



Województwo
Śląskie

Katowice, 2 marca 2022 r.
FR-RKPR.44.35.1.2022.MW
Dotyczy projektu nr 02H8/20



Pan
Łukasz Pach
Dyrektor
Wojewódzkiego Pogotowia
Ratunkowego w Katowicach
Wojewódzkie Pogotowie Ratunkowe
w Katowicach
ul. Powstańców 52, 40-024 Katowice

Dotyczy kontroli projektu pn. Zakup sprzętu medycznego, ambulansów, sprzętu komputerowego, w celu przeciwdziałaniu rozprzestrzeniania się COVID-19 w ramach projektu współfinansowanego ze środków unijnych w ramach RPO WSL 2014-2020. Zakup urządzeń do dezynfekcji i środków dezynfekcyjnych w celu przeciwdziałaniu rozprzestrzeniania się COVID-19 w ramach projektu współfinansowanego ze środków unijnych w ramach RPO WSL 2014-2020.

Szanowny Panie Dyrektorze,

W załączeniu do niniejszego pisma przekazuję ostateczną informację pokontrolną z przeprowadzonej w dniach 13 stycznia– 9 lutego 2022 r. kontroli ww. projektu, 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: 1. Ostateczna informacja pokontrolna z kontroli ww. projektu.



Rzeczpospolita
Polska



Unia Europejska
Europejski Fundusz
Rozwoju Regionalnego



Katowice, 2 marca 2022 r.
FR-RPR.44.35.1.2022.MW
Dot. projektu nr 02H8/20

OSTATECZNA INFORMACJA POKONTROLNA

Nazwa jednostki kontrolowanej: Wojewódzkie Pogotowie Ratunkowe w Katowicach

Tytuł projektu: Zakup sprzętu medycznego, ambulansów, sprzętu komputerowego, w celu przeciwdziałaniu rozprzestrzeniania się COVID-19 w ramach projektu współfinansowanego ze środków unijnych w ramach RPO WSL 2014-2020. Zakup urządzeń do dezynfekcji i środków dezynfekcyjnych w celu przeciwdziałaniu rozprzestrzeniania się COVID-19 w ramach projektu współfinansowanego ze środków unijnych w ramach RPO WSL 2014-2020.

Nr umowy o dofinansowanie: UDA-RPSL.10.01.00-24-02H8/20-00

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.2020.818 tekst jednolity- dalej „ustawa wdrożeniowa”),
2. § 17 Umowy nr UDA-RPSL.10.01.00-24-02H8/20-00 z 25.06.2020r. w sprawie dofinansowania projektu pn. *Zakup sprzętu medycznego, ambulansów, sprzętu komputerowego, w celu przeciwdziałaniu rozprzestrzeniania się COVID-19 w ramach projektu współfinansowanego ze środków unijnych w ramach RPO WSL 2014-2020. Zakup urządzeń do dezynfekcji i środków dezynfekcyjnych w celu przeciwdziałaniu rozprzestrzeniania się COVID-19 w ramach projektu współfinansowanego ze środków unijnych w ramach RPO WSL 2014-2020.*

Rodzaj kontroli:

- W trakcie realizacji projektu

Tryb kontroli:

- planowa

1. Skład Zespołu Kontrolującego:

Imię i nazwisko	Stanowisko służbowe	Funkcja w zespole kontrolującym
Maja Wróbel	Główny Specjalista	Kierownik Zespołu Kontrolującego
Kinga Powroźnik	Główny Specjalista	Członek Zespołu Kontrolującego

2. Data przeprowadzenia kontroli: 13.01.– 9.02.2022 r.

Kontrola w siedzibie IZ RPO (analiza dokumentacji):

- e-maile z dnia 19.01.2022 r. (konto maja.wrobel@slaskie.pl) z prośbą o przekazanie dokumentów i wyjaśnień dot. zamówień.
- e-mail przedstawiciela Beneficjenta z dnia 24.01.2022 r. uzupełnienie dokumentów oraz złożenie wyjaśnień oraz e-mail z 26.01.2022 r. - doprecyzowanie wyjaśnień.
- e-mail z dnia 26.01.2022 r. (konto maja.wrobel@slaskie.pl) z prośbą o przekazanie dokumentów i wyjaśnień dot. zamówień.

- e-mail przedstawiciela Beneficjenta z dnia 31.01.2022 r. uzupełnienie dokumentów oraz złożenie wyjaśnień.
- e-mail z dnia 1.02.2022 r. (konto maja.wrobel@slaskie.pl) z prośbą o przekazanie wyjaśnień dot. zamówienia.
- e-mail przedstawiciela Beneficjenta z dnia 4.02.2022 r. złożenie wyjaśnień.
- zastrzeżenia do informacji pokontrolnej z 23.02.2022 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 1 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 2019 r. poz. 1843 ze zmianami - dalej: „ustawa Pzp”) oraz jedno postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez możliwości negocjacji zgodnie z art. 275 pkt 1 ustawy Pzp z dnia 11.09.2019 r. (tekst jednolity: Dz.U. 2021 poz. 1129 ze zmianami).

5.1.1

Nazwa i przedmiot zamówienia: Zakup urządzeń do dezynfekcji i środków dezynfekujących dla Wojewódzkiego Pogotowia Ratunkowego w Katowicach

Rodzaj zamówienia: dostawy

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: WPR/AZ/252/ZP/39/2020 (w systemie LSI zamówienie oznaczono nr ogłoszenia 771989-N-2020)

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28.12.2020 r. pod nr 771989-N-2020

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony

Szacunkowa wartość zamówienia: 224 300,00 zł ,co stanowi równowartość 52 537,89 euro

Umowa z wykonawcą: Umowa TZ.241.1.2021 z 29.01.2021 r. / Greenpol Insytut Kształtowania Środowiska Sp. z o.o./ 216 240 zł brutto

5.1.1.a

Zamawiający w SIWZ określił, że „wskazane w SIWZ znaki towarowe, patenty lub pochodzenie, źródła lub szczególne procesy, które charakteryzują produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, są uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny” oraz że „Wykonawcy mogą składać oferty równoważne w stosunku do przedmiotu zamówienia przedstawionego w SIWZ - zgodnie z art. 30 ust. 4 i 5 Ustawy”. Jednakże wymagania zawarte w zał. nr 1a do SIWZ (wzór formularza asortymentowo-cenowego) określającego wymagane przez zamawiającego parametry wskazują na możliwość zaferowania jedynie sprzętu Nocospray oraz płynu Nocolyse.

Mając na uwadze powyższe zwrócono się do Beneficjenta z prośbą o przedstawienie dwóch produktów różnych producentów spełniających wszystkie wymogi opisu przedmiotu zamówienia. Beneficjent wskazał dwa produkty, jednakże nie spełniały one wymogów ustanowionych w dokumentacji zamówienia, w tym m.in. możliwość wyboru kubatury dezynfekowanego pomieszczenia w zakresie minimalnym od 10 do 600 m³; automatyczne wyłączanie się urządzenia

po etapie dyfuzji środka; komputerowa archiwizacja i odczyt danych dezynfekcji bez konieczności zakupu dodatkowego sprzętu i oprogramowania (bądź możliwość wykorzystania przez urządzenie dodatkowego sprzętu i oprogramowania w zakresie archiwizacji i odczytu danych, które wykonawca oferowałby zgodnie z treścią zał. 1 a wraz ze sprzętem), dokument CE.

Tym samym brak jest potwierdzenia, że wykonawca mógł zaproponować inne rozwiązanie niż Nocospray.

Zamawiający nie wykazał, że poza wyposażeniem zaoferowanym przez wyłonionego w postępowaniu wykonawcę istnieją inne produkty (konkurencyjnych producentów) spełniające wymagania postawione w SIWZ. W konsekwencji Zamawiający naruszył art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminujący i naruszający konkurencyjność.

Należy zauważyć, iż utrudnienie uczciwej konkurencji określone w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zachodzi m.in. w sytuacji, gdy Zamawiający opisz przedmiot zamówienia jedynie za pomocą parametrów technicznych, ale sposób ich scalenia sprawi, iż łączne wymogi Zamawiającego spełni tylko produkt faworyzowanego producenta.

Opisanie przedmiotu zamówienia jest zarazem obowiązkiem jak i uprawnieniem Zamawiającego. Jego określenie w sposób obiektywny, nie jest jednoznaczne z koniecznością zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży. Beneficjent ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem jednakże, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców.

Na Zamawiającym ciąży zatem obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób przejrzysty, tak, aby zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowania wykonawców. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert oraz może powodować oferowanie przez Wykonawców produktów tylko i wyłącznie jednego producenta czy dystrybutora, co w efekcie prowadzi do powstania ułomnego rynku kreowanego przez Zamawiających, na którym rzeczywistą konkurencję zastępuje quasi-konkurencja między dostawcami tego samego producenta.

