

INFORMACJA POKONTROLNA

dotycząca zamówienia zarejestrowanego pod numerem: 7/2021

1	Nazwa Beneficjenta	Powiat Lubański
2	Adres Beneficjenta	ul. Mickiewicza 2, 59-800 Lubań
3	Nazwa projektu	KOMPETENCJE 4.0
4	Numer projektu	CZ.11.3.119/0.0/0.0/18_031/0002207
5	Nazwa postępowania	<p>Wyposażenie trzech pracowni multimedialnych oraz firm uczniowskich w ramach projektu Kompetencje 4.0 podzielone na 3 części jak niżej:</p> <p>Część I - dostawa, instalacja i montaż sprzętu komputerowego i multimedialnego wraz z niezbędnym okablowaniem i pracami remontowymi w pracowni multimedialnej w Zespole Szkół Zawodowych i Ogólnokształcących im. Kombatantów Ziemi Lubańskiej w Lubaniu</p> <p>Część II - dostawa, instalacja i montaż sprzętu komputerowego i multimedialnego wraz z niezbędnym okablowaniem w pracowni multimedialnej w Zespole Szkół Ponadpodstawowych im. Adama Mickiewicza w Lubaniu</p> <p>Część III - dostawa, instalacja i montaż sprzętu komputerowego i multimedialnego wraz z niezbędnym okablowaniem w pracowni multimedialnej w Zespole Szkół Elektryczno - Mechanicznych w Lubaniu</p>
6	Oznaczenie postępowania	SR.042.4.8.2019/2
7	Data zakończenia kontroli	28.06.2021 r.
8	Ustalenia z zakończenia kontroli postępowania: Stwierdzone uchybienia formalne i merytoryczne	
<p><u>Uchybienia merytoryczne, z wpływem na ocenę postępowania:</u></p> <p><u>CZEŚĆ I - III – POSTĘPOWANIA:</u></p> <p>Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia dla części I - III wymagał, aby dostarczony sprzęt zgodnie z § 9 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej i Sportu w sprawie bezpieczeństwa i higieny w publicznych i niepublicznych szkołach i placówkach z dnia 31 grudnia 2002 r. (tj. Dz. U. 2020 poz. 1604) posiadał odpowiednie atesty lub certyfikaty, nie wskazując o jakie konkretnie certyfikaty chodzi, co powoduje, iż przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny, przejrzysty i nie utrudniający uczciwej konkurencji i tym samym narusza wymogi treści art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą PZP.</p> <p>Stosownie do ust. 1 ww. artykułu, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Treść przepisu wskazuje na potrzebę rozróżnienia dwóch pojęć: „opis” i „określenie” przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia ma dwojakie znaczenie: po pierwsze, pozwala na identyfikację przedmiotu zamówienia i, po drugie, spełnia doniosłą funkcję normatywną jako składnik SIWZ. Przez określenie przedmiotu zamówienia należy rozumieć skrótowe zdefiniowanie przedmiotu zamówienia (skrótowe wskazanie co jest przedmiotem zamówienia). Wyraz „jednoznaczny” należy rozumieć jako „mający jedno znaczenie”, „dokładnie określony”, „niebudzący wątpliwości”, wyraz zaś „wyczerpujący” - jako „przedstawiający jakieś zagadnienie wszechstronnie, dogłębnie, szczegółowo”, „gruntowny”, „dokładny”, przy czym pojęcia te (podobnie zresztą, jak zwrot: „za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń”) powinny być zawsze rozważane w kontekście konkretnego stanu faktycznego. Nie bez znaczenia dla rozumienia tych niedookreślonych pojęć jest też okoliczność, że są one adresowane przede wszystkim do profesjonalistów, tj. podmiotów zdolnych wykonać opisane zamówienie. Wreszcie, wymaga podkreślenia, że opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający wszystkie wymagania określone w ust. 1 leży zarówno w interesie Zamawiającego (stwarza mu szanse otrzymania</p>		

porównywalnych ofert), jak też wykonawców (pozwala im na zawarcie korzystnej umowy i jej wykonanie zgodnie z oczekiwaniem zamawiającego).

Biorąc powyższe pod uwagę KK uznał, iż naruszony został art. 29 ust. 1 i 2 poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niewystarczający, niedokładny i mogło uniemożliwić potencjalnym wykonawcom pełne określenie przedmiotu zamówienia, co z kolei mogło mieć skutek odstraszcający, potencjalnie ograniczający konkurencję.

