



Województwo
Śląskie

Katowice, 11 czerwca 2021 r.
FR-RKPR.44.187.1.2021.PP
Dotyczy projektu nr 0314/20



Pan
Ryszard Rudnik
Dyrektor Szpitala Rejonowego
im. dr Józefa Rostka
w Raciborzu
ul. Gamowska 3
47-400 Racibórz

URZĄD MARSZAŁKOWSKI
WOJEWÓDZTWA ŚLĄSKIEGO

DEPARTAMENT
EUROPEJSKIEGO FUNDUSZU
ROZWOJU REGIONALNEGO

ul. Ligonia 46,
40-037 Katowice

TELEFON +48 32 77 40 130
FAKS +48 32 77 40 196

efrr@slaskie.pl
slaskie.pl
powstania.slaskie.pl

Dotyczy kontroli projektu pn. „Wsparcie podmiotów leczniczych z terenu województwa śląskiego w przeciwdziałaniu rozprzestrzenianiu się COVID-19. – RPO WSL 2014-2020 dla Szpitala Rejonowego im dr Józefa Rostka w Raciborzu”

Szanowny Panie Dyrektorze,

W załączeniu do niniejszego pisma przekazuję ostateczną informację pokontrolną z przeprowadzonej w dniach 04.03 – 24.05.2021 r. kontroli projektu pn. *Wsparcie podmiotów leczniczych z terenu województwa śląskiego w przeciwdziałaniu rozprzestrzeniania się COVID-19. – RPO WSL 2014-2020 dla Szpitala Rejonowego im. dr Józefa Rostka w Raciborzu*, dofinansowanego z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2014 – 2020.

Do ostatecznej informacji pokontrolnej nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń.

Z poważaniem,

Barbara Malcharek

Zastępca Dyrektora Departamentu Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym

Załączniki: Informacja pokontrolna z kontroli projektu jak wyżej.



Rzeczpospolita
Polska



Unia Europejska
Europejski Fundusz
Rozwoju Regionalnego



Katowice, 11 czerwca 2021 r.
FR-RKPR.44.187.1.2021.PP
Dot. projektu nr 0314/20

OSTATECZNA INFORMACJA POKONTROLNA

Nazwa jednostki kontrolowanej: Szpital Rejonowy im. dr Józefa Rostka w Raciborzu

Tytuł projektu: Wsparcie podmiotów leczniczych z terenu województwa śląskiego w przeciwdziałaniu rozprzestrzeniania się COVID-19. – RPO WSL 2014-2020 dla Szpitala Rejonowego im. dr Józefa Rostka w Raciborzu

Nr umowy o dofinansowanie: UDA-RPSL.10.01.00-24-0314/20-00

Podstawa prawna do przeprowadzenia kontroli:

- 1) Art. 23 ust. 1 i 3 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 poz. 818 z późn. zm. - dalej „ustawa wdrożeniowa”),
- 2) § 17 Umowy nr UDA-RPSL.10.01.00-24-0314/20-00 z 29.07.2020 r. w sprawie dofinansowania projektu pn. *Wsparcie podmiotów leczniczych z terenu województwa śląskiego w przeciwdziałaniu rozprzestrzeniania się COVID-19. – RPO WSL 2014-2020 dla Szpitala Rejonowego im. dr Józefa Rostka w Raciborzu.*

Rodzaj kontroli:

- w trakcie realizacji projektu

Tryb kontroli:

- planowa

1.Skład Zespołu Kontrolującego:

Imię i nazwisko	Stanowisko służbowe	Funkcja w zespole kontrolującym
Piotr Piszcz	Główny Specjalista	Kierownik Zespołu Kontrolującego
Karolina Proszowska	Główny Specjalista	Członek Zespołu Kontrolującego

2. Data przeprowadzenia kontroli: 04.03 – 24.05.2021 r.

Kontrola w siedzibie IZ RPO – w trybie pracy zdalnej (analiza dokumentacji):

- e-mail z dnia 05.03.2021 r. (konto: piotr.piszcz@slaskie.pl) - prośba o uzupełnienie dokumentacji dotyczącej kontrolowanych postępowań (termin do 10.03),
- e-mail przedstawiciela Beneficjenta z dnia 10.03.2021 r. – prośba o wydłużenie terminu na uzupełnienie dokumentacji do 12.03.2021 r.,
- e-mail z dnia 10.03.2021 r. (konto: piotr.piszcz@slaskie.pl) – zgoda na przedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentacji do 12.03.2021 r.,
- e-mail przedstawiciela Beneficjenta z dnia 15.03.2021 r. – informacja o uzupełnieniu dokumentacji w odpowiedzi na e-mail z dnia 05.03.2021 r.,
- e-mail z dnia 16.03.2021 r. (konto: piotr.piszcz@slaskie.pl) – prośba o uzupełnienie dokumentów oraz złożenie wyjaśnień dotyczących 4 kontrolowanych postępowań (termin do 24.03),
- e-mail przedstawiciela Beneficjenta z dnia 23.03.2021 r. – przekazanie wyjaśnień oraz informacja o uzupełnieniu dokumentacji w odpowiedzi na e-mail z dnia 16.03.2021 r.,
- e-mail z dnia 24.03.2021 r. (konto: piotr.piszcz@slaskie.pl) – prośba o uzupełnienie dokumentów oraz złożenie wyjaśnień dotyczących 6 kontrolowanych postępowań (termin do 02.04),
- e-mail przedstawiciela Beneficjenta z dnia 06.04.2021 r. – prośba o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień do 07.04.2021 r.,

- e-mail z dnia 06.04.2021 r. (konto: piotr.piszcz@slaskie.pl) – zgoda na przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień do 07.04.2021 r.,
- e-mail przedstawiciela Beneficjenta z dnia 07.04.2021 r. – przekazanie wyjaśnień oraz informacja o uzupełnieniu dokumentacji w odpowiedzi na e-mail z dnia 24.03.2021 r.,
- e-mail z dnia 08.04.2021 r. (konto: piotr.piszcz@slaskie.pl) – prośba o dodatkowe wyjaśnienia oraz uzupełnienie dokumentów dotyczących kontrolowanych postępowań (termin do 16.04),
- e-mail przedstawiciela Beneficjenta z dnia 15.04.2021 r. – prośba o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień do 19.04.2021 r.
- e-mail z dnia 19.04.2021 r. (konto: piotr.piszcz@slaskie.pl) – zgoda na przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień do 19.04.2021 r.,
- e-mail przedstawiciela Beneficjenta z dnia 19.04.2021 r. – przekazanie wyjaśnień oraz informacja o uzupełnieniu dokumentacji w odpowiedzi na e-mail z dnia 08.04.2021 r.,
- e-mail z dnia 20.04.2021 r. (konto: piotr.piszcz@slaskie.pl) – prośba o uzupełniające wyjaśnienia dotyczące kontrolowanych postępowań (termin do 23.04),
- e-mail przedstawiciela Beneficjenta z dnia 26.04.2021 r. – przekazanie wyjaśnień w odpowiedzi na e-mail z dnia 20.04.2021 r.,
- e-mail z dnia 27.04.2021 r. (konto: piotr.piszcz@slaskie.pl) – prośba o kolejne uzupełniające wyjaśnienia dotyczące kontrolowanych postępowań (termin do 30.04),
- e-mail przedstawiciela Beneficjenta z dnia 29.04.2021 r. – przekazanie wyjaśnień w odpowiedzi na e-mail z dnia 27.04.2021 r.,
- e-mail z dnia 05.05.2021 r. (konto: piotr.piszcz@slaskie.pl) – prośba o uzupełnienie wyjaśnień złożonych w dniu 29.04.2021 r. (termin do 11.05),
- e-mail przedstawiciela Beneficjenta z dnia 11.05.2021 r. – prośba o przedłużenie terminu na uzupełnienie wyjaśnień do 14.05.2021 r.
- e-mail z dnia 11.05.2021 r. (konto: piotr.piszcz@slaskie.pl) – zgoda na przedłużenie terminu na uzupełnienie wyjaśnień do 14.05.2021 r.,
- e-mail przedstawiciela Beneficjenta z dnia 16.05.2021 r. – przekazanie uzupełniających wyjaśnień w odpowiedzi na e-mail z dnia 05.05.2021 r.,
- Pismo Beneficjenta z dnia 07.06.2021 r. przekazujące zastrzeżenia do informacji pokontrolnej z dnia 24.05.2021 r.

3. Miejsce przeprowadzenia kontroli: siedziba IZ RPO WSL – kontrola w trybie pracy zdalnej

4. Zakres oraz przedmiot kontroli:

Ocena zgodności wykorzystania środków finansowych z zakresem określonym w Umowie w sprawie dofinansowania projektu.

Opis skontrolowanych procesów:

Zgodność postępowań w zakresie zamówień z przepisami prawa krajowego i wspólnotowego.

5. Opis stwierdzonego w wyniku kontroli stanu faktycznego:

5.1 Zamówienia

W ramach prowadzonej kontroli zweryfikowano 10 postępowań o udzielenie zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zmianami – dalej „Pzp”) oraz 2 zamówienia poniżej kwoty 50 tys. zł netto.

5.1.1

Nazwa i przedmiot zamówienia: Zakup ambulansu sanitarnego wg PN EN 1789 wraz z wyposażeniem

Rodzaj zamówienia: dostawa

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: 13/2020

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: BZP,

Ogłoszenie o zamówieniu nr 573089-N-2020 z dnia 20.08.2020 r.

Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia nr 540164552-N-2020 z dnia 01.09.2020 r.

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony

Szacunkowa wartość zamówienia: 426.427,00 zł netto (99.882,18 euro)

Umowa z wykonawcą (numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto):

Umowa nr 13/2020 / 22.09.2020 r. / RATOWNIK-AMBULANSE Sp. z o.o. Sp. k., ul. Konwaliowa 24, 05-110 Jabłonna / 499.550,34 zł

5.1.1.a

W trakcie czynności kontrolnych stwierdzono, iż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, w sposób który zawierał odwołanie do norm bez użycia wyrażenia „lub równoważne”, jednocześnie w specyfikacji nie zawarto ogólnego sformułowania dopuszczającego stosowanie rozwiązań równoważnych w tym zakresie.

W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w nazwie zamówienia Zamawiający zapisał: „Zakup ambulansu sanitarnego wg PN EN 1789 wraz z wyposażeniem”.

Ponadto w załączniku nr 6 do SIWZ (Specyfikacja techniczna) w części dotyczącej *Wyposażenia medycznego* – Zamawiający umieścił następujące zapisy:

Pozycja I.17:

„waga oferowanych noszy max. 23 kg zgodnie z wymogami normy PN EN 1865”.

Pozycja II.12:

„waga transportera max. 28 kg zgodnie z wymogami normy PN EN 1865”.

Zespół kontrolny zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie zaistniałej sytuacji.

Beneficjent w swoich wyjaśnieniach z 29.04.2021 r. stwierdził, że „Zgodnie ze stanowiskiem Ministerstwa Zdrowia i NFZ oraz zgodnie z przepisami ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym, Zespół Ratownictwa Medycznego (ZRM) wyposażony jest w specjalistyczny środek transportu sanitarnego, spełniający cechy techniczne i jakościowe określone w Polskich Normach przenoszących Europejskie Normy zharmonizowane, przynajmniej w zakresie minimalnym, który określa norma i dotyczy to w szczególności wyposażenia medycznego.

Normy powoływane są w sposób normatywny, co oznacza, że ich zastosowanie jest wymagane. Stosuje się najnowszą, aktualną wersję norm, dodatkowo zgodnie ze stanowiskiem PKN (Polski Komitet Normalizacyjny) spełnienie danej normy może potwierdzić jedynie organ wyznaczony w systemie oceny zgodności, czyli specjalna jednostka certyfikowana uprawniona do weryfikacji wyrobu medycznego. W związku z tym tylko niezależna jednostka notyfikująca może potwierdzić, że ambulans i nosze spełniają wymagania norm PN-EN 1789 i PN EN 1865

Celem niniejszej normy jest zapewnienie bezpieczeństwa pacjentom i zminimalizowanie wysiłku fizycznego personelu obsługującego urządzenie. Nie stosuje się pojęcia norm równoważnych w odniesieniu do norm zharmonizowanych”.

Zgodnie z ustaleniami Komisji Europejskiej w związku z misją audytową KE nr REGC414PL0172, przeprowadzoną w dniach od 14 października do 23 października 2019 r. dokumenty postępowania, szczególnie te w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, winny spełniać warunki określone w art. 42 i art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm.) dotyczące stosowania specyfikacji technicznych.

Zgodnie bowiem z art. 42 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE „bez uszczerbku dla wiążących krajowych przepisów technicznych, w zakresie, w jakim są one zgodne z prawem unijnym, specyfikacje techniczne formułuje się w jeden z poniższych sposobów:

b) poprzez odniesienie do specyfikacji technicznych oraz, w kolejności preferencji do: norm krajowych przenoszących normy europejskie, europejskich ocen technicznych, wspólnych specyfikacji technicznych, norm międzynarodowych, innych systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organy normalizacyjne lub – w przypadku ich braku - do norm krajowych, krajowych aprobat technicznych lub krajowych specyfikacji technicznych dotyczących projektowania, wyliczeń i realizacji robót budowlanych oraz wykorzystania dostaw; **każdemu odniesieniu towarzyszą słowa „lub równoważne”;**

c) (.)

d) (.)”

Na grunt prawa polskiego powyższe uregulowania zostały przeniesione w art. 30 Ustawy Pzp.

Tym samym, w myśl wyżej wymienionych przepisów prawa unijnego i krajowego, w przypadku gdy instytucja zamawiająca opisuje przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, zamawiający jest obowiązany nie tylko wskazać, że **dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu winny zawsze towarzyszyć wyrazy „lub równoważne”.**

W związku z powyższym zespół kontrolny stwierdził naruszenie art. 30 ust. 4 Pzp, bowiem Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą odwołania się do normy, bez uwzględnienia normy równoważnej, poprzez niezastosowanie obowiązkowego wyrażenia „lub równoważne”.

Biorąc pod uwagę wyjaśnienia złożone przez Beneficjenta oraz fakt, że powołanie się na normy wynika z przepisów prawa, zespół kontrolny zakwalifikował opisane uchybienie, jako formalne.

5.1.2

Nazwa i przedmiot zamówienia: Dostawa pojemników na odpady szczególnie niebezpieczne

Rodzaj zamówienia: dostawa

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: 14/2020

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: BZP,

Ogłoszenie o zamówieniu nr 579769-N-2020 z dnia 02.09.2020 r.

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony

Szacunkowa wartość zamówienia: 396.875,00 zł netto (92.960,20 euro)

Umowa z wykonawcą (numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto):

Umowa nr 14/2020 / 28.09.2020 r. / BIALMED Sp. z o.o., ul. Kazimierzowska 46/48 lok. 35, 02-546 Warszawa / 367.308,75 zł

Brak uchybień formalnych oraz uchybień mających skutki finansowe stwierdzonych w wyniku czynności kontroli.

5.1.3

Nazwa i przedmiot zamówienia: Dostawa sprzętu medycznego wg formularza cenowego 16/2020 - łóżka szpitalne, drobny sprzęt medyczny:

Kardiomonitor – 8 szt.

Aparat EKG 12 kanałowy – 4 szt.

Defibrylator z wyposażeniem – 1 szt.

Waga medyczna ze wzrostomierzem – 2 szt.

Nebulizator – 10 szt.

Ssak – 10 szt.

Wirówka laboratoryjna – 5 szt.

Wytrząsarka typu Vortex – 5 szt.

Wirówka laboratoryjna z regulacją temperatury – 1 szt.

Palnik laboratoryjny – 6 szt.

Wytrząsarka – 2 szt.

Mieszadło hematologiczne – 2 szt.

Łóżko szpitalne z regulacją wysokości – 30 szt.

Łóżko szpitalne bez regulacji wysokości – 30 szt.

Rodzaj zamówienia: dostawa

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: 16/2020

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: BZP, Ogłoszenie nr 583956-N-2020 z 11.09.2020 r.

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony

Szacunkowa wartość zamówienia: 833.333,33 zł netto (195.192,02 euro)

Umowa z wykonawcą (numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto):

Umowa nr 16/2020 / 28.09.2020 r. / ERES MEDICAL Sp. z o.o., Płuszczyce Kolonia 64B,
21-008 Tomaszowice / 859.965,00 zł

5.1.3.a

W trakcie czynności kontrolnych stwierdzono, iż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, w sposób który zawierał odwołanie do normy bez użycia wyrażenia „lub równoważne”, jednocześnie w specyfikacji nie zawarto ogólnego sformułowania dopuszczającego stosowanie rozwiązań równoważnych w tym zakresie.

W załączniku nr 1 do SIWZ (Formularz cenowy + parametry/warunki) w formularzach nr: pa.p.1poz.13 i pa.p.1poz.14 (dotyczących odpowiednio – łóżka szpitalnego z regulacją wysokości oraz łóżka szpitalnego bez regulacji wysokości), Zamawiający w pozycji 12 umieścił zapis:

„(...) *Spełniające normę bezpieczeństwa EN 60601-2-52 (...)*”.

Zespół kontrolny zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie zaistniałej sytuacji.

Beneficjent w swoich wyjaśnieniach z 14.05.2021 r. stwierdził, że „w opisie przedmiotu zamówienia powołano się na wspomnianą normę zgodnie z ustawą z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. 2020 poz. 1398 tj. ze zm.), która zobowiązuje publicznego płatnika, jakim jest NFZ w ramach organizowanych postępowań w sprawie zawarcia umów ze świadczeniodawcami udzielającym świadczeń zdrowotnych opisywanie przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z uwzględnieniem Polskich Norm wprowadzających europejskie normy zharmonizowane, bądź w przypadku braku Polskich Norm wprowadzających europejskie normy zharmonizowane, norm państw członkowskich Unii Europejskiej wprowadzające europejskie normy zharmonizowane. Tym samym każdy świadczeniodawca (jakim jest raciborski szpital) ubiegający się o zawarcie z NFZ umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w poszczególnych zakresach zobligowany jest przestrzegać tych wymagań, a tym samym korzystać z urządzeń spełniających właśnie te normy. Obwieszczenie Prezesa Polskiego Komitetu Normalizacyjnego z dnia 23 lutego 2021 r. w sprawie wykazu norm zharmonizowanych wprowadzających normy europejskie zharmonizowane na mocy Dyrektywy Medycznej 93/42/EWG, wdrożonej ustawą z 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 186 i 1493 oraz z 2021 r. poz. 255), rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 23 września 2010 r. w sprawie wzoru znaku CE (Dz. U. poz. 1252), rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia: 5 listopada 2010 r. w sprawie sposobu klasyfikowania wyrobów medycznych (Dz. U. poz. 1416), rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 17 lutego 2016 r. w sprawie wymagań zasadniczych oraz procedur oceny zgodności wyrobów medycznych (Dz. U. poz. 211), wprowadzono wykaz norm zharmonizowanych.

Zgodnie z powyższym obwieszczeniem wymagania do łóżek szpitalnych objęte są tylko i wyłącznie jedną normą zharmonizowaną EN 60601-2-52, opisującą kompleksowo bezpieczeństwo oraz funkcjonalność łóżek medycznych i jest standardowym wyznacznikiem dla wszystkich producentów z Unii Europejskiej i importerów sprzedających łóżka na terenie Unii Europejskiej. Powołanie się na powyższą normę wynika z przepisów prawa, które szpital, jako podmiot zamawiający i udzielający świadczeń medycznych jest zobowiązany spełnić. Ponadto powyższa norma nie ogranicza konkurencji, ma jedynie na celu zapewnienie właściwej funkcjonalności łóżek

i zagwarantowanie bezpieczeństwa personelowi medycznemu i pacjentom użytkującym łóżka medyczne, oraz uniknięcia ewentualnych konsekwencji prawnych w przypadku wystąpienia zdarzenia medycznego zagrażającego życiu lub zdrowiu pacjenta”.

Zgodnie z ustaleniami Komisji Europejskiej w związku z misją audytową KE nr REGC414PL0172, przeprowadzoną w dniach od 14 października do 23 października 2019 r. dokumenty postępowania, szczególnie te w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, winny spełniać warunki określone w art. 42 i art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm.) dotyczące stosowania specyfikacji technicznych.

