktów równoważnych. W świetle powyższego należy stwierdzić, że Kontrolujący był uprawniony do oparcia swojego stanowiska m.in. na opinii biegłego, jak też na poczynionych samodzielnie ustaleniach.

Niezależnie od powyższego Kontrolujący ponownie wskazał, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która determinuje cały przebieg postępowania 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 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 KIO 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.”*

Kontrolujący wskazał, że zamawiający może obalić zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp jeśli wykaze, 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

odrzuconiu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), zatem niezbędne jest wykazanie spełniania przez oferowany przedmiot zamówienia wszystkich kwestionowanych parametrów (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28.09.2011 r.; sygn. akt: KIO 1949/11, KIO 1954/11).

Wskazano następnie, że mając na uwadze treść zastrzeżeń Zamawiającego, Prezes UZP wystąpił do biegłego o uzupełnienie opinii sporządzonej na potrzeby przedmiotowej kontroli. Biegły w opinii uzupełniającej z dnia 07.03.2016 r. stwierdził, co następuje:

W odniesieniu do zarzutu sformułowanego przez Zamawiającego, iż biegły nie uwzględnił zamieszczonej w siwz informacji o dopuszczalności zastosowania materiałów równoważnych, biegły stwierdził, że „W nawiązaniu do specyfiki definicji «równoważności» można stwierdzić, że oferta równoważna to oferta, która przedstawia przedmiot zamówienia o cechach technicznych, jakościowych lub funkcjonalnych takich samych lub zbliżonych do tych, które zawiera zakres równoważności wskazany w opisie przedmiotu zamówienia. W przypadku określania produktów równoważnych zamawiający powinien jednoznacznie określić, jakie parametry przedmiotu zamówienia mają być równoważne i w jakim stopniu ta równoważność powinna być spełniona. W kontekście zamówienia np. zabawek i pomocy edukacyjnych zamawiający powinien np. wskazać, że dana zabawka/pomoc edukacyjna powinna posiadać np. «wymiały nie mniejsze niż... », «spełniać funkcję np. w zakresie rozwijania analizatora wzrokowego», «posiadać co najmniej dwie plansze» itp.".

Jako przykład zostały przytoczone w formie tabeli opisy produktu „Fala matematyczna” zamieszczone:

- przez Zamawiającego w siwz: „Drewniana plansza o boku 120 cm powinna posiadać pofalowaną wewnątrz powierzchnię, z sześcioma dołkami, wykonaną ze śliskiego tworzywa sztucznego. Na bokach planszy powinna być naniesiona numeracja dołków od 1 do 6: z jednej strony cyfry arabskie, z drugiej strony planszy ich odpowiedniki w postaci graficznej - kolorowe wartości oczek. Do planszy winna być dołączona 1 drewniana, lakierowana kula o średnicy 5 cm oraz 1 kula z tworzywa sztucznego o średnicy 6 cm. Do pomocy dydaktycznej winna być dołączona instrukcja w języku polskim.";
- w ofercie handlowej firmy REMI lub AMTAS: „Drewniana plansza nie krótsza niż 120 cm z pofalowaną wewnątrz powierzchnią, z sześcioma dołkami, wykonaną ze śliskiego tworzywa sztucznego. Na bokach planszy naniesiona numeracja dołków od 1 do 6: z jednej strony cyfry arabskie, z drugiej strony planszy ich odpowiedniki w postaci graficznej - kolorowe wartości oczek. 1 drewniana, lakierowana kula o średnicy nie mniejszej niż 5 cm, 1 kula z tworzywa sztucznego o średnicy nie mniejszej niż 6 cm."

Na podstawie powyżej przytoczonego przykładu biegły stwierdził, że „opis przedmiotu zamówienia opisany jest w sposób bardzo szczegółowy i wskazujący na konkretny produkt

dystrybuowany przez firmy AMTAS i REMI. Rzeczoznawca po dokonaniu dokładnej analizy rynku edukacyjnego nie znalazł przedmiotu, który mógł spełnić oczekiwania zamawiającego. Te oczekiwania spełniają jedynie firmy REMI i AMTAS. Należy zauważyć, że w przedmiotowej sprawie zamawiający niedostatecznie określił minimalne wymagania (parametry) przedmiotu równoważnego."