Opisane powyżej naruszenie odpowiada definicji nieprawidłowości, wynikającej z Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006, zwanego dalej Rozporządzeniem.

Zgodnie z art. 2 pkt 36 ww. Rozporządzenia „nieprawidłowość” oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

Należy zauważyć, iż źródłem stwierdzonej nieprawidłowości jest po pierwsze dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niewystarczający, niedokładny i mogło uniemożliwić potencjalnym wykonawcom pełne określenie przedmiotu zamówienia, co z kolei mogło mieć skutek odstraszcający, potencjalnie ograniczający konkurencję, co stanowi naruszenie 29 ust. 1 i 2 ustawy PZP.

Po drugie, niewyciągnięcie z tego tytułu odpowiednich (zastosowanych ostatecznie przez KK) konsekwencji doprowadziłoby w praktyce do pokrycia z budżetu ogólnego Unii Europejskiej wydatków, które nie spełniają kryteriów kwalifikowalności, tzn. nie zostały poniesione zgodnie z przepisami unijnymi bądź krajowymi, a tym samym stanowią wydatek nieuzasadniony. Dodatkowo należy zauważyć, iż wydatek niekwalifikujący się do współfinansowania (wydatek nieuzasadniony), jako potencjalnie szkodliwy dla budżetu UE, wyczerpuje przesłanki nieprawidłowości określone w art. 2 pkt 36 rozporządzenia ogólnego i wymaga podjęcia działań korygujących.

O ile pierwsza wskazana przesłanka wydaje się być oczywista w świetle przedstawionych przez KK argumentów merytorycznych, druga – dotycząca wystąpienia szkody – wymaga dodatkowych wyjaśnień w celu usunięcia zastrzeżeń co do zasadności pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo.

Z przywołanej powyżej definicji nieprawidłowości wynika, że szkoda oznacza zarówno faktyczny uszczerbek finansowy w budżecie UE, jak i potencjalną możliwość wystąpienia takiego uszczerbku. Dopiero brak wystąpienia zarówno szkody rzeczywistej oraz potencjalnej, uniemożliwia zakwalifikowanie danego naruszenia jako nieprawidłowości i tym samym rozpoczęcie procedury związanej z oszacowaniem wysokości szkody. Szkoda realna występuje wówczas, gdy nieprawidłowość została wykryta po sfinansowaniu nieprawidłowego wydatku ze środków UE. Natomiast szkoda potencjalna występuje w przypadku, gdy nie doszło do sfinansowania nieprawidłowego wydatku ze środków polityki spójności, lecz istniało takie ryzyko, gdyby nieprawidłowość nie została wykryta przed wypłatą tych środków (wydatki, którym zapobieżono dzięki odpowiednio wczesnemu wykryciu nieprawidłowości).

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 24 ust. 9 pkt 1 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. *o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020* (Dz. U. z 2020 r. Poz. 818 ze zm.), zwanej dalej ustawą o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności w momencie przedłożenia przez Beneficjenta do rozliczenia wydatków poniesionych z tytułu umowy zawartej w wyniku ocenianego postępowania, konieczne będzie pomniejszenie wartości wydatków kwalifikowalnych o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo.

Dla nieprawidłowości indywidualnej, stwierdzonej w toku kontroli ex-post przedmiotowego postępowania w sprawie zamówienia publicznego, zastosowanie znajduje stawka procentowa

pomniejszenia wskazana w pkt 12 (Naruszenia w zakresie niewystarczającej lub nieprecyzyjnej definicji przedmiotu zamówienia) załącznika do *ROZPORZĄDZENIA MINISTRA FUNDUSZY I POLITYKI REGIONALNEJ z dnia 22 czerwca 2020 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (t.j. Dz.U. z 2020 r. Poz. 1264)*, zwanego dalej rozporządzeniem w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo.

Podstawowa stawka procentowa, przypisana do przedmiotowej kategorii nieprawidłowości, wynosi 10%.

