



Województwo
Śląskie



100-LECIE
POWSTAŃ ŚLĄSKICH
1919–1920–1921



Województwo Śląskie
Europejski Region Przedsiębiorczości 2021-2022

Katowice, 02 września 2021 r.
FR-RKPR.44.354.1.2021.KPA
FR-RKPR.KW-00840/21
Dotyczy projektu nr 02E8/19

Pan Waldemar Dombek
Starosta Powiatu Gliwickiego
Starostwo Powiatowe w Gliwicach
ul. Zygmunta Starego 17,
44-100 Gliwice

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

Dot. kontroli projektu pn. Mistrzowie planowania – modernizacja i doposażenie pracowni do nauki zawodu technik logistyki i technik spedytor w Zespole Szkół im. M. Konopnickiej w Pyskowicach

Szanowny Panie Starosto,

w załączeniu do niniejszego pisma przekazuję ostateczną informację pokontrolną z przeprowadzonej w dniach 8 czerwca 2021 r. – 5 sierpnia 2021 r. kontroli projektu pn. „Mistrzowie planowania – modernizacja i doposażenie pracowni do nauki zawodu technik logistyki i technik spedytor w Zespole Szkół im. M. Konopnickiej w Pyskowicach”, współfinansowanego/ wybranego do dofinansowania 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



Unia Europejska
Europejski Fundusz Społeczny



Katowice, 02 września 2021 r.
FR-RKPR.44.354.1.2021.KPA
Dotyczy projektu nr 02E8/19

OSTATECZNA INFORMACJA POKONTROLNA

Nazwa jednostki kontrolowanej: Powiat Gliwicki.

Tytuł projektu: Mistrzowie planowania – modernizacja i doposażenie pracowni do nauki zawodu technik logistyk i technik spedytor w Zespole Szkół im. M. Konopnickiej w Pyskowicach.

Nr umowy o dofinansowanie: UDA-RPSL.12.02.01-24-02E8/19.

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.12.02.01-24-02E8/19 z 27 lutego 2020 r. w sprawie dofinansowania projektu pn. „Mistrzowie planowania – modernizacja i doposażenie pracowni do nauki zawodu technik logistyk i technik spedytor w Zespole Szkół im. M. Konopnickiej w Pyskowicach”.

Rodzaj kontroli: w trakcie realizacji projektu.

Tryb kontroli: planowa.

1. Skład Zespołu Kontrolującego:

Imię i nazwisko	Stanowisko służbowe	Funkcja w zespole kontrolującym
Katarzyna Pacholek-Malec	Inspektor	Kierownik Zespołu Kontrolującego
Robert Szczyrba	Inspektor	Członek Zespołu Kontrolującego
Marta Kurek	Starszy inspektor	Członek Zespołu Kontrolującego

2. Data przeprowadzenia kontroli: 8 czerwca 2021 r. – 5 sierpnia 2021 r.

Kontrola w siedzibie IZ RPO (analiza dokumentacji):

- Pismo o sygn. FR-RKPR.44.354.1.2021.KPA z dnia 28 czerwca 2021 r. z prośbą o przekazanie dokumentów oraz wyjaśnień dot. zamówień realizowanych w ramach projektu;
- e-maile z dnia 12 lipca 2021 r. (konto s.blaszczyk@starostwo.gliwice.pl) przekazujące ww. dokumenty oraz wyjaśnienia;
- e-mail z dnia 21 lipca 2021 r. konto katarzyna.pacholek-malec@slaskie.pl) z prośbą o przekazanie dodatkowych dokumentów oraz wyjaśnień dot. zamówień realizowanych w ramach projektu;
- e-mail z dnia 27 lipca 2021 r. (konto r.wojciechowski@starostwo.gliwice.pl) przekazujący ww. dodatkowe dokumenty oraz wyjaśnienia,
- pismo Beneficjenta z dnia 18 sierpnia 2021 roku wnoszące zastrzeżenia do informacji pokontrolnej z dnia 05 sierpnia 2021 roku,
- pismo o sygn. FR-RKPR.44.354.1.2021.KPA, z dnia 27 sierpnia 2021 roku wstrzymujące termin na sporządzenie ostatecznej informacji pokontrolnej w związku z koniecznością dokonania dodatkowych czynności kontrolnych,
- notatka z dnia 30 sierpnia 2021 roku ws. przesłanek do dalszego obniżenia pomniejszenia dla projektu o nr id 02E8/19 – decyzja w dniu 31 sierpnia 2021 roku.

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 dwa postępowania 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 „Pzp”), jedno postępowanie w trybie z wolnej ręki oraz cztery zamówienia poniżej kwoty 50 000 zł netto.

5.1.1

Nazwa i przedmiot zamówienia: Roboty budowlane w ramach projektu "Mistrzowie planowania – modernizacja i doposażenie pracowni do nauki zawodu technik logistyki technik spedytor w Zespole Szkół im. M. Konopnickiej w Pyskowicach" współfinansowanego ze środków RPO WSL 2014-2020”

Rodzaj zamówienia: roboty budowlane

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: WRI-RZPO.272.0007.2020

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: 533919-N-2020 z dnia 2020-04-24 r.

