



Województwo
Śląskie

Katowice, 03 września 2021 roku
FR-RKPR.44.448.1.2021.IS
FR-RKPR.KW-00848/21
Dotyczy projektu nr 07D5/17



Pan
JANUSZ ŻYDEK
Burmistrz Miasta Wisła
Wójt Gminy Chybie
ul. Bielska 78
43-520 Chybie

Dotyczy kontroli projektu pn. Przebudowa i remont budynku socjalno-biurowo-usługowego wraz z adaptacją na Gminny Ośrodek Kultury w Chybiu

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

Szanowny Panie Wójcie,

w załączeniu do niniejszego pisma przekazuję ostateczną informację pokontrolną z przeprowadzonej w dniach 08 lipca 2021r. – 5 sierpnia 2021r. kontroli projektu pn. „Przebudowa i remont budynku socjalno-biurowo-usługowego wraz z adaptacją na Gminny Ośrodek Kultury w Chybiu”, współfinansowanego z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2014 – 2020.

Do ostatecznej informacji pokontrolnej nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń.

Z poważaniem

Monika Duda-Szmyd
Zastępca Dyrektora Departamentu Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym

Załączniki: Informacja pokontrolna z kontroli ww. projektu



Unia Europejska
Europejski Fundusz
Rozwoju Regionalnego



Katowice, 03 września 2021 roku
FR-RKPR.44.448.1.2021.IS
Dotyczy projektu nr 07D5/17

OSTATECZNA INFORMACJA POKONTROLNA

Nazwa jednostki kontrolowanej: GMINA CHYBIE

Tytuł projektu: Przebudowa i remont budynku socjalno-biurowo-usługowego wraz z adaptacją na Gminny Ośrodek Kultury w Chybiu

Nr umowy o dofinansowanie: UDA-RPSL.10.03.05-24-07D5/17-00

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.2020.818 tekst jednolity- dalej „ustawa wdrożeniowa”),
2. § 17 Umowy nr UDA-RPSL.10.03.05-24-07D5/17-00 z 23 lipca 2019 roku w sprawie dofinansowania projektu pn. *Przebudowa i remont budynku socjalno-biurowo-usługowego wraz z adaptacją na Gminny Ośrodek Kultury w Chybiu.*

Rodzaj kontroli:

- w trakcie realizacji projektu

Tryb kontroli:

- planowa

1. Skład Zespołu Kontrolującego:

Imię i nazwisko	Stanowisko służbowe	Funkcja w zespole kontrolującym
Iwona Silva	Główny Specjalista	Kierownik Zespołu Kontrolującego
Paulina Kucharska	Podinspektor	Członek Zespołu Kontrolującego

Data przeprowadzenia kontroli: od 08 lipca 2021r. do 5 sierpnia 2021r.

Kontrola w siedzibie IZ RPO (analiza dokumentacji):

- e-mail z dnia 09.07.2021r. (konto: iwona.silva@slaskie.pl) z prośbą o uzupełnienie dokumentów,
- e-mail z dnia 21.07.2021r. (konto przedstawiciela Beneficjenta) prośba o zmianę terminu na złożenie uzupełnień,
- e-mail z dnia 21.07.2021r. (konto: iwona.silva@slaskie.pl) odpowiedź IZ RPO WSL,
- e-mail z dnia 22.07.2021r. (konto przedstawiciela Beneficjenta) prośba o zmianę terminu na złożenie uzupełnień,
- e-mail z dnia 23.07.2021r. (konto: iwona.silva@slaskie.pl) odpowiedź IZ RPO WSL,
- e-mail z dnia 26.07.2021r. (konto przedstawiciela Beneficjenta) z uzupełnieniem dokumentów,

- e-mail z dnia 27.07.2021r. (konto: iwona.silva@slaskie.pl) z prośbą o uzupełnienie dokumentów wyjaśnienia,
- e-mail z dnia 30.07.2021r. (konto przedstawiciela Beneficjenta) z uzupełnieniem dokumentów.
- pismo (znak sprawy FZ.042.1.2019) z dnia 19.08.2021r. z zastrzeżeniami do informacji pokontrolnej,
- pismo IZ RPO WSL z dnia 27 sierpnia 2021r. informujące o przerwaniu biegu terminu na sporządzenie ostatecznej informacji pokontrolnej do czasu zakończenia dodatkowych czynności kontrolnych
- notatka w sprawie przesłanek do obniżenia pomniejszenia ustalonego dla projektu nr 07D5/17 z dnia 30 sierpnia 2021 roku – decyzja o miarkowaniu z dnia 31 sierpnia 2021 roku.

3. Miejsce przeprowadzenia kontroli: siedziba IZ RPO WSL

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.

3. Opis stwierdzonego w wyniku kontroli stanu faktycznego:

5.1 Zamówienia

W ramach prowadzonej kontroli zweryfikowano jedno postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019r. poz. 1843 ze zmianami – dalej „Pzp”).

5.1.1

Nazwa i przedmiot zamówienia: Przebudowa i remont budynku socjalno – biurowo - usługowego wraz z adaptacją na Gminny Ośrodek Kultury w Chybiu przy ul. Cieszyńskiej na terenie działek nr 112/16 oraz 112/5, obręb CHYBIE, gm. CHYBIE

Rodzaj zamówienia: Roboty budowlane

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: ZPO.271.12.2020.KU

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: 558281-N-2020 z dnia 06.07.2020 r.