Biegły, odrzucając zarzut opracowania opinii bez przeprowadzenia badania rynku w celu ustalenia istnienia produktów równoważnych oferowanych przez różnych producentów stwierdził, iż „dokonał przeglądu dostępnych na rynku edukacyjnym produktów oferowanych przez różnych producentów i dystrybutorów z branży edukacyjnej. Są to między innymi firmy: „Nowa Szkoła”, „Moje Bambino”, „Educarium”, „Edufit”, Edusklep, Hocki Klocki, Edukraina, Drewniaczek, Smyk i wiele innych, jak również sklepy internetowe: www.dzieciowy.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. Na podstawie dogłębnej i rzeczowej analizy ofert katalogowych jak również ofert internetowych kilkunastu firm z branży edukacyjnej, rzeczoznawca stwierdził, że nie było możliwości zaoferowania przedmiotów równoważnych. Biegły zbadał rynek zabawek na podstawie dostępnych mu źródeł: internet, oferty katalogowe firm z branży edukacyjnej. Zwracanie się do producentów nie leżało w zakresie badania rzeczoznawcy i nie stanowiłoby rozsądnego i bezstronnego uzasadnienia".

Biegły nie zgodził się również z twierdzeniem Zamawiającego, iż konieczność sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób szczegółowy była niezbędna z uwagi na „specyfikę zamówienia, jego cel, oczekiwania szkół i sam produkt (zabawki)". Biegły stwierdził, że „Obecnie rynek edukacyjny jest bardzo dobrze nasycony różnorodnymi pomocami i zabawkami edukacyjnymi spełniającymi wymagania szkół co do walorów i efektów edukacyjnych. Zamawiający nie opisał w zamówieniu jakie oczekiwania ma szkoła co do zamawianych zabawek/pomocy edukacyjnych, ani też nie wskazał celu, jaki powinna spełniać dana pomoc/zabawka. (...). Nie mogę zgodzić się ze stwierdzeniem, że oferty poszczególnych producentów byłyby nieporównywalne - na etapie tworzenia SIWZ można było zawrzeć informację o porównywalności produktów określając chociażby efekt końcowy, jaki ma się uzyskać używając zabawki/ pomocy edukacyjnej lub cel, jaki ma zostać osiągnięty. (...). Na rynku oferowanych jest mnóstwo zabawek i pomocy edukacyjnych, które różnią się ceną, ale w istocie rzeczy cena nie wpływa na ich jakość edukacyjną, a należy wskazać, że głównym zadaniem w zamówieniu było wyposażenie w zabawki dydaktyczne szkół w ramach projektu „Bawmy się ucząc i poznając świat". W ramach tak szeroko określonego zadania istniało wiele możliwości opisów przedmiotów zamówienia spełniających zadanie główne wskazane w tytule projektu."

Uwzględniając powyżej przedstawione stanowisko biegłego Kontrolujący stwierdził, że możliwość zaoferowania przez wykonawców produktu równoważnego, tj. takiego „który

posiadać będzie co najmniej takie same lub lepsze parametry techniczne, jakościowe i funkcjonalne, będzie tożsamy tematycznie i o takim samym przeznaczeniu oraz nie obniży określonych w specyfikacji dostaw standardów" do szczegółowo opisanych w siwz za pomocą parametrów technicznych produktów, została w praktyce wyłączona w odniesieniu do niektórych produktów (była iluzoryczna). W szczególności opisy produktów zaczerpnięte z ofert handlowych dystrybutorów REMI i AMTAS, którzy - jak wynika z opinii - są dodatkowo w 19% ich jedynymi dystrybutorami wskazują, że Zamawiający wyłączył możliwość zaoferowania produktów innych niż dystrybuowane przez ww. wykonawców. Przy czym zauważyć należy, że poszczególne pozycje opisu przedmiotu zamówienia nie stanowiły oddzielnych pakietów, zatem niemożność zaoferowania nawet kilku produktów, przesądzała o braku możliwości złożenia oferty przez danego wykonawcę.

Prezes UZP podniósł następnie, że szczegółowego opisu produktów, pokrywającego się z opisem w ofercie handlowej firm REMI lub AMTAS, co naruszało uczciwą konkurencję, nie uzasadniają potrzeby Zamawiającego. Zamawiający nie wskazał zresztą ani w wyjaśnieniach przedstawionych Prezesowi Urzędu, ani w zastrzeżeniach, obiektywnych potrzeb uzasadniających opisanie poszczególnych produktów w sposób zgodny z opisem tych samych produktów dystrybuowanych przez firmy REMI i AMTAS, a w 19% przypadków - dystrybuowanych wręcz wyłącznie przez te firmy. Fakt, że 19% 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.

Jednocześnie Kontrolujący nie zgodził się z Zamawiającym, że mniej szczegółowy opis prowadziłby do wyboru tańszych i gorszych jakościowo produktów. W szczególności Prezes Urzędu nie stwierdził, że należało opisać przedmiot zamówienia poprzez wyłącznie wskazanie, że są nim pomoce dydaktyczne i zabawki edukacyjne. W opinii Prezesa Urzędu, opis przedmiotu zamówienia, zamiast zawierać wprost opisy produktów z oferty handlowej REMI lub AMTAS, powinien zawierać wymagania co do ogólnego wyglądu i sposobu korzystania z danej pomocy dydaktycznej oraz celu edukacyjnego, jakiemu pomoc ta ma służyć (np. jakie umiejętności ma rozwijać). Taki opis pomocy dydaktycznych zapewniłby realną konkurencję, zgodną z art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Kontrolujący wskazał więc, że powyższe prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie spełnił ciężącego na nim obowiązku zapewnienia wykonawcom niedyskryminacyjnego dostępu do zamówienia, gdyż ograniczył konkurencję do ww. wykonawców będących w stanie zaoferować wszystkie produkty składające się na przedmiot niniejszego zamówienia. Powyższe potwierdza fakt, że w postępowaniu została wybrana oferta wykonawcy REMI s.c. J.Ł., R.T.Ł., zaś oferta drugiego z wykonawców, który złożył ofertę w kontrolowanym postępowaniu, tj. EDU Pracownia M.K., została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2

ustawy Pzp, gdyż w ocenie Zamawiającego produkty zamienne zaoferowane przez wykonawcę w pozycjach m.in. 10, 11, 12 i 16 nie stanowią rozwiązań równoważnych opisanych w siwz. Przypomniano, że m.in. w odniesieniu do tych pozycji biegły wskazał, że „nie było możliwości zaoferowania produktu równoważnego”, a jednocześnie firmy REMI i AMTAS są ich jedynymi dystrybutorami. Tym samym nie ma znaczenia, że w jednej pozycji, co do której biegły stwierdził, że nie ma produktów równoważnych, Zamawiający uznał równoważność produktu, gdyż w pozostałym zakresie takiej równoważności nie uznał i odrzucił ofertę EDU Pracownia M.K.. W świetle powyższego nie można się też zgodzić z tezą Zamawiającego, że samo zaoferowanie przez ww. wykonawcę produktów równoważnych uprawdopodobnia ich istnienie na rynku. Sposób przeprowadzenia przedmiotowego postępowania, w tym odrzucenie oferty EDU Pracownia M.K. z powodu sprzeczności z siwz, nie potwierdza tej tezy.

Reasumując Kontrolujący stwierdził, że zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie. Tym samym, podtrzymano stanowisko o naruszeniu przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

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

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

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

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

przedstawił natomiast żadnych rzeczowych argumentów, które podważałyby zasadność wniosków Kontrolującego.

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

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

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

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

W ocenie Izby całościowa analiza sprawy nie pozostawia wątpliwości, co do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 29 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym przedmiotem zamówienia

nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Argument Zamawiającego, iż opis przedmiotu zamówienia zawierał zapis o dopuszczalności oferowania produktów równoważnych nie podważał trafności wniosków Kontrolującego. Fakt istnienia tego rodzaju zapisu jest bezsporny. Niemniej jednak w realiach tej sprawy nie jest to okoliczność kreująca w sposób faktyczny realną i uczciwą konkurencję. Kontrolujący w sposób jednoznaczny wykazał, zdaniem Izby, że w odniesieniu do niektórych produktów zapis ten otwierał jedynie pozorną i iluzoryczną możliwość ubiegania się o zamówienie – gdyż w rzeczywistości, z uwagi na przyjęty przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, nie było obiektywnej i faktycznej możliwości zaoferowania produktu równoważnego. Bez znaczenia pozostaje uznanie przez Zamawiającego równoważności w odniesieniu do niektórych z produktów zaoferowanych przez wykonawcę, którego ofertę Zamawiający i tak odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Opis chociażby tylko jednego z oczekiwanych produktów, dokonany w ten sposób, że wyłączona została faktyczna możliwość zaoferowania produktu równoważnego i umożliwienie w konsekwencji złożenia tylko jednemu wykonawcy oferty zgodnej z treścią specyfikacji – wyłączał już jakąkolwiek konkurencję w tym postępowaniu. W toku postępowania Kontrolujący wykazał natomiast szereg produktów opisanych w ten właśnie sposób.

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

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

W wyroku z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05, Sąd Okręgowy w Bydgoszczy orzekł: „Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji”.

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

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

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

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

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

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....