

WYROK
z dnia 20 stycznia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek

Członkowie: Andrzej Niwicki
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16.01.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Gildia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 20-135 Lublin, ul. Dworska 15B** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Powiat Augustowski - Augustowskie Centrum Edukacyjne, 16-300 Augustów, Al. Kard. Wyszyńskiego 3** protestu z dnia **16 grudnia 2008 r.**

przy udziale **xxx** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **xxx**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża Powiat Augustowski - Augustowskie Centrum Edukacyjne, 16-300 Augustów, Al. Kard. Wyszyńskiego 3 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero

- groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Gildia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 20-135 Lublin, ul. Dworska 15B;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złotych zero groszy) przez **Powiat Augustowski - Augustowskie Centrum Edukacyjne, 16-300 Augustów, Al. Kard. Wyszyńskiego 3** na rzecz **Gildia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 20-135 Lublin, ul. Dworska 15B** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Gildia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 20-135 Lublin, ul. Dworska 15B;**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę kompletów pakietów edukacyjnych do szkół w ramach Projektu „ARCHIMEDES”* (numer referencyjny ACE/BP/8/08). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 6 grudnia 2008r. 2008/S 238-316435, a w dniu 5 grudnia 2008r. na stronie internetowej zamawiającego.

W dniu 16 grudnia 2008 roku protest na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wniósł wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia Gildia Sp. z o.o. Zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 i 3, art. 36 ust. 1 pkt 5, art. 41 pkt 7 pzp., wnosząc o dokonanie zmiany treści siwz.

Zamawiający rozstrzygnął protest uwzględniając go w części zarzutów, a w pozostałym zakresie oddalając, przekazując swoje stanowisko protestującemu w dniu 23 grudnia 2008 roku (faks), wraz z informacją o zmianie treści specyfikacji.

W dniu 2 stycznia 2009 roku wykonawca wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jednocześnie jego kopię zamawiającemu.

W odwołaniu, wykonawca podtrzymał nieuwzględnione przez zamawiającego zarzuty i wnioski zawarte w proteście, tj. sporządzenia specyfikacji z naruszeniem art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 i 3 ustawy pzp. Postawione zarzuty wynikały z postanowień siwz, tj.:

- terminu wykonania zamówienia ustalonego do dnia 30 kwietnia 2009 roku (załącznik nr 3 do siwz),
- wymaganiu, aby wyposażenie dydaktyczne posiadało zalecenie MEN do użytku szkolnego, a Oferent ma podać numer, pod którym oferowane środki dydaktyczne są wpisane na liście środków dydaktycznych zalecanych przez MEN (załącznik nr 4 do siwz),
- wymaganiu, aby wyposażenie było wzajemnie dopasowane, kompletne, trwałe i łatwe w obsłudze, stosowane systematycznie aktualnie w praktyce szkolnej, a nie gromadzone okazjonalnie na potrzeby przetargu.

W ocenie odwołującego wskazanie konkretnej daty wykonania umowy może generować ryzyko konieczności unieważnienia postępowania lub/oraz brak możliwości wykonania zamówienia w sytuacji, kiedy procedura udzielenia zamówienia przedłuży się. Wynika to ze zmiany zasad zmiany umowy w sprawie zamówienia, w szczególności art. 144 pzp. Odwołujący wniósł o zmianę sposobu oznaczenia terminu wykonania umowy lub wprowadzenie do siwz warunków zmiany umowy.

Warunek, aby materiały dydaktyczne posiadało zalecenie MEN do użytku szkolnego wraz z podaniem numeru wpisu na listę, został zakwestionowany, gdyż wykaz wyposażenia dydaktycznego oczekiwanego przez zamawiającego nie koresponduje z wykazem prowadzonym przez MEN, a ponadto oznacza to naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 pzp, gdyż wskazuje na konkretnego producenta (dystrybutora) danego wyposażenia dydaktycznego.

Warunek, aby wyposażenie było stosowane systematycznie w praktyce szkolnej, a nie gromadzone okazjonalnie na potrzeby przetargu, uniemożliwia wykorzystanie na użytek niniejszego postępowania środków dydaktycznych, które co prawda nie są stosowane w praktyce szkolnej, ale znajdują się na liście prowadzonej przez MEN, albo się na niej znajdują. Ogranicza to konkurencję i zamyka dostęp do rynku zamówień publicznych wszystkim tym środkom dydaktycznym, które z powodzeniem mogą być wykorzystywane w praktyce szkolnej.

Zamawiający oddalając w tym zakresie protest, wskazał, iż dokonując opisu przedmiotu zamówienia korzystał z jedyne go dostępnego systemu weryfikacji i standaryzacji przedmiotu zamówienia, tj. zalecenia pomocy i materiałów dydaktycznych do użytku szkolnego prowadzonego od kilkunastu lat przez Ministra Edukacji Narodowej. Lista ta stanowi dla zamawiającego wzorzec dydaktyczny gwarantujący jednocześnie sprawdzenie pod względem przydatności dydaktycznej i bezpieczeństwa dla uczniów. Nie ma przeszkód aby dokonać rejestracji proponowanych produktów w tym wykazie, a zatem nie stanowi ten wymóg naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 ustawy pzp. Z uwagi na brak możliwości sprawdzenia, jak i odpowiednich środków finansowych na testowanie i sprawdzenie proponowanych wyrobów, zamawiający może z uwagi na bezpieczeństwo uczniów jedynie pomoce i

materiały dydaktyczne wpisane do wykazu MEN i aktualnie wykorzystywane w praktyce szkolnej.