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony

Szacunkowa wartość zamówienia: 353.755,72 zł netto

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

WRI-RZPO.273.0259.2020 / 3 czerwca 2020 / AS S.C. Alojzy Polok i Michał Świderek / 389.500,00 zł brutto

5.1.1.a

Beneficjent opisał przedmiot zamówienia poprzez odwołanie do konkretnych norm krajowych (m. in. PN-88/B-32250 „materiały budowlane. Woda do betonów i zapraw”, PN-B-19701:1997 *Cementy powszechnego użytku*, PN-B-300042: 1997 *Gips szpachlowy, gips tynkarski i klej gipsowy*”, PN-84/B-01701 *Instalacje wewnętrzne wodociągowe i kanalizacyjne itp.*), norm europejskich (np. EN ISO 10545-2:1999 *Płyty i płytki ceramiczne. Oznaczenie wymiarów i sprawdzanie jakości powierzchni*) oraz niemieckich (*DIN 53778 S-W-M, DIN 4102,A2, DIN 18365*). Jednakże przywołanym, w opisie przedmiotu zamówienia, normom nie towarzyszyły wyrazy „lub równoważny”.

Jednocześnie, Beneficjent określając zapisy dot. równoważności, w SIWZ wskazał: „*W przypadku, gdy w opisie przedmiotu zamówienia technologia robót przy realizacji przedmiotu zamówienia została opisana poprzez wskazanie znaków towarowych lub pochodzenia, Zamawiający informuje, iż zapis ten jest jedynie przykładowym i stanowi wskazanie dla Wykonawcy jakie cechy powinny posiadać materiały użyte do realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający dopuszcza realizację zamówienia poprzez zastosowanie materiałów równoważnych. Zamawiający przez podanie nazw własnych produktów, określa minimalne parametry techniczne, cechy użytkowe oraz jakościowe (m.in.: wymiary, skład, zastosowany materiał, kolor, odcień, przeznaczenie urządzeń, estetyka itp.) jakim powinny odpowiadać materiały równoważne, aby spełniały stawiane wymagania.*

Ileokroć w projekcie budowlano i wykonawczym, STWiOR, przedmiarze robót wskazano markę lub

pochodzenie produktu lub urządzenia, należy przyjąć, że za każdą nazwą jest umieszczone słowo „lub równoważne”, tzn., że wbudowane materiały, urządzenia itp. będą posiadały (charakteryzowały się) wszystkimi parametrami nie gorszymi niż opisane w ww. dokumentach. Wykonawca, który decyduje się na rozwiązania równoważne opisane przez Zamawiającego jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.”

Dodatkowo, w STWiOR oraz w opisie technicznym zawarto następujące zapisy: *„Przedstawione w dokumentacji projektowej wskazania na systemy i materiały z podaniem producenta należy traktować jako przykładowe, ze względu na zasady ustawy Prawo zamówień publicznych, a zwłaszcza art. 29 do 31. Oznacza to, że wykonawcy mogą zaproponować inne niż wyszczególnione w dokumentacji rozwiązania z zachowaniem odpowiednich, równoważnych parametrów technicznych i estetycznych z zapewnieniem uzyskania wszelkich ewentualnie wymaganych uzgodnień. Zamiana konkretnego materiału na równoważny wymaga zamiany całego, związanego z danym materiałem systemu i każdorazowo wymaga uzgodnienia z projektantem i Inwestorem.”*

Wobec czego, Beneficjent w SIWZ oraz w dokumentacji projektowej nie zawarł żadnych zapisów w zakresie równoważności norm użytych w opisie przedmiotu zamówienia. Natomiast, bezpośrednie odwołanie się do norm niemieckich, europejskich i krajowych, bez zastosowania obowiązkowego wyrażenia „lub równoważny” nie zapewnia pełnego zachowania zasad uczciwej konkurencyjności i równego traktowania wykonawców. Jednocześnie, brak zwrotu „lub równoważne” w dokumentacji przetargowej mógł mieć zniechęcający wpływ na potencjalnych oferentów. Nie można bowiem wykluczyć, że zastosowane normy w sposób bezpośredni ograniczyły konkurencyjność postępowania, poprzez zawężenie np. dostępnych materiałów budowlanych, do produktów oferowanych jedynie przez konkretnych producentów. ~~W świetle powyższych rozważań należy zaznaczyć, że w STWiORB dot. części ogólnej i budowlanej dopuszczono zastosowanie farb zgodnych z wymaganiami normy DIN 53778 S-W-M, której wymogi spełniają jedynie produkty FUNDGRAP firmy OIKOS.~~

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, wycień 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 świetle powyższego działanie Beneficjenta stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 w związku z art. 30 ust. 4 ustawy PZP: „*Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.*”, „*Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w jeden z następujących sposobów, z uwzględnieniem odrębnych przepisów technicznych: przez odniesienie do kategorii wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w pkt 1, i przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w pkt 2, stanowiących środek domniemania zgodności z tego rodzaju wymaganiami dotyczącymi wydajności lub funkcjonalności.*”

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 25 % odpowiadająca kategorii nieprawidłowości indywidualnej nr 21 pn. *Dyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia.*

We wskazanym zamówieniu nie zaistniały okoliczności, które mogłyby wpłynąć na dalsze obniżenie wartości pomniejszenia. Bowiem opis przedmiotu zamówienia opierał się na licznych odwołaniach do norm krajowych, europejskich oraz niemieckich. Jednocześnie, w zakresie wskazanych norm Beneficjent nie dopuścił rozwiązań równoważnych, przez co zostały naruszone zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Do powyższych ustaleń pokontrolnych Beneficjent wniósł zastrzeżenia pismem z dnia 10 sierpnia 2021 roku (wpływ do tut. Urzędu 11 sierpnia 2021 roku). W uzasadnieniu zastrzeżeń Beneficjent argumentuje, że **»Jak zauważono w trakcie kontroli w dokumentacji technicznej w projektach jak i specyfikacjach technicznych wielokrotnie zamieszczono zapis o możliwości stosowania materiałów i technologii równoważnych, a każdą nazwę handlową materiałów podawano jako**

przykładową, w celu opisanego standardu lub walorów estetycznych. Pojawiające się w dokumentacji nazwy norm polskich czy międzynarodowych służą opisowi oczekiwanych parametrów technicznych materiałów i nie wykluczają możliwości zastosowania przez Wykonawcę materiałów i technologii równoważnych, co było wielokrotnie napisane. Zapisy te były nadrzędne w stosunku do dodatkowego zaznaczania przy nazwie normy „lub równoważne”.