Zgodnie bowiem z art. 42 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE „*bez uszczerbku dla wiążących krajowych przepisów technicznych, w zakresie, w jakim są one zgodne z prawem unijnym, specyfikacje techniczne formułuje się w jeden z poniższych sposobów:*

*b) poprzez odniesienie do specyfikacji technicznych oraz, w kolejności preferencji do: norm krajowych przenoszących normy europejskie, europejskich ocen technicznych, wspólnych specyfikacji technicznych, norm międzynarodowych, innych systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organy normalizacyjne lub – w przypadku ich braku - do norm krajowych, krajowych aprobat technicznych lub krajowych specyfikacji technicznych dotyczących projektowania, wyliczeń i realizacji robót budowlanych oraz wykorzystania dostaw; **każdemu odniesieniu towarzyszą słowa „lub równoważne”;***

c) (.)

d) (.)”

Na grunt prawa polskiego powyższe uregulowania zostały przeniesione w art. 30 Ustawy Pzp.

Tym samym, w myśl wyżej wymienionych przepisów prawa unijnego i krajowego, w przypadku gdy instytucja zamawiająca opisuje przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, zamawiający jest obowiązany nie tylko wskazać, że **dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu winny zawsze towarzyszyć wyrazy „lub równoważne”.**

W związku z powyższym zespół kontrolny stwierdził naruszenie art. 30 ust. 4 Pzp, bowiem Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą odwołania się do normy, bez uwzględnienia normy równoważnej, poprzez niezastosowanie obowiązkowego wyrażenia „lub równoważne”.

Biorąc pod uwagę wyjaśnienia złożone przez Beneficjenta oraz fakt, że powołanie się na normę wynika z przepisów prawa, zespół kontrolny zakwalifikował opisane uchybienie, jako formalne.

5.1.3.b

W rozdziale 15 SIWZ Zamawiający zawarł opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze najkorzystniejszej oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert: A) Cena oferty – 100%.

Zgodnie z art. 91 ust. 2a Pzp Zamawiający mogą zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia.

W załączniku do protokołu postępowania uzasadniając zastosowanie kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert Zamawiający zapisał:

*„Komisja (...) proponuje przyjęć do oceny ofert postępowania nr 16/2020 (...) jedynie kryterium **ceny** z uwagi na fakt, iż zamawiający dokładnie sprecyzował wymagania i parametry techniczne jakie ma spełniać zaoferowany sprzęt medyczny oraz określił okresy gwarancji, terminy dostaw i realizacji”.*

W dokumentacji postępowania rzeczywiście określone zostały standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia poprzez dokładne sprecyzowanie wymagań oraz parametrów technicznych, jednakże Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się oraz nie wykazał kosztów cyklu życia produktu.

Tymczasem zgodnie z art. 91 ust. 3c Pzp rachunek kosztów cyklu życia może obejmować w szczególności koszty:

- 1) poniesione przez zamawiającego lub innych użytkowników związane z:
 - a) nabyciem,
 - b) użytkowaniem, w szczególności zużycie energii i innych zasobów,
 - c) utrzymaniem,
 - d) wycofaniem z eksploatacji, w szczególności koszty zbierania i recyklingu (...).

Zamawiający formułując kryteria oceny ofert dopuścił się naruszenia przepisu art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, przypisując w sposób nieuprawniony kryterium ceny wagę przekraczającą 60%.

Poproszony o wyjaśnienie powyższego, w piśmie z dnia 19.04.2021 r. Beneficjent stwierdził, że „*dokładnie opisał warunki/parametry techniczne jakie ma spełniać zamówienie oraz określił terminy dostaw i płatności*”.

Definicja „cyklu życia” została określona w art. 2 pkt 1a ustawy Pzp. Obejmuje ona swym zakresem wszelkie możliwe kolejne lub powiązane fazy istnienia przedmiotu dostawy, usługi lub roboty budowlanej, w szczególności m.in. używanie, naprawę, modernizację, zmianę, utrzymanie przez okres istnienia, zużycie, wycofanie i usuwanie. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż, Beneficjent nie odniósł się do takich elementów kosztów cyklu życia jak choćby kosztów związanych z użytkowaniem (np. koszty związane z konserwacją, obsługą przedmiotu zamówienia, zużyciem energii) czy też wycofaniem z eksploatacji (np. koszty recyklingu), które w zależności od zaoferowanych produktów wcale nie muszą być pomijalnie małe.

Zamawiający nieprawidłowo zastosował dyspozycję art. 91 ust. 2a Pzp, jednakże biorąc pod uwagę fakt, że przepisy Dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych (motyw 92 Preambuły) nie określają wymaganego poziomu kryteriów poza cenowych, a w rozporządzeniu Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej z 22 czerwca 2020 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U.2020.1264), nie przewidziano korekty finansowej w związku z naruszeniem art. 91 ust. 2a Pzp polegającym na niewłaściwym zastosowaniu kryterium ceny, jako jedyne kryterium oceny ofert, uchybienie kwalifikuje się jako formalne, niemające skutków finansowych. Dodatkowym argumentem przemawiającym za takim rozstrzygnięciem sprawy jest fakt, że w postępowaniu wpłynęła 1 oferta, zatem uchybienie nie wpłynęło na ranking ofert a tym samym wybór najkorzystniejszej oferty.

5.1.3.c

W toku czynności kontrolnych stwierdzono, że Zamawiający w treści załącznika nr pa.p.1poz.10 do SIWZ dotyczącego palnika laboratoryjnego, zapisał wymaganie, aby oferowane urządzenie posiadało *Certyfikat bezpieczeństwa pracy DIN-DVGW* - bez użycia wyrażenia „lub równoważne”. Jednocześnie w dokumentacji postępowania nie zawarto ogólnego sformułowania dopuszczającego stosowanie w tym zakresie rozwiązań równoważnych.

Zgodnie z brzmieniem art. 30 ust. 4 ustawy Pzp: „*Opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych (...), zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy **lub równoważne***”.

Z uwagi na brak zapisów dot. równoważności w dokumentacji postępowania oraz umieszczenie

w opisie przedmiotu zamówienia zapisu wskazującego na konkretny certyfikat bez dopisku „lub równoważny” (zamiast certyfikatu *DIN-DVGW* wydawanego przez niemiecką autoryzowaną jednostkę *GVDW Cert GmbH* uprawnioną do certyfikowania wyrobów mających zastosowanie w instalacjach gazowych, dla potwierdzenia bezpieczeństwa oferowanego urządzenia wystarczającym byłoby wymaganie certyfikatu wydanego przez Polskie Centrum Badań i Certyfikacji), zwrócono się do Beneficjenta o wyjaśnienie tych kwestii.

W odpowiedzi, pismem z dnia 19.04.2021 r. Zamawiający wskazał, że „zamówienie (...) przeprowadził zgodnie z założeniami realizowanego projektu. Wydatek jest racjonalny oraz konieczny ze względu na pilną potrzebę dostosowania Szpitala do konieczności przyjmowania pacjentów zarażonych COVID-19 i przeciwdziałania rozprzestrzenianiu się COVID-19. Szpital przygotowywał i ogłosił przetarg w atmosferze najwyższej pilności oraz w okresie wyjątkowej pracy w dziale zamówień publicznych, w warunkach zagrożenia zdrowia i życia obywateli, także pracowników Szpitala. Pominięcie wyrazów „lub równoważny” wynika z omyłki pisarskiej oraz niedopatrzenia w tym względzie. Niedopatrzenie to było przypadkowe i nie miało na celu eliminacji innych wykonawców, a Zamawiający miał na myśli możliwość przystąpienia do postępowania jak największej liczby podmiotów”.

Mimo powyższego wyjaśnienia, opierając się na stanowisku Komisji Europejskiej - wyrażonym w raporcie z misji audytowej nr REGC414PL0172 – stwierdza się naruszenie **art. 29 ust. 2 w związku z art. 30 ust. 4 ustawy Pzp**, gdyż Zamawiający opisując przedmiot zamówienia (palnik laboratoryjny) wymagał, aby oferowane urządzenie posiadało wskazany certyfikat bezpieczeństwa (*DIN-DVGW*), bez dopuszczenia możliwości wykazania się posiadaniem równoważnego certyfikatu, poprzez niezastosowanie obowiązkowego dopisku „lub równoważny”, co mogło mieć wpływ na konkurencyjność w przedmiotowym postępowaniu.

Pismem z dnia 07.06.2021 r. Beneficjent wniósł zastrzeżenia do ustaleń zawartych w informacji pokontrolnej.

Odnosząc się do nieprawidłowości opisanej dla postępowania nr 16/2020 Zamawiający stwierdził, iż wskazanie przez niego w opisie przedmiotu zamówienia certyfikatu *DIN DVGW* „nie miało na celu eliminacji potencjalnych wykonawców oraz nie miało wpływu na konkurencyjność w przedmiotowym postępowaniu”. Zamawiający podkreślił także, że w trakcie postępowania nie wpłynęło do niego żadne zapytanie od potencjalnych wykonawców dotyczące możliwości dopuszczenia innych równoważnych certyfikatów, co jego zdaniem potwierdza fakt niewystąpienia szkody finansowej w budżecie UE.

Ponadto, jak dowodzi Beneficjent, *DIN DVGW* „to certyfikat niemieckiego stowarzyszenia naukowo technicznego gazu i wody, będącego niezależną i bezstronną branżową instytucją, celem której jest zapewnienie najwyższego poziomu bezpieczeństwa i jakości. Uzyskanie przez produkt znaku jakości *DVGW* potwierdza posiadanie cech jakościowych wykraczających poza minimalne wymagania bezpieczeństwa. Oznacza również, że są zgodne z przepisami bezpieczeństwa obowiązującymi we wszystkich państwach członkowskich UE”.

Odnosząc się do opisanej w niniejszym punkcie nieprawidłowości należy stwierdzić, iż Zamawiający wskazując w opisie przedmiotu zamówienia w części dotyczącej palnika laboratoryjnego na certyfikat *DIN DVGW Niemieckiego Stowarzyszenia Naukowo-Technicznego Gazu i Wody*, bez jednoczesnego wskazania, że dopuszcza wykazanie się równoważnym certyfikatem (wydanym chociażby przez Polskie Centrum Badań i Certyfikacji), bez wątplenia mógł zniechęcić część potencjalnych dostawców, a co za tym idzie, w nierówny sposób potraktował ewentualnych oferentów.

Poza tym, Zamawiający w żaden sposób nie wykazał w przekazanych wyjaśnieniach, że niezastosowanie się przez niego do regulacji zawartych w treści art. 30 ust. 4 ustawy Pzp pozostało bez wpływu na konkurencyjność niniejszego postępowania.

Potwierdzenie tego można znaleźć w treści art. 60 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2014/25/UE, która stanowi, że „do każdego odniesienia do norm należy dołączać zwrot „lub równoważne”. Obowiązek ten ma zastosowanie do wszystkich rodzajów norm, do których instytucja zamawiająca odnosi się w specyfikacji technicznej: poprzez odniesienie do specyfikacji technicznych oraz, w kolejności, do: norm krajowych przenoszących normy europejskie, europejskich ocen technicznych, wspólnych specyfikacji technicznych, norm międzynarodowych, innych systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organy normalizacyjne lub – w przypadku ich braku – do norm krajowych, krajowych aprobat technicznych lub krajowych specyfikacji technicznych dotyczących projektowania, wyliczeń i realizacji robót budowlanych oraz wykorzystania dostaw; każdemu odniesieniu towarzyszą słowa „lub równoważne”.

Obowiązek dołączania zwrotu „lub równoważne” do każdego odniesienia do norm jest dodatkowo uzupełniony w art. 60 ust. 5, który stanowi:

(...) nie może on [podmiot zamawiający] odrzucić oferty na podstawie faktu, iż roboty budowlane, dostawy lub usługi będące przedmiotem oferty nie są zgodne ze specyfikacjami technicznymi, do których się ona odnosi, jeżeli oferent udowodni w swojej ofercie za pomocą dowolnych stosownych środków, w tym za pomocą środków dowodowych, o których mowa w art. 62, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w specyfikacjach technicznych. (...)

Brak zwrotu „lub równoważne” w dokumentacji przetargowej mógł mieć zniechęcający wpływ na potencjalnych oferentów. Wymóg ten jest bezpośrednio powiązany z określonymi w traktatach europejskich zasadami niedyskryminacji i równego traktowania, przejrzystości, proporcjonalności i wzajemnego uznawania.

Z orzecnictwa jasno wynika, że w dziedzinie zamówień publicznych na dostawy nie dodanie słów „lub równoważne” w specyfikacji istotnych warunków zamówienia konkretnego produktu może nie tylko zniechęcić do złożenia ofert podmioty gospodarcze stosujące produkty podobne do produktu objętego przetargiem, ale również hamuje napływ przywozu w handlu wewnętrznym, naruszając art. 34 Traktatu i ograniczając rynek wyłącznie do dostawców oferujących konkretnie wskazany produkt.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie dał potencjalnym dostawcom możliwości wykazania się posiadaniem krajowego certyfikatu dla oferowanego produktu, który również potwierdziłby spełnianie wymagań bezpieczeństwa obowiązujących w państwach członkowskich UE.

Dobrym przykładem może być tutaj Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 września 1988 r. (Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Irlandii – Sprawa 45/87), dotyczące kwestii wymogu określonego przed irlandzką firmę, aby użyte do realizacji zamówienia rury spełniały tylko i wyłącznie normę krajową, bez możliwości wykazania przez hiszpańskiego wykonawcę, że stosowane przez niego rury spełniają normę równoważną, w tym przypadku hiszpańską.

W treści ww. orzeczenia możemy przeczytać, że „art. 10 dyrektywy 71/305, na który powołuje się Komisja, stanowi, że państwa członkowskie zobowiązane są zakazać zamieszczania w klauzulach umownych dotyczących danego zamówienia specyfikacji technicznych wskazujących na produkty wykonane przez konkretnego producenta, pochodzące z konkretnego źródła lub konkretnego procesu produkcyjnego, tym samym faworyzując lub eliminując pewne przedsiębiorstwa. W szczególności należy zakazać wskazywania typu, konkretnego źródła pochodzenia lub produkcji. Wskazanie takie jest jednak dopuszczalne, jeżeli towarzyszy mu sformułowanie „lub równoważne”, gdy zamawiający nie są zdolni opisać w specyfikacjach przedmiotu zamówienia, w sposób wystarczająco dokładny i zrozumiały dla wszystkich zainteresowanych stron. W klauzuli 4.29

ogłoszenia o przetargu stanowiącego przedmiot sporu w niniejszej sprawie brak wyrażenia "lub równorzędne".

(...) Rząd irlandzki utrzymuje, że określanie norm, jakie muszą spełniać wyprodukowane materiały jest konieczne, zwłaszcza w sytuacji takiej jak ta, o której mowa, gdy zastosowane rury muszą pasować do istniejącej sieci. Zgodność z inną normą - choćby nawet międzynarodową, jak ISO 160:1980 - nie wystarczy do usunięcia pewnych trudności technicznych.

Ten techniczny argument jest nie do przyjęcia. Skarga Komisji nie dotyczy zgodności z wymogami technicznymi, ale tego, iż władze irlandzkie odmówiły sprawdzenia, czy wymogi te spełniają materiały, których producent nie uzyskał certyfikatu IS 188 z IIRS. Umieściwszy w ogłoszeniu, o którym mowa sformułowanie "lub równorzędne" po powołaniu się na irlandzką normę, zgodnie z postanowieniami dyrektywy 71/305 tam, gdzie jest to odpowiednie, władze irlandzkie mogłyby sprawdzać zgodność z wymogami technicznymi, nie ograniczając już na wstępie przetargu wyłącznie do oferentów proponujących wykorzystanie materiałów produkcji irlandzkiej".

Wnioski płynące z opisanego przypadku prowadzą do jednoznacznej konkluzji, iż opisując przedmiot zamówienia poprzez wskazanie konkretnej normy potwierdzającej szczególnie właściwości danego urządzenia, nie należy kierować się w żadnym razie preferencjami krajowymi, zaś opis taki tylko wtedy jest akceptowalny, gdy wskazanej normie towarzyszy dopisek „lub równoważne” umożliwiający wykazanie w inny sposób spełnianie parametrów technicznych zamawianego urządzenia.

Ponadto gdyby Zamawiający dopuścił możliwość wykazania się przez wykonawców równoważnym certyfikatem, z pewnością zapewniona zostałaby większa konkurencja w postępowaniu, a co za tym idzie, mogłyby wpłynąć oferty korzystniejsze cenowo, co z kolei przełożyłoby się na niższy wydatek do sfinansowania ze środków UE – oczywiście przy zachowaniu odpowiednich standardów zamawianego produktu.

Reasumując, Instytucja Zarządzająca po rozpatrzeniu wniesionych zastrzeżeń oraz ponownej analizie przedmiotowego przypadku, podtrzymuje ustalenia pokontrolne z dnia 24.05.2021 r. dotyczące nieprawidłowości opisanej w niniejszym punkcie.

Powyższe naruszenie przepisów prawa, które na skutek działania Beneficjenta doprowadziło do powstania potencjalnej szkody finansowej stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) NR 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiające 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 ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz.U.UE.L.2013.347.320 – dalej „rozporządzenie ogólne”).

Zgodnie z art. 24 ust. 5 i 9 ustawy wdrożeniowej oraz § 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U.2020.1264 - dalej „Rozporządzenie”) wartość stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej w przypadku korekty finansowej jest równa kwocie wydatków poniesionych nieprawidłowo w części odpowiadającej kwocie współfinansowania UE, natomiast w przypadku pomniejszenia jest równa kwocie wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach tego zamówienia.

Jednakże zgodnie z art. 24 ust. 6 ustawy wdrożeniowej i §3 Rozporządzenia obniża się wartość korekty i stosuje się §5 Rozporządzenia.

Za powyższe naruszenie przewidziano stawkę w wysokości **10%** odpowiadającą kategorii nieprawidłowości indywidualnej nr 11 pn.:

Rodzaj nieprawidłowości:

Zastosowanie:

- kryteriów wykluczenia, kwalifikacji, udzielenia zamówienia
lub

- warunków realizacji zamówienia

lub

- specyfikacji technicznej;

które nie są dyskryminacyjne w rozumieniu poprzedniego rodzaju nieprawidłowości, ale w inny sposób ograniczają dostęp dla wykonawców.

Opis nieprawidłowości:

Odnosi się to do kryteriów lub warunków, które – mimo że nie są dyskryminujące ze względu na preferencje krajowe, regionalne lub lokalne – prowadzą jednak do ograniczenia wykonawcom dostępu do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, na przykład:

3) przypadki, w których wymagane są konkretne znaki towarowe / marki / normy¹, z wyjątkiem sytuacji, gdy takie wymogi są związane z częściami pomocniczymi umowy i ich potencjalny wpływ na budżet Unii Europejskiej jest wyłącznie formalny.

5.1.3.d

Przedmiotem niniejszego zamówienia (bez podziału na części) jest dostawa sprzętu medycznego wg formularza cenowego 16/2020, tj. łóżek szpitalnych oraz drobnego sprzętu medyczny, na który składają się: kardiomonytory, aparaty EKG, defibrylator z wyposażeniem, waga medyczna, nebulizatory, ssaki, miesządo hematologiczne oraz wirówki, wytrząsarki i palniki laboratoryjne.

W dokumentacji przetargowej, szczególnie zaś w protokole postępowania – stwierdzono natomiast brak uzasadnienia niedokonania podziału przedmiotu zamówienia na części.

Ponadto w treści pkt 3.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zapisał, że: „nie dopuszcza się składania ofert częściowych. Brak oferty cenowej nawet w jednej pozycji pakietu spowoduje odrzucenie oferty”.

Zgodnie z treścią art. 96 ust. 1 pkt 11 Pzp – „W trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół, zawierający co najmniej: (...) powody niedokonania podziału zamówienia na części”.

W związku z powyższym, poproszono Beneficjenta o wyjaśnienie - dlaczego nie dokonał podziału przedmiotu zamówienia na części, co z pewnością, mając na uwadze asortyment składający się na przedmiot zamówienia, wpłynęłoby korzystnie na konkurencyjność postępowania.

