



CENTRUM
PROJEKTÓW
POLSKA
CYFROWA

*Data
sporządzenia pisma:*
Warszawa, dnia 25 września
2015 roku

CPPC-WZP.4230.196.1.2.2015/BS

**Pan
Piotr Jedliński
Prezydent Miasta Koszalin
Urząd Miejski
ul. Rynek Staromiejski 6-7,
75-007 Koszalin**

Dotyczy: Ustosunkowanie się do zastrzeżeń Beneficjenta wobec wyników kontroli ex-post postępowania przetargowego dla projektu „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu mieszkańców Koszalina” o numerze POIG.08.03.00-32-090/09 realizowanego w ramach 8 Osi priorytetowej Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka.

Szanowny Panie Prezydencie,

w wyniku oceny złożonej przez Państwa dokumentacji dotyczącej procedury przetargowej dla projektu „**Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu mieszkańców Koszalina**” o numerze **POIG.08.03.00-32-090/09** oraz w związku z wniesieniem wątpliwości i zastrzeżeń pismem z dnia 16 lipca 2015 r., sygn. BK.1710.18.2015.MB uzupełnionym o pismo BK.1710.18.2015.MB z dnia 26 sierpnia 2015 r. uprzejmie informuję, iż Centrum Projektów Polska Cyfrowa jako Instytucja Wdrażająca, po przeanalizowaniu wyjaśnień Zamawiającego, a także mając na uwadze postanowienia paragrafu 11 Umowy o dofinansowanie oraz art. 26 ust. 1 pkt. 15a i art. 27 ust. 1 pkt. 6a ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2009, Nr 84, poz. 712 j. t.) podtrzymuje korektę finansową miarkując jej wysokość do 5% na pierwszą część zamówienia dla ww. projektu w ramach zamówienia na „Dostawę sprzętu komputerowego, urządzeń peryferyjnych i oprogramowania na potrzeby realizacji projektu unijnego Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu mieszkańców Koszalina”, nałożonej na podstawie tabeli 1 poz. 21 Taryfikatora.

Ustalenia

W trakcie kontroli przedmiotowego postępowania stwierdzono naruszenie art. 7 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp polegające na sformułowaniu przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia wymogu, aby *chipset był rekomendowany przez producenta procesora, min. Q57 lub równoważny*, tym samym model chipset Q57 wskazywał na procesor Intel co stanowi opis przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby naruszać uczciwą konkurencję.

W odpowiedzi na powyższe Zamawiający wskazał, iż „poprzez zastosowanie w opisie przedmiotu zamówienia opcji równoważności, beneficjent wyraźnie wskazał, że przedmiotem zamówienia nie jest konkretny produkt danej firmy a produkt charakteryzujący się podobnymi parametrami do wzorcowego chipsetu (przytoczonego w SIWZ) Q57”. Następnie Zamawiający przytacza definicję słownikową pojęcia „równoważny” a także definicje słowa „równoważny” wynikające z doktryny i orzecznictwa.

Powyższe wyjaśnienia Beneficjenta pozostają bez wpływu na ocenę wskazanego naruszenia. Ustawa w art. 29 ust. 2 zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, lecz także takiego, który hipotetycznie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie (nie zaś przez opisanie przedmiotu zamówienia poprzez podanie parametru wskazującego na „wzorcowy” produkt konkretnego producenta). Jak słusznie zauważył SO w Zielonej Górze w wyroku z dnia 15 października 2007 r., V Gaz 90/07: "Uprawnieniem zamawiającego jest bowiem prowadzenie postępowania w celu uzyskania takiego przedmiotu, jaki jest mu dogodny ze względu na posiadane warunki oraz potrzeby i który spełni jego oczekiwania funkcjonalne (...). Jednocześnie jednak zamawiający swobodę precyzowania swoich wymagań ma ograniczoną, w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., IX Ga 137/06, rozpatrując granice swobody opisu przedmiotu zamówienia, podkreślił: "Prawo zamówień publicznych chroni bowiem z jednej strony interes Zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując SIWZ, zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi

poszczególne interesy". (M. Stachowiak, Prawo zamówień Publicznych. Komentarz.).

W związku z powyższym Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia za pomocą jego cech funkcjonalnych nie zaś przez wskazanie określonych parametrów, które spełnia procesor konkretnego producenta. Dodanie do analizowanego opisu wyrażenia „lub równoważny” nie zwalnia Zamawiającego z ww. obowiązku. Ustawa, co do zasady, zakazuje dokonywania opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Dopuszcza jednak posłużenie się wskazaniem znaku towarowego, patentu lub pochodzenia w sytuacjach wyjątkowych - uzasadnionych specyfiką przedmiotu zamówienia, a jednocześnie gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, nakładając jednocześnie obowiązek umieszczenia wyrazów "lub równoważny". Jak widać ustawodawca wskazał na kilka niezbędnych przesłanek, które muszą wystąpić kumulatywnie – samo określenie „lub równoważny” nie jest wystarczające. Dokonanie przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia z pominięciem cech obiektywnych przedmiotu świadczenia i w zamian posłużenie się zestawem cech właściwych wyłącznie dla konkretnego wyrobu (produktu, usługi, technologii itd.) co do zasady zawsze będzie utrudniało uczciwą konkurencję.

Szczególnie, że sam Zamawiający w swoim piśmie z dnia 26 sierpnia 2015 r. sygn. BK.1710.18.2015.MB będącym niejako uzupełnieniem do wniesionego odwołania wskazał (Tabela 1), iż istniała możliwość opisanie wymagań dla potrzebnego chipsetu za pomocą zdefiniowanych parametrów po spełnieniu których, jak wskazuje sam Zamawiający, rozwiązanie takie zostałyby przyjęte jako spełniające wymagania.

Ponadto w swoim odwołaniu Zamawiający wskazuje, iż firma Intel jest największym na świecie producentem układów scalonych oraz twórcą architektury mikroprocesorów z rodziny x86 znajdujących się w większości komputerów osobistych oraz, że zastosowanie przez Beneficjenta tak popularnego wzorca jakim jest chipset Q57 miało wpływ na zachowanie przejrzystości wymaganych parametrów technicznych i możliwości ich ewentualnego porównania z innymi chipsetami dostępnymi na rynku. Następnie Zamawiający wskazuje, iż kwestionowany przez Centrum Projektów Polska Cyfrowa opis przedmiotu zamówienia chipsetu nie budził wątpliwości u podmiotów zainteresowanych udziałem w postępowaniu, gdyż żaden z oferentów nie zadawał Zamawiającemu pytań do tego fragmentu opisu przedmiotu zamówienia, ani nie żądał modyfikacji SIWZ w tym zakresie. Zamawiający wskazuje także, iż w czasie wszczęcia postępowania nie były jeszcze opublikowane Rekomendacje Prezesa UZP na udzielanie zamówień publicznych na dostawę zestawów komputerowych.

Powyższe wyjaśnienia nie zasługują na uwzględnienie. Fakt, że określony producent ma dominującą pozycję na rynku, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku takiego opisanie przedmiotu zamówienia, by realnie dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawców oferujących inne rozwiązania, które pod względem funkcjonalnym

także mogłyby spełniać oczekiwania Zamawiającego. Fakt, iż wykonawcy nie zgłaszali zastrzeżeń do kwestionowanego zapisu, w żaden sposób nie dowodzi jakoby opis chipsetu został sporządzony w sposób nienaruszający zasady uczciwej konkurencji. Odnośnie Rekomendacji Prezesa UZP – jest to dokument o charakterze pomocniczym przy zamówieniach na sprzęt komputerowy, jednak to przede wszystkim regulacje ustawy Pzp są wiążące dla Zamawiającego, tak więc fakt późniejszej publikacji Rekomendacji Prezesa UZP, nie zwalniał Zamawiającego z obowiązku opisu przedmiotu zamówienia z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji.

Przedmiotem kontroli jest zgodność dokumentacji przetargowej postępowania na „Dostawę sprzętu komputerowego, urządzeń peryferyjnych i oprogramowania na potrzeby realizacji projektu unijnego Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu mieszkańców Koszalina” z ustawą Pzp.

Tym niemniej wobec udzielonych przez Beneficjenta wyjaśnień przekazanych pismem BK.1710.18.2015.MD z dnia 16 lipca 2015 r. uzupełnionych pismem BK.1710.18.2015.MB

z dnia 26 sierpnia 2015 r., należy uznać, że pomimo wystąpienia naruszenia art. 7 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, istniała możliwość zaoferowania rozwiązania konkurencyjnego odpowiadającego parametrami chipsetowi Intel Q57 wobec czego zasadne jest zmiarkowanie naliczonej korekty finansowej do wysokości 5%.

Mając na uwadze powyższe naruszenie art. 7 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, Centrum Projektów Polska Cyfrowa podtrzymuje korektę finansową miarkując jej wysokość do 5% na pierwszą część zamówienia naliczoną na podstawie tabeli nr 1 poz. 21 Taryfikatora.

Niniejsze pismo stanowi odpowiedź na „odwołanie” w przedmiotowej sprawie, w związku

z powyższym w zakresie kompetencji WWPE postępowanie zostało zakończone. Należy wskazać, iż zgodnie z § 9 ust. 18 Umowy o dofinansowanie „w przypadku, gdy podczas kontroli badającej prawidłowość poniesionych wydatków kwalifikowanych oraz sposób realizacji Umowy stwierdzone zostaną nieprawidłowości, Instytucja Wdrażająca/Instytucja Pośrednicząca II stopnia, podmiot przez nią upoważniony lub inna instytucja uprawniona do przeprowadzenia kontroli na podstawie odrębnych przepisów, mogą przeprowadzić kontrolę mającą na celu ponowne sprawdzenie kwalifikowalności wydatków oraz prawidłowości sposobu realizacji Umowy

Z poważaniem,

*Dokument podpisany
bezpiecznym
podpisem elektronicznym*
Eliza Pogorzelska