Na podstawie oryginału dokumentacji, stanowisk stron przedstawionych na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania na zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niezależnie od zakresu uwidocznionej w odpisie z Krajowego Rejestru Sądowego, prowadzonej działalności gospodarczej. Wskazany w nim zakres działalności ma charakter informacyjny i nie pozbawia wykonawcy swobody prowadzenia działalności gospodarczej, a w szczególności nie oznacza zakazu jej prowadzenia w szerszym zakresie niż wynika on z zapisów w KRS. Tym samym, skoro wykonawca jest zainteresowany przedmiotowym postępowaniem to może wnosić środki ochrony prawnej na zapisy siwz, które pozbawiają go lub mogą pozbawić możliwości złożenia ważnej oferty i uzyskania zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, skład orzekający uznał, iż w części są one zasadne i na tej podstawie uwzględnił odwołanie.

Izba uwzględniła odwołanie przyznając za zasadny zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą pzp, w związku z wymaganiem, aby zamawiane wyposażenie było stosowane systematycznie aktualnie w praktyce szkolnej, a nie gromadzone okazjonalnie na potrzeby przetargu.

Zamawiający w załączniku nr 4 do siwz „Opis przedmiotu zamówienia” zamieścił na pierwszej stronie kwestionowany zapis. W ocenie składu orzekającego nie pozwala on stwierdzić przydatności dydaktycznej oferowanego wyposażenia, natomiast mógłby prowadzić do prób podważania zgodności ze specyfikacją materiałów, które chociaż znajdują się na liście MEN, to nie są aktualnie systematycznie wykorzystywane w praktyce szkolnej. Zamawiający nie będzie miał możliwości dokonać obiektywnej oceny spełniania warunku, który określony został za pomocą nieostrych sformułowań, co mogłoby prowadzić do swobodnej oceny ofert przez zamawiającego. Ponadto, wykonawcy przygotowując ofertę musieliby we własnym zakresie dokonywać dalszych szczegółowych ustaleń, aby stwierdzić, który z produktów jest systematycznie aktualnie stosowany w praktyce szkolnej. Zamawiający nie może dokonywać opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W ocenie Izby kwestionowany zapis narusza zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji określonej w art. 7 ustawy pzp, gdyż utrudnia przygotowanie prawidłowej oferty i może na

etapie oceny ofert stanowić źródło decyzji o odrzuceniu oferty w oderwaniu od jej dydaktycznej wartości. Na tej podstawie Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie, a zamawiający winien usunąć kwestionowany zapis ze specyfikacji.

Pozostałe dwa zarzuty Izba oddaliła.

Termin wykonania zamówienia określony został w rozdziale IV siwz, a następnie przeniesiony został do istotnych postanowień umowy (załącznik nr 3). Zamawiający ustalił termin realizacji zamówienia do dnia 30 kwietnia 2009 roku. Odwołujący oczekiwał zmiany sposobu jego określenia i nie wskazywania konkretnej daty, a jedynie czasu liczonego od dnia zawarcia umowy, ewentualnie wprowadzenie zastrzeżenia możliwości zmiany postanowień umowy. Stanowisko zamawiającego o potrzebie jego utrzymania wynikało z harmonogramu realizacji projektu ARCHIMEDES, którego pierwszym etapem jest zakupienie materiałów dydaktycznych. W dalszej kolejności w ramach projektu, którego wykonanie przewidziano w umowie zawartej z Ministrem Edukacji Narodowej na okres 3 lat (2009-2011), prowadzone mają być między innymi szkolenia, obozy dla młodzieży, wymiany międzyszkolne, publikacje, wyjazdy na zajęcia laboratoryjne do szkół wyższych.

Skład orzekający uznał, iż określony przez zamawiającego termin wykonania zamówienia nie narusza przepisów ustawy pzp. W procedurze przetargu nieograniczonego to zamawiający ustala warunki realizacji zamówienia, w tym termin, w jakim oczekuje jego wykonania. Zamawiający może określić termin przez wskazanie konkretnej daty. W takiej sytuacji wykonawcy posiadają jednoznaczną informację istotną dla przygotowania i złożenia oferty. Powinni dokonać oceny swoich możliwości pod kątem terminowego wykonania umowy. Zamawiający nie ma obowiązku dostosowywania warunków przetargu do indywidualnych zdolności wykonawcy. Jeżeli nie jest on pewny swoich możliwości należytego wykonania umowy nie powinien zaciągać zobowiązania, a jeżeli jednak podejmuje decyzję o złożeniu oferty robi to na własne ryzyko gospodarcze. Ponadto, odwołujący nie wykazał, aby termin określony przez zamawiającego był niemożliwy do dochowania z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Pragnął jedynie zabezpieczyć się przed ewentualnymi komplikacjami, jakie mogłyby wystąpić w przyszłości, w razie opóźnienia terminu zawarcia umowy.