W odpowiedzi, w piśmie z dnia 19.04.2021 r., Zamawiający wyjaśnił, że „nie dokonał podziału zamówienia na części, ponieważ w trakcie szacowania wartości zamówienia i podejmowania decyzji o podziale przewidzianej do zakupu aparatury medycznej na pakiety, wzięto również pod uwagę kryterium podobieństwa cenowego, funkcjonalności i tożsamości czasowej, jak również możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. W trakcie przygotowywania fiszki projektowej do projektu, jak i innych działań w projekcie, (szpital posiadał statut „Szpitala Jednoimiennego”), możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę była w pełni uzasadniona, zgodnie z otrzymanymi zaleceniami o ograniczeniu do minimum wstępu na teren szpitala osób z zewnątrz, w celu zredukowania do minimum możliwości zakażenia personelu szpitala”.

Przede wszystkim należy potwierdzić, że brak w treści protokołu postępowania, jak również w innych dokumentach postępowania, uzasadnienia niedokonania podziału przedmiotu zamówienia na części jest bezsporny.

Nie sposób zgodzić się z argumentacją Beneficjenta, że przy decyzji o podziale bądź nie przedmiotu zamówienia na części, wziął pod uwagę podobieństwo funkcjonalne, cenowe i tożsamość czasową.

¹ Bez dopuszczenia równoważnego znaku towarowego lub marki przez niezastosowanie obowiązkowego wyrażenia „lub równoważne”

Zestawiając ze sobą ceny jednostkowe wymienionych sprzętów (opierając się na dokumencie z szacowania wartości zamówienia) uwidacznia się rozbieżność – począwszy od kwoty ok. 92.600 zł za defibrylator, poprzez ok. 15.000 zł za wirówkę laboratoryjną, ok. 5.500 zł za łóżko szpitalne, aż do niecałego tysiąca złotych, na które wyceniona został nebulizator. Ponadto należy zauważyć, że z przepisów prawa nie wynika wymóg grupowania zamówień tożsamych cenowo, zatem argument przedstawiony przez Beneficjenta jest chybiony. Nie potwierdzono także tożsamości funkcjonalnej defibrylatora, nebulizatora, wagi medycznej, łóżka szpitalnego czy laboratoryjnej wirówki.

Warto również zacytować fragment treści uchwały KIO z dnia 13.12.2019 r. (sygn. KIO/KD 75/19), w której możemy przeczytać, że „*To zamawiający podejmuje decyzję o podziale zamówienia na części w zależności od swoich potrzeb, jednak musi kierować się także zasadą zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ZamPublU). Brak podziału zamówienia na części, jeśli będzie skutkować brakiem możliwości ubiegania się mniejszych podmiotów o zamówienia, może stanowić naruszenie ZamPublU.*

Zgodnie z treścią art. 96 ust. 1 pkt 11 ZamPublU w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół, zawierający powody niedokonania podziału zamówienia na części. Zamawiający uzasadniając przyczyny braku podziału zamówienia na części, nie może powoływać się wyłącznie na korzyści organizacyjne, wynikające z prowadzenia jednego, a nie większej liczby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższy przepis stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego normy zawartej w art. 46 ust. 1 dyrektywy klasycznej, który stanowi m.in., że instytucje zamawiające dokonują wskazania najważniejszych powodów swojej decyzji o niedokonaniu podziału zamówienia na części, które zamieszcza się w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu, o którym mowa w art. 84 dyrektywy klasycznej. Należy zauważyć, że jednym z głównych celów dyrektyw z zakresu zamówień publicznych jest zwiększenie udziału sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w rynku zamówień publicznych. Działanie takie powinno zaowocować również zwiększeniem konkurencji między wykonawcami”.

Reasumując, Zamawiający nie wypełnił więc w przedmiotowym postępowaniu ustawowego wymogu dotyczącego zawartości protokołu postępowania poprzez nieumieszczenie w jego treści uzasadnienia braku podziału przedmiotu zamówienia na części, co **stanowi naruszenie art. 96 ust. 1 pkt 11 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp.**

Instytucja Zarządzająca podkreśla, iż w ramach przedmiotowego zamówienia Zamawiający wymagał dostarczenia wielu bardzo specjalistycznych produktów, które w sposób zasadniczy różnią się od siebie funkcjonalnie.

Co więcej krąg Wykonawców oferujących dostawę łóżek szpitalnych, jest zupełnie inny od grupy Wykonawców zajmujących się sprzedażą urządzeń i sprzętu laboratoryjnego, zaś w obecnej formie (bez podziału przedmiotu zamówienia na części) do niniejszego postępowania mogli przystąpić przede wszystkim (lub jedynie) dystrybutorzy posiadający bardzo szeroką ofertę sprzętu medycznego, co bezsprzecznie wpłynęło na wartość zaoferowanych cen. Ponadto w powiązaniu z różnorodnym zakresem produktów zamawianych w ramach niniejszego zamówienia stanowi to nieuzasadnione określenie rygorystycznych wymagań Beneficjenta, które w znaczący sposób ogranicza krąg wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotowej dostawy.

Takie działanie stanowi zatem naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać konkurencję.

W świetle przywołanej normy prawnej opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwić wykonawcom jednakowy dostęp do postępowania i nic może powodować nieuzasadnionych przeszkód w ubieganiu się o jego udzielenie. Działaniem wbrew ww. zasadzie jest nie tylko użycie w opisie przedmiotu zamówienia określeń czy parametrów wskazujących konkretny produkt, ale również na tyle rygorystyczne określenie wymagań, że nie jest to uzasadnione ani w technicznym ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Warto w tym miejscu odwołać się także do art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który jednoznacznie nakazuje Zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Przekładając powyższe normy prawne na grunt niniejszej sprawy należy wysunąć wniosek, iż na rynku dostawców trudno znaleźć podmiot, który byłby w stanie samodzielnie wykonać to zamówienie. Powyższą tezę potwierdza fakt złożenia tylko 1 oferty w analizowanym postępowaniu. Tym samym, w ramach niniejszego zamówienia mogło dojść do efektu zniechęcenia wykonawców, bowiem nie można wykluczyć, że jakiś Wykonawca zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, ostatecznie nie złożył oferty gdyż nie udało mu się zbudować konsorcjum, pozyskać podwykonawców zdolnych do jego realizacji.

Nie ulega wątpliwości, że gdyby Beneficjent podzielił przedmiot niniejszego zamówienia na części, to krąg potencjalnych wykonawców byłby większy. W postępowaniu mogłaby zatem zostać złożona większa ilość ofert. Nie można także wykluczyć, że oferty takich wykonawców mogłyby okazać się korzystniejsze od oferty ostatecznie wybranej.

Pismem z dnia 07.06.2021 r. Beneficjent wniósł zastrzeżenia do powyższych ustaleń.

Zgodnie z jego stwierdzeniem wyrażonym w piśmie, „brak podziału na części przedmiotu zamówienia był podyktowany koniecznością realizacji zamówienia w specyficznych warunkach panujących w obecnym czasie w Szpitalu. Jednostka została przekształcona w Szpital Jednoimienny. Przeprowadzanie postępowań przetargowych, w tych trudnych warunkach nie było dogodnie ani dla Zamawiającego, ani też dla Wykonawców”.

Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę, iż odnośnie każdego z urzędzeń składających się na przedmiot zamówienia, konieczne było przeprowadzenie szkoleń z zakresu jego użytkowania. W związku z tym „ze względu na stały przyrost zachorowań i hospitalizacji pacjentów z covid oraz bezwzględny obowiązek ograniczenia ilości wykonawców na obiekcie szpitalnym, podjęto decyzję, aby jeden wykonawca zrealizował całe zamówienie - między innymi ze względu na konieczność przeprowadzania szkoleń dla każdego urzędnika”.

Zamawiający podkreślił także, że w trakcie postępowania nie otrzymał ani jednego zapytania dotyczącego możliwości „rozbicia pakietu na dodatkowe części”.

Odnosząc się do przekazanych zastrzeżeń, trzeba wskazać, że Zamawiający, nie udowodnił, iż udzielenie zamówienia, jako jednego pakietu, na który składał się tak różnorodny sprzęt medyczny, było korzystniejsze z punktu widzenia ekonomicznego, a tym samym zgodnie z art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tj. Dz. U. 2021 r. poz. 305), wydatkowanie środków publicznych w związku z realizacją rozpatrywanego zamówienia zostało dokonane „w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów”; do czego Beneficjent zobowiązany jest m.in. na podstawie treści §15 ust. 1 umowy o dofinansowanie nr UDA-RPSL.10.01.00-24-0314/20-00 podpisanej dnia 29.07.2020 r.

Mogło dojść do sytuacji, w której w wyniku działania Beneficjenta polegającego na tym, że poprzez brak podziału zamówienia na części i zakup wszystkich urządzeń łącznie w jednym pakiecie, Zamawiający poniósł większy wydatek, niż mogłoby to mieć miejsce przy dokonaniu podziału przedmiotu zamówienia.

Reasumując, Instytucja Zarządzająca po rozpatrzeniu wniesionych zastrzeżeń oraz ponownej analizie przedmiotowego przypadku, podtrzymuje ustalenia pokontrolne z dnia 24.05.2021 r. dotyczące nieprawidłowości opisanej w niniejszym punkcie.

Powyższe naruszenie przepisów prawa, które na skutek działania Beneficjenta doprowadziło do powstania potencjalnej szkody finansowej stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia ogólnego.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 i 9 ustawy wdrożeniowej oraz §2 Rozporządzenia wartość stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej w przypadku korekty finansowej jest równa kwocie wydatków poniesionych nieprawidłowo w części odpowiadającej kwocie współfinansowania UE, natomiast w przypadku pomniejszenia jest równa kwocie wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach tego zamówienia.

Jednakże zgodnie z art. 24 ust. 6 ustawy wdrożeniowej i § 3 rozporządzenia obniża się wartość korekty i stosuje się § 5 rozporządzenia.

Za powyższe naruszenie przewidziano stawkę w wysokości **5%** odpowiadającą kategorii nieprawidłowości indywidualnej nr 3 pn.:

Rodzaj nieprawidłowości:

Brak uzasadnienia powodu, dla którego zamówienia nie podzielono na części.

Opis nieprawidłowości:

Instytucja zamawiająca nie wskazuje głównych powodów, dla których postanowiono nie dzielić zamówienia na części lub nie umożliwić składania ofert częściowych, co może mieć wpływ na ograniczenie konkurencji.

Podsumowanie dla zamówienia:

Uchybienie nr	Numer kategorii nieprawidłowości indywidualnej	Wartość % korekty
5.1.3.c	11	10%
5.1.3.d	3	5%

Zgodnie z § 9 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień:

1. W przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych wartość korekt finansowych lub pomniejszeń nie podlega sumowaniu.
2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, do wszystkich stwierdzonych nieprawidłowości indywidualnych stosuje się jedną korektę finansową lub jedno pomniejszenie o najwyższej wartości.

5.1.4

Nazwa i przedmiot zamówienia: Dostawa środków dezynfekujących wg formularza cenowego 19/2020:

Pakiet nr 1 – Dezynfekcja rąk

Pakiet nr 2 – Dezynfekcja powierzchni

Pakiet nr 3 – Dezynfekcja przez zamgławianie

Rodzaj zamówienia: dostawa

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: 19/2020

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: BZP,

Ogłoszenie o zamówieniu nr 584839-N-2020 z dnia 16.09.2020 r.

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony

Szacunkowa wartość zamówienia: 245.000,00 zł netto (57.386,46 euro), w tym:

Pakiet nr 1 – 87.000,00 zł (20.378,05 euro)

Pakiet nr 2 – 115.000,00 zł (26.936,50 euro)

Pakiet nr 3 – 43.000,00 zł (10.071,91 euro)

Umowa z wykonawcą (numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto):

Pakiety nr 1 i 2 - Umowa nr 19/2020 / 12.10.2020 r. / Centrum Zaopatrzenia Medycznego CEZAL S.A., ul. Widna 4, 50-543 Wrocław / 196.925,29 zł (z tego: Pakiet nr 1 – 83.446,74 zł, Pakiet nr 2 – 113.478,55 zł)

Postępowanie na Pakiet nr 3 zostało unieważnione na podst. art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp – nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

5.1.4.a

W treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w BZP pod numerem 584839-N-2020 w dniu 16.09.2020 r., zespół kontrolny stwierdził brak wypełnionego załącznika do ogłoszenia, w którym powinny znaleźć się informacje na temat poszczególnych części zamówienia w przypadku, gdy przedmiot zamówienia został przez Zamawiającego podzielony na części, jak w przedmiotowym postępowaniu.

W treści art. 11 ust. 6 Pzp zawarte zostało wskazanie, że „Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, wzory ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, mając na względzie rodzaje ogłoszeń oraz wartość zamówienia albo konkursu”.

Z treści załącznika nr 1 do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz.U.2016.1127 z późn. zm. – dalej: rozporządzenie ws. wzorów ogłoszeń) stanowiącego wzór ogłoszenia o zamówieniu wynika, iż dla postępowań, w których przedmiot zamówienia jest podzielony na części, Zamawiający powinien wypełnić załącznik do ogłoszenia, w którym ma obowiązek zapisać wskazane we wzorze informacje odnoszące się do każdej z części przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie trzeba odnotować fakt, iż w pozostałej dokumentacji postępowania, tzn. w treści SIWZ oraz załącznikach do SIWZ takich jak: formularz cenowy, formularz ofertowy oraz wzór umowy, zapisane zostały niezbędne informacje dotyczące przedmiotu zamówienia, umożliwiające potencjalnym wykonawcom złożenie oferty. Ponadto żaden wykonawca na etapie postępowania nie zwrócił się do Zamawiającego z zapytaniem o podanie informacji, które winny znaleźć się w załączniku do ogłoszenia.

Zamawiający dopuścił się niezgodności treści ogłoszenia o zamówieniu z rozporządzeniem w sprawie wzorów ogłoszeń wskazanym w art. 11 ust. 6 Pzp, jednakże uchybienia te kwalifikuje się jako formalne, niemające skutków finansowych.

5.1.5

Nazwa i przedmiot zamówienia: Zakup urządzeń do dekontaminacji pomieszczeń w ramach projektu RPO

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: BU-69/2020

Umowa z wykonawcą (numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto):

Zamówienie z dnia 19.10.2020 r. / MEDEMA, ul. Diany 5 lok. 1, 80-299 Gdańsk / 19.747,65 zł

Brak uchybień formalnych oraz uchybień mających skutki finansowe stwierdzonych w wyniku czynności kontroli.

5.1.6

Nazwa i przedmiot zamówienia: Dostawa sprzętu komputerowego wg formularza cenowego 21/2020:

Pakiet nr 1 – Dostawa oraz wdrożenie urządzenia typu UTM/Firewall

Pakiet nr 2 – Dostawa 10 zestawów komputerowych (z monitorami i oprogramowaniem)

Pakiet nr 3 – Dostawa monochromatycznego urządzenia wielofunkcyjnego

Pakiet nr 4 – Dostawa 3 drukarek monochromatycznych

Rodzaj zamówienia: dostawa

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: 21/2020

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: BZP,

Ogłoszenie o zamówieniu nr 588516-N-2020 z dnia 25.09.2020 r.

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony

Szacunkowa wartość zamówienia: 105.691,05 zł netto (24.756,06 euro), w tym:

Pakiet nr 1 – 48.780,49 zł (11.425,87 euro)

Pakiet nr 2 – 40.650,41 zł (9.521,56 euro)

Pakiet nr 3 – 12.195,12 zł (2.856,47 euro)

Pakiet nr 4 – 4.065,04 zł (952,16 euro)

Umowa z wykonawcą (numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto):

Pakiet nr 1 - Umowa nr 21/1/2020 / 23.10.2020 r. / IMNS Polska Sp. z o.o., ul. Klecińska 125, 54-413 Wrocław / 49.944,15 zł

Pakiet nr 2 - Umowa nr 21/2/2020 / 23.10.2020 r. / Komputer3000 Sp. z o.o., ul. Moniuszki 12, 21-500 Biała Podlaska / 35.301,00 zł

Pakiety nr 3 i 4 - Umowa nr 21/3/2020 / 23.10.2020 r. / F.H.U. KONTRAKT Adam Goik, ul. Karpacka 11, 40-216 Katowice / 13.259,40 zł

(z tego: *Pakiet nr 3 – 11.008,50 zł; Pakiet nr 4 – 2.250,90 zł*)

5.1.6.a

Zgodnie z treścią notatki służbowej z 25.09.2020 r. dotyczącej określenia wartości zamówienia i powołania Komisji Przetargowej, stosownie do Zarządzenia Nr 1/2010 Dyrektora Szpitala Rejonowego w Raciborzu, do prowadzenia przedmiotowego postępowania Zamawiający powołał komisję przetargową w składzie 2 osobowym.

Zgodnie z treścią art. 21 ust. 2 Pzp – „Komisja przetargowa składa się z co najmniej trzech osób”. Opierając się na przepisach Działu II Rozdziału 1 ustawy Pzp trzeba stwierdzić, iż powołanie komisji przetargowej jest obowiązkiem kierownika zamawiającego, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – jest to unormowane w treści art. 19 ust. 1 - „Kierownik zamawiającego powołuje komisję przetargową (...)”.

Natomiast w treści art. 19 ust. 2 zapisano, że „Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, kierownik zamawiającego może powołać komisję przetargową. Przepisy niniejszego rozdziału stosuje się”. Oznacza to, że co prawda Zamawiający nie miał w przedmiotowym postępowaniu obowiązku powołania komisji przetargowej, ale skoro już się na to zdecydował, to powinien zastosować przepisy Rozdziału 1 dotyczące komisji przetargowej („przepisy niniejszego rozdziału stosuje się”), w związku z czym powołana przez kierownika Zamawiającego komisja przetargowa powinna składać się z minimum 3 osób (art. 21 ust. 2 Pzp).

Zamawiający powołując komisję przetargową w składzie jedynie 2 osobowym dopuścił się naruszenia przepisu art. 21 ust. 2 ustawy Pzp, nie spełniając wyraźnie sprecyzowanego wymogu, aby komisja przetargowa składała się z co najmniej trzech osób.

Poproszony o wyjaśnienie powyższego, w piśmie z dnia 24.03.2021 r. Beneficjent stwierdził, iż „komisja 3 osobowa jest wymagana wyłącznie w postępowaniach unijnych tj. powyżej kwoty 214 tys. euro. Postępowanie 21/2020 było postępowaniem krajowym, w którym nie było obowiązku tworzenia komisji przetargowej zgodnie z art. 53 ustawy Pzp”.

W swoim wyjaśnieniu Beneficjent powołał się na przepisy art. 53 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2019.2019 – dalej „nowa ustawa Pzp”), jednakże odpowiadające co do treści regulacjom art. 19 ustawy Pzp obowiązującej na moment wszczęcia przedmiotowego postępowania. W sposób analogiczny dotyczy to zapisu przytaczanego powyżej art. 21 ust. 2, który ma swoje dokładne odzwierciedlenie w treści art. 55 ust. 2 nowej ustawy Pzp.

Nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający nieprawidłowo zinterpretował dyspozycje zawarte w art. 19 Pzp, co w konsekwencji przełożyło się na to, że nie dopełnił wymogu opisanego w treści art. 21 ust. 2 Pzp.

Jednakże trzeba odnotować fakt, że 2 osobowy skład komisji przetargowej nie miał wpływu na

sprawność oraz przejrzystość jej pracy, jak również żadnego przełożenia na skuteczność jej działań, a co za tym idzie na prawidłowość dokonanego wyboru najkorzystniejszych ofert dla Pakietów 1-4, na które podzielony został przedmiot zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że w kontrolowanym postępowaniu doszło do naruszenia dyspozycji art. 21 ust. 2 Pzp, jednakże uchybienie kwalifikuje się jako formalne, niemające skutków finansowych.

5.1.6.b

Zgodnie z zapisem w sekcji II.8 ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w BZP pod numerem 588516-N-2020 w dniu 25.09.2020 r. – termin realizacji przedmiotu zamówienia to 31.10.2020 r.

Natomiast zgodnie z treścią pkt 4 SIWZ termin wykonania zamówienia to:

- dla Pakietu nr 1 – dzień 13.11.2020 r.
- dla Pakietów nr 2, 3 i 4 – dzień 31.10.2020 r.