CZEŚĆ II – POSTĘPOWANIA:

KK nie uznał wyjaśnień Beneficjenta w zakresie punktacji przyznanej ofercie firmy CPU ZETO Sp. z o.o i ofertom firm ALLTECH - sp. j. Zdzisław Pająk oraz Komputer 3000 Sp. z o.o. za właściwe w przedmiotowej sprawie, ponieważ ich treść pozostaje sprzeczna z treścią SIWZ w zakresie postanowień rozdz. XIV w zakresie opisu kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, tj. konkretnie odnośnie kryterium pn. **Termin realizacji, w którym liczbę punktów należało przyznać wg następującego wzoru:**

$$Tb/Tmax \times 20$$

Gdzie:

Tb - Liczba dni o jaką Wykonawca zobowiązuje się skrócić okres realizacji dostawy z oferty badanej

Tmax - Liczba dni o jaką Wykonawca zobowiązuje się skrócić okres realizacji dostawy z oferty w której Wykonawca zadeklarował skrócenie okresu realizacji o największą liczbę dni spośród wszystkich badanych ofert.

Powyższe zapisy nie pozostawiają wątpliwości, iż oferta w ww. kryterium winna być oceniana poprzez odniesienie do oferty wykonawcy, który zadeklarował skrócenie okresu realizacji o największą liczbę dni spośród wszystkich badanych ofert. Przedmiotowe zapisy SIWZ nie ograniczają wykonawcy co do czasu skrócenia terminu wykonania zadania inaczej niż poprzez wskazanie maksymalnego czasu wykonania zamówienia określonego na 30 dni.

Bezprzedmiotowy pozostaje w tej sytuacji przywołany przez Zamawiającego zapis z załącznika nr 6 do SIWZ, tj. Formularza oferty, w którym zapisano, iż „Punkty zostaną przyznane za skrócenie terminu realizacji maksymalnie o 14 dni”, co po pierwsze nie zostało uwzględnione w rozdz. XIV SIWZ, po drugie nie wskazuje na wartość i procent punktów przyznanych za skrócenie terminu o 14 dni oraz nie wyklucza, że za skrócenie terminu o większą ilość dni Zamawiający przyzna większą liczbę punktów.

Wręcz przeciwnie, zgodnie z ustalonym przez siebie wzorem Zamawiający powinien przyznać punkty podstawiając właściwe dane liczbowe i wyliczając odpowiednio punkty wszystkim wykonawcom. W świetle przedstawionych wyjaśnień należy stwierdzić, że Zamawiający zmienił sposób naliczania punktów po terminie składania ofert i wpłynął na ranking ofert. Na marginesie należy wskazać, że dodatkowy zapis znajdujący się w załączniku nr 6 do SIWZ jest sprzeczny z treścią adekwatnego kryterium oceny ofert opisanego w SIWZ i nie powinien zostać zastosowany przy ocenie ofert.

Równolegle, KK przypomina, iż w świetle ustaleń KIO „*Postanowienia SIWZ powinny być tłumaczone zgodnie z ich literalnym brzmieniem. Muszą mieć one charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Obowiązek takiego sformułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców*”.

W analizowanym postępowaniu Zamawiający nie dochował ww. zasad, tj. w procesie oceny ofert nie posłużył się literalnym brzmieniem postanowień rozdz. XIV SIWZ i dokonał nieuprawnionej - w ocenie KK - nadinterpretacji postanowień rozdz. XIV SIWZ i ww. treści załącznika nr 6 do SIWZ na niekorzyść

wykonawców, którzy przy prawidłowej ocenie ich ofert zmieniliby pozycje w rankingu, co skutkowałoby wyborem, jako najkorzystniejszej oferty firmy ALLTECH - sp. j. Zdzisław Pająk, Artur Pająk ul. Spółdzielcza nr 33 09-407 Płock, a oferta uznana za najkorzystniejszą byłaby trzecią w rankingu.

Jednocześnie należy podnieść, iż argumentacja Zamawiającego - w zakresie przyjęcia w formularzu ofertowym maksymalnego skrócenia terminu tylko o 14 dni motywowana uzyskaniem prawidłowej realizacji zamówienia, ponieważ pozwoli na wykonanie prac montażowych w pracowni oraz prac związanych z instalacją sprzętu w czasie gwarantującym prawidłową realizację zamówienia - jest nietrafiona wobec braku przewidzenia w OPZ dla części II postępowania "prac montażowych" oraz niewielkiej ilości sprzętu do podłączenia i zainstalowania oprogramowania (16 szt komputerów i niewielu sztuk innego sprzętu).