W konsekwencji, zdaniem IZ RPO WSL parametry techniczne – z jednej strony określają oczekiwania Zamawiającego dotyczące przedmiotu zamówienia, które muszą być spełnione, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś – wyznaczają granice, w jakich może poruszać się Wykonawca składając ofertę w postępowaniu.

Zgodnie z wykładnią art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz poglądami wyrażonymi w orzecznictwie (m.in. Wyrok KIO z dnia 20 kwietnia 2017 r. sygn. akt: KIO 651/17): utrudnieniem uczciwej konkurencji może być opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez Zamawiającego, a wystarczy tylko, że użyte w tym opisie cechy i parametry zostaną określone tak, aby mógł je spełnić tylko określony Wykonawca.

A zatem, realizacja obowiązku zawartego w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp oznacza dla Zamawiającego konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego producenta/model bądź też, które eliminowałyby konkretnych producentów/dystrybutorów, uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych Wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych.

W niniejszym przetargu nieograniczonym, Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób dyskryminujący i naruszający konkurencyjność, bowiem wskazywał na produkt konkretnego producenta, nie dopuszczając tym samym konkurencyjnych rozwiązań oferowanych przez innych producentów, co w konsekwencji stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Pismem z 23.02.2022 r. Beneficjent wniósł zastrzeżenia do powyższych ustaleń.

Po analizie argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego, IZ RPO WSL podtrzymuje ustalenia z kontroli.

Beneficjent poinformował, iż „*opracowując opis przedmiotu zamówienia nie miał na celu wskazania konkretnego urzędnika oraz utrudnić potencjalnym Wykonawcom uczciwej konkurencji. Opisując przedmiot zamówienia Beneficjent znajdował się w szczycie pandemii COVID-19, a urządzenia do dezynfekcji były niezbędne personelowi medycznemu do dezynfekowania wnętrza ambulansu, po zakończonym kontakcie z pacjentem.*” Należy mieć na względzie, że udzielając zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy Pzp, Beneficjent zobowiązany był do przeprowadzenia procedury w zgodzie z przepisami ww. ustawy. Zamawiający nadal nie wykazał, że poza wyposażeniem zaoferowanym przez wyłonionego w postępowaniu wykonawcę istnieją inne produkty (konkurencyjnych producentów) spełniające wymagania postawione w SIWZ. W konsekwencji Zamawiający naruszył więc art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminujący i naruszający konkurencyjność.

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 10 % odpowiadająca najbliższej rodzajowo kategorii nieprawidłowości indywidualnej nr 11 pn. Zastosowanie kryteriów wykluczenia, kwalifikacji, udzielenia zamówienia lub warunków realizacji zamówień lub specyfikacji technicznej, które nie są dyskryminacyjne w rozumieniu poprzedniego rodzaju nieprawidłowości, ale w inny sposób ograniczają dostęp dla wykonawców.

Rozporządzenie nie przewiduje dalszego obniżenia pomniejszenia.

5.1.1.b

W załączniku nr 1a do SIWZ (wzór formularza asortymentowo-cenowego) określającym wymagane przez zamawiającego parametry sprzętu wskazano, że serwis gwarancyjny i pogwarancyjny ma być na terenie Polski.

Beneficjent został poproszony o uzasadnienie dla tak postawionego wymagania. W odpowiedzi z 4.02.2022r. wskazał, że „*ze względu na wielkie znaczenie zamawianego sprzętu w walce z pandemią, Zamawiający oczekiwał sprzętu wysokiej jakości. Wymieniony w pytaniu wymóg miał na celu zapewnienie, że Wykonawca wywiąże się w należyty sposób z udzielonej gwarancji.*

Ponadto Zamawiający wskazuje, iż żaden z wykonawców nie zadał pytań na etapie postępowania, w zakresie wymogu żądania autoryzowanego serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego na terenie Polski.”