Treść ustawy Pzp w art. 36 ust. 1 pkt 4 oraz w art. 41 pkt 6 bez wątpliwości wskazuje, iż „*termin wykonania zamówienia*” stanowi odpowiednio zawartość specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu.

Oczywiste jest w tym wypadku także to, że oba zapisy muszą być ze sobą spójne, tak aby potencjalny wykonawca nie miał wątpliwości, co to terminu, w jakim powinien zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z intencją Zamawiającego.

Ponadto, w treści art. 11 ust. 6 Pzp zawarte zostało wskazanie, że „*Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, wzory ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, mając na względzie rodzaje ogłoszeń oraz wartość zamówienia albo konkursu*”.

Z treści załącznika nr 1 do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz.U.2016.1127 z późn. zm. – dalej: rozporządzenie ws. wzorów ogłoszeń) stanowiącego wzór ogłoszenia o zamówieniu wynika, iż dla postępowań, w których przedmiot zamówienia jest podzielony na części, Zamawiający powinien wypełnić załącznik do ogłoszenia, w którym ma obowiązek zapisać wskazane we wzorze informacje odnoszące się do każdej z części przedmiotu zamówienia, w tym oczywiście również – termin wykonania.

W związku z powyższym nie ma wątpliwości, iż poprzez brak spójności zapisów treści ogłoszenia o zamówieniu z treścią SIWZ, dotyczących terminu wykonania przedmiotu zamówienia – Zamawiający naruszył art. 36 ust. 1 pkt 4 oraz art. 41 pkt 6 Pzp.

Dodatkowo Zamawiający dopuścił się niezgodności treści ogłoszenia o zamówieniu z rozporządzeniem w sprawie wzorów ogłoszeń wskazanym w art. 11 ust. 6 Pzp.

Poproszony o wyjaśnienie powyższych kwestii, w piśmie z dnia 24.03.2021 r. Beneficjent odpowiedział lakonicznie, iż „*w systemie ogłaszania w BZP była możliwość zaznaczenia tylko jednej daty*”.

Jednocześnie trzeba także odnotować fakt, że w SIWZ oraz formularzu cenowym zapisane zostały właściwe terminy realizacji przedmiotu zamówienia (różne dla pakietu nr 1 oraz pakietów nr 2, 3 i 4). Podobnie we wzorze umowy dla każdego z Pakietów jest odwołanie do terminu realizacji wskazanego w treści formularza cenowego, a więc właściwego dla każdej z części zamówienia.

Na dostawę Pakietu nr 1 w postępowaniu złożone zostały 2 oferty, konkurencyjność została więc w tym przypadku zachowana i nie sposób wykazać, że rozbieżność wpłynęła na wykonawców zniechęcająco. Podobnie żaden z potencjalnych wykonawców na etapie postępowania nie zwrócił się do Zamawiającego z zapytaniem o właściwy termin realizacji dostawy Pakietu nr 1.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że w kontrolowanym postępowaniu doszło do naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 4 i art. 41 pkt 6 Pzp poprzez brak spójności zapisów ogłoszenia

o zamówieniu z treścią SIWZ oraz do niezgodności treści ogłoszenia o zamówieniu z rozporządzeniem w sprawie wzorów ogłoszeń wskazanym w art. 11 ust. 6 Pzp, jednakże uchybienia te kwalifikuje się jako formalne, niemające skutków finansowych.

5.1.6.c

W rozdziale 15 SIWZ Zamawiający zawarł opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze najkorzystniejszej oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert: A) Cena oferty – 100%.

Zgodnie z art. 91 ust. 2a Pzp Zamawiający mogą zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia.

W załączniku do protokołu postępowania uzasadniając zastosowanie kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert Zamawiający zapisał:

*„Komisja (...) proponuje przyjąć do oceny ofert postępowania nr 21/2020 (...) jedynie kryterium **ceny** z uwagi na fakt, iż zamawiający dokładnie sprecyzował wymagania i parametry techniczne jakie ma spełniać zaoferowany sprzęt oraz określił okresy gwarancji, terminy dostaw i realizacji”.*

W dokumentacji postępowania rzeczywiście określone zostały standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia poprzez dokładne sprecyzowanie wymagań oraz parametrów technicznych, jednakże Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się oraz nie wykazał kosztów cyklu życia produktu.

Tymczasem zgodnie z art. 91 ust. 3c Pzp rachunek kosztów cyklu życia może obejmować w szczególności koszty:

- 1) poniesione przez zamawiającego lub innych użytkowników związane z:
 - a) nabyciem,
 - b) użytkowaniem, w szczególności zużycie energii i innych zasobów,
 - c) utrzymaniem,
 - d) wycofaniem z eksploatacji, w szczególności koszty zbierania i recyklingu (...).

Zamawiający formułując kryteria oceny ofert dopuścił się naruszenia przepisu art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, przypisując w sposób nieuprawniony kryterium ceny wagę przekraczającą 60%.

Poproszony o wyjaśnienie powyższego, w piśmie z dnia 24.03.2021 r. Beneficjent potwierdził jedynie, że zaoferowany sprzęt medyczny spełniał dokładnie sprecyzowane wymagania i parametry techniczne oraz określone: okresy gwarancji, termin dostawy i realizacji.

Definicja „cyklu życia” została określona w art. 2 pkt 1a ustawy Pzp. Obejmuje ona swym zakresem wszelkie możliwe kolejne lub powiązane fazy istnienia przedmiotu dostawy, usługi lub roboty budowlanej, w szczególności m.in. używanie, naprawę, modernizację, zmianę, utrzymanie przez okres istnienia, zużycie, wycofanie i usuwanie. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż, Beneficjent nie odniósł się do takich elementów kosztów cyklu życia jak choćby kosztów związanych z użytkowaniem (np. koszty związane z konserwacją, obsługą przedmiotu zamówienia, zużyciem energii) czy też wycofaniem z eksploatacji (np. koszty recyklingu), które w zależności od zaoferowanych produktów wcale nie muszą być pomijalnie małe.

Zamawiający nieprawidłowo zastosował dyspozycję art. 91 ust. 2a Pzp, jednakże biorąc pod uwagę fakt, że przepisy Dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych (motyw 92 Preambuły) nie określają wymaganego poziomu kryteriów poza cenowych, a w rozporządzeniu Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej z 22 czerwca 2020 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U.2020.1264), nie przewidziano korekty finansowej

w związku z naruszeniem art. 91 ust. 2a Pzp polegającym na niewłaściwym zastosowaniu kryterium ceny, jako jedyne kryterium oceny ofert, uchybienie kwalifikuje się jako formalne, niemające skutków finansowych.

5.1.6.d

Dla Pakietu nr 4 złożono w przedmiotowym postępowaniu 3 oferty. Wartość dwóch z nich - firmy FHU KONTRAKT z Katowic oraz firmy BP-SERWIS z Raciborza, była niższa odpowiednio: o 55% oraz o 48,5% - od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia.

Jednak z dokumentacji postępowania udostępnionej w LSI wynikało, iż Zamawiający nie przeprowadził procedury badania rażąco niskiej ceny w stosunku do żadnej z ofert.

Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp: *„W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia”*.

W związku z tym, zgodnie z powyższą regulacją, Zamawiający był zobowiązany do przeprowadzenia procedury badania rażąco niskiej ceny odnośnie obydwu ofert. Przepis nie pozostawia w tej materii wyboru Zamawiającemu, bowiem poprzez zwrot *„zwraca się o udzielenie wyjaśnień”* jednoznacznie wskazuje na obligatoryjność czynności.

Dlatego też, poprzez zaniechanie sprawdzenia, czy złożone w postępowaniu oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny, Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 90 ust. 1a ustawy Pzp.

Poproszony o wyjaśnienie tej sytuacji, w piśmie z dnia 24.03.2021 r. Beneficjent stwierdził jedynie, że *„podczas badania i oceny ofert, oferta firmy FHU KONTRAKT spełniała warunki postępowania, a ceny na „rynku” są bardzo zróżnicowane”*. Tym samym nie wskazał również „oczywistych okoliczności”, o których mówi przepis, które mogłyby stanowić argument uzasadniający brak podjęcia przez Zamawiającego czynności wyjaśniających w tym konkretnym przypadku.

Ostatecznie oferta firmy FHU KONTRAKT z Katowic na dostawę Pakietu nr 4 została w przedmiotowym postępowaniu wybrana, jako najkorzystniejsza. Trzeba również odnotować fakt, iż przedmiot zamówienia został zrealizowany w założonym terminie oraz bez zastrzeżeń. Oznacza to, że zaniechanie przez Zamawiającego przeprowadzenia czynności badania rażąco niskiej ceny, w tym konkretnym przypadku okazało się nie mieć wpływu na wynik postępowania oraz realizację umowy. Bowiem jego cel, jakim była dostawa 3 szt. drukarek monochromatycznych, został ostatecznie bezproblemowo osiągnięty.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że w kontrolowanym postępowaniu doszło do naruszenia dyspozycji art. 90 ust. 1a Pzp, jednakże uchybienie kwalifikuje się jako formalne, niemające skutków finansowych.

5.1.6.e

W toku czynności kontrolnych stwierdzono, że Zamawiający w treści załącznika nr 1 do SIWZ odnośnie Pakietu nr 2 (zestawy komputerowe) opisał przedmiot zamówienia m.in. poprzez wskazanie, iż wymaga, aby oferowane urządzenia posiadały oprogramowanie *Windows 10 Pro* (poz. 8) oraz oprogramowanie *Office 2019 H&B* (poz. 9) - bez użycia wyrażenia „lub równoważne”.

Jednocześnie w dokumentacji postępowania nie zawarto ogólnego sformułowania dopuszczającego stosowanie w tym zakresie rozwiązań równoważnych.

Zgodnie z brzmieniem art. 29 ust. 3 ustawy Pzp: *„Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów,*

*chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy **lub równoważny***”.

Z uwagi na brak zapisów dot. równoważności w dokumentacji postępowania zwrócono się do Beneficjenta o wyjaśnienie tej kwestii.

W odpowiedzi, pismem z dnia 19.04.2021 r. Zamawiający wskazał, że „zamówienie (...) przeprowadził zgodnie z założeniami realizowanego projektu. Wydatek jest racjonalny oraz konieczny ze względu na pilną potrzebę dostosowania Szpitala do konieczności przyjmowania pacjentów zarażonych COVID-19 i przeciwdziałania rozprzestrzenianiu się COVID-19. Szpital przygotowywał i ogłosił przetarg w atmosferze najwyższej pilności oraz w okresie wyjątkowo intensywnej pracy w dziale zamówień publicznych, w warunkach zagrożenia zdrowia i życia obywateli, także pracowników Szpitala. Pominięcie wyrazów „lub równoważny” wynika z omyłki pisarskiej oraz niedopatrzenia w tym względzie. Niedopatrzenie to było przypadkowe i nie miało na celu eliminacji innych wykonawców, a Zamawiający miał na myśli możliwość przystąpienia do postępowania jak największej liczby podmiotów”.

~~Mimo powyższego wyjaśnienia, opierając się na stanowisku Komisji Europejskiej wyrażonym w raporcie z misji audytowej nr REGC414PL0172 stwierdza się naruszenie art. 29 ust. 2 w związku z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający opisując przedmiot zamówienia użył nazw własnych (Windows 10 Pro, Office 2019 H&B), bez dopuszczenia możliwości zastosowania równoważnego oprogramowania, poprzez niezastosowanie obowiązkowego wyrażenia „lub równoważny”, co mogło mieć wpływ na konkurencję w badanym postępowaniu.~~

Pismem z dnia 07.06.2021 r. Beneficjent wniósł zastrzeżenia do powyższych ustaleń.

Zgodnie z jego stwierdzeniem „opisał przedmiot zamówienia poprzez wskazanie na oprogramowanie Windows 10 Pro oraz Office 2019 H&B, ponieważ tylko takie oprogramowanie gwarantuje sprawne i bezawaryjne funkcjonowanie całego szpitala. Ponadto cały personel szpitala jest przygotowany do pracy w systemie Windows”. Zdaniem Beneficjenta przejście na inny system oprogramowania w czasie trwania pandemii byłoby bardzo utrudnione, między innymi ze względu na konieczność przeprowadzania szkoleń większości personelu medycznego i administracyjnego. Poza tym, zdarzające się przypadki kwarantanny oraz absencji chorobowych wśród pracowników szpitala, przy „braku możliwości przeprowadzenia jednego wspólnego szkolenia z uwagi na ograniczenia osób przebywających w tym samym pomieszczeniu”, spowodowałyby konieczność rozłożenia takich szkoleń w długim okresie czasu.

„Ponadto wprowadzanie dodatkowego oprogramowania doprowadziłoby do braku kompatybilności z obecnie użytkowanym oprogramowaniem”, zaś czas potrzebny na wdrożenie nowego oprogramowania mógłby wynieść nawet kilka miesięcy.

Odnosząc się do przekazanych zastrzeżeń trzeba odwołać się do przywołanego już w punkcie 5.1.3.c pisma MFiPR, w którym czytamy, iż „w świetle przepisu art. 29 ust 3 Pzp – nie ma zakazu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wskazywać konieczność kompatybilności przedmiotu zamówienia ze sprzętem medycznym, jaki zamawiający już posiada. Taka jest przecież obiektywna potrzeba. Ponadto, jeśli w warunkach/opisie kompatybilności pojawił się jakiś znak towarowy/norma czy inna z cech wymienionych w przepisie, to jest to dopuszczalne, o ile: jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń”.

Powyższe prowadzi do niewątpliwego wniosku, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia odnosząc się do zakresu Pakietu nr 2, który w założeniu musiał być kompatybilny z oprogramowaniem pozostałych urządzeń będących już na jego wyposażeniu, mógł użyć nazw własnych w celu sprecyzowania swoich potrzeb oraz wymagań technicznych względem zamawianych zestawów komputerowych.

Reasumując, Instytucja Zarządzająca po rozpatrzeniu wniesionych zastrzeżeń oraz ponownej analizie przedmiotowego przypadku, przyjmuje wyjaśnienia Beneficjenta, a tym samym odstępuje od ustaleń pokontrolnych z dnia 24.05.2021 r. dotyczących korekty finansowej nałożonej w następstwie nieprawidłowości opisanej w niniejszym punkcie.

~~Powyższe naruszenie przepisów prawa, które na skutek działania Beneficjenta doprowadziło do powstania potencjalnej szkody finansowej stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia ogólnego.~~

~~Zgodnie z art. 24 ust. 5 i 9 ustawy wdrożeniowej oraz § 2 Rozporządzenia wartość stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej w przypadku korekty finansowej jest równa kwocie wydatków poniesionych nieprawidłowo w części odpowiadającej kwocie współfinansowania UE, natomiast w przypadku pomniejszenia jest równa kwocie wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach tego zamówienia.~~

~~Jednakże zgodnie z art. 24 ust. 6 ustawy wdrożeniowej i §3 Rozporządzenia obniża się wartość korekty i stosuje się §5 Rozporządzenia.~~

~~Za powyższe naruszenie przewidziano stawkę w wysokości 10% odpowiadającą kategorii nieprawidłowości indywidualnej nr 11 pn.:~~

~~Rodzaj nieprawidłowości:~~

~~Zastosowanie:~~

~~– kryteriów wykluczenia, kwalifikacji, udzielenia zamówienia~~

~~lub~~

~~– warunków realizacji zamówienia~~

~~lub~~

~~– specyfikacji technicznej;~~

~~które nie są dyskryminacyjne w rozumieniu poprzedniego rodzaju nieprawidłowości, ale w inny sposób ograniczają dostęp dla wykonawców.~~

~~Opis nieprawidłowości:~~

~~Odnosi się to do kryteriów lub warunków, które mimo że nie są dyskryminujące ze względu na preferencje krajowe, regionalne lub lokalne prowadzą jednak do ograniczenia wykonawcom dostępu do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, na przykład:~~

~~3) przypadki, w których wymagane są konkretne znaki towarowe / marki / normy², z wyjątkiem sytuacji, gdy takie wymogi są związane z częściami pomocniczymi umowy i ich potencjalny wpływ na budżet Unii Europejskiej jest wyłącznie formalny.~~

Podsumowanie dla zamówienia:

Uchybienie nr	Numer kategorii nieprawidłowości indywidualnej	Wartość % korekty
5.1.6.e	11	10% [dotyczy Pakietu nr 2]

5.1.7

Nazwa i przedmiot zamówienia: Dostawa sprzętu medycznego wg formularza cenowego 15/2020: aparat do nieinwazyjnej elastografii dynamicznej z pomiarem zwłóknienia i stłuszczenia wątroby

Rodzaj zamówienia: dostawa

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: 15/2020

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: BZP,

Ogłoszenie o zamówieniu nr 585404-N-2020 z dnia 17.09.2020 r.

² Bez dopuszczenia równoważnego znaku towarowego lub marki przez niezastosowanie obowiązkowego wyrażenia „lub równoważne”

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony

Szacunkowa wartość zamówienia: 555.555,55 zł netto (130.128,01 euro)

Umowa z wykonawcą (numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto):

Umowa nr 15/2020 / 09.10.2020 r. / TIBA Sp. z o.o., ul. Kruszwicka 51/10, 53-652 Wrocław / 534.279,05 zł

5.1.7.a

W rozdziale 15 SIWZ Zamawiający zawarł opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze najkorzystniejszej oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert:
A) Cena oferty – 100%.

Zgodnie z art. 91 ust. 2a Pzp Zamawiający mogą zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia. W załączniku do protokołu postępowania uzasadniając zastosowanie kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert Zamawiający zapisał:

*„Komisja (...) proponuje przyjąć do oceny ofert postępowania nr 15/2020 (...) jedynie kryterium **ceny** z uwagi na fakt, iż zamawiający dokładnie sprecyzował wymagania i parametry techniczne jakie ma spełniać zaoferowany sprzęt medyczny oraz określił okresy gwarancji, terminy dostaw i realizacji”.*

W dokumentacji postępowania rzeczywiście określone zostały standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia poprzez dokładne sprecyzowanie wymagań oraz parametrów technicznych, jednakże Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się oraz nie wykazał kosztów cyklu życia produktu.

Tymczasem zgodnie z art. 91 ust. 3c Pzp rachunek kosztów cyklu życia może obejmować w szczególności koszty:

- 1) poniesione przez zamawiającego lub innych użytkowników związane z:
 - a) nabyciem,
 - b) użytkowaniem, w szczególności zużycie energii i innych zasobów,
 - c) utrzymaniem,
 - d) wycofaniem z eksploatacji, w szczególności koszty zbierania i recyklingu (...).

Zamawiający formułując kryteria oceny ofert dopuścił się naruszenia przepisu art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, przypisując w sposób nieuprawniony kryterium ceny wagę przekraczającą 60%.

Poproszony o wyjaśnienie powyższego, w piśmie z dnia 24.03.2021 r. Beneficjent potwierdził jedynie, że zaoferowany sprzęt medyczny spełniał dokładnie sprecyzowane wymagania i parametry techniczne oraz określone: okresy gwarancji, termin dostawy i realizacji.

Definicja „cyklu życia” została określona w art. 2 pkt 1a ustawy Pzp. Obejmuje ona swym zakresem wszelkie możliwe kolejne lub powiązane fazy istnienia przedmiotu dostawy, usługi lub roboty budowlanej, w szczególności m.in. używanie, naprawę, modernizację, zmianę, utrzymanie przez okres istnienia, zużycie, wycofanie i usuwanie. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż, Beneficjent nie odniósł się do takich elementów kosztów cyklu życia jak choćby kosztów związanych z użytkowaniem (np. koszty związane z konserwacją, obsługą przedmiotu zamówienia, zużyciem energii) czy też wycofaniem z eksploatacji (np. koszty recyklingu), które w zależności od zaoferowanych produktów wcale nie muszą być pomijalnie małe.

Zamawiający nieprawidłowo zastosował dyspozycję art. 91 ust. 2a Pzp, jednakże biorąc pod uwagę fakt, że przepisy Dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych (motyw 92 Preambuły) nie określają wymaganego poziomu kryteriów poza cenowych, a w rozporządzeniu Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej z 22 czerwca 2020 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie

warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U.2020.1264), nie przewidziano korekty finansowej w związku z naruszeniem art. 91 ust. 2a Pzp polegającym na niewłaściwym zastosowaniu kryterium ceny, jako jedyne kryterium oceny ofert, uchybienie kwalifikuje się jako formalne, niemające skutków finansowych. Dodatkowym argumentem przemawiającym za takim rozstrzygnięciem sprawy jest fakt, że w postępowaniu wpłynęła 1 oferta, zatem uchybienie nie wpłynęło na ranking ofert a tym samym wybór najkorzystniejszej oferty.