Tryb udzielenia zamówienia: Przetarg nieograniczony

Szacunkowa wartość zamówienia: 7 348 702,25 zł netto = 1 721 289,73 euro

Umowa nr 154/2020 z 11 września 2020 roku zawarta z TBM SIFTWARE Sp. z o.o. reprezentowana przez Marcina Sołtysa – Doradcę Zarządu na kwotę 6 456 316,44 zł brutto.

5.1.1.a

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. *»Wykonawca musi wykazać dysponowanie (dysponuje lub będzie dysponował) osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. posiadającymi prawo do wykonywania samodzielnych funkcji*

technicznych w budownictwie tj. odpowiednie uprawnienia budowlane w zakresie kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalnościach:

3.1.1.1 konstrukcyjno-budowlanej lub inżynierskiej do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń wydane na podstawie ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane (t.j. Dz. U. 2020 r. poz. 148) lub inne uprawnienia uprawniające do kierowania robotami budowlanymi nadane na podstawie przepisów obowiązujących w czasie wydania uprawnień – osoba pełniąca funkcję Kierownika budowy;

3.1.1.2 instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: gazowych, cieplnych, wentylacji mechanicznej, klimatyzacji, wodno- kanalizacyjnych i c.o., - osoba pełniąca funkcję Kierownika robót sanitarnych;

3.1.1.3 instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych – osoba pełniąca funkcję Kierownika robót elektrycznych, **lub** odpowiadające im ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów,

oraz zrzeszoną we właściwym samorządzie zawodowym zgodnie z przepisami ustawy z dnia 15.12.2000r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (tekst jednolity: Dz.U. z 2016r. poz. 1725 z późn. zm.),

lub spełniającą warunki, o których mowa w art. 12a ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. 2020 r. poz. 148) tj. osobą, której odpowiednie kwalifikacje zawodowe zostały uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych lub spełniającą wymogi, o których mowa w art. 20a ustawy z dnia 15.12.2000r. O samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa („świadczanie usług transgranicznych”)«.

W celu wykazania spełnienia warunku, o którym mowa wyżej, na etapie oceny ofert wykonawca, którego oferta została oceniona najwyżej zobowiązany był do przedłożenia dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia, tj. „wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień oraz doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami”, który stanowi załącznik nr 6 do SIWZ.

Jak wynika z treści, przekazanej do kontroli, dokumentacji postępowania zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów złożonych zgodnie z wezwaniem z art. 26 ust. 2 Ustawy Pzp. Pismem z dnia 19.08.2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę TBM SIFTWARE Sp. z o.o. „do uzupełnienia oświadczenia o dokumenty potwierdzające posiadane uprawnienia o numerach wskazanych w wykazie osób oraz do przedłożenia dokumentu potwierdzającego przynależność do właściwego samorządu zawodowego - w postaci aktualnego zaświadczenia wydanego przez stosowny organ tego”, bowiem – jak wynika z wezwania – „oświadczenie nie zawiera informacji odnośnie przynależności osób wskazanych w wykazie do właściwego samorządu zawodowego lub spełniania powyższego warunku wynikającego z ustawy Prawo budowlane. Dodatkowo z podanych informacji - nr uprawnień dla danej osoby - nie wynika jednoznacznie, że posiadane uprawnienia spełniają wymagania określone w SIWZ”.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż zgodnie z treścią art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający „może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

1) warunków udziału w postępowaniu,

2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert”.

Treść art. 25 ust. 2 ustawy Pzp z kolei stanowi, że rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz formy w jakich dokumenty te mogą być składane określi Prezes Rady Ministrów w drodze rozporządzenia. Wydane na podstawie ww. przepisu rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 27.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126; dalej: Rozporządzenie ws. dokumentów), w § 2 zawiera zamknięty katalog dokumentów, których zamawiający może żądać w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1a ustawy Pzp. Jak wynika z § 2 ust. 4 rozporządzenia, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (pkt 10), a ponadto oświadczenia na temat wykształcenia i kwalifikacji zawodowych wykonawcy lub kadry kierowniczej wykonawcy (pkt 9). Należy zauważyć, że w ww. rozporządzeniu nie zostały wymienione inne dokumenty potwierdzające np. posiadane uprawnienia czy przynależność wskazanej osoby do właściwej izby samorządu zawodowego. Wobec powyższego należy uznać, że zamawiający nie był uprawniony do żądania od wykonawców najwyższej ocenionych przedłożenia innych dokumentów, potwierdzających posiadane uprawnienia i dokumentów potwierdzających przynależność do właściwej izby samorządu zawodowego. Powyższe dokumenty nie zostały bowiem wymienione w ww. rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów.