Zgodnie z art. 30 ust. 4 Pzp „Opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i ust. 3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne” – co projektant wykonał – a kontrolujący zauważył i opisał w p.5.1.1.a.

W art. 30 Pzp nie występuje określenie „normy równoważnej” (normy - jako dokumentu zawierającego opis konkretnych wymogów technicznych) – równoważność odnosi się do produktu, którego własności techniczne są równoważne (i mogą być opisane innymi, lecz równoważnymi parametrami technicznymi).

(...)

Zatem zgodnie z ustawą Pzp Wykonawca miał możliwość zastosować rozwiązania równoważne – art. 30 ust. 5 - „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”.

Wykonawca winien przedstawić parametry techniczne, eksploatacyjne i użytkowe proponowanego produktu lub rozwiązania (wykazać normy, aprobaty, specyfikacje techniczne itp. charakteryzujące produkt), które umożliwią uzyskanie równoważnego efektu za pomocą innych rozwiązań i materiałów.«

Na wstępie należy zauważyć, iż przyjęta przez Beneficjenta argumentacja nie koresponduje zarówno z treścią ww. raportu z misji audytowej Komisji Europejskiej jak i jednoznacznie 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 niektóre normy zostały wprowadzone do krajowego porządku prawnego, a określona terminologia i określone normy są powszechnie stosowane w danej branży są powszechnie stosowane w danej branży, 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.

Jednocześnie należy zauważyć, że w sytuacji, w której instytucje zamawiające odnoszą się do norm krajowej wdrażającej normę europejską, należy wziąć pod uwagę fakt, że normy krajowe niekoniecznie muszą być identyczne z normą europejską, ale mogą mimo to zapewniać równoważny poziom zgodności dzięki temu, że ustanowiono w nich równoważne wymogi. W takich okolicznościach w dokumentacji przetargowej należy wskazać, że za dopuszczalne uznaje się również produkty spełniające normy techniczne równoważne przedmiotowym normom krajowym.

W dalszej części zastrzeżeń Beneficjent podnosi, że „(...) W obecnym stanie prawnym **polskie normy budowlane** nie stanowią norm prawa powszechnie obowiązującego. Są normami jako swoiste standardy techniczne z zakresu budownictwa. Nie są normami w znaczeniu prawnym, tj. nie są prawnymi nakazami postępowania. Ich stosowanie jest dobrowolne za wyjątkiem norm przywołanych w aktach prawnych.

IZ RPO zgadza się z Beneficjentem, że polskie normy budowlane nie stanowią norm prawa powszechnie obowiązującego. Dlatego też posłużenie się nimi w opisie przedmiotu zamówienia jest działaniem dobrowolnym Beneficjenta. Działanie takie jest dopuszczalne jedynie, gdy zostaną spełnione wymogi art. 30 ust. 4 Pzp – zostanie określony zakres równoważności tych norm. Natomiast przywołane zapisy dokumentacji zamówienia nie zawierają wprost informacji o dopuszczeniu stosowania norm równoważnych. Przywoływany przez Beneficjenta zapis STWiOR: „*Oznacza to, że wykonawcy mogą zaproponować inne niż wyszczególnione w dokumentacji rozwiązania z zachowaniem odpowiednich, równoważnych parametrów technicznych i estetycznych z zapewnieniem uzyskania wszelkich ewentualnie wymaganych uzgodnień*”. Literalnie zapis ten odnosi się do rozwiązań równoważnych w przypadku wskazania w dokumentacji projektowej na systemy i materiały z podaniem producenta. IZ RPO WSL ponownie zwraca jednak uwagę na konieczność precyzyjnego i jednoznacznego formułowania treści opisu przedmiotu zamówienia. Bowiem, za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania odpowiedzialny jest Zamawiający, a wykonawcy nie mają obowiązku weryfikacji zapisów dokumentacji zamówienia pod kątem ich zgodności z ustawą Pzp. Ustawodawca w regulacji art. 30 ust. 4 ustawy Pzp klarownie opisał właściwy sposób postępowania Zamawiającego, w przypadku posługiwania się w opisie przedmiotu zamówienia normami. Treść normatywna tego przepisu w sposób jednoznaczny określa sposób postępowania Zamawiającego w przypadku opisania pożądaných cech jakościowych i technicznych przedmiotu zamówienia przy użyciu norm. Wymóg ten jest, bowiem bezpośrednio powiązany z określonymi w traktatach europejskich zasadami niedyskryminacji i równego traktowania, przejrzystości, proporcjonalności i wzajemnego uznawania. Odnosząc się do wspomnianych powyżej norm krajowych w kontekście specyfikacji technicznych, z którymi oferenci winni zapewnić zgodność, w dokumentacji przetargowej Zamawiający miał obowiązek wspomnieć również o możliwości złożenia ofert spełniających kryteria w zakresie jakości technicznej równoważnej kryteriom przewidzianym w przywołanych normach.