W oparciu o wyjaśnienia złożone przez Beneficjenta nie można uznać za uzasadniony wymóg, aby serwis gwarancyjny i pogwarancyjny miał być na terenie Polski. Takie postawienie wymagań związanych z nałożonym ograniczeniem terytorialnym (teren Polski) spowodowało dyskryminację i ograniczenie potencjalnym wykonawcom w dostępie do udziału w postępowaniu. Potencjalni wykonawcy, którzy mogliby złożyć oferty w danym postępowaniu, a nie posiadali serwisu gwarancyjnego, który miałby siedzibę na terenie Polski mieli uniemożliwiony udział w postępowaniu, a co za tym idzie nie byli traktowani na równych warunkach z wykonawcami posiadającymi serwis gwarancyjny funkcjonujący lub posiadający siedzibę na terenie Polski. Wprowadzenie przez Zamawiającego takiego ograniczenia terytorialnego spowodowało naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania. Sam fakt posiadania przez wykonawcę serwisu na terenie Polski nie gwarantuje jakości i sprawności tego serwisu. Istotna jest bowiem organizacja tego serwisu i sprawność jego działania (czyli m.in. czas reakcji na zgłoszenie, czas naprawy).

W postępowaniu doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z naruszeniem art. 29 ust. 2 Pzp, zgodnie z którymi przedmiot zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję a Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Jak wskazano w wyroku WSA w Kielcach z 3.03.2015 r. o sygn. I SA/Ke 24/15 „przepis art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., nakłada na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Oznacza powyższe, że zabrania określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję tj. poprzez tworzenie i wprowadzanie nieuzasadnionych barier ograniczających prawo oferentów do wzięcia udziału w przetargu. Tworzeniu i opracowywaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia musi więc towarzyszyć nie dość, że wymóg przestrzegania przepisów prawa w zakresie odnoszącym się do określonych nimi praw i obowiązków zamawiającego oraz skorelowanych z nimi podstawowych praw oferentów, których SIWZ nie może ograniczać, ani też wyłączać, to również wymóg odnoszący się do potrzeby zachowania niezbędnej równowagi między interesem zamawiającego polegającym na gwarancji należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, który wyraża się w usprawiedliwionym oczekiwaniu, że wobec nadmiernych wymagań, nie zostaną oni wykluczeni z postępowania albo wręcz zniechęceni do udziału w nim, a tym samym, że nie zostaną pozbawieni prawa równej szansy ubiegania się o uzyskanie zamówienia. (por. NSA wyrok z dnia 21 listopada 2014 r. sygn. akt II GSK 919/13 dostępny www.orzeczenia.nsa.gov.pl). Na zamawiającym ciąży zatem obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób który nie będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców bądź stwarzać określonej grupie wykonawców uprzywilejowaną pozycję. Kryteria ograniczające konkurencję powinny być odpowiednie dla zagwarantowania realizacji celu, któremu służą, oraz nie powinny wykroczać poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia. Próba ograniczenia konkurencji może okazać się zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywał wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji. Uzasadniona jest zatem teza organu, że konstrukcja postanowień SIWZ i zawarte w niej ograniczenie terytorialne miało charakter dyskryminujący (...). Może ono nie tylko ograniczać w sposób nieuprawniony liczbę wykonawców ubiegających się o zamówienie, a nawet preferować wykonawców krajowych, albo też tych, którzy mają na terenie Polski zakłady serwisowe, albo też wymuszać otwarcie zakładów na terenie Polski, ewentualnie wejście w kooperację z podmiotem krajowym. Określony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu nie może stawiać wykonawców pochodzących z innych państw Unii w sytuacji mniej korzystnej niż wykonawców z Polski. Jak wyjaśnił Trybunał Sprawiedliwości w przypadku, gdy jedno z kryteriów może zostać łatwiej spełnione w praktyce przez krajowe podmioty gospodarcze nie przez podmioty mające siedzibę w innym

państwie członkowskim, kryterium to narusza zasadę niedyskryminującego stosowania (por. wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03).