Biorąc powyższe pod uwagę KK uznał, iż naruszony został 91 ust. 1 ustawy PZP poprzez dokonanie oceny ofert na podstawie kryteriów udzielenia zamówienia różniących się od kryteriów określonych w SIWZ, tj. podczas oceny ofert nie przestrzegano kryteriów określonych w rozdz. XIV SIWZ.

Opisane powyżej naruszenie odpowiada definicji nieprawidłowości, wynikającej z Rozporządzenia.

Zgodnie z art. 2 pkt 36 Rozporządzenia „nieprawidłowość” oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

Należy zauważyć, iż źródłem stwierdzonej nieprawidłowości jest po pierwsze dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którego oferta nie była najkorzystniejszą w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy PZP.

Po drugie, niewyciągnięcie z tego tytułu odpowiednich (zastosowanych ostatecznie przez KK) konsekwencji doprowadziło w praktyce do pokrycia z budżetu ogólnego Unii Europejskiej wydatków, które nie spełniają kryteriów kwalifikowalności, tzn. nie zostały poniesione zgodnie z przepisami unijnymi bądź krajowymi, a tym samym stanowią wydatek nieuzasadniony. Dodatkowo należy zauważyć, iż wydatek niekwalifikujący się do współfinansowania (wydatek nieuzasadniony), jako potencjalnie szkodliwy dla budżetu UE, wyczerpuje przesłanki nieprawidłowości określone w art. 2 pkt 36 rozporządzenia ogólnego i wymaga podjęcia działań korygujących.

O ile pierwsza wskazana przesłanka wydaje się być oczywista w świetle przedstawionych przez KK argumentów merytorycznych, druga – dotycząca wystąpienia szkody – wymaga dodatkowych wyjaśnień w celu usunięcia zastrzeżeń co do zasadności pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo.

Z przywołanej powyżej definicji nieprawidłowości wynika, że szkoda oznacza zarówno faktyczny uszczerbek finansowy w budżecie UE, jak i potencjalną możliwość wystąpienia takiego uszczerbku. Dopiero brak wystąpienia zarówno szkody rzeczywistej oraz potencjalnej, uniemożliwia zakwalifikowanie danego naruszenia jako nieprawidłowości i tym samym rozpoczęcie procedury związanej z oszacowaniem wysokości szkody. Szkoda realna występuje wówczas, gdy nieprawidłowość została wykryta po sfinansowaniu nieprawidłowego wydatku ze środków UE. Natomiast szkoda potencjalna występuje w przypadku, gdy nie doszło do sfinansowania nieprawidłowego wydatku ze środków polityki spójności, lecz istniało takie ryzyko, gdyby nieprawidłowość nie została wykryta przed wypłatą tych środków (wydatki, którym zapobieżono dzięki odpowiednio wczesnemu wykryciu nieprawidłowości).

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 24 ust. 9 pkt 1 ustawy o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności, w momencie przedłożenia przez Beneficjenta do rozliczenia wydatków poniesionych z tytułu umowy zawartej w wyniku ocenianego postępowania, konieczne będzie pomniejszenie wartości wydatków kwalifikowalnych o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo.

Dla nieprawidłowości indywidualnej, stwierdzonej w toku kontroli ex-post przedmiotowego postępowania w sprawie zamówienia publicznego, zastosowanie znajduje stawka procentowa pomniejszenia wskazana w pkt 15 (Ocena ofert na podstawie kryteriów udzielenia zamówienia różniących

się od kryteriów określonych w SIWZ poprzez naruszenie 91 ust. 1 ustawy PZP poprzez dokonanie oceny ofert dokonano na podstawie kryteriów udzielenia zamówienia różniących się od kryteriów określonych w SIWZ, tj. podczas oceny ofert nie przestrzegano kryteriów określonych w rozdz. XIV SIWZ) załącznika do rozporządzenia w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo.

Jednocześnie, kierując się regulacjami zawartymi w § 9 ust. 1 i 2 ww. rozporządzenia, zgodnie z którymi: w przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych wartości korekt finansowych lub pomniejszych nie podlega sumowaniu, w takim przypadku do wszystkich stwierdzonych nieprawidłowości indywidualnych stosuje się jedną korektę finansową lub jedno pomniejszenie o najwyższej wartości - Krajowy Kontroler kwalifikuje wydatki wynikające z umowy nr 64/2021, która została zawarta w dniu 29.03.2021 r., z firmą CPU ZETO Sp. z o. o., ul. Powstańców Wielkopolskich 20, 58-500 Jelenia Góra, na kwotę 58.304,08 PLN do pomniejszenia o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo przy zastosowaniu stawki procentowej 10% (załącznik do rozporządzenia w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo, pkt 15).

