Fundusze Europejskie Program Regionalny

Śląskie.

Unia Europejska Europejski Fundusz Rozwoju Regionalnego

Katowice, 25 listopada 2019 r.
FR-RKPR.44.530.3.2019.VS
Dot. projektu nr 00H2/18

Egzemplarz nr 2

URZĄD MIASTA TYCHY
Wydział Kontroli
Wpł. 2020 -01- 27
L.dz. ..... Podpis .....
Znak sprawy .....

OSTATECZNA INFORMACJA POKONTROLNA

Nazwa jednostki kontrolowanej: GMINA MIASTA TYCHY

Tytuł projektu: Przebudowa i wyposażenie warsztatów w Zespole Szkół nr 7 przy ul. Browarowej

Nr umowy o dofinansowanie: UDA-RPSL.12.02.01-24-00H2/18-00

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.2018.1431 tekst jednolity- dalej „ustawa wdrożeniowa"),
2. § 17 Umowy nr UDA-RPSL.12.02.01-24-00H2/18-00 z 28.11.2018 r. w sprawie dofinansowania projektu pn. *Przebudowa i wyposażenie warsztatów w Zespole Szkół nr 7 przy ul. Browarowej.*

Rodzaj kontroli: w trakcie realizacji projektu.

Tryb kontroli: planowa.

1. Skład Zespołu Kontrolującego:

Imię i nazwisko	Stanowisko służbowe	Funkcja w zespole kontrolującym
[redacted]	Inspektor	Kierownik Zespołu Kontrolującego
[redacted]	Podinspektor	Członek Zespołu Kontrolującego

2. Data przeprowadzenia kontroli: od 7 sierpnia do 15 października 2019 r.

Kontrola w siedzibie IZ RPO (analiza dokumentacji):
- e-mail z dnia 22.08.2019 r. ([redacted]) z prośbą o przekazanie dokumentów i wyjaśnień,
- e-mail z dnia 26.08.2019 r. ([redacted]) z prośbą o przedłużenie terminu przekazania dokumentów i wyjaśnień do 4.09.2019 r.,
- e-mail z dnia 26.08.2019 r. ([redacted]) ze zgodą o przedłużenie terminu przekazania dokumentów i wyjaśnień do 4.09.2019 r.,
- e-mail z dnia 04.09.2019 r. ([redacted]) przekazujący dokumenty i wyjaśnienia,
- e-mail z dnia 06.09.2019 r. ([redacted]) z prośbą o przekazanie dokumentu,
- e-mail z dnia 16.09.2019 r. [redacted]) przekazujący informację o niezwłocznym przekazaniu dokumentu,
- e-mail z dnia 19.09.2019 r. [redacted] przekazujący dokument,
- e-maile z dnia 01.10.2019 r. ([redacted]) z prośbą o przekazanie dokumentów i wyjaśnień,

KL

- e-mail z dnia 02.10.2019 r. ([redacted] przekazujący dokumenty i wyjaśnienia,
- notatka z dnia 08.10.2019 r. w sprawie miarkowania pomniejszenia dla projektu nr 00H2/18,
- pismo o sygn. WYCH.67876.2019 z dnia 30.10.2019 r. przekazujące zastrzeżenia do informacji pokontrolnej,
- pismo z dnia 07.11.2019 r. o przedłożenie dokumentacji dot. zmywarki podblatowej,
- pismo z dnia 18.11.2019 r. przekazujące dokumentację dot. zmywarki podblatowej.

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.

5. 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 2018 r. Nr 1986 ze zmianami– dalej „Pzp").

5.1.1

Nazwa i przedmiot zamówienia: Przebudowa i wyposażenie warsztatów w Zespole Szkół nr 7 przy ulicy Browarowej - roboty budowlane
Rodzaj zamówienia: roboty budowlane
Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: PZP.271.12.2019.AW
Numer ogłoszenia oraz data publikacji: nr 516361-N-2019 zostało opublikowane w dniu 22.02.2019 r.
Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony
Szacunkowa wartość zamówienia: 1 818 429,25 zł netto
Umowa z wykonawcą (numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto): Umowa nr lRI.272.73.2019 zawarta w dniu 23 kwietnia 2019 roku z ZPHU „Remstol" Usługi Ogólnobudowlane inż. [redacted] o wartości 2 234 295,00 zł brutto.

5.1.1.a

W załączniku do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) nr 1a pn. *Zestawienie zbiorcze wyposażenie "Przebudowa i wyposażenie warsztatów w Zespole Szkół nr 7 przy ul. Browarowej"* Zamawiający opisał przedmiot zamówienia wskazując szczegółowe parametry sprzętu, przykładowo:
- *„Szafa chłodnicza z powietrzem obiegowym, półka GN 2/1, zakres temperatury od -2 do +15 st. C, obudowa stal szlachetna, 750 x 750 x 1864"*;

KR

Jednocześnie Zamawiający opisał przedmiot zamówienia używając nazw własnych oraz oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta, a mianowicie:
- robot kuchenny indukcyjny profesjonalny **Mycook** 1,8 1800W 230V wym. 350 x 270 x 290 mm;
- robot planetarny **KMP05** z misą 6,7 L i blenderem;
- maszyna uniwersalna z kompletem rozszerzonych przystawek do mięsa, obudowa stal nierdzewna, system tnący **Unger** (szarpak, ostrze, siatka), wymiar: 200 x 470 x 380 mm, zasilanie 230V, prędkość ostrza 140 obr/min;
- podgrzewacz do talerzy z drzwiami akrylowymi **Neumarker.**

Równocześnie określeniom tym nie towarzyszy zwrot „lub równoważny".

Zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 19 września 2019 r. *„Zamawiający jedynie w wyjątkowych przypadkach wskazał na konkretnego producenta, czy typ sprzętu"*. Jednocześnie Beneficjent wskazał, że w pkt 3.8 SIWZ dopuścił możliwość składania ofert równoważnych, zastrzegając, iż *„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 (art. 30 ust. 5 ustawy PZP)"*.

Zapisu wskazanego w pkt 3.8 SIWZ nie można jednak potraktować jako dopuszczenie produktów równoważnych. Art. 30 ust. 5 Pzp mówi jedynie o tym, że w przypadku powołania się przez wykonawcę na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest on zobowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Zacytowanie treści ww. przepisu nie zadośćuczyniło wypełnieniu dyspozycji art. 29 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym w przypadku wskazania nazw własnych należy dopuścić produkty równoważne.

Na potwierdzenie, iż dokonany w badanej sprawie opis przedmiotu zamówienia nie stoi w sprzeczności z dyspozycją art. 29 ust. 2 i 3 Pzp, beneficjent kolejno w dniach 04 września i 01 października 2019 roku przedstawił zestawienie wyposażenia (różnych producentów), które w jego opinii spełniały wymogi określone w SIWZ. Następnie w dniu 2 października 2019 r. Zamawiający dostarczył zestawienie wyposażenia zaoferowanego przez wybranego Wykonawcę. Z analizy przedstawionej przez Zamawiającego dokumentacji wynika, że parametry wskazane w SIWZ spełniają poszczególne urządzenia konkretnych producentów. Jednocześnie należy stwierdzić, iż beneficjent w swych wyjaśnieniach nie udowodnił, iż sposób opisania przedmiotu zamówienia w przedmiotowej sprawie podyktowany był jego szczególną specyfiką. Beneficjent nie wykazał również, iż nie mógł opisać przedmiotu zamówienia za pomocą mniej szczegółowych parametrów, co realnie umożliwiłoby wykonawcom dostarczenie produktów różnych producentów przy zapewnieniu równie wysokiego poziomu jakości.

Zgodnie z wyrokiem o sygn. III SA/Wr 552/17 Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba we Wrocławiu z dnia 27 września 2017 r. *„przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba, że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy lub równoważnym. Tylko wyjątkowo, przy łącznym spełnieniu określonych przesłanek zamawiający może wskazać w opisie przedmiotu zamówienia znaki towarowe, patenty lub pochodzenie konkretnego przedmiotu. W pozostałych przypadkach tego typu określenia są niedopuszczalne. Treść art. 29 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych wskazuje, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia, nie może pominąć możliwości złożenia ofert równoważnych, nie może pominąć w opisie przedmiotu zamówienia wyrazów "lub równoważne" albo innych*

o podobnym znaczeniu. W konsekwencji, wskazać także na czym ta równoważność polega, aby ocenić jej wystąpienie".

Jednocześnie, w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 sierpnia 2016 r. o sygn. KIO/KD 58/16 wskazano: *„(...) przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zakazuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję przez użycie sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio lub pośrednio godziłby w zasadę zachowania uczciwej konkurencji. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa na mniejszą liczbę ofert złożonych w postępowaniu oraz może spowodować oferowanie produktów tylko i wyłącznie jednego producenta, co prowadzi do ograniczenia konkurencji".*

Wobec powyższego IZ RPO WSL stwierdza, iż w badanej sprawie Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia poprzez użycie oznaczeń oraz sformułowań wskazujących na konkretnych producentów, bez faktycznego dopuszczenia możliwości zaoferowania urządzeń i sprzętów równoważnych, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 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[1] (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.

[1] Do nieprawidłowości stwierdzonych w postępowaniach o udzielenie zamówienia prowadzonych zgodnie z warunkami wynikającymi z ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych wszczętych przed dniem 28 lipca 2016 r. stosuje się przepisy Rozporządzenia z 29.01.2016r. (Dz.U.2016.200). Dla nieprawidłowości stwierdzonych w postępowaniach wszczętych po 27 lipca 2016 r. stosuje się przepisy Rozporządzenia z 22 marca 2017 r. (Dz.U.2017.615)

kh

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 pomniejszenia w wysokości 25% odpowiadająca kategorii nieprawidłowości indywidualnej nr 20 pn. *„Dyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia"*.

Z uwagi na charakter i wagę stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej zastosowanie ma stawka procentowa o niższej niż maksymalna wysokość przewidziana dla danej kategorii nieprawidłowości. Wartość pomniejszenia obniżono do 5% .

Instytucja Zarządzająca stwierdza, iż Zamawiający bezsprzecznie dopuścił się naruszenia przepisów art. 29 ust. ~~1~~ 3 i 2 Pzp, aczkolwiek brak jest faktycznie poniesionej szkody, a uchybienie ma jedynie charakter potencjalny.

Należy zauważyć, iż w badanym przypadku mamy do czynienia z zamówieniem o charakterze mieszanym, na którego przedmiot składają się zarówno roboty budowlane, jak i dostawy. Natomiast wskazane w niniejszej informacji uchybienie dotyczy jedynie dostarczanych w ramach badanego zamówienia sprzętów, których wartość stanowi 45% całego zamówienia. Ponadto naruszenie nie dotyczy całej dostawy wyposażenia, a jedynie niektórych z zakupywanych urządzeń i sprzętów. Nie bez znaczenia jest również fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły trzy oferty, zatem nie doszło do drastycznego zaburzenia konkurencji. Tym samym, skutki finansowe przedmiotowego uchybienia należy uznać za pośrednie, rozproszone oraz trudne do oszacowania.

W zaistniałej sytuacji nie doszło zatem do nieprawidłowości, która obejmowałaby całość zamówienia a pomniejszenie wydatków kwalifikowalnych w wysokości 25% byłoby niewspółmierne do popełnionego uchybienia.

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.

Do powyższych ustaleń Zamawiający wniósł zastrzeżenia pismem sygn. WYCH.67876.2019 z dnia 30.10.2019 r.: „ (...) *Zamawiający w pkt 3.9 SIWZ wskazał: 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 (art. 30 ust. 5 ustawy PZP)." Jednocześnie w pkt 11 formularza oferty (załącznik nr 1 do SIWZ), zamawiający zawarł wzór oświadczenia o następującej treści: Oświadczam, iż w mojej ofercie powołuję się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, a ich równoważność wykazuję poprzez następujące dowody.*

KL

Nie sposób jednak zgodzić się z tezą Beneficjenta, iż: „(...) *z obu tych zapisów jednoznacznie wynika uprawnienie wykonawcy do wskazania w ofercie rozwiązań równoważnych. Sam fakt zawarcia w SIWZ takiego uprawnienia dla Wykonawców przesądza o dopuszczeniu możliwości złożenia ofert równoważnych. Zrealizowany zatem został postulat o którym mowa w art. 29 ust. 3 Pzp* ".

Zgodnie z art. 29 ust. 3 Pzp „*Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny"*. Art. 29 ust. 3 Pzp pozwala zatem, **w drodze wyjątku**, użyć określeń charakterystycznych dla konkretnego produktu tj. gdy przedmiot zamówienia jest na tyle specyficzny, że Beneficjent **nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń** wskazując wyrazy „lub równoważne". Obydwie przesłanki muszą być spełnione łącznie.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 07 września 2016 r. o sygn. KIO 1582/16 *„(...) Art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, który dopuszcza opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów i pochodzenia ma charakter przepisu lex specialis i może być stosowany tylko w wyjątkowych sytuacjach i to pod warunkiem, a opisowi towarzyszą wyrazy "lub równoważne", co powoduje, że konkretnie wskazane produkty mają charakter przykładowy. Zakaz opisu przedmiotu zamówienia za pomocą patentów, wzorów użytkowych czy pochodzenia nie jest zakazem bezwzględnym i może zostać wyeliminowany w sytuacji, gdy specyfika przedmiotu zamówienia uniemożliwia jednoznaczny i dokładny opis w inny sposób, a zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne".*

W rozpatrywanym stanie faktycznym, Beneficjent opisując przedmiot zamówienia użył nazw własnych i nie dodał sformułowania „lub równoważny", ani też innego podobnego sformułowania, które nadałoby wymienionym w opisie przedmiotu zamówienia konkretnym produktom charakter przykładowy. Beneficjent nie określił również zakresu tej równoważności, co umożliwiłoby Zamawiającemu ocenę, czy oferowany przez Wykonawcę „równoważny" sprzęt odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jak stwierdziła bowiem Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. KIO 1549/12 z dnia 8 sierpnia 2012 r. *„przepis art. 29 ust. 3 Pzp nakłada na zamawiającego bezwzględny obowiązek w okolicznościach w nim opisanych dopuszczenia rozwiązań równoważnych. Jednocześnie zamawiający winien dookreślić, w jaki sposób na gruncie danej sprawy będzie oceniał równoważność oferowanego urządzenia, jakie parametry czy funkcjonalności będzie brał pod uwagę dokonując w tym aspekcie analizy oferty uznanej przez wykonawcę za równoważną - wówczas ciężar udowodnienia równoważności spoczywa na wykonawcy. Zatem nie jest wystarczające, dla dokonania prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia na podstawie art. 29 ust. 3 Pzp, wskazanie przez zamawiającego na konkretny znak towarowy, patent lub pochodzenie oraz dodanie określenia "lub równoważne" albo innego podobnego wyrazu. W opisie przedmiotu zamówienia powinny znaleźć się stwierdzenia precyzujące wymogi zamawiającego w odniesieniu do dopuszczanego przez niego zakresu "równoważności" oferty. W przeciwnym razie nie będzie w stanie ocenić, czy oferty przedstawiające produkty różniące się od tych wymienionych w siwz stanowią oferty równoważne bądź ocena ta będzie charakteryzowała się arbitralnością, co również*

kh

w świetle reguł wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp nie może zostać zaakceptowane. Zamawiający wskazując w siwz na konkretny produkt, a pomijając minimalne wymagania wskazujące na jego oczekiwania bądź określając, że urządzenie ma być identyczne (takie samo), jak określone w siwz, nie dopełnia wynikającego z art. 29 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp obowiązku sprecyzowania równoważności".

Powyższe potwierdza również cytowany wcześniej wyrok KIO z dnia 07 września 2016 r. *„Istotne jest to, że w sytuacji, gdy zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, korzystając z dyspozycji art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, winien sprecyzować zakres minimalnych parametrów równoważności produktów, w oparciu o które dokona oceny spełnienia wymagań określonych w SIWZ. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem oraz stanowiskiem doktryny, wymogi co do równoważności produktów winny być podane w sposób dokładny, przejrzysty i jasny tak (tak jak wymóg w ust.1 art. 29 Pzp), aby z jednej strony zamawiający, dokonując oceny ofert, mógł w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności zaproponowanych produktów, z drugiej zaś strony aby wykonawcy, przystępujący do udziału mieli pewność co do oczekiwań zamawiającego w zakresie właściwości i istotnych cech charakteryzujących przedmiot zamówienia".*

Wobec powyższego, IZ RPO WSL podtrzymuje swoje stanowisko, iż powołanie się przez Zamawiającego w SIWZ na art. 30 ust. 5 oraz wskazanie w pkt 11 formularza oferty (załącznik nr 1 do SIWZ): *„Oświadczam, iż w mojej ofercie* ***powołuję się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego*** *(...)"* nie wypełnia dyspozycji art. 29 ust. 3 Pzp.

Beneficjent w zastrzeżeniach wskazuje ponadto: *„jak wynika z treści protokołu jedynie naruszenie dotyczyło art. 29 ust. 3 Pzp (...)".* Należy jednak podkreślić, iż w informacji pokontrolnej z dnia 15 października 2019 roku stwierdzono naruszenia zarówno art. 29 ust 3, jak również art. 29 ust. 2 Pzp. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia użył nie tylko nazw własnych, ale również opisał przedmiot zamówienia za pomocą szczegółowych parametrów sprzętu wskazujących na konkretnego producenta. Przedmiotowe mogło spowodować ograniczenie kręgu potencjalnych Wykonawców. W konsekwencji, doszło do naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp, który mówi: *"Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję".*

W dalszej części zastrzeżeń Beneficjent wskazał: *„Nie doszło bowiem do powstania potencjalnej szkody finansowej". W związku z brakiem naruszenia, nie można go zatem przypisać do kategorii „Dyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia".*

Zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z 04.04.2014 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".*

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, należy stwierdzić, że w badanym przypadku mamy do czynienia ze szkodą potencjalną. Istnieje bowiem potencjalna możliwość, której nie można wykluczyć, że gdyby w badanym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia został sporządzony w sposób prawidłowy to krąg potencjalnych wykonawców mógłby być inny lub uzyskano by większą ilość ofert.

kl

Reasumując, Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia poprzez użycie oznaczeń oraz sformułowań wskazujących na konkretnych producentów, bez faktycznego dopuszczenia możliwości zaoferowania urządzeń i sprzętów równoważnych, co w konsekwencji mogło doprowadzić do ograniczenia kręgu potencjalnych Wykonawców.

Wobec powyższego, Instytucja Zarządzająca RPO WSL, po analizie złożonych zastrzeżeń podtrzymuje swoje stanowisko względem kwalifikacji i rodzaju uchybienia.

Podsumowanie dla zamówienia:

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

Jednocześnie informujemy, iż przedmiotem kontroli przeprowadzonej w dniach od 7 sierpnia do 15 października 2019 r. była ocena zgodności postępowania w zakresie zamówienia nr PZP.271.12.2019.AW z przepisami prawa krajowego i wspólnotowego. Wobec powyższego, informacje przekazane przez Beneficjenta w piśmie z dnia 30 października 2019 roku (sygn. WYCH.67876.2019) dotyczące zmywarki podblatowej zostaną przekazane do dalszego procedowania komórkom odpowiedzialnym za ocenę kwalifikowalności wydatków.

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%

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.

KB

U. z 2016, poz. 1137, z późn. zm.) albo przestępstwa skarbowego, o którym mowa w ustawie z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz. U.z 2016 r., poz. 2137 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 2016, poz. 1870).
Podpisanie niniejszej 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.

Nieodesłanie podpisanej informacji pokontrolnej w terminie jest równoznaczne z odmową jej podpisania.

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.

Podpisy członków zespołu kontrolującego

Wydział Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego Referat kontroli projektów

.....[redacted]

Wydział Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

.....[redacted]
(podpis)

Zatwierdził:

Zastępca Dyrektora Wydział Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

25. 11. 2019 [redacted]
(data, podpis)

Informacja pokontrolna została sporządzona w dwóch egzemplarzach, po jednym dla Instytucji Zarządzającej RPO WSL i jednostki kontrolowanej.