Dalej Beneficjent argumentu, że dobrowolność stosowania norm (za wyjątkiem norm przywołanych w aktach prawnych) oznacza, że „(...) *obowiązek stosowania reguł technicznych zawartych w określonych normach wynika z przywołania ich w tekstach przepisów prawa. Polskie Normy powoływane w przepisach prawnych, zawierają wiedzę techniczną, o której mowa w art. 5 ust. 1 ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, mającą istotne znaczenie dla spełnienia przez obiekty budowlane wymagań podstawowych, a w konsekwencji zapewnienie bezpieczeństwa użytkownikom tych obiektów*”.

Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia, należy podkreślić, że zgodnie z wyjaśnieniami Beneficjenta normy krajowe nie stanowią norm prawa powszechnie obowiązującego. Nie wszystkie normy krajowe znalazły swoje odzwierciedlenie w źródłach prawa powszechnie obowiązującego.

Dodatkowo, Beneficjent w OPZ posłużył się również normami europejskimi i niemieckimi, które nie zostały uwzględnione w polskim porządku prawnym. Tym samym, Beneficjent dobrowolnie, w treści dokumentacji projektowej, przywołał ww. normy. Brak określenia zakresu ich równoważności stanowi natomiast naruszenie art. 30 ust. 4 Pzp. Należy jednak stwierdzić, że zastosowanie w opisie przedmiotu zamówienia do norm krajowych (polskich i niemieckich) przy braku zwrotu „lub równoważne” przy wskazaniu ww. norm w dokumentacji przetargowej mógł mieć zniechęcający wpływ na potencjalnych oferentów.

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 skutkowało 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.

Wnosząc o odstąpienie od pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach przedmiotowego zamówienia, w związku z uchybieniem (w zakresie farb spełniających wymogi normy DIN53778) opisanym w pkt 5.1.1.a informacji pokontrolnej Beneficjent zwraca uwagę, że „norma ta określa parametry techniczne farb pod względem odporności na szorowanie poprzez określenie ilości cykli ścierania.

Wielu producentów farb w kartach technicznych swoich produktów podaje parametr techniczny odporności na szorowanie wg tej normy DIN53778. Przykładowo CERESIT, Dekoral, Remmers, Keim, Caparol, Sigma, Tikukurila, Chemostan itp. (...) Nie jest więc prawdą, że wymogi normy spełnia jedynie produkt firmy OIKOS. Norma ta jest stosowana powszechnie”.

Na potwierdzenie powyższej argumentacji Beneficjent przedstawił przykładowe karty techniczne farb kilku producentów z podanym parametrem odporności na szorowanie wg przedmiotowej normy.

Po dokonaniu weryfikacji kart technicznych przekazanych przez Beneficjenta zapisy informacji pokontrolnej, w zakresie spełnienia wymogów normy DIN53778 tylko przez jednego producenta, podlegają wykreśleniu.

Wobec powyższego, IZ RPO WSL ponownie dokonała analizy charakteru i wagi przedmiotowej nieprawidłowości indywidualnej. W badanym przypadku, wpływ braku obowiązkowego zapisu „lub równoważny” przy wskazanych w dokumentacji normach na konkurencję oraz wynik postępowania może zostać zmierzony wyłącznie w oparciu o badanie rynku w zakresie tego jak duża grupa wykonawców mogła wziąć udział w niniejszym zamówieniu oraz jaka część oferentów mogła z niego zrezygnować. Tym samym, skutki finansowe opisanego uchybienia trzeba uznać za pośrednie, rozproszone oraz trudne do oszacowania. Co ważne, w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, do postępowania przystąpiło sześciu wykonawców, składając porównywalne oferty niepodlegające

odrzuconiu z postępowania. W konsekwencji, w zaistniałej sytuacji nie doszło do poważnej nieprawidłowości, a pomniejszenie wydatków kwalifikowalnych w wysokości 25% byłoby niewspółmierne do popełnionego uchybienia.

Z uwagi zatem na charakter i wagę stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej zastosowanie ma stawka procentowa o niższej niż maksymalna wysokość przewidziana dla danej kategorii nieprawidłowości w wysokości 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.

5.1.1.b

Wybrany wykonawca FIRMA A.S. Spółka Cywilna Alojzy Polok, Michał Świderk do oferty załączył pełnomocnictwo udzielone przez Alojzego Poloka współnikowi Michałowi Świderkowi. Treść ww. umocowania obejmowała reprezentację mandanta oraz spółki cywilnej w przeprowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia: „*Upoważniam Pana Michała Świderka legitymującego się dowodem osobistym nr i seria AVK129043 do reprezentowania mnie oraz Firmy A.S. s.c. ww. postępowaniu*”. Wobec czego, na podstawie przedłożonego pełnomocnictwa współnik spółki cywilnej Michał Świderk nie został jednoznacznie umocowany do zawarcia umowy z Beneficjentem. Bowiem zakres umocowania dotyczył jedynie reprezentacji, niezaciągania zobowiązań w imieniu Wykonawcy. Jednakże, w dniu 3 czerwca 2020 r., współnik Michał Świderk, pomimo braku odpowiedniego umocowania, samodzielnie podpisał w imieniu wykonawcy FIRMY A.S. Spółka Cywilna Alojzy Polok, Michał Świderk, umowę o nr WRI-RZPO.273.0259.2020.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, zespół kontrolujący wezwał Beneficjenta do przekazania pełnomocnictwa obejmującego umocowanie współnika Michała Świderka do zawarcia umowy w sprawie realizacji zamówienia. Pismem z dnia 12 lipca 2021 r., o sygn. WIF-RIF.042.25.00002.2021, Beneficjent oświadczył: „*Powiat Gliwicki uznał, iż przedłożone pełnomocnictwo przez współnika spółki cywilnej jest wystarczające do zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, gdyż pozwala na samodzielne reprezentowanie wykonawców wspólnie występujących w tym postępowaniu.*”

W świetle powyższych okoliczności, należy wskazać że zgodnie z treścią art. 104, zd.1 Kodeksu Cywilnego (dalej KC) „*Jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna.*” Jednakże, zgodnie z przedłożoną dokumentacją, wykonawca FIRMA A.S. Spółka Cywilna Alojzy Polok, Michał Świderk, w dniu 26 sierpnia 2020 r. zrealizował zamówienie zgodnie z zawartą umową (protokół odbioru robót z dnia 31 sierpnia 2020 r.). Wobec czego, brak prawidłowego umocowania Michała Świderka do zawarcia umowy z Beneficjentem, należy uznać za uchybienie formalne, bez skutków finansowych.