5.1.7.b

W toku czynności kontrolnych stwierdzono, że Zamawiający w treści załącznika nr 1 do SIWZ opisał przedmiot zamówienia m.in. poprzez wskazanie, iż wymaga, aby oferowane urządzenie posiadało system operacyjny *Windows* (poz. 12) - bez użycia wyrażenia „lub równoważne”.

Jednocześnie w dokumentacji postępowania nie zawarto ogólnego sformułowania dopuszczającego stosowanie w tym zakresie rozwiązań równoważnych.

Zgodnie z brzmieniem art. 29 ust. 3 ustawy Pzp: „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy **lub równoważny**”.

Z uwagi na brak zapisów dot. równoważności w dokumentacji postępowania zwrócono się do Beneficjenta o wyjaśnienie tej kwestii.

W odpowiedzi, pismem z dnia 19.04.2021 r. Zamawiający wskazał, że „zamówienie (...) przeprowadził zgodnie z założeniami realizowanego projektu. Wydatek jest racjonalny oraz konieczny ze względu na pilną potrzebę dostosowania Szpitala do konieczności przyjmowania pacjentów zarażonych COVID-19 i przeciwdziałania rozprzestrzeniania się COVID-19. Szpital przygotowywał i ogłosił przetarg w atmosferze najwyższej pilności oraz w okresie wyjątkowej pracy w dziale zamówień publicznych, w warunkach zagrożenia zdrowia i życia obywateli, także pracowników Szpitala. Pominięcie wyrazów „lub równoważny” wynika z omyłki pisarskiej oraz niedopatrzania w tym względzie. Niedopatrzanie to było przypadkowe i nie miało na celu eliminacji innych wykonawców, a Zamawiający miał na myśli możliwość przystąpienia do postępowania jak największej liczby podmiotów”.

~~Mimo powyższego wyjaśnienia, opierając się na stanowisku Komisji Europejskiej wyrażonym w raporcie z misji audytowej nr REGC414PL0172 stwierdza się naruszenie art. 29 ust. 2 w związku z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający opisując przedmiot zamówienia użył nazwy własnej (*Windows*), bez dopuszczenia możliwości zastosowania równoważnego oprogramowania, poprzez niezastosowanie obowiązkowego wyrażenia „lub równoważny”, co mogło mieć wpływ na konkurencję w badanym postępowaniu.~~

Pismem z dnia 07.06.2021 r. Beneficjent wniósł zastrzeżenia do powyższych ustaleń.

Zgodnie z jego stwierdzeniem zawartym w piśmie „opis przedmiotu zamówienia został dokonany według najlepszej wiedzy zamawiającego. Fibroscan to jedyne takie urządzenie na świecie do elastografii dynamicznej, działające na systemie operacyjnym *Windows*, nie ma elastografów innych producentów z innymi systemami operacyjnymi”.

Odnosząc się do przekazanych zastrzeżeń trzeba odwołać się do przywołanego w punkcie 5.1.3.c pisma MFiPR, w którym czytamy, iż „w świetle przepisu art. 29 ust 3 Pzp – nie ma zakazu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby wskazywać konieczność kompatybilności przedmiotu zamówienia ze sprzętem medycznym, jaki zamawiający już posiada. Taka jest przecież obiektywna

potrzeba. Ponadto, jeśli w warunkach/opisie kompatybilności pojawił się jakiś znak towarowy/norma czy inna z cech wymienionych w przepisie, to jest to dopuszczalne, o ile: jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń”.

Powyższe stanowisko Ministerstwa prowadzi do wniosku, że również w sytuacji, gdy nie ma na rynku dostępnych urządzeń wykorzystujących inny system operacyjny (w tym przypadku Windows), Zamawiający opisując przedmiot zamówienia mógł użyć tej konkretnej nazwy własnej, gdyż było to jedynie odzwierciedleniem parametrów technicznych urządzenia, które jako jedyne spośród ofert dostępnych na rynku, spełniało jego potrzeby.

Na potwierdzenie powyższego Zamawiający dołączył do dokumentacji postępowania oświadczenie firmy TIBA Sp. z o.o. z Wrocławia (dostawca fibroscanu), w którym czytamy:

„W chwili obecnej na naszym rynku nie ma dostępnego żadnego innego certyfikowanego aparatu do elastografii dynamicznej. A zatem użycie w specyfikacji technicznej aparatu sformułowania, by „urządzenie posiadało system operacyjny Windows” (...) nie powinno spowodować ograniczenia konkurencji, ponieważ nie ma innego dostępnego na naszym rynku aparatu do elastografii dynamicznej, które pozwalałoby oceniać w sposób ilościowy poziom zwłóknienia i stłuszczenia wątroby i to w oparciu o jakikolwiek inny system operacyjny”.

Reasumując, Instytucja Zarządzająca po rozpatrzeniu wniesionych zastrzeżeń oraz ponownej analizie przedmiotowego przypadku, przyjmuje wyjaśnienia Beneficjenta, a tym samym odstępuje od ustaleń pokontrolnych z dnia 24.05.2021 r. dotyczących korekty finansowej nałożonej w następstwie nieprawidłowości opisanej w niniejszym punkcie.

~~Powyższe naruszenie przepisów prawa, które na skutek działania Beneficjenta doprowadziło do powstania potencjalnej szkody finansowej stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia ogólnego.~~

~~Zgodnie z art. 24 ust. 5 i 9 ustawy wdrożeniowej oraz § 2 Rozporządzenia wartość stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej w przypadku korekty finansowej jest równa kwocie wydatków poniesionych nieprawidłowo w części odpowiadającej kwocie współfinansowania UE, natomiast w przypadku pomniejszenia jest równa kwocie wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach tego zamówienia.~~

~~Jednakże zgodnie z art. 24 ust. 6 ustawy wdrożeniowej i §3 Rozporządzenia obniża się wartość korekty i stosuje się §5 Rozporządzenia.~~

~~Za powyższe naruszenie przewidziano stawkę w wysokości 10% odpowiadającą kategorii nieprawidłowości indywidualnej nr 11 pn.:~~

~~Rodzaj nieprawidłowości:~~

~~Zastosowanie:~~

~~– kryteriów wykluczenia, kwalifikacji, udzielenia zamówienia
lub~~

~~– warunków realizacji zamówienia
lub~~

~~– specyfikacji technicznej;~~

~~które nie są dyskryminacyjne w rozumieniu poprzedniego rodzaju nieprawidłowości, ale w inny sposób ograniczają dostęp dla wykonawców.~~

~~Opis nieprawidłowości:~~

~~Odnosi się to do kryteriów lub warunków, które – mimo że nie są dyskryminujące ze względu na preferencje krajowe, regionalne lub lokalne – prowadzą jednak do ograniczenia wykonawcom dostępu do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, na przykład:~~

~~3) przypadki, w których wymagane są konkretne znaki towarowe / marki / normy³, z wyjątkiem~~

³ Bez dopuszczenia równoważnego znaku towarowego lub marki przez niezastosowanie obowiązkowego wyrażenia „lub równoważne”

sytuacji, gdy takie wymogi są związane z częściami pomocniczymi umowy i ich potencjalny wpływ na budżet Unii Europejskiej jest wyłącznie formalny.

Podsumowanie dla zamówienia:

Uchybienie nr	Numer kategorii nieprawidłowości indywidualnej	Wartość % korekty
5.1.7.b	11	10%

5.1.8

Nazwa i przedmiot zamówienia: Dostawa sprzętu laboratoryjnego wg formularza cenowego 20/2020:

Pakiet nr 1 – Chłodziarka - 5 szt., zamrażarka - 3 szt., cieplarka - 1 szt., cieplarka z chłodzeniem - 1 szt., inkubator CO₂ - 1 szt.

Pakiet nr 2 – Komora laminarna – 1 szt.

Pakiet nr 3 – Sumator hematologiczny – 2 szt., densytometr MacFarlanda – 2 szt.

Pakiet nr 4 – Chłodziarka – 1 szt.

Rodzaj zamówienia: dostawa

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: 20/2020

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: BZP,

Ogłoszenie o zamówieniu nr 601476-N-2020 z dnia 26.10.2020 r.

Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia nr 540218436-N-2020 z dnia 04.11.2020 r.

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony

Szacunkowa wartość zamówienia: 276.422,71 zł netto (64.746,61 euro), w tym:

Pakiet nr 1 – 217.886,14 zł (51.035,56 euro)

Pakiet nr 2 – 40.650,40 zł (9.521,56 euro)

Pakiet nr 3 – 10.569,10 zł (2.475,05 euro)

Pakiet nr 4 – 7.317,07 zł (1.713,88 euro)

Umowa z wykonawcą (numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto):

Pakiet nr 1 - Umowa nr 20/2020 / 18.11.2020 r. / DANLAB Danuta Katryńska, ul. Handlowa 6a, 15-399 Białystok / 261.633,30 zł

Postępowanie na Pakiety nr 2,3 i 4 zostało unieważnione na podst. art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp – nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

5.1.8.a

02.11.2020 r. na stronie internetowej Zamawiający opublikował zestaw pytań i odpowiedzi dotyczących treści SIWZ. Jedno z pytań dotyczyło możliwości wydzielenia z Pakietu nr 1 pozycji 4 (chłodziarka laboratoryjna) i stworzenie z niej osobnego pakietu, w tym wypadku Pakietu nr 4. Zamawiający wyraził zgodę na taką zmianę, o czym poinformował odpowiadając na to pytanie.

Treść ustawy Pzp w art. 38 ust. 4a pkt 1 wskazuje, że „Jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8”.

Oczywistym jest, iż w tym przypadku mamy do czynienia ze zmianą SIWZ prowadzącą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, gdyż zamieszczenie w ogłoszeniu informacji o ilości i zakresie poszczególnych części, na które został podzielony przedmiot zamówienia, zgodnie z brzmieniem

art. 41 pkt 4 Pzp (*określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych*), jest obowiązkiem Zamawiającego.

Ponadto, w treści art. 11 ust. 6 Pzp zawarte zostało wskazanie, że „*Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, wzory ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, mając na względzie rodzaje ogłoszeń oraz wartość zamówienia albo konkursu*”.

Z treści załącznika nr 1 do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz.U.2016.1127 z późn. zm. – dalej: rozporządzenie ws. wzorów ogłoszeń) stanowiącego wzór ogłoszenia o zamówieniu wynika, iż dla postępowań, w których przedmiot zamówienia jest podzielony na części, Zamawiający powinien wypełnić załącznik do ogłoszenia, w którym ma obowiązek zapisać wskazane we wzorze informacje odnoszące się do każdej z części przedmiotu zamówienia.

W dniu 04.11.2020 r. Zamawiający zmienił również treść ogłoszenia o zamówieniu – wydłużając termin składania ofert o jeden pełny dzień, tj. do 06.11.2020 r. do godz. 11.00. Jednakże w informacji o wprowadzonej zmianie do treści ogłoszenia nie ma żadnej wzmianki o nowym podziale na części przedmiotu zamówienia, czyli o tym, że zamiast dotychczasowych 3 części (pakietów), wprowadzony został podział na 4 części (pakiety).

W związku z powyższym nie ma wątpliwości, iż poprzez brak zamieszczenia w BZP ogłoszenia o zmianie ogłoszenia informującego o zwiększeniu ilości części (pakietów), na które podzielony jest przedmiot zamówienia – Zamawiający naruszył art. 38 ust. 4a pkt 1 Pzp.

Dodatkowo Zamawiający dopuścił się niezgodności treści ogłoszenia o zamówieniu z rozporządzeniem w sprawie wzorów ogłoszeń wskazanym w art. 11 ust. 6 Pzp.

Poproszony o odniesienie się do powyższych kwestii, w piśmie z dnia 07.04.2021 r. Beneficjent wyjaśnił, „*że termin składania ofert został wydłużony o jeden dzień. Formularz cenowy został zmieniony na 4 pakiety, niestety przeoczeniu uległ formularz ofertowy*”.

Nie ulega więc wątpliwości, iż doszło do naruszenia art. 38 ust. 4a pkt 1 Pzp polegającego na braku zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zmianie ogłoszenia, w związku z wprowadzoną zmianą do treści SIWZ, która prowadziła do zmiany treści ogłoszenia, jak również do niezgodności treści ogłoszenia o zamówieniu z rozporządzeniem w sprawie wzorów ogłoszeń wskazanym w art. 11 ust. 6 Pzp.

Jednocześnie trzeba także stwierdzić, iż informacja o nowym podziale przedmiotu zamówienia na części znalazła swoje odzwierciedlenie w treści formularza cenowego, jak również Zamawiający poinformował wykonawców o dokonanej zmianie w dniu 02.11.2020 r. w ramach zestawienia pytań i odpowiedzi do treści SIWZ zamieszczonych na jego stronie internetowej.

Ponadto do Zamawiającego nie wpłynęła żadna oferta dotycząca utworzonego w trakcie postępowania Pakietu nr 4 (nie było także żadnych ofert na Pakiety nr 2 i 3, tym samym nie doszło do poniesienia wydatku związanego ze zmienionym zakresem zamówienia (nie doszło do szkody finansowej w budżecie UE).

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że w kontrolowanym postępowaniu doszło do naruszenia art. 38 ust. 4a pkt 1 Pzp poprzez brak zmiany ogłoszenia o zamówieniu koniecznej ze względu na zmianę treści SIWZ oraz do niezgodności treści ogłoszenia o zamówieniu z rozporządzeniem w sprawie wzorów ogłoszeń wskazanym w art. 11 ust. 6 Pzp, jednakże uchybienia te kwalifikuje się jako formalne, niemające skutków finansowych.

5.1.8.b

W rozdziale 15 SIWZ Zamawiający zawarł opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze najkorzystniejszej oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert:
A) Cena oferty – 100%.

Zgodnie z art. 91 ust. 2a Pzp Zamawiający mogą zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium

oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia.

W załączniku do protokołu postępowania uzasadniając zastosowanie kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert Zamawiający zapisał:

*„Komisja (...) proponuje przyjąć do oceny ofert postępowania nr 20/2020 (...) jedynie kryterium **ceny** z uwagi na fakt, iż zamawiający dokładnie sprecyzował wymagania i parametry techniczne jakie ma spełniać zaoferowany sprzęt oraz określił okresy gwarancji, terminy dostaw i realizacji”.*

W dokumentacji postępowania rzeczywiście określone zostały standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia poprzez dokładne sprecyzowanie wymagań oraz parametrów technicznych, jednakże Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się oraz nie wykazał kosztów cyklu życia produktu.

Tymczasem zgodnie z art. 91 ust. 3c Pzp rachunek kosztów cyklu życia może obejmować w szczególności koszty:

- 1) poniesione przez zamawiającego lub innych użytkowników związane z:
 - a) nabyciem,
 - b) użytkowaniem, w szczególności zużycie energii i innych zasobów,
 - c) utrzymaniem,
 - d) wycofaniem z eksploatacji, w szczególności koszty zbierania i recyklingu (...).

Zamawiający formułując kryteria oceny ofert dopuścił się naruszenia przepisu art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, przypisując w sposób nieuprawniony kryterium ceny wagę przekraczającą 60%.

Poproszony o wyjaśnienie powyższego, w piśmie z dnia 07.04.2021 r. Beneficjent potwierdził jedynie, że opisał dokładnie w SIWZ „warunki/parametry techniczne jakie ma spełniać sprzęt medyczny oraz określił terminy dostaw i płatności spełniając w ten sposób wymóg zapisany w treści przepisu art. 91 ust. 2a Pzp”.

Definicja „cyklu życia” została określona w art. 2 pkt 1a ustawy Pzp.

Obejmuje ona swym zakresem wszelkie możliwe kolejne lub powiązane fazy istnienia przedmiotu dostawy, usługi lub roboty budowlanej, w szczególności m.in. używanie, naprawę, modernizację, zmianę, utrzymanie przez okres istnienia, zużycie, wycofanie i usuwanie. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż, Beneficjent nie odniósł się do takich elementów kosztów cyklu życia jak choćby kosztów związanych z użytkowaniem (np. koszty związane z konserwacją, obsługą przedmiotu zamówienia, zużyciem energii) czy też wycofaniem z eksploatacji (np. koszty recyklingu), które w zależności od zaoferowanych produktów wcale nie muszą być pomijalnie małe. Zamawiający nieprawidłowo zastosował dyspozycję art. 91 ust. 2a Pzp, jednakże biorąc pod uwagę fakt, że przepisy Dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych (motyw 92 Preambuły) nie określają wymaganego poziomu kryteriów poza cenowych, a w rozporządzeniu Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej z 22 czerwca 2020 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U.2020.1264), nie przewidziano korekty finansowej w związku z naruszeniem art. 91 ust. 2a Pzp polegającym na niewłaściwym zastosowaniu kryterium ceny, jako jedyne kryterium oceny ofert, uchybienie kwalifikuje się jako formalne, niemające skutków finansowych. Dodatkowym argumentem przemawiającym za takim rozstrzygnięciem sprawy jest fakt, że w postępowaniu wpłynęła 1 oferta, zatem uchybienie nie wpłynęło na ranking ofert a tym samym wybór najkorzystniejszej oferty.

5.1.9

Nazwa i przedmiot zamówienia: Dostawa sprzętu medycznego wg formularza cenowego 22/2020: Pakiet nr 1 – Sterylizator parowy pionowy – 1 szt., myjnia ultradźwiękowa – 1 szt.

Pakiet nr 2 – Aparat do barwienia preparatów metodą Grama – 1 szt.

Pakiet nr 3 – Analizator typu: Real Time PCR – 1 szt.

Rodzaj zamówienia: dostawa

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: 22/2020

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: BZP,

Ogłoszenie o zamówieniu nr 585595-N-2020 z dnia 17.09.2020 r.

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony

Szacunkowa wartość zamówienia: 787.037,04 zł netto (184.348,02 euro), w tym:

Pakiet nr 1 – 129.629,60 zł (30.363,20 euro)

Pakiet nr 2 – 55.555,55 zł (13.012,80 euro)

Pakiet nr 3 – 601.851,85 zł (140.972,02 euro)

Umowa z wykonawcą (numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto):

Pakiet nr 1 - Umowa nr 22/1/2020 / 12.10.2020 r. / SMS Sp. z o.o., ul. Adamowicza 8, 05-530 Góra Kalwaria / 132.179,31 zł

Pakiet nr 2 - Umowa nr 22/2/2020 / 12.10.2020 r. / ARGENTA Sp. z o.o. Sp. k., ul. Polska 114, 60-401 Poznań / 40.500,00 zł

Postępowanie na Pakiet nr 3 zostało unieważnione na podst. art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp – nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

5.1.9.a

W ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w BZP pod numerem 585595-N-2020 w dniu 17.09.2020 r., nie ma wypełnionego załącznika do ogłoszenia, w którym powinny znaleźć się informacje na temat poszczególnych części zamówienia w przypadku, gdy przedmiot zamówienia został przez Zamawiającego podzielony na części, jak w przedmiotowym postępowaniu.

W treści art. 11 ust. 6 Pzp zawarte zostało wskazanie, że „*Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, wzory ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, mając na względzie rodzaje ogłoszeń oraz wartość zamówienia albo konkursu*”.

Z treści załącznika nr 1 do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz.U.2016.1127 z późn. zm. – dalej: rozporządzenie ws. wzorów ogłoszeń) stanowiącego wzór ogłoszenia o zamówieniu wynika, iż dla postępowań, w których przedmiot zamówienia jest podzielony na części, Zamawiający powinien wypełnić załącznik do ogłoszenia, w którym ma obowiązek zapisać wskazane we wzorze informacje odnoszące się do każdej z części przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie trzeba odnotować fakt, iż w pozostałej dokumentacji postępowania, tzn. w treści SIWZ oraz załącznikach do SIWZ takich jak: formularz cenowy, formularz ofertowy oraz wzór umowy, zapisane zostały niezbędne informacje dotyczące przedmiotu zamówienia, umożliwiające potencjalnym wykonawcom złożenie oferty. Ponadto żaden wykonawca na etapie postępowania nie zwrócił się do Zamawiającego z zapytaniem o podanie informacji, które winny znaleźć się w załączniku do ogłoszenia.