Uchybienia formalne, bez wpływu na ocenę postępowania:

W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający nie wskazał dokumentu wymaganego na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu od wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, co jednak zamieścił w pkt VII.5 SIWZ. Z uwagi na fakt, iż postępowanie nie przekracza progów unijnych stanowi naruszenie formalne art. 41 pkt 7a ustawy PZP.

W pkt VII.5 SIWZ Zamawiający wymagał, aby „Zgodnie z art. 22b ust. 2 Ustawy Wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na wezwanie Zamawiającego musi udowodnić, że posiada on uprawnienia do prowadzenia działalności ubezpieczeniowej w swoim kraju pochodzenia”, co pozostaje bez związku z warunkiem postawionym w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, gdyż odnosi się do warunków udziału w postępowaniu dotyczących kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, który nie został przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu sformułowany, tj. Zamawiający nie wyznaczył i nie opisał warunku w ww. zakresie W konsekwencji wzmiankowane wymaganie przedmiotowo pozostaje bez związku z postępowaniem, niemniej jednak z uwagi na brak wskazanego zapisu w ogłoszeniu o zamówieniu nie miało ono potencjalnie wpływu na ograniczenie konkurencji i w rezultacie stanowi uchybienie pozostające bez wpływu na ocenę postępowania.

W załączniku nr 2 do SIWZ brak możliwości wskazania przez wykonawcę, który powołuje się na zasoby innych podmiotów wzmiankowanego zasobu i zakresu na jaki się powołuje w kwestii spełniania warunku udziału w postępowaniu. Uchybienie bez wpływu na ocenę postępowania, ponieważ wybrany wykonawca nie powołał się na zasoby podmiotu trzeciego.

W załączniku nr 3 do SIWZ wskazano pełną treść art. 24 ust. 5 ustawy PZP, przy czym Zamawiający w treści SIWZ wybrał tylko jedną przesłankę fakultatywnej podstawy wykluczenia, tj. art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy PZP.

Analiza treści opisu przedmiotu zamówienia zawartego w załączonej dokumentacji (Załącznik nr 1 do SIWZ - OPZ), wykazała, iż Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia posłużył się nazwami marek (firm) wskazujących na konkretne wyroby, tj. system operacyjny Windows, pakiet Microsoft Office, Mikrofon ze statywem i kablem zawiera licencje do programów: Cubase AI, Cubasis LE (na iPad), WaveLab LE, dspMixFx, FX Basic Suite: REV-X reverb, Sweet Spot Morphing, GuitarAmpClassics (Clean, Crunch, Drive, Lead), tj. Oprogramowania firmy Steinberg.

Należy zauważyć, iż art. 29 ust. 3 ustawy PZP stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać m.in. przez wskazanie znaków towarowych. W stosunku do tego zakazu ustawodawca dopuścił wyjątki.

Opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych jest dopuszczalne jedynie w wyjątkowych sytuacjach tj. gdy:

- jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia,
- i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń.

Co istotne, obie przesłanki, tj. uzasadnienie specyfiką przedmiotu zamówienia i niemożność opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń muszą wystąpić łącznie, a dodatkowo Zamawiający zobowiązany jest dopuścić równoważność rozwiązań.

W świetle generalnej zasady wynikającej z art. 29 ust. 3 ustawy PZP posługiwanie się znakami towarowymi i wskazaniami konkretnych produktów winno być minimalizowane, czyli regułą jest opis przedmiotu zamówienia bez ich użycia, a dopiero w obszarach, których inaczej opisać nie sposób (lub będzie to nazbyt skomplikowane, nieczytelne (...) etc.) oznaczenia tego typu mogą być wykorzystane.

Jednocześnie, należy zauważyć, iż jak wynika z przekazanej dokumentacji, Zamawiający w cz. 2 wskazał na dopuszczenie rozwiązań równoważnych opisywanym w zakresie wskazanego pochodzenia (marka, znak towarowy, producent, dostawca) materiałów lub normy, aprobaty, specyfikacje i systemy, o których mowa w art. 30 ust. 1-3 ustawy Pzp.

