

RPOII.44.10.2022.MWI

Departament
ds. EFRR w Perspektywie 2014 - 2020

Informacja pokontrolna nr RPOII.44.10.2022

I.	Podstawa prawna kontroli	Na podstawie zapisów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17.12.2013 r. ustanawiającego 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, art. 9, art. 22 i art. 23 Ustawy z dnia 11.07.2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 818, z późn. zm.) oraz na podstawie postanowień umowy o dofinansowanie nr UDA-RPLD.07.04.02-10-0005/16-00 z dnia 21.06.2017 r., zmieniona późniejszymi aneksami
II.	Imiona i nazwiska osób przeprowadzających kontrolę	[dane zanonimizowano]
III.	Termin kontroli	26-27 kwietnia 2022 r.
IV.	Rodzaj kontroli	planowa
V.	Nazwa Podmiotu kontrolowanego	Gmina Uniejów
VI.	Adres Podmiotu kontrolowanego i miejsca, w którym przeprowadzono czynności kontrolne	- ul. bł. Bogumiła 13, 99-210 Uniejów - kontrola w siedzibie IZ RPO WŁ
VII.	NIP Podmiotu kontrolowanego	8281356737
VIII.	Imię i nazwisko kierownika Podmiotu kontrolowanego	[dane zanonimizowano]
IX.	Osoba zastępująca kierownika podczas jego nieobecności, upoważniona do uczestniczenia w czynnościach kontrolnych	nie dotyczy
X.	Pozycja w książce kontroli, pod którą odnotowano przedmiotową kontrolę	nie dotyczy
XI.	Osoby składające wyjaśnienia lub udzielające informacji w imieniu Podmiotu kontrolowanego	Burmistrz Miasta Uniejów – pismo z dnia 17.05.2022 r. znak: SEK.042.1.2022

XII.	Nr umowy o dofinansowanie	UDA-RPLD.07.04.02-10-0005/16
XIII.	Tytuł kontrolowanego projektu	„Budowa przedszkola integracyjnego w Uniejowie”
XIV.	Wartość projektu (wg umowy/aneksu)	12 077 282,93 zł
XV.	Zakres kontroli	Poprawność przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa przedszkola integracyjnego w Uniejowie”
XVI.	Data sporządzenia informacji pokontrolnej	23.11.2022 r.

XVII. Opis kontrolowanych obszarów i ustalenia kontroli

Zespół kontrolny dokonał sprawdzenia jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa przedszkola integracyjnego w Uniejowie” - znak sprawy: ZP.271.15.2021 AB, przeprowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji, zgodnie z art. 275 pkt 1 ustawy Pzp (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1129, ze zm.).

Przedmiotem zamówienia było opracowanie pełnej, wielobranżowej dokumentacji projektowej i kosztorysowej oraz wykonanie na jej podstawie robót budowlanych polegających na budowie 8 - oddziałowego przedszkola publicznego integracyjnego w Uniejowie, zagospodarowaniu przynależnego terenu wraz z drogami dojazdowymi, wewnętrznymi i przyłączami sieci infrastruktury technicznej do budynku, miejscami postojowymi, placem zabaw, zielenią przyobiekтовую i miejscem na kontenery do gromadzenia odpadów oraz ogrodzeniem terenu przedszkola.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona w dniu 01.04.2021 r. na podstawie szacunkowych kosztów realizacji przedsięwzięcia inwestycyjnego, stanowiących załącznik do PFU, na kwotę 14 149 088,62 zł netto, co według kursu euro 4,2693, stanowi równowartość 3 314 147,20 euro.

Postępowanie przygotowała i przeprowadziła **Komisja Przetargowa** powołana na podstawie Zarządzenia Nr 73/2021 Burmistrza Miasta Uniejów z dnia 01.07.2021 r. oraz Zarządzenia Nr 83/2021 Burmistrza Miasta Uniejów z dnia 26.07.2021 r.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w BZP pod nr. 2021/BZP 00127914/01 w dniu 27.07.2021 r. W tym samym dniu ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone na stronie internetowej prowadzonego postępowania <https://gminauniejow.ezamawiajacy.pl>.

SWZ została zatwierdzona przez [dane zanonimizowano] – Sekretarza Miasta w dniu 27.07.2021 r. i w tym samym dniu została zamieszczona na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Pierwotnie **termin składania ofert** został wyznaczony do dnia 16.08.2021 r. do godz. 11:00.

Zamawiający żądał wniesienia **wadium** w kwocie nie większej niż 1,5% wartości zamówienia – 50 000,00 zł, zgodnie z art. 281 ust. 4 ustawy Pzp. Termin związania ofertą wynosił 30 dni.

Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych ani ofert wariantowych oraz nie przewidział możliwości udzielenia zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W dniu 28.07.2021 r. Zamawiający na podstawie art. 286 ust. 1 ustawy Pzp dokonał zmiany treści SWZ w zakresie terminu realizacji zamówienia oraz przedłużył termin składania ofert do dnia 17.08.2021 r. do godz. 11:00. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił w BZP ogłoszenie o zmianie ogłoszenia nr 2021/BZP 00129266/01.

Do Zamawiającego wpłynęły pytania o wyjaśnienie treści SWZ, na które Zamawiający udzielił odpowiedzi w dniach 29.07.2021 r., 30.07.2021 r., 10.08.2021 r. oraz 12.08.2021 r., zamieszczając je na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Przed otwarciem ofert, które nastąpiło w dniu 17.08.2021 r. o godz. 12:00, Zamawiający udostępnił na stronie internetowej prowadzonego postępowania kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 10 500 000,00 zł brutto.

Do siedziby Zamawiającego w wyznaczonym terminie wpłynęły 3 **oferty** złożone przez:

1. Zakład Robót Ogólnobudowlanych „ZROBUD” Marek Kędzia, ul. Zachodnia 8, 63-322 Gołuchów, z ceną oferty 16 845 152,58 zł brutto oraz okresem gwarancji 72 m-ce;
2. Konsorcjum firm: UNI-PARK Sp. z o.o., Aleja Solidarności 34, 25-116 Kielce oraz NEOINVEST Sp. z o.o., ul. Wileńska 2, 25-411 Kielce, z ceną oferty 17 495 855,79 zł brutto oraz okresem gwarancji 72 m-ce;
3. Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Kartel S.A., ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów, z ceną oferty 18 778 842,03 zł brutto oraz okresem gwarancji 72 m-ce.

Zamawiający niezwłocznie, tj. w dniu 17.08.2021 r. zamieścił na swojej stronie internetowej informacje z otwarcia ofert, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp.

Kryteriami wyboru najkorzystniejszej oferty były cena – 60% oraz okres gwarancji, na który wykonawca przedłuży okres rękojmi za wady – 40%.

W dniu 27.08.2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Zakład Robót Ogólnobudowlanych „ZROBUD” Marek Kędzia, ul. Zachodnia 8, 63-322 Gołuchów na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Wykonawca złożył dokumenty i wyjaśnienia w wyznaczonym terminie.

W dniu 07.09.2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Zakład Robót Ogólnobudowlanych „ZROBUD” Marek Kędzia, ul. Zachodnia 8, 63-322 Gołuchów na podstawie art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp do uzupełnienia oraz wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych. Wykonawca dokonał stosownego wyjaśnienia oraz uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

W dniu 07.09.2021 r. Zamawiający na podstawie art. 307 ust. 2 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawców z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Wszyscy wykonawcy wyrazili zgodę z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium.

W dniu 20.09.2021 r. Zamawiający dokonał **wyboru najkorzystniejszej oferty** złożonej przez wykonawcę Zakład Robót Ogólnobudowlanych „ZROBUD” Marek Kędzia, ul. Zachodnia 8, 63-322 Gołuchów. W tym samym dniu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało opublikowane na stronie internetowej prowadzonego postępowania oraz przesłane wykonawcom mailem.

Zamawiający żądał wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5% ceny całkowitej brutto podanej w ofercie. Wykonawca wniósł zabezpieczenie w postaci poręczeń udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

W dniu 04.10.2021 r. Zamawiający zawarł **umowę nr ZP.271.15.2021 AB** z wykonawcą Zakład Robót Ogólnobudowlanych „ZROBUD” Marek Kędzia, ul. Zachodnia 8, 63-322 Gołuchów, za wynagrodzeniem 16 845 152,58 zł brutto. Zamawiający nie przedłożył żadnych aneksów do przedmiotowej umowy.

Ogłoszenie o wyniku postępowania zamieszczono 04.10.2021 r. w BZP pod nr 2021/BZP 00202125/01.

Kontrola wykazała:

1. Zamawiający naruszył art. 99 ust. 6 ustawy Pzp poprzez niezachowanie należytej staranności przy opisie kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności dla poszczególnych produktów.

Jeżeli przedmiot zamówienia został opisany przez wskazanie znaków towarowych, nazw własnych, patentów, pochodzenia, zgodnie z art. 99 ust. 6 ustawy Pzp, Zamawiający ma bezwzględny obowiązek wskazania kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności. Kryteriami równoważności są wybrane cechy określające przedmiot zamówienia, a opis tych kryteriów równoważności powinien pozwolić rozpoznać potencjalnym wykonawcom produkt inny niż referencyjny w wystarczającym stopniu spełniający oczekiwania zamawiającego, a następnie zapewnić realną możliwość jego zaoferowania. Zespół kontrolny uważa, że wskazane kryteria równoważności nie zostały określone precyzyjnie, są niedokładne i niejasne. Kryteria równoważności produktów winny być określone poprzez sformułowanie katalogu zamkniętego. Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia lub jego elementy, do których zamawiający dopuszcza zamienniki równoważne w taki sposób aby wykonawcy nie mieli wątpliwości o jakich parametrach oraz na jakich warunkach mogą zaoferować konkretny produkt, aby spełniał on wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia. Odpowiedni stopień doprecyzowania wymagań umożliwia precyzyjną ocenę spełnienia warunku równoważności, tym samym umożliwia zamawiającemu bezstronną ocenę złożonych ofert. Niezbędne jest, aby taki opis był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty. Wskazane kryteria równoważności zawierały jedynie pojedyncze parametry a nie zakres, albo były określane w sposób pośredni. Jednakże potencjalni wykonawcy nie składali pytań w tym zakresie co znaczy, że dla profesjonalistów z zakresu prawa budowlanego były one zrozumiałe. W ocenie Zespołu kontrolnego, w przedmiotowym stanie faktycznym, naruszenie to nie spełnia przesłanek wynikających z definicji nieprawidłowości, o której mowa w art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r., ustanawiającego 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. Zgodnie z tą definicją poprzez nieprawidłowość należy rozumieć, każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie Europejskich Funduszy Strukturalnych i Inwestycyjnych, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem. Samo naruszenie przepisów ustawy nie jest podstawą zastosowania korekty finansowej. Podobne stanowisko zostało wyrażone w piśmie Ministerstwa Rozwoju z dnia 25 sierpnia 2017 roku, znak DKF-IV.7518.32.2017.MT2, cyt. „sam fakt wskazania naruszenia danego artykułu ustawy Pzp nie decyduje o konieczności stwierdzenia nieprawidłowości i nałożenia korekty finansowej. Naruszenie musi spełnić przesłanki wynikające z definicji nieprawidłowości, by mogło podlegać korygowaniu zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień¹, które ma zastosowanie tylko i wyłącznie do nieprawidłowości. Zespół kontrolny uważa, że skoro zgłosiło się trzech wykonawców, nie było pytań co do kryteriów równoważności, nie została odrzucona żadna oferta a materiały określone znakami towarowymi były ogólnodostępne, to konkurencja nie została ograniczona a więc nie zostały spełnione przesłanki do nałożenia korekty finansowej.

Podsumowując, wskazane powyżej uchybienie w ocenie Zespołu kontrolnego, stanowi uchybienie o charakterze formalnym i nie skutkuje zastosowaniem procedury nakładania korekt finansowych i pomniejszenia wydatków poniesionych nieprawidłowo za naruszenie ustawy Pzp.

XVIII. Stwierdzone nieprawidłowości/uchybień, w tym ustalenia w zakresie wartości korekt finansowych: nie dotyczy

XIX. Zalecenia pokontrolne/rekomendacje:

Rekomenduje się, aby Beneficjent w trakcie dalszej realizacji projektów współfinansowanych z RPO WŁ na lata 2014–2020, zachował większą staranność w zakresie przygotowania opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 99 ust.6 ustawy Pzp.

XX. Wykaz załączników: nie dotyczy

XXI. Uwagi/zastrzeżenia Podmiotu kontrolowanego do ustaleń kontroli oraz odniesienie Zespołu kontrolnego do przedmiotowych uwag:

Zespół kontrolny częściowo uznaje zastrzeżenie Beneficjenta wyrażone w piśmie znak: SEK.042.2.2022 z dnia 22.06.2022 r., do pierwszej informacji pokontrolnej i odstępuje od nałożenia korekty finansowej.

¹ (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 971).

Na wstępie należy zauważyć, iż w pierwszej informacji pokontrolnej znak: RPOII.44.10.2022 z dnia 26.05.2022 r., Zespół kontrolny nie wskazywał braku dopuszczenia rozwiązań równoważnych w opisie przedmiotu zamówienia, a jedynie brak opisu dokładnych kryteriów równoważności, a zatem brak dostatecznego poinformowania, które elementy produktów opisanych przez użycie znaków towarowych/nazw własnych, Beneficjent uważa za najistotniejsze.

Zespół kontrolny zgadza się z Beneficjentem, iż sposób opisu przedmiotu zamówienia mógł być uzasadniony potrzebami Zamawiającego oraz, że w zastosowanej formule zaprojektuj - wybuduj, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający mógł posłużyć się wskazaniem na konkretny produkt, jeśli opis przedmiotu zamówienia sporządzony w sposób określony w przepisach art.101-103 nowej ustawy Pzp, nie byłby wystarczająco precyzyjny i zrozumiały. Niepodważalny jest również fakt, iż program funkcjonalno – użytkowy stanowi jedynie koncepcję architektoniczno – budowlaną zawierającą opis przeznaczenia ukończonych robót. Informacje w nim zawarte mają charakter „wyjściowych” do projektowania, określających ramy, w których projektant może się poruszać przygotowując dla danej inwestycji dokumentację. Zespół kontrolny zgadza się z Beneficjentem, iż z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia wynikającą z jego cech technicznych, jakościowych lub funkcjonalnych, Beneficjent mógł nie mieć możliwości opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a założone urządzenia miały spełniać funkcję jakiej miały służyć i miały być kompatybilne z pozostałymi urządzeniami tak, aby zespół urządzeń dawał zamierzony efekt.

Należy zauważyć, że w przypadku powyższym, gdy Zamawiający jest uprawniony do opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, przepis art. 99 ust. 6 ustawy Pzp, nakłada obowiązek wskazania w opisie przedmiotu zamówienia kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności. W ramach kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności zamawiający powinien określić, co najmniej, zakres minimalnych parametrów równoważności, w oparciu o które dokona oceny, czy zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagane kryteria równoważności. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 grudnia 2013 r., KIO 2844/13 „Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem i doktryną dla oceny równoważności produktów nie wystarczy samo użycie sformułowania „lub równoważny” jak również określenie językowej wykładni pojęcia „równoważny”. Konieczne jest użycie sformułowań uściślających i podanie wymogów, parametrów, odnoszących się do dopuszczalnego zakresu równoważności ofert. Bez doprecyzowania zakresu wymaganej równoważności zamawiający nie jest w stanie ocenić zaproponowanych zamienników pod kątem ich równoważności, dlatego konieczne jest określenie minimalnych wymagań technicznych w zakresie parametrów oferowanych wyrobów. Nieokreślone wprost w dokumentacji przygotowanej przez zamawiającego parametry równoważności, a wynikające jedynie pośrednio przez podanie konkretnych nazw producentów, nie mogą stanowić o nieodpowiedniości treści oferty z treścią SIWZ i skutkować odrzuceniem na tej podstawie oferty odwołującego”.

Zespół kontrolny nie może zgodzić się z Beneficjentem, iż podane w opisie przedmiotu zamówienia kryteria równoważności, jak również określenie językowej wykładni pojęcia „równoważny”, są wystarczające do zachowania ustawowych przesłanek determinujących użycie nazw własnych. Zespół kontrolny uważa, że

konieczne jest użycie sformułowań uściślających podanie wymogów, parametrów, odnoszących się do dopuszczalnego zakresu równoważności ofert.

Kryteria równoważności produktów powinny być określone poprzez sformułowanie katalogu zamkniętego. Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia lub jego elementy, do których zamawiający dopuszcza zamienniki równoważne w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości o jakich parametrach oraz na jakich warunkach mogą zaoferować konkretny produkt, aby spełniał on wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia. Odpowiedni stopień doprecyzowania wymagań umożliwia precyzyjną ocenę spełnienia warunku równoważności, tym samym umożliwia zamawiającemu bezstronna ocenę złożonych ofert. Niezbędne jest, aby taki opis był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty. Kryteria stosowane w celu oceny równoważności nie mogą być iluzoryczne tylko rzeczywiste.

Biorąc powyższe pod uwagę, Zespół kontrolny uważa, że Beneficjent nie dochował należytej staranności w opisie kryteriów równoważności i tym samym naruszył art. 99 ust. 6 ustawy Pzp poprzez opisanie kryteriów równoważności w sposób niedokładny. Jednakże samo naruszenie ww. przepisu nie przesądza o zakłóceniu konkurencji i wystąpieniu szkody w budżecie UE.

Naruszenie procedur obowiązujących przy wykorzystaniu środków pochodzących z budżetu UE nie oznacza automatycznie obowiązku stosowania korekt finansowych i zwrotu środków unijnych. Konieczna jest bowiem ocena skutków tego naruszenia. Środki unijne podlegają zwrotowi tylko wówczas, gdy wykorzystano je z naruszeniem procedur, które to naruszenie stanowi „nieprawidłowość” w rozumieniu art. 2 pkt. 36 rozporządzenia ogólnego (Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. Zgodnie z art. 2 pkt. 36 cytowanego Rozporządzenia poprzez nieprawidłowość, należy rozumieć, *każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem*”. Z powyższego wynika, iż naruszenie prawa stanowi nieprawidłowość jedynie wtedy, gdy powoduje ono lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku. Takie uzasadnienie znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W wyroku z dnia 14 lipca 2016 roku., w sprawie C-406/14 Trybunał stwierdził, że naruszenie takie należy uznać za nieprawidłowość, o ile może ono mieć negatywne skutki budżetowe. Nieprawidłowość zatem będzie występować zawsze gdy zaistnieją jednocześnie trzy poniżej wskazane przesłanki:

- naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego;
- działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego;
- realna albo potencjalna szkoda dla budżetu UE, polegająca na finansowaniu ze środków tego budżetu nieuzasadnionego wydatku.

W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z naruszeniem przepisu ustawy Pzp tj. art. 99 ust 6, zaniechaniem Zamawiającego poprzez niedokładne wskazanie kryteriów równoważności, jednak w żaden sposób nie można stwierdzić szkodliwego wpływu na budżet UE poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem. Mimo, że takie działanie stanowi naruszenie prawa (przepisów p.z.p.), to

nie może być automatycznie kwalifikowane jako „nieprawidłowość” określona w powołanym przepisie. Konieczne jest zatem logiczne wykazanie, że brak staranności w opisie kryteriów równoważności pociągnął za sobą powstanie szkody lub że w tych konkretnych okolicznościach faktycznych taka szkoda mogła nastąpić wskutek naruszenia zasady konkurencyjności poprzez choćby uprawdopodobnienie wykluczenia pewnej grupy potencjalnych oferentów.

Zespół kontrolny zgadza się z Beneficjentem, iż zasada nienaruszenia uczciwej konkurencji nie może być traktowana jako zasada o charakterze absolutnym, która uniemożliwia zamawiającemu sporządzenie opisu stosownie do swoich potrzeb. Jednakże opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny i precyzyjny, aby nie utrudniał potencjalnym wykonawcom ubiegania się o udzielenie zamówienia. Biorąc pod uwagę fakt, iż adresatem opisu przedmiotu zamówienia są wykonawcy a zatem profesjonaliści będący najczęściej podmiotem profesjonalnie i zawodowo działającym na rynku i prowadzącym działalność w określonej dziedzinie, zamawiający mógł opisać przedmiot zamówienia w języku fachowym. Dla profesjonalistów działających na rynku budowlanym posługujących się PFU, powinno być jasne jakich parametrów technicznych żąda zamawiający a tym samym co uważa za materiały równoważne. W przedmiotowym postępowaniu można uznać, że tak właśnie było z uwagi na fakt, iż nikt z potencjalnych wykonawców nie zgłaszał wątpliwości i nie zadawał pytań do opisu przedmiotu zamówienia. Wskazane kryteria równoważności dla profesjonalistów z dziedziny prawa budowlanego były zrozumiałe. Ponadto w postępowaniu zostały złożone trzy oferty i nie było przesłanek do odrzucenia żadnej z nich. Wpłynięcie w kontrolowanym postępowaniu trzech ofert potwierdza, że stwierdzone uchybienia nie ograniczyły dostępności wykonawców w ubieganiu się o zamówienie, ani nie naruszyły równego traktowania wykonawców. Zgodnie z wyrokiem WSA w Warszawie z dnia 15.04.2015 r., sygn. akt V SA/Wa 2645/14, „duża liczba złożonych ofert może stanowić przesłankę przesądzającą o tym, że naruszenie nie miało nawet hipotetycznego wpływu na budżet UE”. Ponadto „sytuacja, w której żaden wykonawca nie został wykluczony, ani też nie wniósł środka ochrony prawnej świadczy o tym, że żaden z wykonawców nie czuł się dyskryminowany i nie została naruszona zasada konkurencyjności postępowania”

Biorąc powyższe pod uwagę a przede wszystkim fakt, iż nie było pytań od potencjalnych wykonawców w zakresie równoważności i że w postępowaniu zgłosiło się trzech wykonawców a przede wszystkim wykazanie przez Beneficjenta ogólnodostępności materiałów, Zespół kontrolny uznał, że nie doszło do ograniczenia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu. Przedstawiony opis przedmiotu zamówienia nie utrudnił wykonawcom ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, nie doszło do szkody w budżecie UE i tym samym nie zostały spełnione wszystkie przesłanki nieprawidłowości.

W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 30 listopada 2017 r., sygn. akt. IV SA/GI 458/17, wskazano, że odstąpić od nałożenia korekty finansowej 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 potencjalnej szkody, ani też na jej wysokość. Podobnie orzekł Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 25 kwietnia 2014 r., sygn. akt. II GSK 173/13.

Reasumując Zespół kontrolny podtrzymuje swoje stanowisko co do naruszenia art. 99 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez brak należytej staranności w opisie kryteriów równoważności, jednocześnie

odstępuje od nałożenia korekty finansowej z uwagi na brak spełnienia wszystkich przesłanek definicji nieprawidłowości. Informacja pokontrolna została skorygowana w punkcje „kontrola wykazała” i w pkt. XVIII informacji pokontrolnej.

Jednostka kontrolująca przekazuje dwa egzemplarze Informacji pokontrolnej. Jeden egzemplarz pozostaje w siedzibie Podmiotu kontrolowanego a drugi jest odsyłany do Jednostki kontrolującej. Wszelkie dokumenty zgromadzone w trakcie kontroli pozostają w aktach kontroli w siedzibie Jednostki kontrolującej i na wniosek Podmiotu kontrolowanego są udostępniane do wglądu w uzgodnionym wcześniej terminie w godzinach pracy Urzędu.

Termin na wykonanie zaleceń pokontrolnych/rekomendacji: 14 dni kalendarzowych od dnia otrzymania informacji pokontrolnej. Beneficjent zobowiązany jest **powiadomić pisemnie** Urząd Marszałkowski Województwa Łódzkiego o sposobie ich wykonania.

Pouczenie:

Do ostatecznej informacji pokontrolnej nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń.

Kierownik Podmiotu kontrolowanego lub osoba przez niego upoważniona podpisuje dwa egzemplarze Informacji pokontrolnej i w terminie 14 dni od daty ich doręczenia przesyła jeden egzemplarz Jednostce kontrolującej.

W przypadku odmowy podpisania ostatecznej Informacji pokontrolnej Podmiot kontrolowany odsyła Jednostce kontrolującej jeden egzemplarz informacji pokontrolnej w terminie 14 dni od daty jej doręczenia. Odmowa podpisania informacji pokontrolnej nie zwalnia Podmiotu kontrolowanego z realizacji zaleceń pokontrolnych/rekomendacji.

Zespół kontrolny:

[dane zanonimizowano]

(data, podpis członków zespołu kontrolnego)

[dane zanonimizowano]

.....
(data, podpis członków zespołu kontrolnego)

Podmiot kontrolowany:

[dane zanonimizowano]

.....
(data, podpis i pieczęć kierownika podmiotu kontrolowanego)