Zamawiający dopuścił się niezgodności treści ogłoszenia o zamówieniu z rozporządzeniem w sprawie wzorów ogłoszeń wskazanym w art. 11 ust. 6 Pzp, jednakże uchybienia te kwalifikuje się jako formalne, niemające skutków finansowych.

5.1.9.b

W trakcie czynności kontrolnych stwierdzono, iż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, w sposób który zawierał odwołanie do normy bez użycia wyrażenia „lub równoważne”, jednocześnie w specyfikacji nie zawarto ogólnego sformułowania dopuszczającego stosowanie rozwiązań równoważnych w tym zakresie.

W załączniku nr 1 do SIWZ (Formularz cenowy + parametry/warunki) w formularzu nr: pa.p.1poz.2 (dotyczącym myjni ultradźwiękowej wchodzącej w skład pakietu nr 1 przedmiotowego zamówienia), Zamawiający w pozycji 15 umieścił zapis:

„Wymiary komory umożliwiające umieszczenie tacy narzędziowej zgodnie z DIN 58952, min. 600 x 400 x 250 mm”.

Zespół kontrolny zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie zaistniałej sytuacji.

Beneficjent w swoich wyjaśnieniach z 14.05.2021 r. stwierdził, że „W opisie przedmiotu zamówienia powołano się na wspomnianą normę zgodnie z ustawą z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. 2020 poz. 1398 tj. ze zm.), która zobowiązuje publicznego płatnika, jakim jest NFZ w ramach organizowanych postępowań w sprawie zawarcia umów ze świadczeniodawcami udzielającym świadczeń zdrowotnych opisywanie przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z uwzględnieniem Polskich Norm wprowadzających europejskie normy zharmonizowane, bądź w przypadku braku Polskich Norm wprowadzających europejskie normy zharmonizowane, norm państw członkowskich Unii Europejskiej wprowadzające europejskie normy zharmonizowane. Tym samym każdy świadczeniodawca (jakim jest raciborski szpital) ubiegający się o zawarcie z NFZ umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w poszczególnych zakresach zobligowany jest przestrzegać tych wymagań, a tym samym korzystać z urzędzeń spełniających właśnie te normy. Ponadto zakupiona myjnia przeznaczona została do doposażenia Centralnej Sterylizacji, która wyposażona jest już w tace narzędziowe, opakowania oraz pojemniki sterylizacyjne i transportowe wielokrotnego użytku, wymiarowo zgodne z jednostką wsadu zgodną z normą DIN 58952. Dla zapewnienia właściwych parametrów dekontaminacji narzędzi medycznych, jak również zapewnienia bezpieczeństwa personelowi medycznemu wymagane jest zastosowanie myjni ultradźwiękowej kompatybilnej z umieszczanymi w niej tacami narzędziowymi będącymi już na wyposażeniu Centralnej Sterylizacji. Powołanie się na normę DIN 58952 nie ma na celu ograniczenia konkurencji jedynie uchronienie szpitala od kosztów zakupu nowych tac narzędziowych, opakowań oraz pojemników sterylizacyjnych i transportowych wielokrotnego użytku w przypadku, gdy zakupiona zostałaby myjnia niekompatybilna z jednostką wsadu zgodną z normą DIN 58952”.

Zgodnie z ustaleniami Komisji Europejskiej w związku z misją audytową KE nr REGC414PL0172, przeprowadzoną w dniach od 14 października do 23 października 2019 r. dokumenty postępowania, szczególnie te w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, winny spełniać warunki określone w art. 42 i art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm.) dotyczące stosowania specyfikacji technicznych.

Zgodnie bowiem z art. 42 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE „bez uszczerbku dla wiążących krajowych przepisów technicznych, w zakresie, w jakim są one zgodne z prawem unijnym, specyfikacje techniczne formułuje się w jeden z poniższych sposobów:

b) poprzez odniesienie do specyfikacji technicznych oraz, w kolejności preferencji do: norm krajowych przenoszących normy europejskie, europejskich ocen technicznych, wspólnych specyfikacji technicznych, norm międzynarodowych, innych systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organy normalizacyjne lub – w przypadku ich braku - do norm krajowych, krajowych aprobat technicznych lub krajowych specyfikacji technicznych dotyczących projektowania, wyliczeń i realizacji robót budowlanych oraz wykorzystania dostaw; **każdemu odniesieniu towarzyszą słowa „lub równoważne”;**

c) (.)

d) (.)”

Na grunt prawa polskiego powyższe uregulowania zostały przeniesione w art. 30 Ustawy Pzp.

Tym samym, w myśl wyżej wymienionych przepisów prawa unijnego i krajowego, w przypadku

gdy instytucja zamawiająca opisuje przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, zamawiający jest obowiązany nie tylko wskazać, że **dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu winny zawsze towarzyszyć wyrazy „lub równoważne”**.

W związku z powyższym zespół kontrolny stwierdził naruszenie art. 30 ust. 4 Pzp, bowiem Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą odwołania się do normy, bez uwzględnienia normy równoważnej, poprzez niezastosowanie obowiązkowego wyrażenia „lub równoważne”. Biorąc pod uwagę wyjaśnienia złożone przez Beneficjenta, w szczególności argumentację dotyczącą konieczności zapewnienia kompatybilności z jednostką wsadu, zespół kontrolny zakwalifikował opisane uchybienie, jako formalne.

5.1.9.c

W rozdziale 15 SIWZ Zamawiający zawarł opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze najkorzystniejszej oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert:
A) Cena oferty – 100%.

Zgodnie z art. 91 ust. 2a Pzp Zamawiający mogą zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia.

W załączniku do protokołu postępowania uzasadniając zastosowanie kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert Zamawiający zapisał:

*„Komisja (...) proponuje przyjąć do oceny ofert postępowania nr 22/2020 (...) jedynie kryterium **ceny** z uwagi na fakt, iż zamawiający dokładnie sprecyzował wymagania i parametry techniczne jakie ma spełniać zaoferowany sprzęt medyczny oraz określił okresy gwarancji, terminy dostaw i realizacji”*.

W dokumentacji postępowania rzeczywiście określone zostały standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia poprzez dokładne sprecyzowanie wymagań oraz parametrów technicznych, jednakże Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się oraz nie wykazał kosztów cyklu życia produktu.

Tymczasem zgodnie z art. 91 ust. 3c Pzp rachunek kosztów cyklu życia może obejmować w szczególności koszty:

- 1) poniesione przez zamawiającego lub innych użytkowników związane z:
 - a) nabyciem,
 - b) użytkowaniem, w szczególności zużycie energii i innych zasobów,
 - c) utrzymaniem,
 - d) wycofaniem z eksploatacji, w szczególności koszty zbierania i recyklingu (...).

Zamawiający formułując kryteria oceny ofert dopuścił się naruszenia przepisu art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, przypisując w sposób nieuprawniony kryterium ceny wagę przekraczającą 60%.

Poproszony o wyjaśnienie powyższego, w piśmie z dnia 07.04.2021 r. Beneficjent potwierdził jedynie, że opisał dokładnie w SIWZ „warunki/parametry techniczne jakie ma spełniać sprzęt medyczny oraz określił terminy dostaw i płatności spełniając w ten sposób wymóg zapisany w treści przepisu art. 91 ust. 2a Pzp”.

Definicja „cyklu życia” została określona w art. 2 pkt 1a ustawy Pzp. Obejmuje ona swym zakresem wszelkie możliwe kolejne lub powiązane fazy istnienia przedmiotu dostawy, usługi lub roboty budowlanej, w szczególności m.in. używanie, naprawę, modernizację, zmianę, utrzymanie przez okres istnienia, zużycie, wycofanie i usuwanie. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż

Beneficjent nie odniósł się do takich elementów kosztów cyklu życia jak choćby kosztów związanych z użytkowaniem (np. koszty związane z konserwacją, obsługą przedmiotu zamówienia, zużyciem energii) czy też wycofaniem z eksploatacji (np. koszty recyklingu), które w zależności od zaferowanych produktów wcale nie muszą być pomijalnie małe.

Zamawiający nieprawidłowo zastosował dyspozycję art. 91 ust. 2a Pzp, jednakże biorąc pod uwagę fakt, że przepisy Dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych (motyw 92 Preambuły) nie określają wymaganego poziomu kryteriów poza cenowych, a w rozporządzeniu Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej z 22 czerwca 2020 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U.2020.1264), nie przewidziano korekty finansowej w związku z naruszeniem art. 91 ust. 2a Pzp polegającym na niewłaściwym zastosowaniu kryterium ceny, jako jedynego kryterium oceny ofert, uchybienie kwalifikuje się jako formalne, niemające skutków finansowych. Dodatkowym argumentem przemawiającym za takim rozstrzygnięciem sprawy jest fakt, że w postępowaniu wpłynęła 1 oferta (na pakiet 1 i 2), zatem uchybienie nie wpłynęło na ranking ofert a tym samym wybór najkorzystniejszej oferty.

5.1.9.d

Dla Pakietu nr 2 w przedmiotowym postępowaniu złożona została 1 oferta – firmy ARGENTA z Poznania. Wartość oferty była niższa o 32,5% od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia. Jednak z dokumentacji postępowania udostępnionej w LSI wynikało, iż Zamawiający nie przeprowadził procedury badania rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty tej oferty.

Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp: „W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia”.

W związku z tym, zgodnie z powyższą regulacją, Zamawiający był zobowiązany do przeprowadzenia procedury badania rażąco niskiej ceny odnośnie oferty firmy ARGENTA. Przepis nie pozostawia w tej materii wyboru Zamawiającemu, bowiem poprzez zwrot „zwraca się o udzielenie wyjaśnień” jednoznacznie wskazuje na obligatoryjność czynności.

Dlatego też, poprzez zaniechanie sprawdzenia, czy złożone w postępowaniu oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny, Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 90 ust. 1a ustawy Pzp.

Poproszony o wyjaśnienie tej sytuacji, w piśmie z dnia 07.04.2021 r. Beneficjent stwierdził jedynie, że „podczas badania i oceny ofert, oferta firmy ARGENTA spełniała warunki postępowania, a ceny urządzeń w okresie pandemii są bardzo zróżnicowane”. Tym samym nie wskazał żadnych „oczywistych okoliczności”, o których mówi przepis, które mogłyby stanowić argument uzasadniający brak podjęcia przez Zamawiającego czynności wyjaśniających w tym konkretnym przypadku.

Ostatecznie oferta firmy ARGENTA z Poznania na dostawę Pakietu nr 2 została w przedmiotowym postępowaniu wybrana, jako najkorzystniejsza. Trzeba również odnotować fakt, iż przedmiot zamówienia został zrealizowany w założonym terminie oraz bez zastrzeżeń. Oznacza to, że zaniechanie przez Zamawiającego przeprowadzenia czynności badania rażąco niskiej ceny, w tym konkretnym przypadku okazało się nie mieć wpływu na wynik postępowania oraz realizację umowy. Bowiem jego cel, jakim była dostawa aparatu do barwienia preparatów metodą Grama, został ostatecznie bezproblemowo osiągnięty.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że w kontrolowanym postępowaniu doszło do naruszenia dyspozycji art. 90 ust. 1a Pzp, jednakże uchybienie kwalifikuje się jako formalne, niemające skutków finansowych.

5.1.9.e

W trakcie czynności kontrolnych ustalono, że odpowiadając na jedno z pytań dotyczących treści SIWZ, które wraz z odpowiedzią zostało zamieszczone na stronie internetowej w dniu 23.09.2020 r., Zamawiający wyraził zgodę na wydłużenie (z 30.11.2020 r. do 14.12.2020 r.) terminu dostawy urządzeń składających się na Pakiet nr 1.

Jednocześnie, w związku z powyższą zmianą treści SIWZ, Zamawiający nie zmienił treści ogłoszenia o zamówieniu, zaś informacja o zmianie terminu na wykonanie przedmiotu zamówienia była dostępna dla wykonawców jedynie na stronie internetowej.

Treść ustawy Pzp w art. 38 ust. 4a pkt 1 wskazuje, że *„Jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8”*.

Oczywistym jest, iż w tym przypadku mamy do czynienia ze zmianą SIWZ prowadzącą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, gdyż zamieszczenie w ogłoszeniu informacji o terminie wykonania zamówienia, zgodnie z brzmieniem art. 41 pkt 6 Pzp jest obowiązkiem Zamawiającego. Na potwierdzenie warto przytoczyć wyrok z dnia 13 października 2016 r. (sygn. II GSK 1666/16) w którym Naczelny Sąd Administracyjny odniósł się do genezy ustanowienia przez prawodawcę przepisu art. 38 ust. 4a – stwierdzając, że *„ (...) W większości przypadków bowiem wykonawca uzyskuje informację o prowadzonym postępowaniu z ogłoszenia o zamówieniu, a dopiero później zapoznaje się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Niezgodność specyfikacji istotnych warunków zamówienia z treścią ogłoszenia może więc prowadzić do sytuacji, w której wykonawca, po zapoznaniu się z ogłoszeniem o zamówieniu, decyduje się nie brać udziału w postępowaniu. Taka sytuacja może być zaś w ocenie Komisji Europejskiej uznana za przejaw naruszenia zasad przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Dlatego też wprowadzono obowiązek zmiany ogłoszenia w każdym przypadku, gdy zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczy informacji ujawnionych w ogłoszeniu o zamówieniu”*.

W związku z powyższym nie ma wątpliwości, iż poprzez brak zamieszczenia w BZP ogłoszenia o zmianie ogłoszenia informującego o wydłużeniu, w stosunku do pierwotnie wskazanego w ogłoszeniu, terminu dostawy Pakietu nr 1 – Zamawiający naruszył art. 38 ust. 4a pkt 1 Pzp.

Poproszony o odniesienie się do powyższych kwestii, w piśmie z dnia 07.04.2021 r. Beneficjent stwierdził jedynie, że nie zmienił treści ogłoszenia o zamówieniu *„z uwagi na niedopatrzenie ze strony Zamawiającego”*.

Ostatecznie w BZP nie została opublikowana informacja o wydłużonym terminie realizacji przedmiotu zamówienia, co z pewnością mogłoby poszerzyć krąg wykonawców zainteresowanych realizacją zamówienia, dla których dotychczasowy – krótszy termin wykonania, był przeszkodą do złożenia oferty. Mogło w efekcie dojść do sytuacji, w której inny wykonawca mógł zaoferować Zamawiającemu korzystniejszą cenę za dostawę Pakietu nr 1.

W związku z tym, nie ulega wątpliwości, iż w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z naruszeniem przepisu **art. 7 ust. 1 w związku z art. 38 ust. 4a pkt 1 Pzp**, polegającym na ograniczeniu uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez brak zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zmianie ogłoszenia, w związku z wprowadzoną zmianą do treści SIWZ dotyczącą wydłużenia terminu realizacji przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia 07.06.2021 r. Beneficjent wniósł zastrzeżenia do powyższych ustaleń.

Zgodnie z jego stwierdzeniem *„błędy merytoryczne, które zostały popełnione wynikały nie z niedbalstwa i braku wiedzy, lecz z natłoku obowiązków”* wykonywanych przez pracowników administracyjnych Beneficjenta w okrojonym składzie osobowym w czasie trwania pandemii.

Odnosząc się do przekazanych zastrzeżeń, należy podkreślić, że zarówno w trakcie procedury kontrolnej, jak również składając zastrzeżenia do ustaleń zawartych w informacji pokontrolnej, Zamawiający nie wykazał żadnych obiektywnych przyczyn braku zamieszczenia w BZP ogłoszenia o zmianie ogłoszenia, polegającej na wydłużeniu terminu realizacji zamówienia w zakresie Pakietu nr 1. Prócz tego w przekazanych wyjaśnieniach brak jest również jakiegokolwiek argumentu na poparcie tezy, że niezastosowanie się przez Zamawiającego do regulacji art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp, nie miało wpływu na ograniczenie konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Na potwierdzenie istotności publikacji w BZP zmian dokonywanych w treści ogłoszenia o zamówieniu warto przytoczyć wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z dnia 18.03.2020 r. (sygn. I SA/Op 439/19), w którym czytamy, że „Niedopełnienie tym samym obowiązku wynikającego z art. 38 ust. 4a, tj. zamieszczenie ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w BZP, stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak również godzi w zasadę przejrzystości wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Na potwierdzenie słuszności swojej tezy, przywołał stanowisko WSA w Olsztynie, który w wyroku z dnia 02.04.2015 r. (sygn. I SA/Ol 93/15) wskazał: (...) Naruszenie obowiązków związanych z publikacją ogłoszenia o zamówieniu i zmian treści SIWZ godzi w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, gdyż skutkuje podziałem kontrahentów na lepiej i gorzej traktowanych - gorzej traktowani byłiby kontrahenci korzystający z informacji zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych. Wskazał przy tym, że wprowadzenie do PZP wskazanego przepisu art. 38 ust. 4a (na mocy ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych - Dz.U. Nr 171, poz. 1058), jak wynika z uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej (druk sejmowy VI kadencji nr 471) nastąpiło wskutek uwzględnienia zastrzeżeń Komisji Europejskiej w zakresie zgodności przepisów PZP z dyrektywami wspólnotowymi oraz przepisami Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, które dotyczyły m.in. zapewnienia zgodności treści SIWZ z ogłoszeniem o zamówieniu. Jak wskazano, w większości przypadków wykonawca uzyskuje informację o prowadzonym postępowaniu z ogłoszenia o zamówieniu, a dopiero później zapoznaje się z SIWZ. Niezgodność SIWZ z treścią ogłoszenia może zatem prowadzić do sytuacji, w której wykonawca, po zapoznaniu się z ogłoszeniem o zamówieniu, decyduje się nie brać udziału w postępowaniu. (...) Według Komisji Europejskiej, informacja o zmianie SIWZ powinna być opublikowana z zachowaniem takich samych standardów, jakie towarzyszyły pierwotnej publikacji. Z powyższego wynika, że różnicowanie treści informacji o elementach SIWZ w zależności od miejsca publikacji tych informacji, uznawane jest za istotne uchybienie, mogące mieć wpływ na zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania potencjalnych wykonawców. (...)”.

Dodatkowo, powołując się na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z dnia 25.04.2013 r. (sygn. akt I SA/Ol 150/13), trzeba podkreślić, że „wystarczającą przesłanką naliczenia korekty, a następnie żądania zwrotu dofinansowania jest wykazanie naruszenia Prawa zamówień publicznych, które mogło doprowadzić do uszczerpkienia środków unijnych. Przy takim rozumieniu analizowanej kwestii nie ma więc podstaw do stawiania IZ wymogu wyliczania szkody i oceniania rozmiaru skutków stwierdzonej nieprawidłowości”.

Reasumując, Instytucja Zarządzająca po rozpatrzeniu wniesionych zastrzeżeń oraz ponownej analizie przedmiotowego przypadku, podtrzymuje ustalenia pokontrolne z dnia 24.05.2021 r. dotyczące nieprawidłowości opisanej w niniejszym punkcie.

Powyższe naruszenie przepisów prawa, które na skutek działania Beneficjenta doprowadziło do powstania potencjalnej szkody finansowej stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia ogólnego.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 i 9 ustawy wdrożeniowej oraz §2 Rozporządzenia wartość stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej w przypadku korekty finansowej jest równa kwocie wydatków poniesionych nieprawidłowo w części odpowiadającej kwocie współfinansowania UE, natomiast

w przypadku pomniejszenia jest równa kwocie wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach tego zamówienia.

Jednakże zgodnie z art. 24 ust. 6 ustawy wdrożeniowej i § 3 rozporządzenia obniża się wartość korekty i stosuje się § 5 rozporządzenia.

Za powyższe naruszenie przewidziano stawkę w wysokości **25%** odpowiadającą kategorii nieprawidłowości indywidualnej nr 1 pn.:

Rodzaj nieprawidłowości:

*Nieopublikowanie ogłoszenia o zamówieniu
lub*

nieuzasadnione bezpośrednie udzielenie zamówienia (tj. niezgodna z prawem procedura negocjacyjna bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu).

Opis nieprawidłowości:

Ogłoszenie opublikowano za pomocą innych odpowiednich środków⁴.