Tym samym zamawiający poprzez żądanie potwierdzenia uprawnień budowlanych oraz dokumentów potwierdzających przynależność do właściwej izby samorządu zawodowego, naruszył art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

~~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.2018.971 z późn. zm. – 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 pomniejszenia i stosuje się § 5 rozporządzenia.~~

~~Za powyższe naruszenie przewidziana jest stawka procentowa 5% odpowiadająca kategorii nieprawidłowości indywidualnej nr 19 pn. Nieprawidłowości w zakresie oświadczeń i dokumentów wymaganych od wykonawców.~~

~~Jednocześnie, w załączniku do rozporządzenia nie przewidziano w tym zakresie możliwości dalszego obniżenia wartości pomniejszenia.~~

Beneficjent nie zgodził się z oceną IZ RPO WSL i w piśmie z dnia 19.08.2021r. wniósł zastrzeżenia do wyników kontroli. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał, że „(...) zasadnym wydaje się wniosek, iż dokument potwierdzający posiadanie uprawnień oraz przynależność do właściwego samorządu zawodowego stanowiący potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Wykonawcę może podlegać procedurze przewidzianej w art. 26 ust. 3 Ustawy, tj. uzupełnieniu lub procedurze przewidzianej w art. 26 ust. 4 Ustawy, tj. wyjaśnieniu, w przypadku uzasadnionych wątpliwości zamawiającego co do jego treści. Wobec faktu, że kwestionowane przez Kontrolujących dokumenty nie były wymagane w SIWZ, a art. 26 ust. 3 odnosi się właśnie do art. 25 ust. 1 Pzp, wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp było co najwyżej formą wyjaśnienia „wskazanych przez zamawiającego wątpliwości”, co do posiadanych uprawnień i przynależności do izby samorządu zawodowego. Nie można bowiem żądać uzupełnienia dokumentów, które nie były wymagane w SIWZ”.

Zgodnie z Rozporządzeniem ws. dokumentów dokumentem na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu jest wykaz osób, a ww. rozporządzenie nie przewiduje możliwości żądania dokumentów potwierdzających posiadane uprawnienia czy przynależność do Izby. Tym samym, w badanym przypadku Zamawiający wystosowując wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp miał jedynie prawo żądać przedłożenia poprawionego lub uzupełnionego wykazu osób, albo też wezwać do wyjaśnień w zakresie złożonego przez wykonawcę wykazu.

Niemniej jednak, należy zauważyć, iż konieczności przedłożenia ww. dokumentów nie przewidziano „z góry” w dokumentacji postępowania i faktycznie zażądano ich jedynie od jednego wykonawcy (tego, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza).

Mając na uwadze powyższe oraz biorąc pod uwagę zastrzeżenia złożone przez Beneficjenta zespół kontrolny po ponownej analizie dokumentacji przetargowej zmienia kwalifikacje opisanego uchybienia na formalne nieskutkujące finansowo.

5.1.1.b

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, w sposób który zawierał odwołania do norm niemieckich - przykładowo:

„Przy układaniu płytek ceramicznych metodą cienkwarstwową mają zastosowanie, z uwagi na brak polskich norm, normy DIN 18157 (warunki techniczne wykonywania wykładzin ceramicznych), DIN 18156 (kleje cienkwarstwowe), DIN 18157 (materiały do wykonywania okładzin).

Dobór uzębień packi do układania kleju w zależności od formatu płytki reguluje norma DIN 18157” (STWiOR Chybie),

Z powyższego wynika, że Beneficjent opisał przedmiot niniejszego zamówienia m.in. poprzez odwołanie do konkretnej normy bez użycia wyrażenia „lub równoważne”, jednocześnie w dokumentacji z przeprowadzonego zamówienia nie zawarto ogólnego sformułowania dopuszczającego stosowanie rozwiązań równoważnych w tym zakresie.

Z uwagi na brak zapisów dot. równoważności norm w dokumentacji postępowania zwrócono się do Beneficjenta o złożenie szczegółowych wyjaśnień w tej sprawie.

Zamawiający w odpowiedzi wskazał min., że: *„Zamawiający wyjaśnia, iż zapisy dotyczące równoważności zostały wprost przeniesione do opisu przedmiotu zamówienia i znalazły się w załączniku nr 4e do SIWZ tj. w dokumencie o nazwie UZUPEŁNIENIE SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA O DODATKOWE INFORMACJE. Powyższe zostało dokonane zgodnie z wytycznymi Urzędu Zamówień Publicznych zawartymi w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2020 w następującym brzmieniu: Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) zamawiający ma obowiązek dokonania jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. To na jego podstawie wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przygotowują ofertę. W świetle art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W konsekwencji, zamawiający biorąc pod uwagę przy opisie zamówienia swoje uzasadnione potrzeby, musi zapewnić, aby były one obiektywne, a zarazem niedyskryminujące.*

Zamawiający wyjaśnia, iż zasady odnoszące się do równoważności wskazane w art. 29 ust 3 ustawy Pzp nie obejmują przepisów technicznych wyrażonych poprzez określenie norm. Norma jest dokumentem opisującym sprawdzony stan wiedzy technicznej, opisem aktualnego poziomu światowego (regionalnego, krajowego) w danej dziedzinie; służącym ułatwieniu i uproszczeniu przepływu towarów i usług pomiędzy rynkami; podstawą porozumienia sfery gospodarczej, rządowej i społecznej w spełnieniu określonych warunków bezpieczeństwa i jakości wyrobów i usług; technicznych. Hierarchia stosowania norm wynika z art. 30 ustawy Pzp. Zamawiający nie jest zobligowany przez żaden przepis prawa do cytowania w treści SIWZ czy ogłoszenia regulacji zawartych w ustawie, wykonawca jako podmiot profesjonalnie działający na danym rynku dostaw, usług czy robót budowlanych jest zobowiązany do znajomości przepisów”.

W ocenie Instytucji Zarządzającej powyższa argumentacja nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem

w żadnym fragmencie dokumentacji przetargowej Beneficjent wprost nie dopuścił rozwiązań równoważnych w zakresie norm wskazanych w dokumentacji postępowania.

IZ RPO WSL wskazuje, że na podstawie ustaleń Komisji Europejskiej w związku z misją audytową KE nr REGC414PL0172, przeprowadzoną w dniach od 14 października do 23 października 2019 r. stwierdza się, iż 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) (.)”

Tożsamy zapis znajduje się w art. 60 dyrektywy 2014/25/EU. Na grunt prawa polskiego powyższe uregulowania zostały przeniesione w art. 30 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843, dalej: Pzp).

Tym samym, w myśl wyżej wymienionych przepisów prawa unijnego i krajowego, w przypadku gdy instytucja zamawiająca opisuje przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm (nawet PN:EN), 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"**.

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 Pzp oraz powoduje obowiązek stwierdzenia naruszenia i pomniejszenia wydatków, bowiem Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą odwołania się do norm krajowych, bez uwzględnienia norm równoważnych, poprzez niestosowanie obowiązkowego wyrażenia „lub równoważny”, co mogło mieć wpływ na konkurencję w badanym postępowaniu.

Zgodnie z brzmieniem ww. artykułu Zamawiający może opisać przedmiot zamówienia m.in. wskazując konieczność jego zgodności z konkretnymi normami.

Niemniej w oparciu o dyspozycję art.30 ust.4 ustawy Pzp przy opisywaniu przedmiotu zamówienia przez odniesienie się do konkretnych norm Zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne”.

Mając na uwadze powyższe stwierdza się naruszenie art. 29 ust. 2 w związku z art. 30 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą odwołania się do normy niemieckiej, bez uwzględnienia norm równoważnych, poprzez niestosowanie obowiązkowego wyrażenia „lub równoważny”, co mogło mieć wpływ na konkurencję w badanym postępowaniu. Wymóg ten jest bezpośrednio powiązany z określonymi w traktatach europejskich zasadami niedyskryminacji i równego traktowania, przejrzystości, proporcjonalności i wzajemnego uznawania.

Brak zwrotu „lub równoważne” w dokumentacji przetargowej mógł mieć zniechęcający wpływ na potencjalnych oferentów. Nie można ponadto wykluczyć, że poprzez wskazanie konkretnych norm - przykładowo DIN 18157 – opis przedmiotu zamówienia wskazuje na produkty konkretnego producenta.

Należy również zauważyć, iż przyjęta przez Beneficjenta argumentacja nie koresponduje zarówno z jednoznaczną dyspozycją określoną w art. 30 ust. 4 ustawy Pzp na mocy, których każdemu odniesieniu (do norm) winny towarzyszyć słowa „lub równoważne”, a obowiązek ten ma zastosowanie do wszystkich rodzajów norm, do których instytucja zamawiająca odnosi się w specyfikacji technicznej.

Powyższe naruszenie przepisów prawa, które na skutek działania Beneficjenta doprowadziło do powstania faktycznej 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 (tekst jednolity Dz.U.2018.971 z późn. zm.- 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 przewidziana jest stawka procentowa w wysokości 25% odpowiadająca kategorii nieprawidłowości indywidualnej nr 20 pn. *Dyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia lub umowy koncesji.*

Jednocześnie z uwagi na liczne uchybienia stwierdzone w toku czynności kontrolnych stwierdzenie w przedmiotowym postępowaniu kolejnego uchybienia - w tym naruszenie dwóch artykułów ustawy Pzp - za które Rozporządzenie przewiduje konsekwencje finansowe w postaci pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych, IZ PRO WSL nie dostrzega argumentów do dalszego obniżenia wartości pomniejszenia.

Beneficjent nie zgodził się z oceną IZ RPO WSL i w piśmie z dnia 19.08.2021r. wniósł zastrzeżenia do wyników kontroli. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał, że *„Budżet UE nie doznał, ani nawet potencjalnie nie mógł doznać uszczerbku. Niezależnie od tego w Informacji Pokontrolnej nie uprawdopodobniono tego faktu.”* Tym samym stwierdził, że *„(...) stwierdzenia konkretnej nieprawidłowości państwo członkowskie musi dokonać oceny i miarkowania jej charakteru, znaczenia i szkody jaką wywołała, lub mogłaby wywołać w okolicznościach danej operacji lub programu. Nałożona korekta finansowa nie może być zupełnie abstrakcyjna, lecz odpowiednia i adekwatna („wymagana”) do stwierdzonej nieprawidłowości, czy to pojedynczej (indywidualnej, nie wynikającej z wad systemu zarządzania i kontroli), czy systemowej”.*

W kontekście powyższego, zdaniem Beneficjenta w kwestionowanym postępowaniu nie doszło do naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych, dlatego też zawniósł on o uchylenie nałożonego pomniejszenia.

Po analizie złożonych zastrzeżeń IZ RPO WSL podtrzymuje swoje stanowisko względem kwalifikacji i rodzaju opisanych w informacji pokontrolnej uchybień. Przytoczone przez Zamawiającego wyroki w większości nie znajdują zastosowania do przedmiotowej sprawy z uwagi na przedmiot rozstrzygnięcia.

Tym samym IZ stwierdza ponownie, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia przepisów prawa polskiego, co w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku, mogło spowodować szkodę w budżecie ogólnym UE. Zgodnie bowiem z definicją nieprawidłowości zawartą w art. 2 pkt 36 *Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) NR 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r (...) (dalej Rozporządzenie Ogólne) „nieprawidłowość”* oznacza *„każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem”.*

Co ważne, w informacji pokontrolnej, przekazanej Beneficjentowi przez IZ RPO WSL, w ramach kontroli zakończonych wynikiem „z istotnymi zastrzeżeniami”, pod opisem zamówienia znajduje się zapis informujący, iż *„naruszenie przepisów prawa, które na skutek działania Beneficjenta doprowadziło do powstania potencjalnej szkody finansowej stanowi nieprawidłowość w rozumieniu Rozporządzenia Ogólnego”.*

Odnosząc się do definicji nieprawidłowości oraz szkody, o których mowa w obowiązującym Rozporządzeniu ogólnym należy wskazać, iż nieprawidłowość ma miejsce w sytuacji, gdy wskutek naruszenia procedur doszło do powstania szkody lub mogłoby dojść do jej powstania w budżecie ogólnym UE.

Możliwość powstania szkody należy rozumieć jako możliwość uszczuplenia środków unijnych. Dla uznania zatem, że doszło do powstania nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia ogólnego wystarczy ustalenie, że wskutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE.

Szkoda powstaje niejako automatycznie, gdy Beneficjent otrzymujący dofinansowanie realizuje projekt niezgodnie z prawem, a przy tym, zdaniem TSUE, do powstania szkody w budżecie UE nie jest wymagane powstanie faktycznego uszczerbku majątkowego w budżecie, lecz wystarczy sama możliwość jego wystąpienia.

Innymi słowy, przesłanką nałożenia pomniejszenia jest wykazanie naruszenia przepisów krajowych lub unijnych w zakresie zamówień publicznych, które mogły doprowadzić do uszczuplenia środków unijnych.

Powyższe znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku WSA w Gliwicach z 19.12.2018 r. o sygn. III SA/GI 695/18 gdzie jednoznacznie wskazano, iż dla uznania, że doszło do powstania "nieprawidłowości" wystarczy ustalenie, że wskutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE: *„szkodą, bowiem w interesach finansowych Unii Europejskiej jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, a nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa unijnego lub krajowego, w tym zasad określonych w Pzp.; wystarczy stwierdzenie możliwości wystąpienia "potencjalnej" szkody w budżecie Unii Europejskiej. Stwierdzenie wystąpienia szkody "rzeczywistej" nie ma podstawowego znaczenia (...).*

Nie jest przy tym sporne, że przy braku możliwości ustalenia wysokości szkody, w przypadku naruszenia Pzp, stosuje się odpowiednie wytyczne i taryfikatory. Owe wytyczne i taryfikatory odzwierciedlają nabyte doświadczenia w zakresie naruszeń prawa szacowania szkody i mają na celu dostarczenie wyjaśnień dotyczących poziomu korekt, które mają być stosowane zgodnie z zasadą proporcjonalności oraz z uwzględnieniem orzecznictwa TSUE. Wytyczne wraz z taryfikatorami mają - w razie trudności z ustaleniem szkody - umożliwić określenie jej wysokości w jak najbardziej zbliżonej wysokości do potencjalnej szkody.

Jak podkreśla Wojewódzki Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 11 lipca 2019 r. III SA/GI 12/19, *„(...) "nieprawidłowość" w rozumieniu art. 2 pkt 36 ww. rozporządzenia - oznacza jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Za śledzenie tak rozumianych nieprawidłowości odpowiedzialność ponosi państwo członkowskie i w związku z nieprawidłowościami (pojedynczymi lub systemowymi) dokonuje korekt finansowych.*

Zatem wymieniona "nieprawidłowość" ma miejsce w sytuacji, gdy wskutek naruszenia procedur doszło do powstania szkody lub mogłoby dojść do jej powstania w budżecie ogólnym UE. Możliwość powstania szkody należy rozumieć, jako możliwość uszczuplenia środków unijnych. Dla uznania, zatem, że doszło do powstania "nieprawidłowości" w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia nr 1303/2013 wystarczy ustalenie, że wskutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE."

Jednocześnie z treści wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (dalej WSA) w Gliwicach z 15.05.2014 r. o sygn. akt III SA/GI 1997/13 wynika, że: *„do naruszenia przepisów regulujących realizację dofinansowywanego projektu nie jest konieczne wystąpienie rzeczywistego uszczerbku finansowego, lecz sama możliwość jego wystąpienia. Zatem wystarczającą przesłanką naliczenia korekty, a następnie żądania zwrotu dofinansowania jest wykazanie naruszenia prawa (tutaj ustawy Pzp), które mogło doprowadzić do uszczuplenia środków unijnych (...)."*

Z kolei w wyroku WSA w Gliwicach z 02.04.2014 r. o sygn. akt III SA/GI 1614/13 wskazano, że ustalenie wartości korekty finansowej nie polega na badaniu stopnia zawinienia, ale stwierdzeniu, iż doszło do finansowania nieuzasadnionego wydatku z funduszy UE, czyli wydatku poniesionego z naruszeniem prawa. Szkoda powstaje niejako automatycznie, gdy beneficjent otrzymujący dofinansowanie realizuje projekt niezgodnie z prawem, a przy tym zdaniem TSUE do powstania

szkody w budżecie UE nie jest wymagane powstanie faktycznego uszczerbku majątkowego w budżecie, lecz wystarczy sama możliwość jego wystąpienia.

Korekty/pomniejszenia dokonywane przez państwo członkowskie polegają na anulowaniu całości lub części wkładu publicznego w ramach programu operacyjnego. Państwo członkowskie bierze pod uwagę charakter i wagę nieprawidłowości oraz straty finansowe poniesione przez fundusze.

W przypadku zatem stwierdzenia konkretnej nieprawidłowości państwo członkowskie musi dokonać oceny i miarkowania jej charakteru, znaczenia i szkody jaką wywołała, lub mogłaby wywołać w okolicznościach danej operacji lub programu.

Instytucja Zarządzająca zwraca uwagę, iż pomniejszenie/korekta finansowa stanowi instrument korygowania wysokości kwoty przyznanej pomocy finansowej ze środków budżetu UE na realizację konkretnego projektu w ramach danego programu operacyjnego w związku ze stwierdzonymi nieprawidłowościami, mającymi wpływ na charakter i warunki realizacji operacji lub programu, a jej istotą jest przywrócenie równowagi pomiędzy stanem zakładanym w programie a stanem rzeczywistym, która to równowaga została zaburzona wskutek popełnienia nieprawidłowości i spowodowanie by wszystkie wydatki deklarowane do finansowania ze środków unijnych były wydatkowane zgodnie z prawem, odpowiednimi zasadami i przepisami krajowymi oraz unijnymi, a więc zapewnienie zgodności wdrożenia programu z określonymi warunkami jego realizacji.

Zgodnie z zapisami § 15 umowy o dofinansowanie w przypadku naruszenia przez beneficjenta zasad udzielania zamówień IZ uznaje całość lub część wydatków związanych z tym zamówieniem za niekwalifikowalne.

W tym celu właściwa instytucja może się posłużyć Rozporządzeniem 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 z 2018 poz.971), stanowiącym załącznik do opracowania Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE”.

Zgodnie z treścią ww. rozporządzenia wartość pomniejszenia związanej z nieprawidłowością indywidualną stwierdzoną w danym zamówieniu jest równa kwocie wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach tego zamówienia. Charakter i wagę nieprawidłowości indywidualnej ocenia się odrębnie dla każdego zamówienia, biorąc pod uwagę stopień naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i niedyskryminacji.

Wartość korekty finansowej lub pomniejszenia może zostać obniżona, jeżeli anulowanie całości współfinansowania UE lub całości wydatków kwalifikowanych poniesionych w ramach zamówienia jest niewspółmierne do charakteru i wagi nieprawidłowości indywidualnej.

Zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 12.05.2021 r. o sygn. I SA/Sz 163/21: „ze względu na wagę materii jaką są zamówienia publiczne, w uregulowaniach prawnych posłużono się szacunkową wyceną potencjalnej szkody, w przypadku gdy skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej są pośrednie, rozproszone, trudne do oszacowania lub gdy nieprawidłowość indywidualna mogłaby zniechęcić potencjalnych wykonawców do złożenia oferty. W krajowym porządku prawnym, obecnie takim aktem jest rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień ("rozporządzenie w sprawie korekt"). Wskazać należy, że taryfikator procentowy

określony w załączniku do rozporządzenia, sam w sobie stanowi o szkodowości pewnych naruszeń procedur w ramach zamówień, szacując je niejako z góry i przesądając o wystąpieniu szkody w przypadku zaistnienia określonych przesłanek”.

Podsumowując zauważyć należy, że regulacje w przedmiocie dotacji unijnych oraz prawo zamówień publicznych mają sztywny reżim i jednoznaczne, rygorystyczne uwarunkowania prawne zabezpieczające przed zakłóceniem czystości konkurencji i wyeliminowaniem jakichkolwiek sytuacji zaburzających równowagę szans każdego uczestnika.

W uzasadnieniu swojego stanowiska w zakresie naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 30 ust. 4 Pzp, Zamawiający przywołuje zapisy dokumentacji technicznej stanowiącej załączniki SIWZ, które - jego zdaniem - odnoszą się do równoważności norm wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, jak wskazuje Beneficjent w zastrzeżeniach:

„W ostatniej części STWiORB str. 42 znajduje się ogólny zapis dla całej specyfikacji:

„Przy składaniu oferty równoważnej wykonawcy muszą uwzględnić w swojej ofercie wykonanie projektów zamiennych dostosowanych do zaproponowanych urządzeń zamiennych.”

„Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego.”

Niezależnie od powyższego:

W części Architektonicznej, str. 18 poprzez wskazanie norm lub rozwiązań zamiennych:

„MATERIAŁY:

*Zaprawy do wykonania tynków zwykłych powinny odpowiadać wymaganiom normy PN - 90/B - 14501 „Zaprawy budowlane zwykłe” **lub** aprobatom technicznym.*

Materiały stosowane do wykonywania robót izolacyjnych powinny mieć:

- *Aprobata Techniczne **lub** być produkowane zgodnie z obowiązującymi normami,*
- *Certyfikat **lub** Deklaracje Zgodności z Aprobata Techniczna **lub** z PN (...)*

W części Instalacje elektryczne, str. 9:

„Wszelkie nazwy własne produktów i materiałów przywołane w specyfikacji służą ustaleniu pożądanego standardu wykonania i określenia właściwości i wymogów technicznych założonych w dokumentacji technicznej dla projektowanych rozwiązań. Dopuszcza się zamieszczenie rozwiązań w oparciu o produkty (wyroby) innych producentów pod warunkiem:

- spełniania tych samych właściwości technicznych,

- przedstawienia zamiennych rozwiązań na piśmie (dane techniczne, atesty, dopuszczenia do stosowania, uzyskanie akceptacji projektanta).”

oraz str. 18:

„Ogólne warunki dotyczące stosowania materiałów podano w części „Wymagania ogólne”.

*Materiały użyte do wykonania instalacji muszą ściśle spełniać wymagania niniejszej specyfikacji oraz być zgodne z dokumentacją projektową. **Możliwe jest zaproponowanie produktów równorzędnej jakości spełniających te same właściwości techniczne pod warunkiem przedstawienia zamiennych rozwiązań na piśmie (dane techniczne, atesty, dopuszczenia do stosowania, uzyskanie akceptacji projektanta).***

*Wszelkie nazwy własne produktów i materiałów przywołane w specyfikacji służą ustaleniu pożądanego standardu wykonania i określenia właściwości i wymogów technicznych założonych w dokumentacji projektowej.
(...)*

Zastosowanie innych wyrobów, wyżej nie wymienionych, jest możliwe pod warunkiem posiadania przez nie dopuszczenia do stosowania w budownictwie i uwzględnienia ich w zatwierdzonym przez Inżyniera projekcie dotyczącym montażu urządzeń dla potrzeb instalacji słaboprądowych w obiekcie budowlanym."

W ocenie IZ RPO WSL próżno szukać zapisów odnoszących się do rozwiązań równoważnych dla norm. Należy jednoznacznie stwierdzić, iż w cytowanej dokumentacji, nie zawarto zapisu równoważności odnoszącego się do norm, o którym mowa w art. 30 ust. 4 Pzp.

Z treści powyższych zapisów wynika natomiast, że Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert równoważnych wskazanych znaków towarowych, patentów lub pochodzenia zgodnie z regulacją art. 29 ust.3 ustawy Pzp, a wymagań określonych w dyspozycji tego przepisu nie można traktować rozszerzająco, gdyż ustawodawca celowo w odrębnych przepisach ustawy uregulował kwestie związane z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie norm, tj. w art. 30 ust. 4. Ustawodawca w sposób jednoznaczny określił, iż opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne”.

Należy zauważyć, iż przyjęta przez Beneficjenta argumentacja nie koresponduje zarówno z treścią ww. raportu z misji audytowej Komisji Europejskiej jak i jednoznaczną dyspozycją określoną w art. 30 ust. 4 ustawy Pzp na mocy, których **każdemu** odniesieniu (do norm) winny towarzyszyć słowa „lub równoważne”, a obowiązek ten ma zastosowanie do wszystkich rodzajów norm, do których instytucja zamawiająca odnosi się w specyfikacji technicznej.

Powołując się pomocniczo na Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych na podstawie, której ustawodawca ustalił przepisy ustawy Pzp należy podkreślić, że fakt, iż w danej branży powszechnie stosuje się określone normy (lub są one wedle wiedzy Zamawiającego jedyne ma moment prowadzenia postępowania), nie oznacza, że można pominąć wymóg określony w art. 42 dotyczący wyraźnego dopuszczenia równoważności w zakresie norm w specyfikacjach technicznych zamówienia. Jak wskazano w komentarzu do ww. Dyrektywy 2014/24/UE (Hartung 2015, wyd.1) to kolejne zwrócenie uwagi przez prawodawcę unijnego na rolę przewidywania rozwiązań równoważnych, mających na celu niedyskryminowanie wykonawców, którzy mogliby zrealizować zamówienie poprzez zaproponowanie danej instytucji zamawiającej właśnie rozwiązania równoważnego. Prawodawca unijny miał w omawianej regulacji na celu przede wszystkim zapewnienie równego dostępu do rynku i ochronę konkurencji. Należy pamiętać, iż specyfikacja techniczna, która nie będzie przewidywała możliwości przedstawienia rozwiązania równoważnego względem np. przytoczonych norm, będzie sprzeczna z dyrektywą 2014/24/UE oraz z art. 30 ust. 4 ustawy Pzp.

Co więcej Instytucja Zarządzająca jednoznacznie podkreśla, iż opisanie przedmiotu zamówienia również poprzez odesłanie do norm celem otrzymania produktów o wymaganych standardach nie jest naruszeniem, co więcej, jest dopuszczalne zgodnie z ustawą Pzp, niemniej każdorazowo przy wskazaniu norm, szczególnie krajowych, należy dopuścić normy równoważne. Ponadto, w opisie przedmiotu zamówienia powinny znaleźć się określenia precyzujące wymogi zamawiającego w odniesieniu do dopuszczanego przez niego zakresu “równoważności” norm.

Fakt, że w danej branży powszechnie stosuje się określone normy, nie oznacza, że można pominąć wymóg określony w art. 60 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych dotyczący wyraźnego dopuszczenia równoważności w specyfikacjach technicznych zamówienia.

Na marginesie należy zaznaczyć, że proces legislacyjny, mający na celu implementację przepisów ww. dyrektywy UE został zakończony.

Ponadto, w opozycji do twierdzenia Beneficjenta w ocenie IZ RPO WSL, brak pytań ze strony Wykonawców dotyczących cech lub rozwiązań technicznych określonych w normie jest nieistotny. Za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania odpowiedzialny jest zamawiający, a wykonawcy nie mają obowiązku weryfikacji zapisów dokumentacji zamówienia pod kątem ich zgodności z pzp. Ustawodawca w regulacji art. 30 ust. 4 ustawy Pzp nie pozostawił zamawiającym alternatywy w postaci wyboru. Treść normatywna tego przepisu w sposób jednoznaczny określa sposób postępowania zamawiającego w przypadku opisanego pożądanym cech jakościowych i technicznych przedmiotu zamówienia przy użyciu norm.

W opinii IZ RPO WSL fakt złożenia czterech ofert jest pozytywnym czynnikiem łagodzącym przy rozważaniu wagi naruszenia. Samo w sobie jednak nie dowodzi to, że nie doszło do ograniczenia konkurencji lub do zniechęcenia niektórych potencjalnych oferentów do udziału w przetargu, ponieważ mogli Oni zrezygnować z udziału w postępowaniu po zapoznaniu się z dokumentacją przetargową, której zapisy odnoszą się do norm niemieckich.

Wobec powyższego brak zwrotu „lub równoważne” przy wskazaniu ww. normy 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.

Jak wskazano w informacji pokontrolnej w udzielonym zamówieniu doszło do naruszenia przepisów ustawy prawo zamówień publicznych w sposób, który mógł doprowadzić do sytuacji, w której potencjalny krąg wykonawców został zniechęcony, co z kolei mogło przyczynić się do dokonania wyboru wykonawcy bez udziału podmiotów, których oferty byłyby korzystniejsze.

Naruszenie ww. przepisów miało charakter oczywisty i zasadniczy, a działanie Beneficjenta mogło skutkować nierównym traktowaniem wykonawców i w rezultacie zaburzeniem uczciwej konkurencji.

Co ważne, istotą systemu zamówień publicznych jest optymalizacja wydatków publicznych realizowana w oparciu o podstawowe zasady udzielania zamówień, którymi są zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Uchybienie dokonane przez Beneficjenta wpłynęło na naruszenie powyższych zasad, co z kolei mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

IZ RPO WSL wyjaśnia, że zaprezentowane stanowisko zostało starannie przeanalizowane i skonstruowane w oparciu o aktualne regulacje krajowe będące odzwierciedleniem aktualnych regulacji unijnych przy zachowaniu zgodności z aktualną linią orzeczniczą jak i opiniami specjalistów. Zapisy informacji pokontrolnej znajdują odzwierciedlenie w regulacjach prawa polskiego jak i prawa unijnego.

IZ RPO WSL ponownie dokonała analizy nieprawidłowości indywidualnej w zakresie kwestii dalszego obniżenia wysokości pomniejszenia, w kontekście okoliczności niniejszej sprawy w tym: rodzaju i skali ujawnionego naruszenia oraz skali prawdopodobieństwa powstania potencjalnej szkody. Dokonano oceny zamówienia, biorąc pod uwagę stopień naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i niedyskryminacji.

Z uwagi na charakter i wagę stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej IZ RPO WSL podjęła decyzję o obniżeniu pomniejszenia do poziomu 5%.

Zgodnie z § 8 Rozporządzenia: „Stosowanie stawek procentowych o niższej wysokości niż maksymalna wysokość dla danej nieprawidłowości indywidualnej nie jest możliwe w stosunku do podmiotów, które, mimo otrzymania wyniku kontroli lub audytu dotyczącego projektów realizowanych przez te podmioty w ramach danego programu operacyjnego, stwierdzających wystąpienie nieprawidłowości indywidualnej, powtórnie popełniają taką samą nieprawidłowość indywidualną w postępowaniach o udzielenie zamówienia wszczętych po dniu otrzymania wyniku kontroli lub audytu.”

W przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w § 8 Rozporządzenia, Instytucja Zarządzająca odstąpi od zastosowania niższej stawki procentowej dla danej nieprawidłowości.

We wnioskach o płatność należy ująć wydatki kwalifikowalne pomniejszone o kwotę wynikającą z powyższej nieprawidłowości.

Podsumowanie dla zamówienia:

Uchybienie nr	Numer kategorii nieprawidłowości indywidualnej	Wartość % pomniejszenia
5.1.1.a	19	5%
5.1.1.b	20	25% 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.

6. Stwierdzone uchybienia oraz wnioski wynikające z przeprowadzonej kontroli:

Wynik kontroli: z istotnymi zastrzeżeniami.

Konsekwencje finansowe:

- związane z zamówieniami:

Zakres	Nr uchybienia	Wartość % pomniejszenia
5.1	5.1.1.a	5%
	5.1.1.b	25% 5%

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 z późn. zm.) 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 r. poz. 305 z późn. zm.).

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 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 kontrolującego

Iwona Silva

Paulina Kucharska

Zaakceptował:

Piotr Ryza

Kierownik Referatu Kontroli Projektów

Departamentu Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym

Zatwierdził:

Monika Duda-Szmyd

Zastępca Dyrektora Departamentu Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym