

INFORMACJA POKONTROLNA

dotycząca zamówienia zarejestrowanego pod numerem: 1/2024

1	Nazwa Beneficjenta	Gmina Miejska Kowary
2	Adres Beneficjenta	1 Maja 1a, 58-530 Kowary
3	Nazwa projektu	Szlakiem przemysłu i tradycji
4	Numer projektu	CZ.11.02.01/00/23_004/0000043
5	Nazwa postępowania	Opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej w rozumieniu ustawy Pzp, pełnienie nadzoru autorskiego oraz wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją zadania w systemie „zaprojektuj i wybuduj” pod nazwą: Przystanek Kowary - przystosowanie budynku byłego dworca PKP na działalność kulturalno-turystyczno-usługową. Budowa nowej siedziby Miejskiej Biblioteki Publicznej
6	Oznaczenie postępowania	WRM.271.43.2022
7	Data zakończenia kontroli	14.10.2024 r.
8	Ustalenia z zakończenia kontroli postępowania: Stwierdzone uchybienia formalne i merytoryczne	

I. Uchybienia merytoryczne z wpływem na ocenę postępowania:

Stwierdzono naruszenia:

- art. 226 ust. 1 pkt 2c wz. z art. 128 ust. 1, 4 i 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą PZP,
- art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 255 pkt 5 ustawy PZP,

z uzasadnieniem jak niżej.

1. KK zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o uzupełnienie/wyjaśnienie jak niżej:

Należy wyjaśnić/uzupełnić czy Zamawiający wzywał Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia, ponieważ złożona polisa firmy VOYAL Wojciechowski Jacek jest niekompletna (brak strony 2 z podpisami stron ubezpieczającego i ubezpieczonego) w związku z czym jest niewiążąca. Wraz z dowodem jego wpływu do Zamawiającego.

Zamawiający wyjaśnił, iż:

„Odpowiedź Wykonawcy na wezwanie Zamawiającego z dnia 08.07.2022 r. przesłane ePUAP w dniu 14.07.2022 r. wraz z dokumentami m.in.: Polisa nr 1052296032 Lidera Konsorcjum tj. Servermaster Sp. z o.o. oraz wydruk potwierdzenia zawarcia umowy ubezpieczenia do Polisy nr 1056631623 Uczestnika Konsorcjum tj. Przedsiębiorstwo VOYAL Wojciechowski Jacek. Przesłane dokumenty potwierdzające spełnianie warunku w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej wykonawcy zostały opatrzone podpisem elektronicznym przez

Lidera Konsorcjum. Uczestnik Konsorcjum tj. Przedsiębiorstwo VOYAL Wojciechowski Jacek przedstawił wydruk potwierdzenia zawarcia umowy ubezpieczenia do Polisy nr 1056631623, który następnie został przez podmiot prowadzący postępowanie zweryfikowany pod kątem sprawdzenia faktycznego zawarcia umowy ubezpieczenia poprzez funkcjonującą infolinię ubezpieczyciela. Dodatkową drugą stroną potwierdzenia zawarcia umowy ubezpieczenia do Polisy nr 1056631623 podmiot prowadzący postępowanie otrzymał w dniu 14.07.2022 r. drogą e-mail od Wykonawcy (Lidera Konsorcjum), gdyż zgodnie z rozdz. XIV pkt 1 SWZ przedmiotowego postępowania, do kontaktu z wykonawcami w sprawach proceduralnych wskazany został Krzysztof Woźniak adres e-mail: zamet.k@wp.pl

Komunikat na znaku graficznym podpisu elektronicznego „Poprawność nieznana” nie stanowi o prawidłowości bądź nieprawidłowości złożonego podpisu. Oznacza, że program, w którym został utworzony dokument nie miał możliwości w oparciu o swoją bazę urzędów certyfikujących zweryfikować poprawności całej ścieżki certyfikującej podpisu.

Prawidłową weryfikacją podpisu stanowi raport z weryfikacji podpisu. Po prawidłowym zweryfikowaniu podpisu stwierdzić należy, że złożony na danym dokumencie podpis jest prawidłowy.

W związku z powyższymi wyjaśnieniami Beneficjenta oraz wobec faktu – iż przedstawiony dokument jest de facto dokumentem pn. Potwierdzenie zawarcia umowy ubezpieczenia do Polisy nr 1056631623, a więc innym niż sama polisa dokumentem na potwierdzenie, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia, niemniej wciąż wymagającym podpisu jego wystawcy - KK wezwał Zamawiającego ponownie do wyjaśnień, jak niżej:

należy uzupełnić – w terminie do 07.10.2024 r. - jak niżej:

- Przekazany w dniu 14.07.2022 r. drogą e-mail od Wykonawcy (Lidera Konsorcjum) kompletny dokument potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia do Polisy nr 1056631623 przez firmę Voyal

Ponadto należy przekazać dowód jego wpływu do zamawiającego, tj. oryginalny e-mail przesłany przez wykonawcę z widoczną nazwą załącznika do przedmiotowego e-maila oraz oryginalnym elektronicznym załącznikiem, tak aby można było zweryfikować zarówno treść dokumentu stanowiącego załącznik, jak i ważność podpisu elektronicznego złożonego przez wykonawcę – jak wyżej.

Beneficjent w dniu 07.10.2024 r. wyjaśnił, iż:

„w załączeniu przekazuję potwierdzenie przesłania dokumentu na adres mailowy z widoczną nazwą przesłanego załącznika oraz przesłany w dniu 14 lipca 2022 r. załącznik.

Na adres mailowy została przesłana podpisana elektronicznie pierwsza strona potwierdzenia zawarcia polisy. Potwierdzenie zawarcia polisy jest generowane przez ubezpieczyciela po jej zawarciu i nie jest podpisywane przez ubezpieczającego - stanowi potwierdzenie istnienia polisy.

Przeprowadzający postępowanie jest w posiadaniu drugiej strony potwierdzenia zawarcia polisy, lecz nie została ona podpisana elektronicznie”.

Po analizie wyjaśnień, przekazanych przez Beneficjenta, KK nie znalazł podstaw do uznania, iż wzmiankowany dokument, tj. Potwierdzenie zawarcia umowy ubezpieczenia do Polisy nr 1056631623 bez podpisu wystawcy jest wiążący, ponieważ aby mieć pewność w tym zakresie konieczne było wezwanie wykonawcy w trybie art. 128 pkt 1 ustawy PZP do uzupełnienia kompletnego dokumentu.

W związku z powyższym KK ustalił, iż w dokumentacji postępowania brak jest jakiegokolwiek wezwania wykonawcy przez zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP z prośbą o wyjaśnienie/uzupełnienie powyższego dokumentu. Wykonawca ze swej strony nie przedstawił żadnych dodatkowych, fakultatywnych dokumentów, jak np. dowód opłacenia pierwszej składki, które potwierdzałyby skuteczność zawarcia przedmiotowej Polisy w związku z czym zamawiający nie miał pewności czy ww. Polisa została zawarta, jest wiążąca strony i nie została np. wypowiedziana.

Potwierdzenie za zgodność podpisem elektronicznym przedmiotowego dokumentu na czas postępowania przez wykonawcę – pełnomocnika konsorcjum nie stanowi podpisu wystawcy dokumentu, a ponieważ dokument powinien być kompletny, tj. zawierać str. 2 dokumentu wraz z odrębnym podpisem przedstawiciela ubezpieczeniowego, bowiem z jego treści oraz szaty graficznej wynika, iż został wystawiony w postaci papierowej i nie jest dokumentem elektronicznym.

W konsekwencji dokument stanowi - zgodnie z § 6 ust. 2 ROZPORZĄDZENIA PREZESA RADY MINISTRÓW z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. dnia 31 grudnia 2020 r. Poz. 2452), zwanego dalej rozporządzeniem ws środków komunikacji - cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, wystawionego przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, zwane dalej „upoważnionymi podmiotami”, który zgodnie z treścią ust. 3 pkt 1) ww. rozporządzenia wykonawca poświadczył podpisem kwalifikowalnym za zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

Wystawienie potwierdzenia zawarcia umowy ubezpieczenia, na której nie znajduje się podpis przedstawiciela wystawcy i równocześnie nie ma dowodów, iż została ona opłacona, skutkuje możliwością stwierdzenia, że wcale nie doszło do zawarcia umowy o ubezpieczenie, a zatem nie stanowi ono dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, związanej z przedmiotem zamówienia wymaganego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

W przypadku dokumentu o charakterze konstytutywnym tj. dokumentu, który potwierdza zawarcie określonego stosunku prawnego niezbędne jest jego wystawienie (podpisanie) przed momentem otwarcia ofert. Dokument potwierdzenia zawarcia umowy ubezpieczenia składany na wezwanie, o którym mowa w art. 274 ustawy PZP musi zatem potwierdzać istnienie stosunku ubezpieczenia przez cały czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tej sytuacji obowiązkiem Zamawiającego było skierowanie do tego wykonawcy – na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy PZP – wezwania do uzupełnienia/wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie powyższego warunku, a następnie – w zależności od reakcji wykonawcy na to wezwanie – dokonanie pozytywnej oceny spełniania warunku albo odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy PZP. Zamawiający tych czynności zaniechał, co stanowiło naruszenie wskazanych przepisów prawa.

Wobec powyższego nie można stwierdzić, iż wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą spełnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Wyjaśnienia Zamawiającego wskazujące na fakt, iż wydruk potwierdzenia zawarcia umowy ubezpieczenia do Polisy nr 1056631623 został przez podmiot prowadzący postępowanie zweryfikowany pod kątem sprawdzenia faktycznego zawarcia umowy ubezpieczenia poprzez funkcjonującą infolinię ubezpieczyciela, nie mogą zostać wzięte pod uwagę również w kontekście art. 128 ust 5 ustawy PZP. Przepis ten stanowi, iż „Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów”. Przedmiotowy przepis mówi o zwróceniu się „...o przedstawienie takich informacji lub dokumentu” - co w kontekście, wynikającego z art. 20 ust. 1 ustawy PZP, który przesądza, iż postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, prowadzi się pisemnie, przy czym pisemność zgodnie z art. 7 pkt 16 należy rozumieć, jako sposób wyrażenia informacji przy użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisańskich, które można odczytać i powielić, w tym przekazywanych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Powyższe oznacza, iż Zamawiający – w świetle cytowanych wyżej przepisów ustawy PZP - mógł zwrócić się jedynie pisemnie do podmiotu, który był w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych dla oceny spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, czego jak - wynika ze złożonych wyjaśnień i dokumentów postępowania - nie uczynił.

Zamawiający wobec powyższego naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy PZP wz. z art. 128 ust. 1, 4 i 5 ustawy PZP poprzez niepoprawne zastosowanie kryteriów kwalifikacji na etapie kwalifikacji, czego skutkiem było przyjęcie ofert zwycięskich, których nie należało przyjąć, gdyby postępowano zgodnie z opublikowanymi kryteriami kwalifikacji.

Opisane powyżej naruszenie odpowiada definicji nieprawidłowości, wynikającej z Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 2021/1060 z dnia 24 czerwca 2021 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego Plus, Funduszu na rzecz Sprawiedliwej Transformacji i Europejskiego Funduszu Morskiego, Rybackiego i Akwakultury, a także przepisy finansowe na potrzeby tych funduszy oraz na potrzeby Funduszu Azylu, Migracji i Integracji, Funduszu Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Instrumentu Wsparcia Finansowego na rzecz Zarządzania Granicami i Polityki Wizowej, zwanego dalej Rozporządzeniem ogólnym. Zgodnie z art. 2 pkt 31 ww. Rozporządzenia „nieprawidłowość” oznacza każde naruszenie mającego zastosowanie prawa, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

Ponadto, zgodnie z treścią *Wytycznych dotyczących sposobu korygowania nieprawidłowości na lata 2021-2027* poprzez naruszenie prawa należy rozumieć nie tylko naruszenie przepisów aktów prawnych, takich jak ustawy czy rozporządzenia, ale również zasad i procedur określonych w dokumentach, których obowiązek stosowania wynika z umowy o dofinansowanie projektu.

Źródłem stwierdzonej nieprawidłowości jest zaniechanie Beneficjenta polegające na niewypełnieniu przez Beneficjenta obowiązków 226 ust. 1 pkt 2c ustawy PZP wz. z art. 128 ust. 1, 4 i 5 ustawy PZP, z uwagi na brak skierowania do wykonawcy – na podstawie art. 128 ust. 1, 4 i 5 ustawy PZP – wezwania do uzupełnienia/wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie wyżej wskazanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, a następnie – w zależności od reakcji wykonawcy na to wezwanie – dokonanie pozytywnej oceny spełniania warunku albo odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy PZP. Zamawiający tych czynności zaniechał, co stanowiło naruszenie wskazanych przepisów prawa.

Niewyciągnięcie z tego tytułu odpowiednich (zastosowanych ostatecznie przez KK) konsekwencji doprowadziłoby w praktyce do pokrycia z budżetu ogólnego Unii Europejskiej wydatków, które nie spełniają kryteriów kwalifikowalności, tzn. nie zostały poniesione zgodnie z przepisami unijnymi bądź krajowymi, a tym samym

stanowią wydatek nieuzasadniony. Dodatkowo należy zauważyć, iż wydatek niekwalifikujący się do współfinansowania (wydatek nieuzasadniony), jako potencjalnie szkodliwy dla budżetu UE, wyczerpuje przesłanki nieprawidłowości określone w art. 2 pkt 31 Rozporządzenia ogólnego i wymaga podjęcia działań korygujących.

O ile dwie pierwsze wskazane przesłanki wydają się być oczywiste w świetle przedstawionych przez KK argumentów merytorycznych, trzecia – dotycząca wystąpienia szkody – wymaga dodatkowych wyjaśnień w celu usunięcia zastrzeżeń co do zasadności pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo. Z przywołanej powyżej definicji nieprawidłowości wynika, że szkoda oznacza zarówno faktyczny uszczerbek finansowy w budżecie UE, jak i potencjalną możliwość wystąpienia takiego uszczerbku. Takie ujęcie szkody wynika z aksjologicznego założenia ustawodawcy, że beneficjent, który otrzymuje bezzwrotną pomoc finansową powinien środki te wydatkować w zgodzie z przepisami prawa. Dopiero brak wystąpienia zarówno szkody rzeczywistej jak i potencjalnej, uniemożliwia zakwalifikowanie danego naruszenia jako nieprawidłowości i tym samym rozpoczęcie procedury związanej z oszacowaniem wysokości szkody.

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy raz jeszcze wskazać należy, iż stwierdzone naruszenie ustawy PZP stanowi zdefiniowaną powyżej nieprawidłowość, która mogła prowadzić do powstania potencjalnej szkody w budżecie Unii w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku.

Brak skierowania do wykonawcy – na podstawie art. 128 ust. 1, 4 i 5 - ustawy PZP – wezwania do uzupełnienia/wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie wyżej wskazanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, skutkowało uznaniem za najkorzystniejszą oferty która – w przyjętym przez Zamawiającego kształcie, tj. bez kompletnego dokumentu - nie spełniała warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej i podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy PZP.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 26 ust. 8 pkt 1 ustawy z dnia 28 kwietnia 2022 r. *o zasadach realizacji zadań finansowanych ze środków europejskich w perspektywie finansowej 2021-2027* (Dz. U. z 2022 r., poz. 1079 ze zm.), zwanej dalej ustawą wdrożeniową oraz na podstawie Części IV pkt 3 Decyzji w sprawie udzielenia dofinansowania dla projektu realizowanego w ramach programu Interreg Czechy – Polska 2021 - 2027, ze względu na przedłożenie przez Beneficjenta do rozliczenia wydatków poniesionych z tytułu umowy zawartej w wyniku ocenianego postępowania, konieczne jest pomniejszenie wartości wydatków kwalifikowalnych o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo.

Dla nieprawidłowości indywidualnej, stwierdzonej w toku kontroli ex-post niniejszego postępowania, zastosowanie znajduje przypisana do przedmiotowej nieprawidłowości stawka procentowa pomniejszenia (25%) wskazana w części 2.1 pkt 14 decyzji Komisji C(2019)3452 z dnia 14 maja 2019 r. ustanawiającej wytyczne dotyczące określania korekt finansowych w odniesieniu do wydatków finansowanych przez Unię Europejską w przypadku nieprzestrzegania obowiązujących przepisów dotyczących zamówień publicznych, zwanej dalej decyzją Komisji C(2019)3452.

2. KK zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie jak niżej:

W pkt a) formularza ofertowego wykonawcy (konsorcjum) wskazano elementy składowe ceny ryczałtowej brutto zadania, które sumują się na łączną kwotę podaną w ofercie, niemniej przedmiotowe kwoty pomijają w całości zadanie jakie wskazano w OPZ, tj. koszt prac przygotowawczych w ramach robót budowlanych, w tym rozbiórkowych dla części D budynku – należy wyjaśnić.

Należy zauważyć, iż z treści oferty wynika, iż wykonawca nie zaoferował całego zakresu rzeczowego świadczenia (koszt prac przygotowawczych w ramach robót budowlanych, w tym rozbiórkowych dla części D budynku).

W tym kontekście nie można również nie zauważyć, iż zasadniczo celem złożenia oferty jest uzyskanie wymiernej wartości pieniężnej za należyte wykonane prace, a nie oferowanie zamawiającemu wykonania części przedmiotu zamówienia bez wynagrodzenia.

Ewentualna okoliczność, że prace w ww. zakresie niewycenione, wycenione zostały zbiorczo w ramach innych pozycji oferty nie będzie uznana za okoliczność skutecznej argumentacji w kontekście ww. braku wyceny elementu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił, iż:

„Beneficjent wyjaśnia, iż zgodnie z treścią § 6 wzoru umowy „wynagrodzenie z tytułu niniejszej umowy będzie miało formę ryczałtu”. Zgodnie natomiast z treścią § 1 wzoru umowy, przedmiot umowy obejmuje (analogicznie jak w postanowieniach rozdziału III SWZ) wykonanie Etapu I (Część A, B, C, D) oraz wykonanie Etapu II obejmującego wykonanie robót budowlanych.

Zamawiający w części III SWZ Opis przedmiotu Zamówienia podzielił zadanie na 2 etapy:

etap I: Wykonanie dokumentacji projektowo - kosztorysowych wraz uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę lub dokonania zgłoszenia robót niewymagających pozwolenia na budowę oraz

etap II: Wykonanie robót budowlanych związanych z przedmiotem zamówienia i oddanie obiektu wraz z decyzją o pozwoleniu na użytkowanie dla części A, B i C budynku dworca. Dla części D w ramach zadania przewiduje się wykonanie pełnej dokumentacji projektowej, natomiast w ramach robót budowlanych jedynie prac przygotowawczych, w tym rozbiórkowych.

Etap I - Wykonanie dokumentacji projektowo - kosztorysowych zawierał 2 części:

- Przystanek Kowary - przystosowanie budynku byłego dworca PKP na działalność kulturalno-turystyczno- usługową - Część A,B,C budynku dworca (Informacja Turystyczna i Muzeum Rzemiosła Kowar z wolną przestrzenią przeznaczoną na prezentację
- Budowa nowej siedziby Miejskiej Biblioteki Publicznej przy ul. Dworcowej 8 w Kowarach, spełniającej założenia Narodowego Program Rozwoju Czytelnictwa 2.0, Priorytet 2 „Infrastruktura Bibliotek 2021-2025”. Dodatkowo należy przewidzieć pomieszczenie z przeznaczeniem na archiwum MBP- Część D budynku dworca.

Łącznie zostały wykazane 3 części składowe OPZ, tj.:

- 1) dok. Projektowo-kosztorysowa dla części A,B,C (etap I)
- 2) dok. Projektowo-kosztorysowa dla części D (etap I)
- 3) wykonanie robót budowlanych A,B,C,D (etap II)

Formularz ofertowy został również zawierał 3 części składowe oferty:

1. cena ryczałtowa wykonania dokumentacji projektowo-kosztorysowych dla: Przystanek Kowary - przystosowanie budynku byłego dworca PKP na działalność kulturalno- turystyczno- usługową - Część A B,C budynku dworca wynosi:PLN
2. cena ryczałtowa wykonania dokumentacji projektowo-kosztorysowych dla: Budowa nowej siedziby Miejskiej Biblioteki Publicznej przy ul. Dworcowej 8 w Kowarach wynosi:... PL

3. cena ryczałtowa wykonania robót budowlanych związanych z przedmiotem zamówienia i oddanie obiektu wraz z decyzją o pozwoleniu na użytkowanie dla części A, B i C budynku dworca wynosi:PLN

Pozycja 1. dotyczy- 1) dok. Projektowo-kosztorysowa dla części A,B,C (etap I)

Pozycja 2. dotyczy- 2) dok. Projektowo-kosztorysowa dla części D (etap I)

Pozycja 3. dotyczy- 3) wykonanie robót budowlanych A,B,C,D (etap II).

W związku z powyższym wszystkie składniki zakresu rzeczowego zadania zawierają się w formularzu ofertowym, który został opracowany w oparciu o zapisy SWZ (I etap - 2 zadania i II etap - 1 zadanie)."

KK nie uznał wyjaśnień przekazanych w przedmiotowej sprawie przez Beneficjenta za wystarczające w przedmiotowej sprawie, przede wszystkim z uwagi na fakt, iż ZAŁĄCZNIK NR 1 do SWZ, tj. Formularz ofertowy w pkt a) stanowi:

„ a) cena ryczałtowa brutto mojej oferty za realizację niniejszego zamówienia wynosi:
z czego:

1. cena ryczałtowa wykonania dokumentacji projektowo-kosztorysowych dla: Przystanek Kowary - przystosowanie budynku byłego dworca PKP na działalność kulturalno- turystyczno- usługową - Część A B,C budynku dworca wynosi:PLN
2. cena ryczałtowa wykonania dokumentacji projektowo-kosztorysowych dla: Budowa nowej siedziby Miejskiej Biblioteki Publicznej przy ul. Dworcowej 8 w Kowarach wynosi:... PL
3. cena ryczałtowa wykonania robót budowlanych związanych z przedmiotem zamówienia i oddanie obiektu wraz z decyzją o pozwoleniu na użytkowanie dla części A, B i C budynku dworca wynosi:PLN

co oznacza, iż we wzorze formularza oferty pominięto element OPZ, jakim była część D, w ramach, którego to zadania Zamawiający w rozdz. III.1 SWZ przewidział wykonanie pełnej dokumentacji projektowej, natomiast w ramach robót budowlanych jedynie prac przygotowawczych, w tym rozbiórkowych.

Tym samym załącznik nr 1 do SWZ nie był spójny z rozdz. III.1 SWZ (OPZ).

Wskazana rozbieżność na etapie oceny ofert kwalifikowała postępowanie do unieważnienia na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy PZP, tj. postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Niemniej jednak brak dostrzeżenia przedmiotowej rozbieżności zarówno przez Zamawiającego jak i wykonawcę skutkowało złożeniem przez wykonawcę oferty niezgodnej z OPZ, tj. w ofercie wskazano elementy składowe ceny ryczałtowej brutto zadania, które sumują się na łączną kwotę podaną w ofercie, niemniej przedmiotowe kwoty pomijają w całości zadanie jakie wskazano w OPZ, tj. koszt prac przygotowawczych w ramach robót budowlanych, w tym rozbiórkowych dla części D budynku.

Należy zauważyć, iż z treści oferty wynika, że wykonawca nie zaoferował całego zakresu rzeczowego świadczenia (koszt prac przygotowawczych w ramach robót budowlanych, w tym rozbiórkowych dla części D budynku).

W tym kontekście nie można również nie zauważyć, iż zasadniczo celem złożenia oferty jest uzyskanie wymiernej wartości pieniężnej za należycie wykonane prace, a nie oferowanie zamawiającemu wykonania części przedmiotu zamówienia bez wynagrodzenia.

Ewentualna okoliczność, że prace w ww. zakresie niewycenione, wycenione zostały zbiorczo w ramach innych pozycji oferty, nie stanowi okoliczności skutecznej argumentacji w kontekście ww. braku wyceny elementu przedmiotu zamówienia

Zakres prac części D budynku, niewycenionych w ofercie, a opisanych w Programie funkcjonalna – użytkowym (PFU), stanowiącym opis przedmiotu zamówienia to:

W ramach budowy nowej siedziby Miejskiej Biblioteki Publicznej

Roboty przygotowawcze

- Oznakowanie i zabezpieczenie terenu budowy
- Rozbiórka obiektów budowlanych oraz obiektów infrastruktury przeznaczonych do demontażu
- Rozbiórki wynikające z koncepcji architektonicznej – rozbiórka istniejącego budynku dawnego magazynu, wraz z podbudowami części podpiwniczonej
- Wykonanie zagęszczeń/zabezpieczeń gruntu pod planową inwestycję – uzupełnienie podłoża
- Budowa/ budowa przyłączy
- Wykonanie wycinek drzewostanu kolidującego z projektowanym obiektem

Powierzchnia zabudowy istniejącego budynku do rozbiórki= ok. 250 m².

Nie znajduje, w ocenie KK, uzasadnienia również potencjalna możliwość wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy PZP. Wyjaśnienie przez wykonawcę powodów zaistniałego błędu nie wpływałoby na możliwość jego naprawienia z powodów opisanych powyżej.

W konsekwencji Zamawiający naruszył dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt 5 w z związku z art. 255 pkt 6 ustawy PZP. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

Opisane powyżej naruszenie odpowiada definicji nieprawidłowości, wynikającej z Rozporządzenia ogólnego. Zgodnie z art. 2 pkt 31 ww. Rozporządzenia „nieprawidłowość” oznacza każde naruszenie mającego zastosowanie prawa, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

Ponadto, zgodnie z treścią *Wytycznych dotyczących sposobu korygowania nieprawidłowości na lata 2021-2027* poprzez naruszenie prawa należy rozumieć nie tylko naruszenie przepisów aktów prawnych, takich jak ustawy czy rozporządzenia, ale również zasad i procedur określonych w dokumentach, których obowiązek stosowania wynika z umowy o dofinansowanie projektu.

Źródłem stwierdzonej nieprawidłowości jest *działanie* Beneficjenta polegające na opracowaniu formularza oferty niespójnego z treścią opisu przedmiotu zamówienia w zakresie braku w formularzu oferty odniesienia do obowiązku wskazania przez wykonawcę kwoty oferty za wykonanie w ramach robót budowlanych prac przygotowawczych, w tym rozbiórkowych dla części D budynku. Powyższe skutkowało faktem, iż formularz oferty, jako treść oferty, w żadnej mierze nie mógł podlegać uzupełnieniu, bowiem takie działanie skutkowałoby naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak też stanowiłoby naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy PZP, który to przepis nie pozwala na dokonywanie zmian w ofertach. Efektem wzmiankowanego działania Beneficjenta był wybór oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, w tym opisem przedmiotu zamówienia, co stanowi w istocie naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w związku z art. 255 pkt 6 ustawy PZP.

Niewyciągnięcie z tego tytułu odpowiednich (zastosowanych ostatecznie przez KK) konsekwencji doprowadziłoby w praktyce do pokrycia z budżetu ogólnego Unii Europejskiej wydatków, które nie spełniają kryteriów kwalifikowalności, tzn. nie zostały poniesione zgodnie z przepisami unijnymi bądź krajowymi, a tym samym stanowią wydatek nieuzasadniony. Dodatkowo należy zauważyć, iż wydatek niekwalifikujący się do współfinansowania (wydatek nieuzasadniony), jako potencjalnie szkodliwy dla budżetu UE, wyczerpuje przesłanki nieprawidłowości określone w art. 2 pkt 31 Rozporządzenia ogólnego i wymaga podjęcia działań korygujących.

O ile dwie pierwsze wskazane przesłanki wydają się być oczywiste w świetle przedstawionych przez KK argumentów merytorycznych, trzecia – dotycząca wystąpienia szkody – wymaga dodatkowych wyjaśnień w celu usunięcia zastrzeżeń co do zasadności pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo. Z przywołanej powyżej definicji nieprawidłowości wynika, że szkoda oznacza zarówno faktyczny uszczerbek finansowy w budżecie UE, jak i potencjalną możliwość wystąpienia takiego uszczerbku. Takie ujęcie szkody wynika z aksjologicznego założenia ustawodawcy, że beneficjent, który otrzymuje bezzwrotną pomoc finansową powinien środki te wydatkować w zgodzie z przepisami prawa. Dopiero brak wystąpienia zarówno szkody rzeczywistej jak i potencjalnej, uniemożliwia zakwalifikowanie danego naruszenia jako nieprawidłowości i tym samym rozpoczęcie procedury związanej z oszacowaniem wysokości szkody.

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy raz jeszcze wskazać należy, iż stwierdzone naruszenie ustawy PZP stanowi zdefiniowaną powyżej nieprawidłowość, która mogła prowadzić do powstania potencjalnej szkody w budżecie Unii w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku.

Działanie Beneficjenta polegające na opracowaniu formularza oferty niespójnego z treścią opisu przedmiotu zamówienia w zakresie braku w formularzu oferty odniesienia do obowiązku wskazania przez wykonawcę kwoty oferty za wykonanie w ramach robót budowlanych prac przygotowawczych, w tym rozbiórkowych dla części D budynku doprowadziło do przyjęcia oferty niezgodnej z opisem przedmiotu zamówienia i warunkami zamówienia bowiem wykonawca w ofercie nie zaoferował wykonania całego zakresu rzeczowego świadczenia (brak kosztu prac przygotowawczych w ramach robót budowlanych, w tym rozbiórkowych dla części D budynku). Powyższe skutkowało przyjęciem oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w związku z art. 255 pkt 6 ustawy PZP. Ponadto z uwagi na powyższy brak oferta nie zabezpiecza w żaden sposób interesów Zamawiającego w zakresie wykonania niewycenionych w powyższym zakresie prac przez wykonawcę.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 26 ust. 8 pkt 1 ustawy wdrożeniowej oraz na podstawie Części IV pkt 3 Decyzji w sprawie udzielenia dofinansowania dla projektu realizowanego w ramach programu Interreg Czechy – Polska 2021 - 2027, ze względu na przedłożenie przez Beneficjenta do rozliczenia wydatków poniesionych z tytułu umowy zawartej w wyniku ocenianego postępowania, konieczne jest pomniejszenie wartości wydatków kwalifikowalnych o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo.

Dla nieprawidłowości indywidualnej, stwierdzonej w toku kontroli ex-post niniejszego postępowania, zastosowanie znajduje przypisana do przedmiotowej nieprawidłowości stawka procentowa pomniejszenia (25%) wskazana w części 2.1 pkt 14 decyzji Komisji C(2019)3452.

Reasumując, zgodnie z zapisami ww. art. 2 pkt 31 ww. Rozporządzenia ogólnego „nieprawidłowość” oznacza każde naruszenie mającego zastosowanie prawa, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

Zatem, aby można mówić o nieprawidłowości muszą zostać spełnione kumulatywnie trzy przesłanki tj.: po pierwsze naruszenie prawa, po drugie działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego oraz po trzecie szkoda w budżecie ogólnym Unii Europejskiej, zwanym dalej budżet UE. W trakcie przeprowadzanej kontroli zbadano więc, czy w analizowanym stanie faktycznym doszło do kumulatywnego spełnienia wszystkich trzech przesłanek wystąpienia nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 31 Rozporządzenia ogólnego.

W zakresie pierwszej przesłanki, po gruntownym zbadaniu sprawy, należy bezspornie uznać za udowodnione, iż Zamawiający w poddanym weryfikacji postępowaniu naruszył zapisy przepisów ustawy PZP wyżej wskazane.

Drugim elementem pojęcia nieprawidłowości jest działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego. Zgodnie z art. 2 pkt 30 Rozporządzenia ogólnego przez podmiot gospodarczy oznacza każdą osobę fizyczną lub prawną lub inny podmiot biorący udział we wdrażaniu Funduszy, z wyjątkiem państwa członkowskiego podczas wykonywania uprawnień władzy publicznej. Bezspornie Zamawiający spełnia także i tę przesłankę. Ponadto zarówno działanie jak i zaniechanie Zamawiającego w zakresie wskazanym w uzasadnieniu naruszeń art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy PZP wz. z art. 128 ust. 1, 4 i 5 ustawy PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 w z związku z art. 255 pkt 6 ustawy PZP zostało bezspornie wykazane.

Przechodząc do analizy trzeciej przesłanki w ramach tej konkretnej sprawy w pierwszej kolejności należy podkreślić, iż pojęcie szkody dla budżetu UE jest istotnym elementem w trakcie rozpatrywania przesłanek wystąpienia nieprawidłowości.

Powyższe stwierdzenie znajduje swoje potwierdzenia w judykaturze zarówno krajowej, jak i europejskiej. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej TSUE) w wyroku z 14 lipca 2016 C-406/14 *Wrocław - miasto na prawach powiatu przeciwko Ministrowi Infrastruktury i Rozwoju* stwierdził¹: „Niemniej jednak z definicji zawartej w art. 2 pkt 7 owego rozporządzenia wynika, że naruszenie prawa Unii stanowi nieprawidłowość w rozumieniu tego przepisu jedynie wtedy, gdy powoduje ono lub mogłoby powodować szkodę w budżecie ogólnym Unii w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku. Naruszenie takie należy zatem uznać za nieprawidłowość, o ile może ono jako takie mieć skutki budżetowe. Natomiast nie trzeba udowadniać wystąpienia konkretnych skutków finansowych (...). W konsekwencji należy stwierdzić, że uchybienie zasadom udzielania zamówień publicznych stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 6 rozporządzenia nr 1083/2006, o ile nie można wykluczyć, że uchybienie to miało wpływ na budżet odnośnie funduszu”.

Sentencja ta, w związku z przywołaną powyżej definicją nieprawidłowości określoną w art. 2 pkt 31 Rozporządzenia ogólnego, pozostaje aktualna również na gruncie rozpatrywanej sprawy, gdyż definicja ta została powtórzona i uzupełniona o „naruszenie przepisu prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego”. Wobec tego, wyroki TSUE dotyczące przepisów rozporządzenia Rady nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. Urz. UE L 210 z 31.07.2006 r., s. 25, z późn. zm.) i ich konkluzje znajdują zastosowanie do nowych regulacji, tj. Rozporządzenia ogólnego.

Tak więc w sytuacji wystąpienia naruszenia przepisów ustawy PZP niezbędna jest ocena ryzyka, na jakie budżet UE w wyniku stwierdzonego uchybienia został narażony. Zgodnie z przywołanym wyrokiem TSUE 2016 C-406/14 należy badać każdy przypadek indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności każdej sprawy istotne z punktu widzenia jednego z trzech wskazanych kryteriów.

Powyższe potwierdza także wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12.12.2014 r.²: zgodnie z którym: „Warunkiem nałożenia korekty i wydania decyzji o zwrocie środków jest wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. Konieczne jest zatem przeprowadzenie takiej operacji myślowej, w której zaprezentowane zostanie logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE. Tylko w takiej sytuacji można mówić o „nieprawidłowości” w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 (...)”.

Również WSA we Wrocławiu, w swoim orzecznictwie zgodny jest co do kwestii, iż faktyczne wystąpienie uszczerbku finansowego w budżecie ogólnym Unii Europejskiej nie jest przesłanką konieczną do zakwalifikowania danego działania jako nieprawidłowości, wystarczy bowiem potencjalna możliwość jego

1 Wyrok Trybunału (trzecia izba) z dnia 14 lipca 2016 r. C-406/14 - Wrocław - Miasto na prawach powiatu przeciwko Ministrowi Infrastruktury i Rozwoju.

2 Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12.12.2014 r., sygn. akt II GSK 1467/13.

wystąpienia. W wyroku z dnia 19.02.2015 r.³ WSA we Wrocławiu stwierdził: „Jeśli idzie o szkodę w budżecie ogólnym UE, Sąd podkreśla, że może to być nie tylko szkoda rzeczywista, ale i potencjalna, o którą chodzi w rozpatrywanej sprawie, wbrew sugestiom zawartym w skardze, że w istocie może chodzić tylko o szkodę rzeczywistą, a taka nie wystąpiła”.

Zgodnie natomiast z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 stycznia 2017 r.⁴ „W świetle dotychczas przedstawionych uwag stwierdzić należy - zwłaszcza gdy ponownie odwołać się do treści art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 definiującego pojęcie "nieprawidłowości" - że naruszenie prawa unijnego lub krajowego skutkujące szkodą dla budżetu UE wiąże się z wydatkową stroną tego budżetu, a mianowicie ze sfinansowaniem lub ryzykiem sfinansowania nieuzasadnionego wydatku. W sytuacji więc, gdy z punktu widzenia przywołanego przepisu istota nieprawidłowości, o której w nim mowa, wiąże się z bezprawnym działaniem lub zaniechaniem skutkującym naruszeniem norm prawa unijnego lub krajowego, to za oczywiste uznać należy, że obowiązkiem organu krajowego jest (powinno być) skonfrontowanie wskazanego działania lub zaniechania z punktu widzenia jego zgodności z konkretnym wzorcem zachowania w celu ustalenia, czy doszło do jego naruszenia, a następnie, w razie ustalenia o potwierdzenia tego naruszenia, zastosowanie odpowiedniej normy konsekwencyjnej. W związku z tym również, że na gruncie przywołanego przepisu, prawodawca unijny operuje pojęciem "działania lub zaniechania powodującego lub mogącego spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego", nie może budzić wątpliwości, że szkoda o której mowa w tym przepisie, nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda ta powstanie (por. wyrok NSA z dnia 19 marca 2013 r., sygn. akt II GSK 51/13). Tym samym, odstąpić od nałożenia korekty organ orzekający może wyłącznie w przypadku, jeżeli naruszenie prawa, w tym naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych, miało wyłącznie charakter formalny i nie mogło mieć wpływu na powstanie rzeczywistej czy też potencjalnej szkody, ani też na jej wysokość (por. wyrok NSA z dnia 25 kwietnia 2014 r., sygn. akt II GSK 173/13)."

Dokonując zatem analizy stwierdzonego stanu faktycznego i prawnego należy w analizowanych przypadkach wziąć pod uwagę kluczowe okoliczności mające wpływ na ostateczne wnioskowanie w zakresie skutków stwierdzonych naruszeń a tym samym na kwestię nałożenia ewentualnej korekty finansowej/pomniejszenia wydatków kwalifikowanych.

Przechodząc do stwierdzonych naruszeń ustawy PZP podkreślić należy, iż niedochowanie zasad wynikających z ww. przepisów ustawy PZP narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych i stanowi poważną wadę prowadzonego postępowania. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, dbając o zachowanie zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców, powinien przestrzegać wyżej wzmiankowanych przepisów ustawy PZP.

Działanie Zamawiającego, polegające na niedochowaniu ww. przepisów ustawy PZP, nie może być zakwalifikowane do naruszeń o charakterze formalnym. Bezsprzecznie w warunkach rozpatrywanej sprawy zaburzone przejrzystość prowadzonego postępowania poprzez brak spełnienia wymogów zawartych w ww. naruszonych przepisach ustawy PZP. Nie można wykluczyć, iż fakt ten utrudnił udział wykonawcom w prowadzonym postępowaniu, co mogło mieć w rezultacie skutek zniechęcający dla wykonawców, do wzięcia udziału w postępowaniu. Tym samym nie można bezsprzecznie wykluczyć negatywnego wpływu stwierdzonego naruszenia na krąg potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w prowadzonym postępowaniu.

W tym miejscu podkreślić należy, że nieprawidłowość indywidualna ma miejsce w sytuacji, gdy skutek naruszenia procedur doszło do powstania szkody lub mogłoby dojść do jej powstania w budżecie ogólnym UE.

3 Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 19.02.2015 r., sygn. akt III SA/Wr 853/14.

4 Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 stycznia 2017 r., sygn. akt. II GSK 1722/15.

Możliwość powstania szkody należy rozumieć jako możliwość uszczuplenia środków unijnych. Dla uznania zatem, że doszło do powstania nieprawidłowości w rozumieniu wskazanego powyżej art. 2 pkt 31 Rozporządzenia ogólnego wystarczy ustalenie, że wskutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, iż wskazany powyżej art. 2 pkt 31 Rozporządzenia ogólnego nie zawiera definicji szkody. Zawiera natomiast definicję nieprawidłowości, w której możliwość wystąpienia szkodliwego wpływu na budżet UE poprzez obciążenie tegoż budżetu nieuzasadnionym wydatkiem jest jednym z jej elementów.

Szkodą w interesach finansowych Unii Europejskiej jest więc finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, a nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa unijnego lub krajowego, w tym zasad określonych w ustawie PZP. Dla wystąpienia potencjalnej szkody wystarczy zatem stwierdzenie możliwości jej wystąpienia, nie zaś jej wykazanie.

Ponadto, zgodnie z treścią *Wytycznych dotyczących sposobu korygowania nieprawidłowości na lata 2021-2027* poprzez naruszenie prawa należy rozumieć nie tylko naruszenie przepisów aktów prawnych, takich jak ustawy czy rozporządzenia, ale również zasad i procedur określonych w dokumentach, których obowiązek stosowania wynika z umowy o dofinansowanie projektu.

Warunkiem nałożenia korekty/pomniejszenia jest natomiast wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE.

W warunkach tej konkretnej sprawy takiego związku przyczynowo skutkowego dotyczącego możliwości sfinansowania nieuzasadnionego wydatku nie sposób bezsprzecznie wykluczyć, a to właśnie ze względu na stwierdzone działanie Zamawiającego mogące potencjalnie mieć wpływ na krąg wykonawców zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem.

Dokonując analizy tego konkretnego stanu faktycznego sprawy w kontekście wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej nie bez znaczenia jest także, że szczególna interpretacja postanowień wskazanego powyżej rozporządzenia jest uzasadniona podkreślaną w orzecznictwie europejskim zasadą, że Unia co do zasady zmierza do finansowania z funduszy strukturalnych i funduszy spójności jedynie działań podejmowanych w całkowitej zgodności z prawem Unii (por. wyrok TS z 21 grudnia 2011 r. w sprawie C - 465/10, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*).

Należy w tym miejscu podkreślić, iż dla wystąpienia ryzyka zaistnienia potencjalnej szkody wystarczy tylko samo uprawdopodobnienie, że wydatek został poniesiony z naruszeniem prawa. Powyższe potwierdza pogląd wyrażony w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który w wyroku z dnia 15.09.2005 r. w sprawie C-199/03 *Irlandia przeciwko Komisji*, Zb. Orz. s. I/8027, orzekł, że (cyt.): „(...) *nawet takie nieprawidłowości, które nie mają szczególnego wpływu finansowego i nie prowadzą do żadnych nienależnych wypłat lub nadpłat ze strony Wspólnoty, mogą poważnie szkodzić interesom finansowym UE z tego względu uzasadniają zastosowanie korekt finansowych*”.

Reasumując, należy stwierdzić, że ww. działanie Zamawiającego mogło doprowadzić do szkody potencjalnej w budżecie UE. Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż w tym wypadku wystąpiły wskazane trzy przesłanki wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej tj. po pierwsze naruszenie prawa, po drugie działanie Zamawiającego i po trzecie możliwość wywołania szkodliwego wpływu w budżecie środków europejskich.

Powyższe skutkuje konkluzją, iż wykryte naruszenia ustawy PZP spełniają definicję nieprawidłowości z art. 2 pkt 31 Rozporządzenia ogólnego.

W konsekwencji, kierując się regulacjami zawartymi w pkt 1.4 załącznika do decyzji Komisji C(2019)3452 „*W przypadku wykrycia więcej niż jednej nieprawidłowości w ramach tego samego postępowania o udzielenie zamówienia nie kumuluje się stawek korekty. Decyzję o stawce korekty, którą należy zastosować do danego zamówienia, podejmuje się na podstawie najpoważniejszej nieprawidłowości*” - Krajowy Kontroler kwalifikuje wydatki - wynikające z umowy nr: 109/2022 z 02.08.2022 z firmą Konsorcjum Firm: SERVERMASTER Sp. z o.o., ul. Maciejowska 9A, 58-506 Jelenia Góra (Lider Konsorcjum) oraz VOYAL Wojciechowski Jacek, ul. Ogrodowa 27b, 58-508 Siedlęcín (Partner Konsorcjum), na kwotę 9.950.300,00 PLN

brutto - do pomniejszenia o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo przy zastosowaniu stawki procentowej 25%, licząc od wartości wydatków kwalifikowalnych. (Załącznik do decyzji Komisji C(2019)3452, pkt 14).

II. Uchybienia formalne bez wpływu na ocenę postępowania:

1. Zbiorcze szacunkowe zestawienie kosztów z 23 lutego 2022 r. nie zawiera szacowania kosztów planowanych kosztów prac projektowych, co narusza art. 34 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP wz. z art. 28 ustawy PZP, niemniej powyższe nie powoduje przekroczenia wartości kwot wskazanych w art. 3 ustawy PZP, gdyż koszty plac projektowych stanowią standardowo od 3% - 6% wartości robót.
2. Beneficjent przesłał potwierdzenie przesłania do Prezesa UZP - na podstawie art. 81 ust.1 ustawy PZP - informacji o złożonych ofertach, który narusza dyspozycję ww. przepisu, z uwagi na fakt, iż został przekazany do Prezesa UZP w dniu 19.08.2024 r., tj. po terminie wskazanym w przedmiotowym przepisie.
3. W pkt 5.6) ogłoszenia o zamówieniu pn. Wykaz podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu Zamawiający nie wskazał odpowiedników dokumentów wymaganych od wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, przy czym wskazał je w rozdz. X SWZ.
4. W pkt 5.7) ogłoszenia o zamówieniu pn. Wykaz podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający nie wskazał dokumentów wynikających z art. 118 ust.3 ustawy PZP, tj.: zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub innego podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów – uchybienie bez wpływu na ocenę postępowania z uwagi na fakt, iż wymóg złożenia ww. dokumentów wynika bezpośrednio z treści ww. artykułu ustawy PZP, w przypadku polegania na zasobach podmiotów trzecich. Ponadto, Zamawiający wskazał ww. dokument w treści rozdz. X.5 SWZ.
5. W rozdz. VI a), b) SWZ Zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie zdolności do występowania w obrocie gospodarczym oraz uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów wyraźnie wskazując, iż nie stawia warunku w ww. zakresie zapisał, iż „Ocena spełnienia powyższego warunku dokonana będzie na podstawie ogólnego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, zawartego w treści oświadczenia Wykonawcy”.
6. W rozdz. IX 1.1) c) SWZ Zamawiający nie wskazał części podstawy wykluczenia wynikającej z art. 108 ust. 1 pkt 1c) ustawy PZP, tj. art. 47 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz. U. z 2020 r. poz. 1133 oraz z 2021 r. poz. 2054) lub w art. 54 ust. 1-4 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 523, 1292, 1559 i 2054), tj. części podstawy wykluczenia wynikającej z obowiązującej w terminie przeprowadzania postępowania wersji ustawy PZP, tj. Dz.U.2021.1129 t.j. z dnia 2021.06.24, wersja od: 20 stycznia 2022r. do: 3 września 2022r., niemniej w związku z faktem, iż w załączonym do SWZ wzorze oświadczenia o braku podstaw wykluczenia nie wskazano żadnego dziennika ustaw wskazanych przepisów ustawy PZP (wskazano jedynie art. 108 ust. 1 ustawy PZP), należy przyjąć, iż chodzi o obowiązującą w czasie przeprowadzania postępowania wersję ustawy j.w., która przewidywała ww. podstawy wykluczenia. W związku z powyższym należy przyjąć, iż załącznik nr 2 – oświadczenie o braku podstaw wykluczenia sanuje wyżej wzmiankowane braki w zapisach SWZ.
7. W rozdz. X Zamawiający zawarł zapis o treści:

W przypadku, gdy dokumenty wymienione w punktach 1-3 zostały sporządzone jako dokument w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej. Przez cyfrowe odwzorowanie, rozumieć dokument elektroniczny będący kopią elektroniczną treści zapisanej w postaci papierowej, umożliwiający zapoznanie się z tą treścią i jej zrozumienie, bez konieczności bezpośredniego dostępu do oryginału,

który pozostaje – w odniesieniu do pkt X.1 i 2 SWZ - w sprzeczności z wymogami § 2 ust. 1 rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie, który stanowi, iż oferty, oświadczenia, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP sporządza się w postaci elektronicznej, w formatach danych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2020 r. poz. 346, 568, 695, 1517 i 2320). Przedmiotowy przepis nie przewiduje składania ww. dokumentów jako cyfrowe odwzorowanie.

8. W rozdz. X.4 a) Zamawiający zawarł wymóg wynikający z art. 117 ust 2 i 4 ustawy PZP, odnoszący się do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, odnośnie warunku dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, którego w postępowaniu nie formułował, w związku z czym zapis pozostaje bezprzedmiotowy.
9. W rozdz. X.4.3 Zamawiający wskazując na wymagane dokumenty w zakresie braku podstaw wykluczenia od wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej zrobił to w sposób niezgodny z treścią § 4 ust.2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. 2023 poz. 1824), tj. odniósł się do terminu składania ofert, podczas gdy przepis stanowi, iż winny być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed ich złożeniem. Powyższe pozostaje bez wpływu na ocenę ofert, ponieważ przedmiotowy zapis nie znalazł się w treści ogłoszenia o zamówieniu i w rzeczywistości nie mógł wpłynąć na krąg podmiotów zainteresowanych postępowaniem.
10. W załączniku nr 2 do SWZ pn. Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu Zamawiający w pkt 3 wskazał następujące podstawy wykluczenia mogące stanowić przedmiot samooczyszczenia wykonawcy, tj. art. 108 ust. 1 – 6 ustawy PZP w miejsce wskazania podstaw wynikających z art. 110 ust. 2 ustawy PZP jedynie art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy PZP.
11. W zakresie oświadczenia braku podstaw do wykluczenia błędnie wskazał na związek art. 7 ust. 1 z ust. 9 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2022 r., poz. 835), zwanej dalej ustawą o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę, ponieważ ust. 9 wzmiankowanej ustawy dotyczy postępowania zmierzającego do udzielenia zamówienia publicznego oraz konkursów o wartości mniejszej niż kwoty określone w art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych lub z wyłączeniem stosowania tej ustawy.
12. Równolegle, Zamawiający wskazał w pkt 3 ww. załącznika na możliwość samooczyszczenia w zakresie art. 7 ust. 1 wz z ust. 9 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę, co nie znajduje podstaw prawnych w ustawie PZP.

13. W załączniku nr 8 do SWZ pn. Wykaz robót budowlanych (...), zamawiający wskazując na dowody jakie należy załączyć, odniósł się do usług w miejsce robót budowlanych.

14. KK zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie jak niżej:

Analiza treści opisu przedmiotu zamówienia- dokumentacji technicznej, wykazała, iż Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia posłużył się nazwą marki(firmy) wskazując na konkretne wyroby, tj.:

Załącznik nr 06_2021 14 02 2022-AB06.compressed:

Intel Core i5 – 1 szt. (pomieszczenie D01) oraz Intel Core i5 – 1 szt. (pomieszczenie C03)

Załącznik 06_2021 14 02 2022-AB06A:

Intel Core i5 – 1 szt. (pomieszczenie D11)

Należy zauważyć, iż art. 99 ust. 4 ustawy PZP stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać m.in. przez wskazanie znaków towarowych. W stosunku do tego zakazu ustawodawca dopuścił wyjątki. Opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych jest dopuszczalne jedynie w wyjątkowych sytuacjach tj. gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób.

Dodatkowo Zamawiający zobowiązany jest dopuścić równoważność rozwiązań i wykazać w OPZ kryteria stosowane w celu oceny równoważności. W świetle generalnej zasady wynikającej z art. 99 ust. 5 ustawy PZP posługiwanie się znakami towarowymi i wskazaniami konkretnych produktów winno być minimalizowane, czyli regułą jest opis przedmiotu zamówienia bez ich użycia, a dopiero w obszarach, których inaczej opisać nie sposób (lub będzie to nazbyt skomplikowane, nieczytelne (...) etc.) oznaczenia tego typu mogą być wykorzystane.

KK uznał, iż w powyższej sytuacji opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, które charakteryzują produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę było obiektywnie możliwe opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, tj. w sposób inny niż za pośrednictwem znaku towarowego, a użytemu znakowi towarowemu nie towarzyszył zapis informujący o dopuszczeniu rozwiązań równoważnych opisywanym.

Ponadto, opisując przedmiot zamówienia w sposób, o którym mowa w art. 99 ust. 5 ustawy PZP, Zamawiający nie wskazał w opisie przedmiotu zamówienia kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności.

Wobec powyższego Zamawiający nie wypełnił wymogów ustawowych odnośnie opisanie przedmiotu zamówienia.

Niemniej jednak Zamawiający – wobec użycia nielicznych, jak wyżej wskazano znaków towarowych – ma możliwość wykazania, iż ustawowy wymóg odnośnie ww. znaków towarowych jest w przypadku analizowanego opisu przedmiotu zamówienia związany z częściami pomocniczymi umowy i ich potencjalny wpływ na budżet Unii Europejskiej jest wyłącznie formalny.

W związku z powyższym należy:

- wyliczyć wartość ww. znaków towarowych
- wskazać ich procentowy udział w wartości całego przedmiotu zamówienia,
- wskazać, co stanowiło zasadniczą i najistotniejszą część przedmiotu zamówienia,
- wykazać, czy użycie wskazanego znaku towarowego mogło zniechęcić jakiegoś wykonawcę do udziału w postępowaniu.

Zamawiający wyjaśnił, iż:

„... przedmiotowe postępowanie prowadzone było w formule zaprojektuj i wybuduj, a zatem procesor Intel Core i5 został zastosowany w jednym z załączników graficznych do PFU jako oznaczenie jedynie parametru podzespołu powszechnie używanego w bardzo wielu urządzeniach elektronicznych. Trudno znaleźć urządzenie komputerowe bez tego rodzaju procesora. Zgodnie z uzyskaną opinią informatyczną oznaczenie Intel Core i5 jest niepełne, gdyż powinno zawierać dalsze oznaczenia liczbowe i cyfrowe. Brak dalszych oznaczeń nie wskazuje na konkretne urządzenie i nie wskazuje mocy obliczeniowej procesora. Dopiero projektant w dokumentacji projektowej zobowiązany był do szczegółowego opisu właściwej mocy obliczeniowej procesora - o ile zajdzie taka konieczność.

Aktualna cena tego rodzaju procesora wynosi ok. 300 zł brutto, co w skali przedmiotowego zamówienia stanowi 0,0030% zamówienia. Zamieszczenie w jednym z załączników graficznych do PFU przybliżonego rodzaju procesora nie miało żadnego wpływu na wynik postępowania oraz ilość złożonych w postępowaniu ofert”.

KK uznał, iż w powyższej sytuacji opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, które charakteryzują produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę było obiektywnie możliwe opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, tj. w sposób inny niż za pośrednictwem znaku towarowego, a użytemu znakowi towarowemu nie towarzyszył zapis informujący o dopuszczeniu rozwiązań równoważnych opisywanym.

Ponadto, opisując przedmiot zamówienia w sposób, o którym mowa w art. 99 ust. 5 ustawy PZP, Zamawiający nie wskazał w opisie przedmiotu zamówienia kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności, co stanowi jedynie formalne naruszenie ww. artykułu.

Wobec powyższego Zamawiający nie wypełnił wymogów ustawowych odnośnie opisanie przedmiotu zamówienia.

Niemniej, pomimo niewskazania w opisie przedmiotu zamówienia kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności, KK uznał, - w tym na podstawie wyżej złożonych wyjaśnień odnośnie wartości elementu przedmiotu zamówienia („...Aktualna cena tego rodzaju procesora wynosi ok. 300 zł brutto, co w skali przedmiotowego zamówienia stanowi 0,0030% zamówienia), iż w przedmiotowym postępowaniu nie wystąpiło znaczące ograniczenie konkurencji, a użycie ww. znaków towarowych nie wpłynęło na wynik postępowania, ponieważ wymóg odnośnie ww. znaków towarowych jest związany z częściami pomocniczymi umowy i ich potencjalny wpływ na budżet Unii Europejskiej jest wyłącznie formalny.”

W analizowanym postępowaniu zasadniczą i najistotniejszą częścią zamówienia przedmiotu zamówienia była:

Wykonanie dokumentacji projektowo – kosztorysowych wraz uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę lub dokonania zgłoszenia robót niewymagających pozwolenia na budowę, tj:

15. Przystanku Kowary - przystosowanie budynku byłego dworca PKP na działalność kulturalno-turystyczno- usługową - Część A B,C budynku dworca (Informacja Turystyczna i Muzeum Rzemiosła Kowar z wolną przestrzenią przeznaczoną na prezentację zbiorów, Karkonoskiego Centrum Produktu lokalnego - jako miejsce prowadzenia ekspozycji i sklepu z produktami lokalnymi),
16. Nowej siedziby Miejskiej Biblioteki Publicznej przy ul. Dworcowej 8 w Kowarach, spełniającej założenia Narodowego Program Rozwoju Czytelnictwa 2.0, Priorytet 2 „Infrastruktura Bibliotek 2021–2025”. Dodatkowo należy przewidzieć pomieszczenie z przeznaczeniem na archiwum MBP- Część D budynku dworca.

17. Wykonanie robót budowlanych związanych z przedmiotem zamówienia i oddanie obiektu wraz z decyzją o pozwoleniu na użytkowanie dla części A, B i C budynku dworca. Dla części D w ramach zadania przewiduje się wykonanie pełnej dokumentacji projektowej, natomiast w ramach robót budowlanych jedynie prac przygotowawczych, w tym rozbiórkowych.

Dostarczenie wyposażenia pomieszczenia D0 i D11 w zakresie komputera wyposażonego w procesor INTEL CORE i5 było elementem pomocniczym w stosunku do całości zamówienia, w odniesieniu do której kształtowany był w postępowaniu krąg potencjalnych wykonawców, mogących wykazać się niezbędną wiedzą i doświadczeniem w wykonywaniu robót budowlanych\dotaw z branży budowlanej i informatycznej.

Profesjonalny osąd KK w zakresie kwalifikacji ww. elementu przedmiotu zamówienia jako pomocniczego oparty był również o definicję urządzenia jakim jest procesor INTEL CORE i5 - układ scalony, stanowiący serce wielu komputerów osobistych, laptopów i innych urządzeń, a zatem w każdej sytuacji pomocnicze w stosunku do urządzenia, którego część stanowi. Ponadto, jego wartość rynkowa to ok. 300,00 PLN (x 2 – zaplanowano go w dwóch pomieszczeniach), co w stosunku do wartości oferty 9 950 300,00 PLN stanowi ok. 0,01% wartości zamówienia (Beneficjent wskazuje na 0,003%, co jest prawdą odnośnie 1 szt procesora).

Procesor INTEL CORE i5 stanowiące elementy komputera wskazany przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, należą do najbardziej podstawowych rozwiązań wykorzystywanych przez profesjonalistów w branży informatycznej. Są powszechnie dostępne i używane. Każdy wykonawca z branży multimediiów jako profesjonalista jest w stanie nabyć i wykorzystać w oferowanym sprzęcie ww. element komputera.

Nie sposób dowieść, że użycie wskazanego znaku towarowego mogło zniechęcić jakiegoś wykonawcę do udziału w postępowaniu. Nie sposób również wykazać, że użycie wskazanych znaków towarowych miało wpływ na konstruowanie oferty. Wymóg nie dotyczył bowiem zasadniczej części zamówienia a jedynie elementu pomocniczego. Uwzględniając zasadę proporcjonalności, pomniejszenie wydatków kwalifikowanych za pomocą stawki procentowej byłoby w warunkach tej konkretnej sprawy nieadekwatne i niewspółmierne do wagi i charakteru naruszenia.

Opisane powyżej naruszenie musi zostać poddane analizie pod kątem ewentualnego stwierdzenia nieprawidłowości, zdefiniowanej w Rozporządzeniu ogólnym. Zgodnie z art. 2 pkt 31 ww. Rozporządzenia „nieprawidłowość” oznacza każde naruszenie mającego zastosowanie prawa, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

Ponadto, zgodnie z treścią *Wytycznych dotyczących sposobu korygowania nieprawidłowości na lata 2021-2027* poprzez naruszenie prawa należy rozumieć nie tylko naruszenie przepisów aktów prawnych, takich jak ustawy czy rozporządzenia, ale również zasad i procedur określonych w dokumentach, których obowiązek stosowania wynika z umowy o dofinansowanie projektu.

Źródłem stwierdzonej nieprawidłowości jest *działanie* Beneficjenta polegające na opisanu marginalnej części przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, które charakteryzują produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę, przy czym było obiektywnie możliwe opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, tj. w sposób inny niż za pośrednictwem znaku towarowego, a użytemu znakowi towarowemu nie towarzyszył zapis informujący o dopuszczeniu rozwiązań równoważnych opisywanym.

Ponadto, opisując przedmiot zamówienia w sposób, o którym mowa w art. 99 ust. 5 ustawy PZP, Zamawiający nie wskazał w opisie przedmiotu zamówienia kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności, co stanowi jedynie formalne naruszenie ww. artykułu.

Wobec powyższego Zamawiający nie wypełnił wymogów ustawowych odnośnie opisanie przedmiotu zamówienia

Ostatnią – poza naruszeniem prawa i działaniem bądź zaniechaniem podmiotu gospodarczego – przesłanką umożliwiającą stwierdzenie nieprawidłowości jest obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem, czyli szkoda w budżecie UE. Z przywołanej powyżej definicji nieprawidłowości wynika, że szkoda oznacza zarówno faktyczny uszczerbek finansowy w budżecie UE, jak i potencjalną możliwość wystąpienia takiego uszczerbku. Takie ujęcie szkody wynika z aksjologicznego założenia ustawodawcy, że beneficjent, który otrzymuje bezzwrotną pomoc finansową powinien środki te wydatkować w zgodzie z przepisami prawa. Dopiero brak wystąpienia zarówno szkody rzeczywistej jak i potencjalnej, uniemożliwia zakwalifikowanie danego naruszenia jako nieprawidłowości i tym samym rozpoczęcie procedury związanej z oszacowaniem wysokości szkody.

W przypadku naruszenia opisanego powyżej polegającego na opisanu marginalnej części przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, które charakteryzują produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę, Kontroler nie dopatrył się nawet potencjalnej możliwości wystąpienia uszczerbku w budżecie UE, gdyż nie sposób dowiedzieć, że użycie wskazanego znaku towarowego mogło zniechęcić jakiegoś wykonawcę do udziału w postępowaniu. Nie sposób również wykazać, że użycie wskazanych znaków towarowych miało wpływ na konstruowanie oferty.

Warunkiem nałożenia korekty/dokonania pomniejszenia wydatku kwalifikowalnego jest wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. Mając na względzie wszystkie okoliczności rozpatrywanej sprawy, pomimo ewidentnego naruszenia zasad prowadzenia postępowania (jak wyżej), nie sposób wykazać takiego związku, a tym samym stwierdzić możliwości wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE, pomimo stwierdzonego naruszenia postanowień ustawy PZP. Krąg potencjalnych wykonawców nie został bowiem w żaden sposób ograniczony (nawet potencjalnie), a podejmowane przez Zamawiającego czynności nie doprowadziły ani do wypaczenia wyników postępowania, ani do nierównego traktowania, czy uprzywilejowania poszczególnych wykonawców.

Biorąc powyższe pod uwagę, po dokonaniu wieloaspektowej analizy, stwierdzić należy, iż jakkolwiek w przedmiotowej sprawie wystąpiły dwie przesłanki wymienione w definicji nieprawidłowości, tj. po pierwsze naruszenie przepisów prawa, tj. art. 99 ust. 4 i 5 ustawy PZP, po drugie *działanie* Zamawiającego (sposób opisu przedmiotu zamówienia) jako podmiotu gospodarczego, to jednak po dokonaniu oceny ryzyka, na jakie budżet UE mógł zostać narażony w wyniku stwierdzonego naruszenia, stwierdzić należy, iż nie wystąpiła przesłanka trzecia, tj. możliwość wywołania szkodliwego wpływu w budżecie środków europejskich - stwierdzono, że użycie znaków towarowych miało charakter incydentalny. Ponadto, mamy tu do czynienia z artykułem powszechnie dostępnym, który każdy profesjonalny wykonawca jest w stanie nabyć i wykorzystać w oferowanym sprzęcie.

W związku z powyższym wykryte naruszenie nie spełnia definicji nieprawidłowości indywidualnej i – jako takie – stanowi jedynie formalne uchybienie przepisom postępowania PZP.

Równolegle, zgodnie z treścią decyzji Komisji C(2019)3452 korekty finansowe za użycie znaków towarowych nakładane są, (cyt.): „(...) z wyjątkiem sytuacji, gdy takie wymogi są związane z częściami pomocniczymi umowy i ich potencjalny wpływ na budżet Unii Europejskiej jest wyłącznie formalny”

Ocenę ww. naruszenia KK przeprowadził dodatkowo na podstawie wskazówek dokumentu opracowanego przez Interact Programme (Program Interact świadczy pomoc ekspercką instytucjom, które realizują programy Interreg w Unii Europejskiej) podczas warsztatów kontroli krajowej (FLC) 30-31 października 2019 r. w Bilbao, Hiszpania o nazwie „Uwagi państw członkowskich do projektu wytycznych dotyczących korekt finansowych w zamówieniach publicznych – EGESIF oraz odpowiedzi WE [Uwagi zgłoszone na piśmie po posiedzeniach egessif w dniach 12 grudnia 2018 r. i 21 lutego 2019 r. w załączeniu]], który na str. 62 odp. 92 wskazuje jak niżej:



„With regard to the irregularity 11 and request for “inconsiderable” impact on the EU budget, case 3) already indicates “no correction” for cases where the restrictive conditions relate to an ancillary part of the contract (e.g. an item of inconsiderable financial value that is generally and widely accessible)”

W odniesieniu do nieprawidłowości 11 i wniosku o „nieznaczny” wpływ na budżet UE, przypadek 3) wskazuje już na „brak korekty” w przypadkach, w których restrykcyjne warunki dotyczą dodatkowej części zamówienia (np. pozycji o niewielkiej wartości finansowej, która jest ogólnie i powszechnie dostępny) – tłumaczenie robocze.

9

Wynik kontroli

Zamówienie publiczne zostało ocenione pozytywnie/negatywnie.*

*Skreślić niewłaściwe.

Wrocław, dnia 16.10.2024 r.

DYREKTOR
Biura Programów i Funduszy

Rafał Szydłowski

/podpis Dyrektora/Z-cy Dyrektora OR /