Podsumowanie dla zamówienia:

Uchybienie nr	Numer kategorii nieprawidłowości indywidualnej	Wartość % pomniejszenia
5.1.1.a	21	25% 5%

5.1.2

Nazwa i przedmiot zamówienia: Dostawa i instalacja sprzętu IT i oprogramowania

Rodzaj zamówienia: dostawy

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: WIF-RZPO.272.0001.2020

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: 558625-N-2020 z dnia 2020-07-06

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony

Szacunkowa wartość zamówienia: 234.681,79 zł (54.969,62 €)

Część I: 192.405,37 zł netto

Wyjaśnienia Beneficjenta z dnia 12.07.2021: Część II postępowania nie dotyczy przedmiotowego projektu.

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

CZĘŚĆ I

WIF-22PO.273.00192.2020 / z dnia 1 października 2020 r. / AKTIN Sp. z o. o. / 246.270,60 zł brutto

Wyjaśnienia Beneficjenta z dnia 12.07.2021: Część II postępowania nie dotyczy przedmiotowego projektu.

5.1.2.a

W pkt II.8 ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale IV SIWZ, Beneficjent wyznaczył datę zakończenia realizacji zamówienia na dzień 18 września 2020 r. W wyniku dokonanych modyfikacji treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, ww. data nie uległa zmianie. Następnie, w wyniku przeprowadzonego postępowania, Beneficjent w dniu 1 października 2020 r. zawarł umowę z oferentem ATKIN Sp. z o. o. Oznacza to, że umowa z wykonawcą została zawarta po upływie terminu zakończenia realizacji zamówienia, wskazanym w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu. Dlatego też, Beneficjent w dniu 1 października 2020 r. zawarł Aneks nr 1, na mocy którego termin realizacji przedmiotu zamówienia został wyznaczony na dzień 30 października 2020 r. Jako podstawę prawną dokonania zmiany terminu realizacji zamówienia, Beneficjent wskazał § 10 ust. 2 umowy z dnia 1 października 2020 r.: „Zamawiający przewiduje następujące zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy:

- 1) zmiany terminu realizacji zamówienia pod warunkiem niemożności realizacji zamówienia w terminie określonym w § 3 ust. 1 w przypadku zaistnienia przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy – o czas trwania tych przyczyn”.

W związku z powyższym, zespół kontrolujący wezwał Beneficjenta do wyjaśnienia sposobu ustalenia terminu realizacji zamówienia w Aneksie nr 1, z dnia 1 października 2020 r. Pismem z dnia 12 lipca 2021 r., o sygn. WIF-RIF.042.25.00002.2021, Beneficjent oświadczył: „Zgodnie z zapisami SIWZ termin realizacji przedmiotu zamówienia został ustalony na dzień 18 września 2020 r. Informacja o wyborze została opublikowana w dniu 23 września 2020r. zatem już po terminie realizacji zamówienia. W celu ustalenia nowego terminu realizacji przedmiotu zamówienia przyjęta została następująca metodologia:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 6 lipca 2020 r., termin składania ofert ustalono na dzień 16 lipca 2020 r. (termin wydłużono w związku ze zmianą opisu przedmiotu

*zamówienia dla części II), a termin związania ofertą wynosił 30 dni. Biorąc pod uwagę powyższa umowa z wybranym Wykonawcą powinna zostać podpisana do dnia 17 sierpnia (gdyż dzień 15 i 16 sierpnia była dniami wolnymi od pracy) z terminem realizacji zamówienia do dnia 18 września 2020 r., **Wykonawca od terminu podpisania umowy miałby do dyspozycji ok. 30 dni na realizację zamówienia.** Biorąc pod uwagę powyższe w umowie z dnia 1 października termin realizacji zamówienia ustalony na dzień 18 września 2020 r. nie był możliwy do dotrzymania. **W związku z powyższym w Aneksie nr 1 do umowy ustalono zbliżony termin realizacji zamówienia 30 października (30 dni na realizację przedmiotu zamówienia).**”*

Wobec czego, Beneficjent dokonał zmiany terminu realizacji zamówienia niezgodnie z podstawą prawną zwarcia aneksu tj. § 10 ust. 2 zawartej umowy. W pierwszej kolejności należy wskazać, że nie ustalono czasu trwania przyczyn uniemożliwiających realizację przedmiotu zamówienia. Natomiast, zgodnie z treścią zawartej umowy, termin wykonania dostaw mógłby zostać wydłużony jedynie o czas trwania okoliczności wpływających na niemożność realizacji przedmiotu postępowania. Po drugie, w treści zawartej umowy oraz dokumentacji przetargowej, nie określono terminu realizacji zamówienia w dniach (np. 30 dni), tylko w oparciu o wyznaczenie konkretnej daty tj. 18 września 2020 r. Dlatego też należy uznać, że Beneficjent w sposób niezgodny z treścią zawartej umowy dokonał zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt. 1 PZP: „Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 1) zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian”.

W przedmiotowym postępowaniu Beneficjent przewidział możliwość zmiany terminu realizacji zamówienia, ze względu na przyczyny nieleżące po stronie wykonawcy, uniemożliwiające jednocześnie wykonanie dostaw. Jednak sposób wyznaczenia nowego terminu spełnienia świadczenia przez oferenta, został ściśle powiązany z czasem trwania ww. przyczyn. Natomiast zmiana daty wykonania dostaw w oparciu o metodologię nieprzewidzianą w dokumentacji przetargowej, stanowi istotną zmianę zawartej umowy. Bowiem, gdyby na etapie przeprowadzania postępowania, przewidziano termin realizacji zamówienia w oparciu o konkretną ilość dni, lub możliwość zmiany ww. terminu za pomocą ściśle określonego przedziału czasowego, to krąg wykonawców potencjalnie zainteresowanych złożeniem oferty, mógłby być szerszy, a złożone oferty mogłyby być korzystniejsze. Tym samym dokonane, w oderwaniu od mechanizmów przewidzianych w treści stosunku zobowiązaniowego, zmiany zawartej umowy stanowią naruszenie art. 144 ust. 1 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 ogólnego:

~~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 100% wartości dodatkowej zamówienia wynikającej ze zmiany umowy zwiększona o 25% wartości ostatecznego zakresu świadczenia odpowiadająca kategorii nieprawidłowości indywidualnej nr 28 pn. *Niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia lub umowy koncesji.* Ponieważ w analizowanym postępowaniu nie zwiększono wartości zamówienia, zastosowanie ma stawka 25%.

Jednocześnie załącznik do rozporządzenia w pozycji odpowiadającej przedmiotowej kategorii nieprawidłowości indywidualnej nie przewiduje możliwości do dalszego obniżenia wartości procentowej pomniejszenia.

Do powyższych ustaleń pokontrolnych Beneficjent wniósł zastrzeżenia, w których wskazuje „(...) Beneficjent zauważa, iż w poprzednim Prawie zamówień publicznych możliwe było ustalanie terminów realizacji zamówienia poprzez wskazanie dat dziennych. Modyfikację w tym zakresie wprowadziła dopiero nowa ustawa z dnia 11 września 2019 r., określając zasadę wyznaczania terminu wykonania zamówienia publicznego w dniach, miesiącach lub latach, a na zasadzie wyjątku poprzez datę dzienną. Warto natomiast zauważyć, iż nadal takie działanie nie jest niezgodne z prawem; co więcej – jako wyjątek wskazuje się że określenie terminu wykonania zamówienia datą dzienną jest uzasadnione koniecznością rozliczenia projektu dofinansowanego środkami zewnętrznymi (jak w niniejszym projekcie).

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zauważalny jest też pogląd, iż zmiana terminu realizacji zamówienia przed podpisaniem umowy z wybranym, najkorzystniejszym wykonawcą jest jak najbardziej możliwa. Pogląd ten wyrażony został na kanwie przypadków unieważniania przez zamawiających prowadzonych postępowań wskutek niemożności zawarcia umów z uwagi na wcześniejszy upływ terminów wykonania zamówień, dla których te postępowania były prowadzone. Oczywiście i niewymagającym specjalnego wyjaśnienia jest fakt braku możliwości zawarcia umowy z wykonawcą na realizację zamówienia, którego termin już upłynął – świadczenie jest niemożliwe do wykonania w pierwotnie założonym terminie; wykonawca zawierając umowę od razu byłby w zwłoce ze spełnieniem swojego świadczenia, dając tym samym uprawnienia zamawiającemu do np. domagania się kary umownej czy odstąpienia od umowy.

(...)

Kontrolujący, negatywnie oceniając dokonaną zmianę terminu realizacji zamówienia nie dostrzega tej oczywistości, iż Zamawiający nie miał de facto żadnej alternatywy, skoro ustawa przewiduje zakończenie postępowania poprzez albo zawarcie umowy z wybranym wykonawcą, albo jego unieważnienie (*tertio non datur*). Skoro powyższe wyroki KIO wskazują, że brak jest podstaw do unieważnienia postępowania wskutek upływu terminu zakończenia umowy, jedynym wyjściem pozostawało zawarcie umowy! Z oczywistych względów nie mogło to nastąpić z terminem nierealnym do jej wykonania, terminem z przeszłości. Konieczne zatem było dostosowanie, urealnienie terminu do nowej faktycznej sytuacji.

(...)

Jedynym rozwiązaniem było ustalenie adekwatnego terminu do wykonania zamówienia, w najbardziej racjonalny i uzasadniony sposób. Należy zauważyć, iż okoliczności tej Zamawiający sprostował. W wyjaśnieniach w trakcie prowadzonego postępowania kontrolnego przedstawiono w sposób wyczerpujący metodologię wyliczenia nowego terminu, zakładającą najbardziej prawdopodobny scenariusz prowadzonego postępowania i przekładając te terminy na nową sytuację. Skoro wybór najkorzystniejszej oferty zakładany jest w terminie związania ofertą, to od momentu jego upływu do zakończenia pierwotnego terminu realizacji zamówienia (18.09.2020 r.)

pozostawało ok. 30 dni i taki też czas – adekwatny do pierwotnego okresu – wyznaczono wykonawcy zamówienia.

Wskazana przesłanka zmiany umowy w § 10 umowy umożliwiała zmianę terminu jej realizacji przy dwóch przesłankach występujących wspólnie:

- a) niemożność realizacji zamówienia w terminie określonym w § 3 ust. 1,
- b) zaistnienia przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy.

Analizując okoliczności w niniejszej sprawie dojść można do przekonania, że niewątpliwie świadczenie nie było możliwe do wykonania w terminie wskazanym w § 3 ust. 1, tj. 18.09.2020 r., skoro umowa mogła być zawarta dopiero 1.10.2020 r. Po drugie – przyczyna ta nie była wywołana działaniami lub zaniechaniami wykonawcy. To okoliczności bezsporne. Ergo, przesłanki do zmiany terminu w sposób niebudzący wątpliwości zaistniały. Z kolei zmiana terminu miała nastąpić o czas trwania tych przyczyn. Beneficjent analizując wspomniany problem doszedł do wniosku, iż przyczyny uniemożliwiające zawarcie umowy trwały tak długo, iż wyczerpany został cały przeznaczony na realizację zamówienia pierwotnie założony okres. Zatem „wydłużenie” terminu na wykonanie zamówienia oznaczało wykreowanie adekwatnego, niejako tożsamego z pierwotnym okresem realizacji, co Beneficjent racjonalnie Kontrolującemu wyjaśnił”.

Mając na uwadze powyższą argumentację Beneficjenta, w pierwszej kolejności należy wskazać, że warunki dokonania zmian przyszłego zobowiązania, określone we wzorze umowy, powinny zostać określone w sposób precyzyjny i jednoznaczny. Zamawiający jako gospodarz postępowania, powinien skonstruować zapisy wzoru umowy w sposób uwzględniający wszelkie okoliczności mogące mieć wpływ na realizację zobowiązania. O ile IZ RPO WSL zgadza się z Beneficjentem w poprzednim Prawie zamówień publicznych (poprzedzającym ustawę z 2019 roku) możliwe było ustalanie terminów realizacji zamówienia poprzez wskazanie konkretnej daty dziennej, o tyle zgodnie z przyjętym orzecznictwem „(...) termin taki powinien uwzględniać wszystkie okoliczności związane z realizacją zamówienia, powinien być określony w sposób dopuszczony przez obowiązujące przepisy prawa oraz być realny” (por. wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2525/18) tym samym w przypadku krótkich terminów wykonania zamówienia określenie terminu realizacji przyszłej umowy jako pewien określony czasookres wydaje się bardziej racjonalny oraz pozytywnie wpływający na konkurencję postępowania. Chociażby wobec faktu, iż Zamawiający powinien wziąć pod uwagę możliwość wydłużenia się samej procedury udzielenia zamówienia, jak miało to miejsce w przedmiotowej sprawie.

Niemniej odnosząc się do badanego zamówienia, należy wskazać, że w tym konkretnym przypadku faktyczny i ostateczny wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany w dniu 22 września 2020 roku, czyli po dacie przewidzianej jako koniec terminu realizacji zamówienia.

Istotny dla sprawy jest również to, iż wydłużenie się procedury udzielenia badanego zamówienia nie wynikała z opieszałości którejkolwiek ze stron postępowania, a wynikała z przyczyn o charakterze obiektywnym (dwukrotnie wcześniej wybór najkorzystniejszej oferty został unieważniony w związku z zawiadomieniami o braku zgodności wybranej oferty z SIWZ). Podkreślenia wymaga również fakt, iż umowa z ostatecznie wybranym wykonawcą została zwarta niedługo, a nawet można by rzec niezwłocznie (01.10.2020 r.) po wyborze najkorzystniejszej oferty.

Należy jednocześnie zauważyć, że ustalony przez Zamawiającego „nowy” termin realizacji wynosił 30 dni, nie był to zatem termin nierealny lub nieadekwatnie długi.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 04 stycznia 2018 roku, sygn. akt KIO 2700/17, KIO 2713/17 »(...) w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przesłanka unieważnienia postępowania opisana w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp opiera się na trzech okolicznościach, których łączne wystąpienie skutkuje zastosowaniem tego przepisu, tj. musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania), wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, wada musi być niemożliwa do usunięcia. Zatem, wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście

wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy. (...) w ocenie Izby wpływ terminu realizacji (...) jeszcze w toku prowadzonego przez zamawiającego postępowania i przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej nie stanowi wady postępowania i nie może stanowić podstawy do unieważnienia postępowania. Izba podziela stanowisko wyrażane wielokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż sam upływ terminu realizacji zamówienia nie może stanowić wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy. I tak np. w wyroku z dnia 9 sierpnia 2016 r., wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 1366/16, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła m.in., że: "W ocenie Izby okoliczność przedłużania się postępowania nie stanowi wady postępowania a jest okolicznością wpisaną w naturę postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z tym niemożność świadczenia w zakresie i terminie przewidzianym jest zjawiskiem do przewidzenia i samo jako takie nie może stanowić wady postępowania tkwiącej w tym postępowaniu od początku a także wadą niemożliwą do usunięcia nawet przy uwzględnieniu reżimu przewidzianego przepisem art. 144 ust. 1 ZamPublU.". W okolicznościach niniejszej sprawy argumentacja zamawiającego wskazująca, że strony zawierając umowę, w sytuacji, gdy termin realizacji zamówienia określony przez zamawiającego dla etapu I jest niemożliwy do dotrzymania, zawarłyby umowę o świadczenie niemożliwe pierwotnie, jest bezzasadna. W doktrynie wyrażany jest pogląd, że niemożliwość świadczenia skutkuje nieważnością umowy tylko wtedy, gdy jest uprzednia (pierwotna), obiektywna i trwała [W. Popiołek, w: Pietrzykowski, Komentarz, 2015, t. I, art. 387]. W przedmiotowym postępowaniu świadczenie będące przedmiotem umowy jest możliwe obiektywnie do spełnienia. Co do kwestii niemożliwości świadczenia pierwotnej i trwałej stwierdzić należy, iż okoliczność przedłużania się postępowania o udzielenie zamówienia jest okolicznością, którą zamawiający mógł i powinien wziąć pod uwagę. Ponadto, w ocenie Izby - wbrew twierdzeniom zamawiającego - nie ma przeszkód, aby dokonać zamiany terminu realizacji etapu I dostaw biurowych. Termin realizacji dostaw w ramach etapu I w okolicznościach niniejszej sprawy, w ocenie Izby, nie ma znaczenia istotnego, a zatem zmiana w tym zakresie jest dopuszczalna na gruncie art. 144 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 144 ust. 1e ustawy Pzp, z których to przepisów wynika, że możliwa jest zmiana postanowień zawartej umowy, niezależnie od ich wartości, o ile nie są one istotne w rozumieniu przepisu art. 144 ust. 1e ustawy Pzp. Izba nie podziela w tym zakresie stanowiska zamawiającego, iż w postępowaniu tym zachodzi prawdopodobieństwo, iż termin realizacji zamówienia mógł znacząco wpłynąć na krąg potencjalnych wykonawców. Wskazać należy, że zamawiający nie udowodnił tej okoliczności w jakikolwiek sposób, a jak słusznie odwołujący wskazywali wszystkim potencjalnym wykonawcom znana była treść SIWZ i wszystkich obowiązywała w jednakowym stopniu.»