Także w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 15 listopada 2016 r. (I SA/Kr 1152/16) wskazano, że „niewątpliwie warunek, aby producent dostarczający sprzęt posiadał autoryzowany serwis producenta w Polsce bezpodstawnie faworyzuje wykonawców (producentów) spełniających ten wymóg, a dyskwalifikuje z ubiegania się o zamówienie wszystkie inne podmioty, w tym te które posiadają serwis w innych niż Polska krajach Unii Europejskiej. Słusznie akcentuje się w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji, iż istotą prawidłowego serwisu nie jest miejsce jego siedziby, ale sposób i warunki jego realizacji. Geograficzne położenie miejsca posiadania serwisu nie ma związku z terminowością i rzetelnością serwisowania zamawianych urządzeń. Nie jest bowiem wykluczone, aby warunek ten został spełniony przy braku siedziby serwisanta w Polsce. Słuszne jest stanowisko organu, że obowiązkiem zamawiającego jest ukształtowanie warunków dopuszczenia oferty do przetargu w taki sposób aby z jednej strony zapewnić sobie nabycie dóbr odpowiadających uzasadnionym potrzebom, a za drugiej strony zapewnić dostęp do zamówienia jak największej liczbie wykonawców zdolnych do jego wykonania, w sposób nie naruszający równowagi pomiędzy dobrem zamawiającego i uczestników postępowania. Konkludując stwierdzić należy, że wymagania stawiane przez zamawiającego nie mogą stawiać wykonawców z innych krajów Unii Europejskiej w sytuacji mniej korzystnej niż wykonawców z Polski. Zatem uznanie, że tylko wykonawca, który posiada serwis na terenie Polski jest w stanie zapewnić sprawny serwis jest nieuzasadnione i stanowi utrudnienie uczciwej konkurencji. W tym zakresie Sąd podziela stanowisko organu wyrażone w odpowiedzi na skargę, że samo zastrzeżenie o posiadaniu autoryzowanego serwisu na terenie RP może nie gwarantować sprawności jego przeprowadzenia jeżeli zabraknie w umowie z serwisantem szczegółowych warunków wykonywania serwisu (np. serwis na miejscu, terminy i zasady naprawy itp.). To one w istocie decydują o jakości serwisu, a nie posiadanie autoryzowanego serwisu na terenie RP. Wobec powyższego Sąd uznał, że strona skarżąca ww. zastrzeżeniem naruszyła przepisy naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych we wskazanym zakresie”.

W wyroku WSA w Krakowie z 27.11.2015 r. o sygn. I SA/Kr 1574/15 stwierdzono, że „uzasadnione jest zatem stanowisko, iż kreowanie warunku dotyczącego serwisu producenta w Polsce w postępowaniu o zamówienie publiczne stanowi naruszanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikających z art. 7 ust. 1 p.z.p., a to tym bardziej, że ustanowienie tego warunku determinowane było bezpodstawnym założeniem, że tylko serwis na terenie Polski daje gwarancję szybkiego i niskokosztowego wykonania naprawy, a bezpodstawnym zapis prowadzić mógł do różnicowanie warunku udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny jego spełnienia dla różnych oferentów. W sprawie wystąpiła szkoda potencjalna, która to szkoda polegała na tym, że w związku z ustaleniem pozaprawnych warunków udziału w postępowaniu ograniczono możliwość skutecznego uczestnictwa w tymże postępowaniu wykonawców, którzy, gdyby takich warunków nie ustanowiono, mogliby ubiegać się o przetarg, tym samym zwiększając możliwość uzyskania przez zamawiającego niższej ceny, co z kolei skutkowało by możliwością zmniejszenia wydatkowanych z budżetu Unii Europejskiej środków na realizację projektu.”

Pismem z 23.02.2022 r. Beneficjent wniósł zastrzeżenia do powyższych ustaleń.

Po analizie argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego, IZ RPO WSL przyjmuje wyjaśnienia i odstępuje od stwierdzenia naruszenia.

Beneficjent wskazał argumentację pozwalającą uznać postawienie wymogu serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego na terenie Polski za zasadny. Zamawiający wskazał, że „należy mieć na uwadze okoliczności w jakich udzielane było zamówienie. Należy mieć na względzie, że Zamawiający ma prawo do takiego opisanie przedmiotu zamówienia, aby zapewnić realizację postawionego sobie celu i dokonanie zakupu zgodnego z jego uzasadnionymi potrzebami. Zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję nie

oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Oznacza jedynie, iż zamawiający winien dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Z powyższego wynika, że zarówno warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak również opis przedmiotu zamówienia nie muszą zapewniać nieograniczonej możliwości złożenia oferty przez każdy podmiot funkcjonujący w danej branży, czy sektorze rynku. Zamawiający ma prawo limitować dostęp do uzyskania zamówienia, o ile podyktowane jest to racjonalnymi, obiektywnymi względami (zob. uchwała KIO z dnia 5 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO/KD 110/14).