KK uznał, iż w powyższej sytuacji opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, które charakteryzują produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę, została spełniona tylko jedna z trzech przesłanek umożliwiających użycie znaku towarowego, tj. dopuszczenie rozwiązań równoważnych, co Zamawiający wyraźnie zaakcentował w pkt 2 załącznika nr 1 do SIWZ.

Ponadto, KK ocenia przedmiotowe zamówienie jako zamówienie standardowe z zakresu dostaw, a opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń jako możliwe. Należy zwrócić uwagę, że dostawy objęte przedmiotowym zamówieniem miały charakter powszechny i są ogólnie wykonywane przy użyciu typowych materiałów.

Niezależnie od powyższego dodać należy, iż niemożność opisu przedmiotu zamówienia w inny sposób niż za pomocą znaków towarowych musi mieć charakter obiektywny, a w przedmiotowym postępowaniu – co wynika z zakresu załącznika nr 1 do SIWZ stanowiącego opis przedmiotu zamówienia – niemożność opisanie wymienionego produktu za pomocą dostatecznie dokładnych, technicznych określeń, w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób nie zaistniała. Zatem możliwe było posłużenie się opisem oddającym oczekiwania Zamawiającego, bez konieczności posługiwania się znakami towarowymi.

Dokonując oceny opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą wyżej wskazanych znaków towarowych, KK wziął pod uwagę opinię Ministerstwa Inwestycji i Rozwoju (MIiR), przekazaną pismem nr DWT-IV.7641.20.2018.PN NK 719348 z dnia 17 kwietnia 2018 r., zgodnie z którą niespełnienie ww. dwóch przesłanek przy jednoczesnym spełnieniu przesłanki dotyczącej równoważności rozwiązań może być traktowane jako błąd formalny bez skutków finansowych w sytuacji, gdy dyskryminujący opis elementów przedmiotu zamówienia nie ograniczył znacząco konkurencji na rynku krajowym lub wspólnotowym oraz nie wpłynął na wynik postępowania.

Reasumując - KK uznał, iż w przedmiotowym postępowaniu nie wystąpiło znaczące ograniczenie konkurencji, a użycie znaków towarowych nie wpłynęło na wynik postępowania. W związku z powyższym, mając na uwadze fakt, iż Beneficjent dopuścił równoważność rozwiązań (dzięki temu znaki towarowe stanowiły wyłącznie wzorzec jakościowy), KK zakwalifikował ww. naruszenie jako błąd formalny bez skutków finansowych.

CZEŚĆ I i III – POSTĘPOWANIA:

Odnosząc się do odpowiedzi Zamawiającego w zakresie niedokonania oceny stawki podatku VAT ofertach firmy MPC Paweł Oleksiewicz w cz. 1 i 3 oraz oferty firmy g.IT Solutions Michał Daszkiewicz w cz. 3 postępowania, które podlegały odrzuceniu z uwagi na zastosowanie niewłaściwej stawki VAT dla drukarki (urządzenia wielofunkcyjnego) KK – w związku z faktem iż przedmiotowe oferty podlegały odrzuceniu z innych niż stawka podatku VAT powodów - zwraca jedynie uwagę na uzasadnienie Uchwały Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r. o sygn. akt III CZP 52/11, dotyczącej stawki podatku VAT w ofertach, w której wskazano, iż nie jest obojętne, jaką stawkę podatku VAT przyjął w swej ofercie wykonawca.

Wg Sądu Najwyższego zamawiający ma obowiązek badać poprawność złożonych ofert także pod kątem wysokości stawki podatku VAT. Ze względu na zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę

uczciwej konkurencji oferty złożone w postępowaniu muszą być porównywalne, a więc obliczone z zastosowaniem tych samych reguł. Stawka podatku VAT jest zaś istotnym elementem kalkulacji ceny oferty, cena zaś zajmuje istotne miejsce wśród kryteriów oceny ofert.

W konsekwencji Zamawiający – w kontekście obowiązku stosowania się do aktualnych interpretacji prawa zamówień publicznych j.w. - miał obowiązek zbadania poprawności wybranej oferty pod kątem wysokości stawki podatku VAT poprzez po pierwsze wezwanie wykonawców do złożenia wyjaśnień w ww. zakresie, po drugie skonfrontowanie złożonych wyjaśnień z obowiązującą linią orzecznictwem w przedmiotowej sprawie i ocenę ofert w kontekście poprawności zastosowanej stawki VAT, czego, jak wynika z dokumentacji postępowania – ostatecznie nie uczynił.

Powyższe pozostaje bez wpływu na ocenę postępowania, jedynie z uwagi na fakt odrzucenia ofert z powodu niezgodności z OPZ.

CZEŚĆ III – POSTĘPOWANIA:

Odnosnie złożonych wyjaśnień w kwestii sposobu, w jaki Zamawiający ocenił, iż oferty firm: MPC Paweł Oleksiewicz oraz g.IT Solutions Michał Daszkiewicz są zgodne z SIWZ oraz OPZ, skoro wykonawcy nie uwzględnili oraz nie wycenili instalacji oprogramowania AutoCad Mechanical na 8 stanowiskach w złożonych ofertach KK ustalił, iż w świetle ugruntowanej linii orzecznictwem KIO brak wyceny którejś z pozycji oferty jest istotnym brakiem oświadczenia woli. Nie każde jednak pominięcie wyceny pozycji oferty powinno skutkować koniecznością odrzucenia oferty.

Jednak w analizowanej sytuacji niewystarczającym jest twierdzenie Zamawiającego, że skoro licencje te są darmowe dla szkół. Wykonawca miał możliwość doliczyć ewentualny koszt instalacji tego oprogramowania w poz. 9 części 3. "Okablowanie i prace montażowe/remontowe", jeżeli uważał, że konieczne będzie wycenienie tej pracy.

Takie stanowisko Zamawiającego powodowało, że przedmiot oferty był nadal niekompletny, a Zamawiający – nie skorzystawszy z możliwości jaką dawał przepis art. 87 ust. 1 ustawy PZP - nie był w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli.

Powyższe pozostaje bez wpływu na ocenę postępowania, jedynie z uwagi na fakt odrzucenia ofert z powodu innej niezgodności z OPZ.

Należy zauważyć, iż Zamawiający w pismach skierowanych do wykonawców w sprawie przedłużenia terminu związania ofertą poinformował, iż brak odpowiedzi w powyższej sprawie będzie skutkował odrzuceniem oferty wykonawcy, co jest sprzeczne z obowiązującą linią orzecznictwem dotyczącą art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy PZP.

Istotna zmiana linii orzecznictwem KIO, w przedmiotowym zakresie miała miejsce z dniem 13 lipca 2017 r., z którym ogłoszone zostało Postanowienie Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-35/17, ponieważ aktualna - oparta na wzmiankowanym Postanowieniu - linia orzecznictwem KIO stanowi, iż brak terminu związania ofertą jest podstawą do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 7 a ustawy PZP tylko w sytuacji, kiedy wykonawca wezwany przez Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą nie wyrazi na to zgody.

Ponadto, katalog przesłanek do odrzucenia oferty wykonawcy ma charakter zamknięty i nie można podstaw odrzucenia interpretować w sposób rozszerzający. Wszelkie podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty, jako wyjątki od zasady, iż złożona oferta podlega badaniu i wyborowi winny być interpretowane w sposób ścisły. Takie też przesłanie płynie z orzeczenia TSUE (Postanowienie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 lipca 2017 roku wydane w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o., przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu). Postanowienie TSUE ma charakter ostateczny, a jego treść stanowi, że przesłanek wykluczenia wykonawcy/odrzucenia jego oferty nie należy interpretować w sposób rozszerzający, odnosi się również do przesłanki określonej w art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, gdzie mowa jest o niewyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na wezwanie Zamawiającego.

Zatem niewyrażenie zgody ma przyjąć postać odmowy, innymi słowy czynnego działania wykonawcy. Przepis nie odnosi się do bierności wykonawcy.

Co warte także podkreślenia, żaden z przepisów ustawy Pzp nie zakazuje wyboru oferty wykonawcy, który swoją ofertą związany już nie jest, a upływ terminu związania ofertą nie powoduje utraty przez ofertę jej ważności oraz nie decyduje o nieskuteczności oferty.

9

Wynik kontroli

Zamówienie publiczne zostało ocenione **negatywnie**.Wrocław, dnia 01.07.2021r.

/podpis Dyrektora/Z-cy Dyrektora OR /

DYREKTOR WYDZIAŁU
Organizacji Rozwoju

Paweł LipińskiKIEROWNIK ODDZIAŁU
Programów Współpracy Transgranicznej
Rafał Jędrzejewski

INSPEKTOR WYKONAWCZY


Izabela Zebisz