Wyżej cytowany wyrok wskazuje, że sam fakt upływu terminu realizacji zamówienia w związku z przedłużającą się procedurą wyboru wykonawcy nie stanowi przesłanki do unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP, natomiast pierwotny termin może zostać zmieniony o ile oczywiście zmiana ta nie będzie stanowić zmiany istotnej w rozumieniu przepisów art. 144 PZP. Zmiana ta nie może zatem mieć wpływu na krąg potencjalnych wykonawców, czy też wysokość złożonych w postępowaniu ofert.

Wobec wyżej przedstawionego orzecznictwa oraz faktycznych okoliczności przedmiotowej sprawy należy stwierdzić, iż zamiana terminu w badanym przypadku nie będzie stanowiła zmiany istotnej. W związku z tym, IZ RPO WSL, po ponownej analizie okoliczności sprawy, odstępuje od uchybienia opisanego w pkt 5.1.2.a informacji pokontrolnej.

Podsumowanie dla zamówienia:

Uchybienie nr	Numer kategorii nieprawidłowości indywidualnej	Wartość % pomniejszenia
5.1.1.2.a	28	25%

5.1.3

Nazwa i przedmiot zamówienia: Dostawa oprogramowania zawodowego

Rodzaj zamówienia: dostawy

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: WIF-RZPO.272.00013.2020

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: nie dotyczy

Tryb udzielenia zamówienia: wolna ręka

Szacunkowa wartość zamówienia:

Zadanie I: 7.000,00 zł netto

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

Umowa dot. części I zamówienia (dostawa oprogramowania do transportu, spedycji i logistyki – licencja edukacyjna na 16 stanowisk)

WIF-RZPO.273.00327.2020 / z dnia 4 grudnia 2020 / MACIOSOFT Maciej Poskrop / 8.610,00 zł brutto

Wyjaśnienia Beneficjenta z dnia 12.07.2021 r.: *Części II, III, IV i V w/w postępowania nie dotyczą wydatków kwalifikowalnych związanych z realizacją projektu.*

Do powyższego zamówienia zespół kontrolujący nie wnosi zastrzeżeń.

5.1.4

Nazwa i przedmiot postępowania: Nadzór autorski

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: WIF-RZPO.273.00068.2020

Umowa z wykonawcą (numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto): WIF-RZPO.273.00068.2020 / 3 lipca 2020 r. / Miastoprojekt Gliwice Sp. z o. o. / 7.380,00 zł brutto (615 zł brutto za pojedynczy nadzór autorski)

Do powyższego zamówienia zespół kontrolujący nie wnosi zastrzeżeń.

5.1.5

Nazwa i przedmiot postępowania: Inspektor Nadzoru Inwestycyjnego

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: WRI-RRI.042.8.0007.2020

Umowa z wykonawcą (numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto): WIF-RZPO.273.00017.2020 / 15.06.2020 / Biuro Inżynierskie inż. Grzegorz Błędziński / 7.995,00 zł brutto

Do powyższego zamówienia zespół kontrolujący nie wnosi zastrzeżeń.

5.1.6

Nazwa i przedmiot postępowania: Dostawa schodołazu

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: WIF-RIF.042.6.00004.2020

Umowa z wykonawcą (numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto): WIF-RZPO.273.000152.2020 / z dnia 8 września 2020 / Lift Plus PL Kaczmarczyk Spółka Jawna / 12.500,00 zł brutto

Do powyższego zamówienia zespół kontrolujący nie wnosi zastrzeżeń.

5.1.7

Nazwa i przedmiot postępowania: Promocja

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: WIF-RIF.042.6.00008.2020

Umowa z wykonawcą (numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto):
Zamówienie nr WIF-RZPO.27300281.2020 z dnia 23.11.2020 r. / ETYLINA ŁUKASZ CZAPLAK
/ 340,00 zł brutto

Do powyższego zamówienia zespół kontrolujący nie wnosi zastrzeżeń.

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	25%-5%
5.1	5.1.2.a	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 zawarze 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 (t.j. t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1444) 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.

Członkowie zespołu kontrolującego

Katarzyna Pacholek-Malec

Robert Szczyrba

Marta Kurek

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