W informacji pokontrolnej wskazano, że posiadanie serwisu na terenie Polski nie gwarantuje sprawności jego działania. Należy jednak mieć na uwadze okoliczności w jakich było udzielane zamówienia, a mianowicie w okresie ogłoszonego na terenie kraju stanu epidemii. W związku z tym stanem tak w Polsce jak i na świecie od marca 2020 r. dochodziło do licznych ograniczeń i utrudnień związanych ze swobodnym przekraczaniem granic. Wszystko to prowadziło do wniosku, że zasadnym jest wymaganie posiadania serwisu w kraju, ponieważ w przeciwnym wypadku zachodziło istotne ryzyko, że usługi takie nie mogłyby być zrealizowane, np. z uwagi na wprowadzone ograniczenia transgraniczne. Należy także pamiętać, że odebranie zamawiającemu prawa określenia miejsca geograficznego wykonywania usługi serwisowej, wiązałoby się z ryzykiem, że zamawiający nie znalazłby punktu serwisowego, do którego mógłby zgłaszać żądania wynikające z obowiązków serwisowych.

Powyższe wymaganie zostało uznane za postawione z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji stwierdzonych naruszeń wymierzono korekty finansowe. Jednak jak wskazano powyżej nie można zgodzić się z taką kwalifikacją, co potwierdza m.in. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 26 stycznia 2017 r. I SA/Kr 1160/16 oraz z dnia 15 września 2015 r., sygn. akt II GSK. 759/14, w których wprost dopuszczono możliwość po stronie zamawiającego wymagania serwisu na terenie Polski i stwierdzono, że w takim przypadku nie dochodzi do naruszenia zasad opisanych w art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, gdyż zamawiający w ten sposób chroni swój zobiektywizowany interes.”

Wobec powyższego przyjmuje się wyjaśnienia Beneficjenta i odstępuje się od stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z naruszeniem art. 29 ust. 2 Pzp. W konsekwencji odstępuje się od zastosowania pomniejszenia.

~~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 (Dz.U.2018.971 oraz Dz.U. 2020 poz. 1264) obniża się wartość pomniejszenia i stosuje się § 5 rozporządzenia.~~

~~Za powyższe naruszenie przewidziana jest stawka procentowa 25 % odpowiadająca kategorii nieprawidłowości indywidualnej nr 10 pn. Zastosowanie kryteriów wykluczenia, kwalifikacji, udzielenia zamówienia lub warunków realizacji zamówień, lub specyfikacji technicznej które są dyskryminacyjne, gdyż obejmują nieuzasadnione preferencje krajowe, regionalne lub lokalne.~~

~~Rozporządzenie nie przewiduje dalszego obniżenia pomniejszenia.~~

Podsumowanie dla zamówienia:

Uchybienie nr	Numer kategorii nieprawidłowości indywidualnej	Wartość % pomniejszenia
5.1.1.a	11	10 %
5.1.1.b	10	25 %

~~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.~~

5.1.2

Nazwa i przedmiot zamówienia: Zakup i dostawa defibrylatorów i pulsoksymetrów dla Wojewódzkiego Pogotowia Ratunkowego w Katowicach

Zadanie nr 1 - Zakup i dostawa defibrylatorów

Zadanie nr 2 - Zakup i dostawa pulsoksymetrów”

Rodzaj zamówienia: dostawa

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: WPR/TZ/252/ZP/4/2021 (w systemie LSI zamówienie oznaczono nr ogłoszenia 2021/BZB 00011089/01)

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w BZP w dniu 26.02.2021 r., pod nr 2021/BZP 00011089/01

Tryb udzielenia zamówienia: tryb podstawowy bez możliwości negocjacji zgodnie z art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych

Szacunkowa wartość zamówienia: 175 282,85 zł, co stanowi równowartość 41 056,58 euro

1) 167 540,53 zł, co stanowi równowartość 39 243,19 euro

2) 7 741,92 zł, co stanowi równowartość 1 813,39 euro

Umowa z wykonawcą:

Część nr 1: TZ.241.11.2021 z 30.03.2021/ Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp. k./ 7 711,20 zł brutto

Część nr 2: AZ.241.12.2021 z 30.03.2021/ Stryker Polska Sp. z o.o./ 149 964,80 zł brutto

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

6. Stwierdzone uchybienia oraz wnioski wynikające z przeprowadzonej kontroli:

Wynik kontroli: istotnymi zastrzeżeniami.

Konsekwencje finansowe:

- związane z zamówieniami:

Zakres	Nr uchybienia	Wartość % pomniejszenia
5.1	5.1.1.a	10
5.1	5.1.1.b	25

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 (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 (Dz.U. z 2021 r. poz. 408.).

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).

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.



Rzeczpospolita
Polska



Unia Europejska
Europejski Fundusz
Rozwoju Regionalnego



Członkowie zespołu kontrolującego

Maja Wróbel

Kinga Powroźnik

Zaakceptował:

Piotr Ryza

Kierownik Referatu Kontroli Projektów

Departament 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