Zgodnie z § 6 rozporządzenia w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej, dla której w załączniku do rozporządzenia nie określono stawki procentowej, stosuje się stawkę procentową odpowiadającą najbliższej rodzajowo kategorii nieprawidłowości indywidualnych.

Podsumowanie dla zamówienia:

Uchybienie nr	Numer kategorii nieprawidłowości indywidualnej	Wartość % korekty
5.1.9.e	1	25% [dotyczy Pakietu nr 1]

5.1.10

Nazwa i przedmiot zamówienia: Dostawa sprzętu medycznego wg formularza cenowego 23/2020: Pakiet nr 1 – Myjnia endoskopowa – 3 szt., zestaw do videobronchoskopii – 1 szt.

Rodzaj zamówienia: dostawa

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: 23/2020

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: BZP,

Ogłoszenie o zamówieniu nr 589261-N-2020 z dnia 25.09.2020 r.

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony

Szacunkowa wartość zamówienia: 881.481,48 zł netto (206.469,79 euro)

Umowa z wykonawcą (numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto):

Pakiet nr 1 - Umowa nr 23/2020 / 23.10.2020 r. / OLYMPUS Polska Sp. z o.o., ul. Wynalazek 1, 02-677 Warszawa / 949.974,24 zł

5.1.10.a

W trakcie czynności kontrolnych stwierdzono, iż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, w sposób który zawierał odwołanie do normy bez użycia wyrażenia „lub równoważne”, jednocześnie w specyfikacji nie zawarto ogólnego sformułowania dopuszczającego stosowanie rozwiązań równoważnych w tym zakresie.

W załączniku nr 1 do SIWZ (Formularz cenowy + parametry/warunki) w formularzu nr: pa.p.1poz.1 (dotyczącym myjni endoskopowej), Zamawiający w pozycji 22 umieścił zapis:

⁴ Publikacja za pomocą odpowiednich środków oznacza opublikowanie zamówienia w taki sposób, że przedsiębiorstwo mające siedzibę w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej ma dostęp do odpowiednich informacji dotyczących zamówienia przed jego udzieleniem, dzięki czemu jest w stanie złożyć ofertę lub wyrazić zainteresowanie otrzymaniem takiego zamówienia. W praktyce ma to miejsce, gdy ogłoszenie o zamówieniu opublikowano na szczeblu krajowym (zgodnie z prawodawstwem krajowym lub przepisami w tym względzie) lub zachowano podstawowe normy dotyczące ogłaszania o zamówieniach (dalsze informacje na temat tych norm są zamieszczone w pkt 2.1 komunikatu wyjaśniającego Komisji dotyczącego prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (2006/C 179/02) (Dz. Urz. UE C 179 z 01.08.2006, str. 2).

„Zgodność myjni z dyrektywą EN ISO 15883”.

Zespół kontrolny zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie zaistniałej sytuacji. Beneficjent w swoich wyjaśnieniach z 14.05.2021 r. stwierdził, że „W opisie przedmiotu zamówienia powołano się na wspomnianą normę zgodnie z ustawą z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. 2020 poz. 1398 tj. ze zm.), która zobowiązuje publicznego płatnika, jakim jest NFZ w ramach organizowanych postępowań w sprawie zawarcia umów ze świadczeniodawcami udzielającym świadczeń zdrowotnych opisywanie przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z uwzględnieniem Polskich Norm wprowadzających europejskie normy zharmonizowane, bądź w przypadku braku Polskich Norm wprowadzających europejskie normy zharmonizowane, norm państw członkowskich Unii Europejskiej wprowadzające europejskie normy zharmonizowane. Tym samym każdy świadczeniodawca (jakim jest raciborski szpital) ubiegający się o zawarcie z NFZ umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w poszczególnych zakresach zobligowany jest przestrzegać tych wymagań, a tym samym korzystać z urzędzeń spełniających właśnie te normy.

Ponadto Obwieszczenie Prezesa Polskiego Komitetu Normalizacyjnego z dnia 23 lutego 2021 r. w sprawie wykazu norm zharmonizowanych wprowadzających normy europejskie zharmonizowane na mocy Dyrektywy Medycznej 93/42/EWG, wdrożonej ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 186 i 1493 oraz z 2021 r. poz. 255), rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 23 września 2010 r. w sprawie wzoru znaku CE (Dz. U. poz. 1252), rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia: 5 listopada 2010 r. w sprawie sposobu klasyfikowania wyrobów medycznych (Dz. U. poz. 1416), rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 17 lutego 2016 r. w sprawie wymagań zasadniczych oraz procedur oceny zgodności wyrobów medycznych (Dz. U. poz. 211), wprowadzono wykaz norm zharmonizowanych. Zgodnie z powyższym obwieszczeniem wymagania do myjni objęte są tylko i wyłącznie jedną normą zharmonizowaną EN ISO 15883, opisującą kompleksowo bezpieczeństwo oraz funkcjonalność myjni i jest standardowym wyznacznikiem dla wszystkich producentów z Unii Europejskiej i importerów sprzedających myjnię na terenie Unii Europejskiej. Powołanie się na powyższą normę wynika z przepisów prawa, które szpital, jako podmiot zamawiający i udzielający świadczeń medycznych jest zobowiązany spełnić, zgodnie z ustawą z dnia: 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz. U. z 2020 r. poz. 1845). Ponadto zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia: 26 czerwca 2012 r. poz. 739, na podstawie art. 22 ust. 3 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. Nr 112, poz. 654, Nr 149, poz. 887, Nr 174, poz. 1039 i Nr 185, poz. 1092) w sprawie szczegółowych wymagań, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia i urządzenia podmiotu wykonującego działalność leczniczą, określa szczegółowe wymagania, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia i urządzenia Pracowni Badań Endoskopowych.

Zgodnie z powyższym proces mycia i dezynfekcji endoskopów, jak również narzędzi endoskopowych powinien zostać przeprowadzony na urządzeniach w sposób automatyczny i technologicznie powtarzalny, z użyciem środków dezynfekcyjnych i antyseptycznych gwarantujących bezpieczeństwo personelu medycznego i pacjentów, posiadających właściwe parametry wiruso i bakteriobójcze. Norma EN ISO 15883 określa wszystkie wyżej wymienione wymagania szczegółowe badań bezpieczeństwa oraz funkcjonalności myjni oraz akcesoriów do mycia i dekontaminacji wyrobów medycznych stosowanych w praktyce medycznej, oraz nie ogranicza konkurencji, ma jedynie na celu zapewnienie właściwej funkcjonalności myjni, bezpieczeństwa personelowi medycznemu i pacjentom, oraz uniknięcia ewentualnych konsekwencji prawnych w przypadku wystąpienia zdarzenia medycznego zagrażającego życiu lub zdrowiu pacjenta”.

Zgodnie z ustaleniami Komisji Europejskiej w związku z misją audytową KE nr REGC414PL0172, przeprowadzoną w dniach od 14 października do 23 października 2019 r. dokumenty postępowania,

szczególnie te w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, winny spełniać warunki określone w art. 42 i art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm.) dotyczące stosowania specyfikacji technicznych.

Zgodnie bowiem z art. 42 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE „*bez uszczerbku dla wiążących krajowych przepisów technicznych, w zakresie, w jakim są one zgodne z prawem unijnym, specyfikacje techniczne formułuje się w jeden z poniższych sposobów:*

*b) poprzez odniesienie do specyfikacji technicznych oraz, w kolejności preferencji do: norm krajowych przenoszących normy europejskie, europejskich ocen technicznych, wspólnych specyfikacji technicznych, norm międzynarodowych, innych systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organy normalizacyjne lub – w przypadku ich braku - do norm krajowych, krajowych aprobat technicznych lub krajowych specyfikacji technicznych dotyczących projektowania, wyliczeń i realizacji robót budowlanych oraz wykorzystania dostaw; **każdemu odniesieniu towarzyszą słowa „lub równoważne”;***

c) (.)

d) (.)”

Na grunt prawa polskiego powyższe uregulowania zostały przeniesione w art. 30 Ustawy Pzp.

Tym samym, w myśl wyżej wymienionych przepisów prawa unijnego i krajowego, w przypadku gdy instytucja zamawiająca opisuje przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, zamawiający jest obowiązany nie tylko wskazać, że **dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu winny zawsze towarzyszyć wyrazy „lub równoważne”**.

W związku z powyższym zespół kontrolny stwierdził naruszenie art. 30 ust. 4 Pzp, bowiem Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą odwołania się do normy, bez uwzględnienia normy równoważnej, poprzez niezastosowanie obowiązkowego wyrażenia „lub równoważne”.

Biorąc pod uwagę wyjaśnienia złożone przez Beneficjenta oraz fakt, że powołanie się na normę wynika z przepisów prawa, zespół kontrolny zakwalifikował opisane uchybienie, jako formalne.

5.1.10.b

W rozdziale 15 SIWZ Zamawiający zawarł opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze najkorzystniejszej oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert:
A) Cena oferty – 100%.

Zgodnie z art. 91 ust. 2a Pzp Zamawiający mogą zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia.

W załączniku do protokołu postępowania uzasadniając zastosowanie kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert Zamawiający zapisał:

*„Komisja (...) proponuje przyjąć do oceny ofert postępowania nr 23/2020 (...) jedynie kryterium **ceny** z uwagi na fakt, iż zamawiający dokładnie sprecyzował wymagania i parametry techniczne jakie ma spełniać zaoferowany sprzęt medyczny oraz określił okresy gwarancji, terminy dostaw i realizacji”*.

W dokumentacji postępowania rzeczywiście określone zostały standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia poprzez dokładne sprecyzowanie wymagań oraz parametrów technicznych, jednakże Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się oraz nie wykazał kosztów cyklu życia produktu.

Tymczasem zgodnie z art. 91 ust. 3c Pzp rachunek kosztów cyklu życia może obejmować w szczególności koszty:

- 1) poniesione przez zamawiającego lub innych użytkowników związane z:
 - a) nabyciem,
 - b) użytkowaniem, w szczególności zużycie energii i innych zasobów,
 - c) utrzymaniem,
 - d) wycofaniem z eksploatacji, w szczególności koszty zbierania i recyklingu (...).

Zamawiający formułując kryteria oceny ofert dopuścił się naruszenia przepisu art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, przypisując w sposób nieuprawniony kryterium ceny wagę przekraczającą 60%.

Poproszony o wyjaśnienie powyższego, w piśmie z dnia 07.04.2021 r. Beneficjent potwierdził jedynie, że opisał dokładnie w SIWZ „warunki/parametry techniczne jakie ma spełniać sprzęt medyczny oraz określił terminy dostaw i płatności spełniając w ten sposób wymóg zapisany w treści przepisu art. 91 ust. 2a Pzp”.

Definicja „cyklu życia” została określona w art. 2 pkt 1a ustawy Pzp. Obejmuje ona swym zakresem wszelkie możliwe kolejne lub powiązane fazy istnienia przedmiotu dostawy, usługi lub roboty budowlanej, w szczególności m.in. używanie, naprawę, modernizację, zmianę, utrzymanie przez okres istnienia, zużycie, wycofanie i usuwanie. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż Beneficjent nie odniósł się do takich elementów kosztów cyklu życia jak choćby kosztów związanych z użytkowaniem (np. koszty związane z konserwacją, obsługą przedmiotu zamówienia, zużyciem energii) czy też wycofaniem z eksploatacji (np. koszty recyklingu), które w zależności od zaoferowanych produktów wcale nie muszą być pomijalnie małe.

Zamawiający nieprawidłowo zastosował dyspozycję art. 91 ust. 2a Pzp, jednakże biorąc pod uwagę fakt, że przepisy Dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych (motyw 92 Preambuły) nie określają wymaganego poziomu kryteriów poza cenowych, a w rozporządzeniu Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej z 22 czerwca 2020 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U.2020.1264), nie przewidziano korekty finansowej w związku z naruszeniem art. 91 ust. 2a Pzp polegającym na niewłaściwym zastosowaniu kryterium ceny, jako jedynego kryterium oceny ofert, uchybienie kwalifikuje się jako formalne, niemające skutków finansowych. Dodatkowym argumentem przemawiającym za takim rozstrzygnięciem sprawy jest fakt, że w postępowaniu wpłynęła 1 oferta, zatem uchybienie nie wpłynęło na ranking ofert a tym samym wybór najkorzystniejszej oferty.

5.1.11

Nazwa i przedmiot zamówienia: Dostawa sprzętu laboratoryjnego wg formularza cenowego 24/2020:

Pakiet nr 1 – Komora laminarna – 2 szt.

Pakiet nr 2 – Mikroskop biologiczny – 3 szt.

Pakiet nr 3 – Pipeta automatyczna – 20 szt.

Rodzaj zamówienia: dostawa

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: 24/2020

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: BZP,

Ogłoszenie o zamówieniu nr 590618-N-2020 z dnia 06.10.2020 r.

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony

Szacunkowa wartość zamówienia: 222.222,23 zł netto (52.051,21 euro), w tym:

Pakiet nr 1 – 117.073,17 zł (27.422,10 euro)

Pakiet nr 2 – 61.111,11 zł (14.314,08 euro)

Pakiet nr 3 – 27.777,77 zł (6.506,40 euro)

Umowa z wykonawcą (numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto):

Pakiet nr 1 - Umowa nr 24/1/2020 / 30.10.2020 r. / PHU SELMA IMPORT-EXPORT Anna Selma, ul. Cieszyńska 4 lok. 85, 02-716 Warszawa / 136.530,00 zł

Pakiet nr 2 - Umowa nr 24/2/2020 / 30.10.2020 r. / PRECOPTIC CO. WOJCIECHOWSCY Sp. J., ul. Arkuszowa 60, 01-934 Warszawa / 49.944,60 zł

Postępowanie na Pakiet nr 3 zostało unieważnione na podst. art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp – nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

5.1.11.a

W ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w BZP pod numerem 590618-N-2020 w dniu 06.10.2020 r., w treści sekcji II.4 (Krótki opis przedmiotu zamówienia), poza wskazaniem, że przedmiotem zamówienia jest dostawa sprzętu medycznego wg formularza cenowego 24/2020 – nie ma informacji na ile i jakie części Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia.

Poza tym w treści ogłoszenia o zamówieniu nie ma wypełnionego załącznika do ogłoszenia, w którym powinny znaleźć się informacje na temat poszczególnych części zamówienia w przypadku, gdy przedmiot zamówienia został przez Zamawiającego podzielony na części, jak w przedmiotowym postępowaniu.

Natomiast treść załącznika nr 1 do SIWZ (Formularz cenowy) w sposób ewidentny wskazuje, iż przedmiot zamówienia został podzielony na 3 części/pakiety.

Treść ustawy Pzp w art. 41 pkt 4 bez wątpliwości wskazuje, iż obowiązkową zawartość ogłoszenia o zamówieniu stanowi „*określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych*”.

Ponadto, w treści art. 11 ust. 6 Pzp zawarte zostało wskazanie, że „*Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, wzory ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, mając na względzie rodzaje ogłoszeń oraz wartość zamówienia albo konkursu*”.

Z treści załącznika nr 1 do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz.U.2016.1127 z późn. zm. – dalej: rozporządzenie ws. wzorów ogłoszeń) stanowiącego wzór ogłoszenia o zamówieniu wynika, iż dla postępowań, w których przedmiot zamówienia jest podzielony na części, Zamawiający powinien wypełnić załącznik do ogłoszenia, w którym ma obowiązek zapisać wskazane we wzorze informacje odnoszące się do każdej z części przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym nie ma wątpliwości, iż poprzez brak informacji o podziale zamówienia na części oraz brak informacji nt. określenia przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia – Zamawiający naruszył treść art. 41 pkt 4 Pzp.

Dodatkowo Zamawiający dopuścił się niezgodności treści ogłoszenia o zamówieniu z rozporządzeniem w sprawie wzorów ogłoszeń wskazanym w art. 11 ust. 6 Pzp.

Poproszony o wyjaśnienie powyższych kwestii, w piśmie z dnia 07.04.2021 r. Beneficjent odpowiedział lakonicznie, że informacja dotycząca podziału zamówienia na części została przez niego zawarta w SIWZ.

To właśnie na podstawie ogłoszenia o zamówieniu wykonawcy podejmują decyzję czy są zainteresowani udziałem w danym postępowaniu i dopiero w następnym kroku zapoznają się z całością dokumentacji przetargowej, a w kontrolowanym postępowaniu, po zapoznaniu się z ogłoszeniem o zamówieniu, nie sposób wywnioskować czego dotyczą dostawy.

Jednocześnie trzeba odnotować fakt, iż w pozostałej dokumentacji postępowania, tzn. w treści SIWZ oraz załącznikach do SIWZ takich jak: formularz cenowy, formularz ofertowy oraz wzór umowy, zapisane zostały niezbędne informacje dotyczące przedmiotu zamówienia, umożliwiające potencjalnym wykonawcom złożenie oferty na każdą z części. Ponadto żaden wykonawca na etapie postępowania nie zwrócił się do Zamawiającego z zapytaniem o podanie informacji odnośnie pakietów składających się na przedmiot zamówienia, które powinny być znaleźć się w załączniku

do ogłoszenia. Podobnie, żadna z ofert złożonych w postępowaniu nie została przez Zamawiającego odrzucona ze względu na zaproponowaną cenę ofertową dotyczącą całości przedmiotu zamówienia (bez podania cen za poszczególne pakiety), czyli w powodu jej niezgodności z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że w kontrolowanym postępowaniu doszło do naruszenia art. 41 pkt 4 Pzp poprzez brak w treści ogłoszenia o zamówieniu informacji o podziale zamówienia na części oraz do niezgodności treści ogłoszenia o zamówieniu z rozporządzeniem w sprawie wzorów ogłoszeń wskazanym w art. 11 ust. 6 Pzp, jednakże uchybienia te kwalifikuje się jako formalne, niemające skutków finansowych.

5.1.11.b

W trakcie czynności kontrolnych stwierdzono, iż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, w sposób który zawierał odwołanie do norm bez użycia wyrażenia „lub równoważne”, jednocześnie w specyfikacji nie zawarto ogólnego sformułowania dopuszczającego stosowanie rozwiązań równoważnych w tym zakresie.

W załączniku nr 1 do SIWZ (Formularz cenowy + parametry/warunki) w formularzu: pa.p.1poz.1 dotyczącym *Komory laminarnej do przygotowania cytostatyków – Zamawiający umieścił następujące zapisy:*

Pozycja 14:

„Wszystkie filtry HEPA muszą odpowiadać klasie min. H14 zgodnie z EN 1822-1”.

Pozycja 35:

„Certyfikat niezależnej, powszechnie uznanej jednostki notyfikowanej, akredytowanej do certyfikacji, na zgodność z normą DIN 12980:2017-05 jako komory bezpiecznej do pracy z cytostatykami z objęciem wszystkich funkcjonalności oferowanej wersji komory”.

Natomiast w formularzu: pa.p.1poz.2 dotyczącym *Komory laminarnej do przygotowania żywienia – Zamawiający umieścił następujący zapis:*

Pozycja 24:

„Komora bezpieczna, II klasa bezpieczeństwa zgodnie z EN 12469 (ochrona produktu, środowiska, obsługi), potwierdzona deklaracją zgodności producenta”.

Zespół kontrolny zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie zaistniałej sytuacji.

Beneficjent w swoich wyjaśnieniach z 14.05.2021 r. stwierdził, że *„W opisie przedmiotu zamówienia powołano się na wspomnianą normę zgodnie z ustawą z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. 2020 poz. 1398 tj. ze zm.), która zobowiązuje publicznego płatnika, jakim jest NFZ w ramach organizowanych postępowań w sprawie zawarcia umów ze świadczeniodawcami udzielającym świadczeń zdrowotnych opisywanie przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z uwzględnieniem Polskich Norm wprowadzających europejskie normy zharmonizowane, bądź w przypadku braku Polskich Norm wprowadzających europejskie normy zharmonizowane, norm państw członkowskich Unii Europejskiej wprowadzające europejskie normy zharmonizowane. Tym samym każdy świadczeniodawca (jakim jest raciborski szpital) ubiegający się o zawarcie z NFZ umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w poszczególnych zakresach zobligowany jest przestrzegać tych wymagań, a tym samym korzystać z urzędzeń spełniających właśnie te normy.*

Ponadto Obwieszczenie Prezesa Polskiego Komitetu Normalizacyjnego z dnia 23 lutego 2021 r. w sprawie wykazu norm zharmonizowanych wprowadzających normy europejskie zharmonizowane na mocy Dyrektywy Medycznej 93/42/EWG, wdrożonej ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 186 i 1493 oraz z 2021 r. poz. 255), rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 23 września 2010 r. w sprawie wzoru znaku CE (Dz. U. poz. 1252), rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 5 listopada 2010 r. w sprawie sposobu klasyfikowania wyrobów

medycznych (Dz. U. poz. 1416), rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 17 lutego 2016 r. w sprawie wymagań zasadniczych oraz procedur oceny zgodności wyrobów medycznych (Dz. U. poz. 211), wprowadzono wykaz norm zharmonizowanych.