W zakresie warunku oferowania wyłącznie środków dydaktycznych wpisanych na listę środków dydaktycznych zalecanych przez MEN, Izba uznała, iż zapis ten nie narusza art. 7 oraz art. 29 ust. 2 i 3 ustawy pzp.

Zapis specyfikacji znajduje uzasadnienie w obowiązujących przepisach wykonawczych do ustawy z dnia 7 września 1991 roku o systemie oświaty (Dz. U. z 1996 r., Nr 67, poz. 329 z późn. zm.), tj. rozporządzeniu Ministra Edukacji Narodowej i Sportu z dnia 24 kwietnia 2002 roku w sprawie warunków i trybu dopuszczania do użytku szkolnego programów nauczania, programów wychowania przedszkolnego i podręczników oraz zalecanych środków dydaktycznych (Dz. U. Nr 69, poz. 635). Rozporządzenie to nadal obowiązuje w zakresie

środków dydaktycznych nie będących książką pomocniczą. Wpis na listę środków dokonywany jest na wniosek producenta, dystrybutora, importera i wymaga uzyskania dwóch pozytywnych recenzji rzeczoznawców, sporządzanych na koszt producenta (dystrybutora). Rzeczoznawca może zlecić na koszt wnioskodawcy przeprowadzenie stosownych ekspertyz i badań, aby na ich podstawie stwierdzić, że środek dydaktyczny jest bezpieczny. Do wykazu mogą być wpisane wyroby gotowe, tzn. wyprodukowane i znajdujące się w sprzedaży.

W ocenie składu orzekającego zamawiający nie naruszył art. 29 ust. 2 i 3 ustawy pzp. Opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 4 do siwz, w którym na 33 stronach zamieszczony został szczegółowy opis zamawianych zestawów i materiałów edukacyjnych. Opis ten nie był kwestionowany przez odwołującego, a jego zastrzeżenia wynikały wyłącznie z warunku odnoszącego się całości zamówienia, aby zamawiane wyposażenie dydaktyczne posiadało zalecenie MEN do użytku szkolnego, a oferent winien podać numer, pod którym oferowane środki dydaktyczne są wpisane na liście środków prowadzonej przez MEN. Wywodził on, iż z zapisu tego wynika wskazanie na konkretnego producenta (dystrybutora) danego wyposażenia dydaktycznego, a sam warunek nie zawiera żadnego opisu, który odnosiłby się do cech zamawianych materiałów. Odwołujący żądał, aby zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne, a więc takie, które nie zostały wpisane na listę, które zamawiający winien zbadać pod kątem spełnienia wymagań.

Izba nie zgadza się z takim stanowiskiem odwołującego. Wymaganie oferowania wyłącznie wyposażenia zalecanego przez Ministra Edukacji Narodowej znajduje uzasadnienie w zapisach rozporządzenia i stanowi gwarancję uzyskania pozytywnych opinii na temat wyrobu, których koszty sporządzenia obciążają producenta (dystrybutora). Odwołujący oczekiwał, aby to zamawiający przeprowadził stosowne badania wyrobu, który nie został wpisany na listę MEN. Tym samym koszty takiego badania obciążałoby zamawiającego. Zgodnie z § 11 ust. 1 rozporządzenia, warunkiem zalecenia środka dydaktycznego jest uzyskanie dwóch pozytywnych recenzji zawierających ocenę poprawności merytorycznej i przydatności dydaktycznej dla danej klasy (klas) lub etapu edukacyjnego oraz stopnia bezpieczeństwa, jakości technicznej i estetyki wykonania. Oceny środka dokonują osoby o odpowiednim wykształceniu oraz dorobku dydaktycznym, spełniający warunki określone w rozporządzeniu, a koszt recenzji ponosi wnioskodawca. Oczekiwany przez odwołującego sposób oceny wyrobów nie wpisanych na listę, tj. dokonywany przez zamawiającego, nie byłby adekwatny do procedury, jakiej podlegają wyroby wpisane na listę MEN. Ponadto, nie można uznać za prawidłowe twierdzenie odwołującego, iż warunek ten wskazuje na konkretnego producenta wyrobu. O wpis na listę może ubiegać się każdy producent (dystrybutor), którego wyrób uzyska co najmniej dwie pozytywne recenzje rzeczoznawców. Również sam odwołujący nie określił konkretnego producenta (dystrybutora), który byłby uprzywilejowany w związku z tak określonym warunkiem.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886), kosztami odwołującego stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (zgodnie z przedłożonym rachunkiem w wysokości ograniczonej do maksymalnej kwoty określonej w przepisie), Izba obciążyła zamawiającego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejsze wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Suwałkach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*