Powołanie się na powyższe normy wynika również z przepisów prawa, które szpital, jako podmiot zamawiający i udzielający świadczeń medycznych jest zobowiązany spełnić, zgodnie z ustawą z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz. U. z 2020 r. poz. 1845), oraz Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia: 16 września 2020 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie wymagań dobrej praktyki wytwarzania na podstawie art. 39 ust. 5 pkt 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz. U. z 2020 r. poz. 944 i 1493), precyzuje, iż, łoże laminarne klasy II wykorzystywane w laboratoriach powinny spełniać wszystkie wymagania normy: PN EN 12469, zaś łoże laminarne do pracy z cytostatykami powinny być certyfikowane zgodnie z normą DIN 12980. Zgodnie z powyższymi normami: PN EN 12469 oraz DIN 12980 określają wszystkie wyżej wymienione wymagania szczegółowe, badań bezpieczeństwa oraz funkcjonalności łóż laminarnych stosowanych w laboratoriach 1, 2, 3 i 4 stopnia hermetyczności, w zależności od przeznaczenia, oraz nie ograniczają konkurencji, ich zastosowanie ma jedynie na celu zapewnienie właściwej funkcjonalności łóż laminarnych, jak również bezpieczeństwa personelu eksploatującego urządzenie.

Norma EN 1822-1, określa metody badań parametrów filtrów, ich walidacji w trakcie trwania eksploatacji urządzenia w określonym odstępie czasowym, jak również znakowania i klasyfikacji stosowanych przez producentów filtrów powietrza wysokiej efektywności filtracji typu Hepa H 14, powszechnie stosowanych w urządzeniach typu łoże laminarne. Filtry Hepa H 14 stanowią newralgiczny element składowy łóż laminarnych, a podana norma określa minimum skuteczności filtracji, która ma na celu zapewnienie bezpieczeństwa personelu w trakcie eksploatacji urządzenia. Ponadto w specyfikacji technicznej użyto zwrotu „Wszystkie filtry HEPA muszą odpowiadać klasie minimum H14 zgodnie z EN 1822-1”, w związku z powyższym nie ograniczamy konkurencji, ponieważ oferty mogą zaproponować filtry o klasie wyższej”.

Zgodnie z ustaleniami Komisji Europejskiej w związku z misją audytową KE nr REGC414PL0172, przeprowadzoną w dniach od 14 października do 23 października 2019 r. dokumenty postępowania, szczególnie te w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, winny spełniać warunki określone w art. 42 i art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm.) dotyczące stosowania specyfikacji technicznych.

Zgodnie bowiem z art. 42 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE „bez uszczerbku dla wiążących krajowych przepisów technicznych, w zakresie, w jakim są one zgodne z prawem unijnym, specyfikacje techniczne formułuje się w jeden z poniższych sposobów:

b) poprzez odniesienie do specyfikacji technicznych oraz, w kolejności preferencji do: norm krajowych przenoszących normy europejskie, europejskich ocen technicznych, wspólnych specyfikacji technicznych, norm międzynarodowych, innych systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organy normalizacyjne lub – w przypadku ich braku - do norm krajowych, krajowych aprobat technicznych lub krajowych specyfikacji technicznych dotyczących projektowania, wyliczeń i realizacji robót budowlanych oraz wykorzystania dostaw; **każdemu odniesieniu towarzyszą słowa „lub równoważne”;**

c) (.)

d) (.)”

Na grunt prawa polskiego powyższe uregulowania zostały przeniesione w art. 30 Ustawy Pzp.

Tym samym, w myśl wyżej wymienionych przepisów prawa unijnego i krajowego, w przypadku gdy instytucja zamawiająca opisuje przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, zamawiający jest obowiązany nie tylko wskazać, że **doпуска rozwiązań równoważne**

opisywanym, a odniesieniu takiemu winny zawsze towarzyszyć wyrazy „lub równoważne”.

W związku z powyższym zespół kontrolny stwierdził naruszenie art. 30 ust. 4 Pzp, bowiem Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą odwołania się do normy, bez uwzględnienia normy równoważnej, poprzez niezastosowanie obowiązkowego wyrażenia „lub równoważne”.

Biorąc pod uwagę wyjaśnienia złożone przez Beneficjenta zespół kontrolny zakwalifikował opisane uchybienie, jako formalne.

5.1.11.c

W rozdziale 15 SIWZ Zamawiający zawarł opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze najkorzystniejszej oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert:

A) Cena oferty – 100%.

Zgodnie z art. 91 ust. 2a Pzp Zamawiający mogą zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia.

W załączniku do protokołu postępowania uzasadniając zastosowanie kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert Zamawiający zapisał:

*„Komisja (...) proponuje przyjąć do oceny ofert postępowania nr 24/2020 (...) jedynie kryterium **ceny** z uwagi na fakt, iż zamawiający dokładnie sprecyzował wymagania i parametry techniczne jakie ma spełniać zaoferowany sprzęt oraz określił okresy gwarancji, terminy dostaw i realizacji”.*

W dokumentacji postępowania rzeczywiście określone zostały standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia poprzez dokładne sprecyzowanie wymagań oraz parametrów technicznych, jednakże Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się oraz nie wykazał kosztów cyklu życia produktu.

Tymczasem zgodnie z art. 91 ust. 3c Pzp rachunek kosztów cyklu życia może obejmować w szczególności koszty:

- 1) poniesione przez zamawiającego lub innych użytkowników związane z:
 - a) nabyciem,
 - b) użytkowaniem, w szczególności zużycie energii i innych zasobów,
 - c) utrzymaniem,
 - d) wycofaniem z eksploatacji, w szczególności koszty zbierania i recyklingu (...).

Zamawiający formułując kryteria oceny ofert dopuścił się naruszenia przepisu art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, przypisując w sposób nieuprawniony kryterium ceny wagę przekraczającą 60%.

Poproszony o wyjaśnienie powyższego, w piśmie z dnia 07.04.2021 r. Beneficjent potwierdził jedynie, że opisał dokładnie w SIWZ „warunki/parametry techniczne jakie ma spełniać sprzęt medyczny oraz określił terminy dostaw i płatności spełniając w ten sposób wymóg zapisany w treści przepisu art. 91 ust. 2a Pzp”.

Definicja „cyklu życia” została określona w art. 2 pkt 1a ustawy Pzp. Obejmuje ona swym zakresem wszelkie możliwe kolejne lub powiązane fazy istnienia przedmiotu dostawy, usługi lub roboty budowlanej, w szczególności m.in. używanie, naprawę, modernizację, zmianę, utrzymanie przez okres istnienia, zużycie, wycofanie i usuwanie. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż, Beneficjent nie odniósł się do takich elementów kosztów cyklu życia jak choćby kosztów związanych z użytkowaniem (np. koszty związane z konserwacją, obsługą przedmiotu zamówienia, zużyciem energii) czy też wycofaniem z eksploatacji (np. koszty recyklingu), które w zależności od zaoferowanych produktów wcale nie muszą być pomijalnie małe.

Zamawiający nieprawidłowo zastosował dyspozycję art. 91 ust. 2a Pzp, jednakże biorąc pod uwagę fakt, że przepisy Dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych (motyw 92 Preambuły) nie określają wymaganego poziomu kryteriów poza cenowych, a w rozporządzeniu Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej z 22 czerwca 2020 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U.2020.1264), nie przewidziano korekty finansowej w związku z naruszeniem art. 91 ust. 2a Pzp polegającym na niewłaściwym zastosowaniu kryterium ceny, jako jedyne kryterium oceny ofert, uchybienie kwalifikuje się jako formalne, niemające skutków finansowych. Dodatkowym argumentem przemawiającym za takim rozstrzygnięciem sprawy jest fakt, że w postępowaniu wpłynęła 1 oferta (na pakiet 1 i 2), zatem uchybienie nie wpłynęło na ranking ofert a tym samym wybór najkorzystniejszej oferty.

5.1.12

Nazwa i przedmiot zamówienia: Zakup 2 urządzeń do dekontaminacji powietrza w ramach projektu RPO

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: BU-73/2020

Umowa z wykonawcą (numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto):

Zamówienie z dnia 19.10.2020 r. / KLAROMED Sp. z o.o., ul. Sobieskiego 123, 05-070 Sulejówek / 17.976,01 zł

Brak uchybień formalnych oraz uchybień mających skutki finansowe stwierdzonych w wyniku czynności kontroli.

Odnośnie uchybień formalnych opisanych w punktach: 5.1.1.a, 5.1.3.a, 5.1.9.b, 5.1.10.a i 5.1.11.b

Instytucja Zarządzająca nie wnosi zastrzeżeń do wymienionych postępowań, niemniej jednak informuje się Beneficjenta, iż przepis art. 30 ust. 4 ustawy Pzp wprost nakłada na Zamawiającego obowiązek zamieszczenia zwrotu o równoważności przy opisie przedmiotu zamówienia zawierającego odniesienie do norm (również w przypadku zawarcia norm w dokumentacji projektowej, przedmiarach robót, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych itp. stanowiących załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia).

Celem art. 30 ust. 4 ustawy Pzp jest bowiem umożliwienie ubiegania się o zamówienie publiczne również tym wykonawcom, którzy mogą zaoferować rozwiązania równoważne, spełniające wymogi określone w opisie przedmiotu zamówienia poprzez normy, aprobaty, specyfikacje techniczne i systemy odniesienia, o których mowa w art. 30 ust. 1 - 3 ustawy Pzp.

Na podstawie art. 30 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający opisując przedmiot zamówienia za pomocą m.in. norm w każdym przypadku jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. Beneficjent nie może natomiast wymagać od wykonawcy, aby ten wykonał przedmiot zamówienia stosując konkretne normy. Jeżeli wykonawca oferuje przedmiot zamówienia spełniający warunki określone w danych normach, a nie posiada np. certyfikatu zgodności, może za pomocą innych dowodów wykazać, że oferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z ich wymogami.

Odnośnie zastrzeżeń wniesionych do nieprawidłowości opisanych w punktach: 5.1.3.c, 5.1.3.d i 5.1.9.e

W przekazanych zastrzeżeniach do ustaleń zawartych w informacji pokontrolnej z 24.05.2021 r. Beneficjent zwrócił przede wszystkim uwagę na to, że „bezwzględnym obowiązkiem instytucji zarządzających, pośredniczących lub wdrażających jest analiza w zakresie rzeczywistej szkody, ale także przeprowadzenie analizy w zakresie miarkowania wysokości korekty finansowej”. Beneficjent

powołał się w tej kwestii na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 30.05.2014 r. (sygn. III SA/Wr 908/13), w którym można przeczytać, iż *„przy ustalaniu i nałożeniu korekty finansowej organy powinny rozważyć i wskazać, czy w danej sprawie zaistniały przestanki (okoliczności) przemawiające za obniżeniem stawki maksymalnej i w jakim zakresie (w związku z tymi okolicznościami) stawka powinna zostać obniżona”*.

W swojej konkluzji Zamawiający stwierdza, że przedstawione w treści zastrzeżeń okoliczności odnoszące się do poszczególnych postępowań objętych przedmiotową kontrolą *„wskazują na występowanie właśnie szczególnej okoliczności, jaką jest stan wyższej konieczności, spowodowany występowaniem stanu pandemii SARS-CoV-2, które to okoliczności winny znaleźć odzwierciedlenie przy analizie miarkowania korekt finansowych”*, co zdaniem Zamawiającego nie nastąpiło w treści ustaleń pokontrolnych z dnia 24.05.2021 r.

Odnosząc się do powyższych stwierdzeń, ujmując rzecz całościowo trzeba stwierdzić, iż w ustaleniach pokontrolnych z dnia 24.05.2021 r., wbrew opinii Beneficjenta, wzięte pod uwagę zostały wszelkie okoliczności towarzyszące udzieleniu przedmiotowego zamówienia, w tym oczywiście również trwający stan pandemii.

Ponadto, odnośnie poruszonej przez Beneficjenta kwestii analizowania wystąpienia rzeczywistej szkody finansowej, należy wskazać na wyrok NSA z 3 grudnia 2019 r. (sygn. I GSK 1515/18), w którym czytamy, że *„nie ma (...) podstaw prawnych do twierdzenia o obowiązku wykazania przez organ nakładający korektę faktycznej straty w środkach publicznych”*.

Na istotę szkody w wyroku z dnia 25 lutego 2015 r., sygn. akt. III SA/Wr 881/14 wskazał także Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu, stwierdzając, że *„wystarczy jednak samo tylko wykazanie, że określone nieprawidłowości powstałe wskutek zachowania się beneficjenta mogły jedynie (choć wcale nie musiały) narazić ogólny budżet Unii Europejskiej na uszczerbek, nawet bliżej niewykazany (potencjalny)”*.

„(...) szkoda o której mowa w tym przepisie nie musi być konkretną stratą finansową, bowiem do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy istnienie ryzyka, czy też zagrożenia, że szkoda ta powstanie. Już językowa wykładnia tego przepisu wskazuje, że szkoda może mieć charakter potencjalny (por. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 marca 2013 r. sygn. akt II GSK 51/13, z dnia 17 kwietnia 2013 r. sygn. akt II GSK 159/12, z dnia 21 listopada 2014 r. sygn. akt II GSK 919/13)”.

Prócz tego konieczne należy podkreślić dwie kwestie. Po pierwsze w Rozporządzeniu Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 22 czerwca 2020 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U.2020.1264 - dalej „Rozporządzenie”), obowiązującym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania, nie ma już możliwości zastosowania stawki procentowej o niższej wysokości niż maksymalna wysokość dla danej kategorii nieprawidłowości indywidualnej w sytuacji, gdy jest to uzasadnione charakterem i wagą stwierdzonej nieprawidłowości, czyli tzw. miarkowania. W akcie tym wskazano wprost stawkę procentową przewidzianą za dane uchybienie. Należy zwrócić uwagę, że w obowiązującym na dzień wszczęcia postępowań rozporządzeniu nie znajdują się już określenia *„wysokość stawki może zostać obniżona do wysokości...”*. Uchylony został także § 7 i 8 rozporządzenia opublikowanego w Dz. U. z 2018 r. poz. 971, które wskazywały na możliwość zastosowania niższej stawki procentowej.

Po drugie zaś, zgodnie z pismem Departamentu Koordynacji Wdrażania Funduszy Unii Europejskiej w Ministerstwie Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 18.05.2021 r. (znak sprawy: DKF-IV.6518.10.2021.EŚ – dalej „Pismo MFiPR”), będącego odpowiedzią na zapytanie Instytucji Zarządzającej – *„jeśli zamawiający zdecydował się na niekorzystanie z wyłączenia Pzp w oparciu o specustawy covidowe, a jednocześnie dokonał naruszenia przepisów zamówień publicznych, to – na potrzeby kontroli projektu – nie można uznać ich nieistniejące. (...) Skoro bowiem zamawiający zdecydował, aby stosować Pzp, kwalifikowalność wydatków należy ocenić w świetle przeprowadzonej procedury bez względu na fakt, że mógł tej procedury nie stosować”*.

Poza tym, okoliczności związane z pandemią zostały w oczywisty sposób wzięte pod uwagę przy zastosowaniu korekty finansowej, gdyż nie uznano całości wydatków za niekwalifikowalne, a zastosowano stawkę procentową wynikającą z załącznika do rozporządzenia.

Należy także mieć na względzie, że zastosowanie samej tabeli korekt ujętych w przywołanym powyżej rozporządzeniu, jest już swoistą formą miarkowania w odniesieniu do okoliczności towarzyszących wystąpieniu danej nieprawidłowości.

6. Stwierdzone uchybienia oraz wnioski wynikające z przeprowadzonej kontroli:

Wynik kontroli: z istotnymi zastrzeżeniami

Konsekwencje finansowe:

- związane z zamówieniami:

Zakres	Nr uchybienia	Wartość % korekty
5.1	5.1.3.c	10%
5.1	5.1.3.d	5%
5.1	5.1.6.e	10% [dotyczy Pakietu nr 2]
5.1	5.1.7.b	10%
5.1	5.1.9.e	25% [dotyczy Pakietu nr 1]

Sposób usunięcia nieprawidłowości:

W przypadku nieprawidłowości stwierdzonych przed zatwierdzeniem wniosku o płatność (jeżeli w kontrolowanym wniosku o płatność przedstawiono dany wydatek) Instytucja Zarządzająca dokona pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych ujętych we wniosku o płatność złożonym przez beneficjenta o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo.

W przypadku kiedy beneficjent będzie składał kolejne wnioski o płatność oraz w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości przed złożeniem przez beneficjenta wniosku o płatność, we wnioskach o płatność należy ująć wydatki kwalifikowalne pomniejszone o kwotę wynikającą ze stwierdzonych nieprawidłowości. W przypadku stwierdzenia, że beneficjent nie dokonał odpowiedniego pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych, IZ pomniejszy wydatki kwalifikowane o kwotę wydatków nieprawidłowych. W sytuacji, gdy beneficjent zawrze we wniosku o płatność wydatek, który wcześniej, w wyniku kontroli, został uznany za nieprawidłowy, instytucja weryfikująca wniosek oceni, czy nie zachodzą przesłanki podejrzenia popełnienia przestępstwa.

Celowe przedstawienie do rozliczenia wydatków niekwalifikowalnych może stanowić próbę popełnienia przestępstwa, o którym mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tj. Dz.U. z 2020 r. poz. 1444) albo przestępstwa skarbowego, o którym mowa w ustawie z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (tj. Dz.U. z 2021 r. poz. 408 z późn. zm.).

W przypadku nieprawidłowości stwierdzonych w uprzednio zatwierdzonym wniosku o płatność Instytucja Zarządzająca nakłada korektę finansową oraz rozpocznie procedurę odzyskiwania kwoty współfinansowania UE w wysokości odpowiadającej wartości korekty finansowej, zgodnie z art. 207 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2021, poz. 305 tj.).

Pisemne wyrażenie zgody odnośnie ustaleń zawartych w informacji pokontrolnej jest równoznaczne z akceptacją i przyjęciem do wiadomości sposobu usunięcia nieprawidłowości.

Pouczenie:

Kierownikowi jednostki kontrolowanej przysługuje prawo do zgłoszenia, na piśmie uzasadnionych zastrzeżeń do ustaleń zawartych w informacji pokontrolnej, w terminie 14 dni od dnia otrzymania informacji pokontrolnej zgodnie z art. 24 ust. 10 oraz art. 25 ust. 2 ustawy wdrożeniowej.

*Zgłoszenie zastrzeżeń dotyczących informacji pokontrolnej przysługuje Kierownikowi jednostki kontrolowanej **jednorazowo (tzn. tylko raz dla danej kontroli)**.*

Zastrzeżenia wniesione po upływie 14 dni od daty otrzymania informacji pokontrolnej nie będą rozpatrywane przez IZ RPO WSL. Niewyrażenie stanowiska odnośnie ustaleń zawartych w informacji pokontrolnej w ww. terminie jest równoznaczne z jej akceptacją.

W przypadku złożenia przez Beneficjenta zastrzeżeń do informacji pokontrolnej sporządzana zostaje ostateczna informacja pokontrolna, która zawiera stanowisko IZ RPO WSL, wobec której nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń zgodnie z art. 25 ust. 11 ustawy wdrożeniowej.

Członkowie zespołu kontrolnego:

Piotr Piszcz

Karolina Proszowska

Zaakceptował:

Piotr Ryza

Kierownik Referatu Kontroli Projektów

Departament Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym

Zatwierdził:

Barbara Malcharek

Zastępca Dyrektora Departamentu Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym