

**Informacja pokontrolna nr 40/2020/2021/Z**  
**z dnia 18.02.2021 r.**

w sprawie procedury zawarcia umowy o zamówienie publiczne dla zadania objętego  
Projektem, do której stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.  
po rozpatrzeniu zastrzeżeń Beneficjenta wniesionych do ustaleń zawartych w Informacji  
pokontrolnej 40/2020/2021/Z z dnia 18 stycznia 2021 r.

**I. PODSTAWOWE INFORMACJE:**

1. **Jednostka kontrolująca:** Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Katowicach.
2. **Nazwa i adres Beneficjenta:** Gmina Kłobuck, ul. 11 Listopada 6, 42-100 Kłobuck.
3. **Projekt:**
  - 1) **Nazwa:** „Termomodernizacja budynku Domu Nauczyciela w Kamyku, ul. Szkolna 5a, Gm. Kłobuck”;
  - 2) **Oś priorytetowa:** POIS.01.00.00 – Zmniejszenie emisyjności gospodarki Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020;  
**Działanie 1.7:** „Kompleksowa likwidacja niskiej emisji na terenie województwa śląskiego”;  
**Poddziałanie 1.7.1:** Wspieranie efektywności energetycznej w budynkach mieszkalnych w województwie śląskim;
- 3) **Numer projektu w SL 2014:** POIS.01.07.01-00-0069/19.
4. **Numer i data zawarcia umowy o dofinansowanie:** Umowa nr 18/2020 zawarta w dniu 16.03.2020 r.
5. **Nazwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego objętego kontrolą:** „Termomodernizacja budynku Domu Nauczyciela w Kamyku, ul. Szkolna 5a, Gm. Kłobuck”.
  - 1) **Rodzaj zamówienia:** robota budowlana;
  - 2) **Tryb postępowania:** przetarg nieograniczony;
  - 3) **Szacunkowa wartość postępowania:** 397.792,90 zł netto ustalona w dniu 25.02.2020 r. na podstawie kosztorysów inwestorskich, co stanowi równowartość 93.175,20 euro;
  - 4) **Data wszczęcia postępowania:** Ogłoszenie o wszczęciu postępowania zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 02.03.2020 r. pod numerem 517672-N-2020;
  - 5) **Kontrolowana umowa:** Umowa nr 117/IR/V/2020 zawarta w dniu 11.05.2020 r. pomiędzy Gminą Kłobuck reprezentowaną przez Jerzego Zakrzewskiego – Burmistrza Kłobucka a Firmą Usługowo-Handlową „Dziedzicki” Marcin Dziedzicki z siedzibą w Konopiskach (42-274) przy ul. Stawowej 8 reprezentowaną przez Marcina Dziedzickiego – właściciela firmy.
  - 6) **Wartość kontrolowanej umowy:** 330.000,00 zł netto, VAT niekwalifikowany.
6. **Podstawa prawna przeprowadzenia kontroli:**
  - 1) Umowa nr 2/MG-WFOŚiGW Katowice/2014 w sprawie systemu realizacji Programu Operacyjnego „Infrastruktura i Środowisko” na lata 2014-2020 z dnia 18 grudnia 2014r. zawarta pomiędzy Ministrem Energii a Wojewódzkim Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Katowicach, z późniejszymi zmianami;

- 2) Ustawa z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz.U. z 2020 r. poz. 818 t.j.);
  - 3) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz.1843 t.j. ze zmianami);
  - 4) Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 22 sierpnia 2019 r.;
  - 5) Wytyczne w zakresie kontroli realizacji programów operacyjnych na lata 2014-2020 z dnia 3 marca 2018 r.;
  - 6) Zalecenia dla instytucji zaangażowanych w realizację Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 w zakresie procedur kontrolnych oraz systemu rocznych rozliczeń z dnia 3 lipca 2020 r.;
  - 7) Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U. z 2018 r. poz. 971 t.j.), *tzw. „taryfikator”*;
  - 8) Komunikat wyjaśniający Komisji Europejskiej dotyczący prawa wspólnotowego obowiązujący w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych (2006/C 179/02);
  - 9) Oświadczenie Beneficjenta zawarte w § 13 wyżej przywołanej umowy o dofinansowanie;
  - 10) Instrukcja Wykonawcza Instytucji Wdrażającej dla I osi priorytetowej Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 – Działanie 1.7., z dnia 14 sierpnia 2020 r.
7. **Tryb kontroli:** kontrola planowa ex-post.
8. **Termin przeprowadzenia kontroli:** Beneficjent został poinformowany o wszczęciu kontroli pismem nr WK.5510.0069.2019.KP.MM.40.01.6520 z dnia 04.11.2020 r. Kontrolę wszczęto w dniu 24.11.2020 r. i zakończono w dniu 18.02.2021 r.
9. **Zweryfikowane dokumenty:**  
Kontrolę przeprowadzono w oparciu o:
1. kserokopie dokumentów przekazanych przez Beneficjenta w dniu 23.11.2020 r. (pismo nr IR.7011.007.2020.KB, IR.KW-0641/20 z dnia 19.11.2020 r.), potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez Jerzego Zakrzewskiego – Burmistrza Kłobucka,
  2. wyjaśnienia oraz dokumenty przekazane przez Beneficjenta w dniu 28.12.2020 r. – pismo nr IR.7011.007.2020.KB, IR.KW-0693/20 z dnia 23.12.2020 r. potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Jerzego Zakrzewskiego – Burmistrza Kłobucka,
  3. zastrzeżenia do Informacji pokontrolnej nr 40/2020/2021 z dnia 18.01.2021 r. przekazane przez Beneficjenta w dniu 15.02.2021 r. (pismo nr IR.7011.007.2020.KB IR.KW-0130/20).

Spis oraz kserokopie zweryfikowanych dokumentów znajdują się w aktach kontroli.



## II. WYNIK KONTROLI:

Wynik przeprowadzonej kontroli procedury zawarcia wyżej przywołanej umowy – z istotnymi zastrzeżeniami.

### 1. Naruszenia przepisów prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub przepisów ustawy Pzp

#### Ustalenia I

Naruszenia przepisów prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub przepisów ustawy Pzp skutkujących wystąpieniem nieprawidłowości mogących skutkować pomniejszeniem wartości wydatków kwalifikowalnych:

- naruszenie art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, pomimo niezastnienia przesłanek dopuszczających taką możliwość

*Zgodnie z art. 29 ust. 3 uPzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.*

W toku kontroli stwierdzono, iż w dokumentach zawierających opis przedmiotu zamówienia, tj. w projekcie wykonawczym dotyczącym wymiany oświetlenia oraz w przedmiarze robót Zamawiający użył następujących znaków towarowych:

- Oprawa oświetleniowa BegHelli A11-10002CW Atomic LED,
- Oprawa oświetleniowa Beghelli 75323 GEO LED,
- Oprawa oświetleniowa SEF LED SENSOR 8614S,
- Oprawa oświetleniowa Beghelli Geo LED 75321.

Jednocześnie w Rozdziale III pkt 6.2 SIWZ Zamawiający zawarł ogólny zapis, zgodnie z którym *Wykonawca jest uprawniony do stosowania produktów równoważnych, przez które rozumie się takie, które posiadają parametry techniczne nie gorsze od tych wskazanych w SIWZ i w załącznikach do SIWZ. Na wykonawcy spoczywa ciężar wskazania „równoważności”.*

W wyjaśnieniach z dnia 23.12.2020 r. Beneficjent wskazał, iż w projekcie wykonawczym, w punkcie 2.8 opisu technicznego, na stronie 5, oprawy oświetleniowe zostały opisane niezwykle konkretnie, przez podanie minimalnych parametrów technicznych i jakościowych. Analogiczny opis został zamieszczony w przedmiarze robót, na stronie 6, w pozycjach od 14 do 17. Tym samym zamawiający spełnił wymagania określone w art. 29 ust. 1 – 3, a także w art. 30 w szczególności w ust. 8 – ustawy Pzp, nakazujące określenie w opisie przedmiotu zamówienia, wymaganych cech materiału odpowiadających zakładanemu przeznaczeniu. Należy zwrócić uwagę na fakt, że pokazany tutaj znak towarowy opraw, został poprzedzony zwrotem „na przykład”, czego nie można interpretować rozszerzająco jako opisu zastosowanego produktu lub jako żądanie, wymóg, czy też obowiązek zastosowania tej konkretnej oprawy. Natomiast ustawodawca w takiej sytuacji nie zabronił zamawiającym, możliwości podania przykładu zastosowania. Należy zatem

stwierdzić, że wykazanie przesłanek uzasadniających użycie znaków towarowych dla opisanie przedmiotu zamówienia jest bezprzedmiotowe, ponieważ zamawiający nie dokonał takiego zastosowania.

Odnosząc się do przytoczonych powyżej wyjaśnień stwierdzić należy, iż Beneficjent w żaden sposób nie uzasadnił tezy, iż poprzedzenie znaku towarowego zwrotem „na przykład” zwalnia Zamawiającego z obowiązku stosowania art. 29 ust. 3 uPzp. Instytucja Wdrażająca również nie znajduje dla niej żadnego uzasadnienia.

W ocenie Instytucji Wdrażającej analizowany przepis znajduje zastosowanie w każdym przypadku, gdy Zamawiający zamieszcza znaki towarowe w dokumentach opisujących przedmiot zamówienia. Przepisy ustawy nie dają podstaw do uzależnienia obowiązku stosowania art. 29 ust. 3 uPzp od celu jakiemu miało służyć użycie znaku towarowego, intencji Zamawiającego czy też sformułowań poprzedzających znak towarowy.

W kontekście złożonych przez Beneficjenta wyjaśnień warto również przytoczyć wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 listopada 2016 r., sygn. akt II GSK 1090/15, w którym Sąd stwierdził, iż naruszony został art. 29 ust. 3 uPzp, pomimo użycia w opisie przedmiotu zamówienia sformułowań „typu” oraz „np.”. NSA wskazał, iż *posłużenie się przez Gminę terminami "typu" i "np." ze wskazaniem cech przedmiotu zamówienia nie jest tożsame z uznaniem, że zamawiający może wykonać zamówienie z wykorzystaniem przedmiotów równoważnych. W kontekście tych uwag przyjęć należy, że zamawiający korzystając w opisie przedmiotu zamówienia ze znaków towarowych, patentów lub pochodzenia nie tylko musi stosować ustawowy zwrot "lub równoważnych", ale nadto ma wykazać, że ze względu na specyfikę zamówienia nie można było opisać przedmiotu w sposób określony w art. 29 ust. 1 pzp. Brak tego elementu jest również naruszeniem zasad pzp.*<sup>1</sup>

Analizując przedmiotowe postępowanie pod kątem wystąpienia przesłanek z art. 29 ust. 3 uPzp, stwierdzić należy, iż w dokumentacji przetargowej Zamawiający opisał parametry techniczne i jakościowe wskazanych oprav oświetleniowych. Oznacza to, iż w kontrolowanym postępowaniu nie zachodziła przesłanka uzasadniająca użycie znaków towarowych, tj. brak możliwości opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie precyzyjnych określeń. W złożonych wyjaśnieniach Beneficjent w żaden sposób nie próbował również uzasadnić tezy, iż użycie znaków towarowych w dokumentacji przetargowej kontrolowanego postępowania wynikało ze specyfiki zamówienia.

W świetle przedstawionych okoliczności należy stwierdzić, iż w kontrolowanym stanie faktycznym doszło do naruszenia art. 29 ust. 3 uPzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, podczas gdy nie zaistniały przesłanki dopuszczające taką możliwość.

W ocenie Instytucji Wdrażającej, wyżej opisane naruszenie pozwala na zidentyfikowanie nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013r. ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego i uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 347 z 20.12.2013r. ze zmianami).

<sup>1</sup> Wyrok NSA z 24.11.2016 r., II GSK 1090/15, LEX nr 2199126.



Zgodnie z definicją zawartą w przedmiotowym przepisie, nieprawidłowość oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSD, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

Dla stwierdzenia nieprawidłowości konieczne jest wystąpienie następujących przesłanek:

- 1) naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego,
- 2) ww. naruszenie wynika z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSD,
- 3) naruszenie ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

W kontrolowanym postępowaniu Beneficjent naruszył dyspozycję art. 29 ust. 3 uPzp. Bezsprzeczne jest, iż stwierdzone naruszenie wynikało z czynności podjętych przez Beneficjenta.

Przechodząc natomiast do kwestii szkody przytoczyć należy utrwalone w orzecznictwie stanowisko, iż *szkodą w interesach finansowych Unii Europejskiej jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, z kolei nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa unijnego lub krajowego. (...) Do oceny, czy doszło do naruszenia przepisów regulujących realizację projektu w ramach programu operacyjnego nie ma podstawowego znaczenia wystąpienie rzeczywistej szkody. Wystarczy stwierdzenie możliwości wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie Unii Europejskiej.*<sup>2</sup>

W związku z powyższym, skutkiem działania Beneficjenta było finansowanie nieuzasadnionego wydatku, tj. wydatku poniesionego przez budżet UE z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych, do stosowania których Beneficjent się zobowiązał w umowie o dofinansowanie.

W orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego został wyrażony pogląd, iż *nie chodzi o spowodowanie szkody rzeczywistej, wystarczająca jest potencjalna możliwość spowodowania takiej szkody. Szkada taka nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało zagrożenie, że szkoda powstanie, a brak jest okoliczności, które wykluczyłyby wpływ uchybienia na budżet odnośnego funduszu.*<sup>3</sup> Analogicznie, w wyroku TSUE z 14 lipca 2016 r. w sprawie o sygn. akt C-406/14, Trybunał stwierdził, że uchybienie zasadom udzielania zamówień publicznych stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 ust. 7 rozporządzenia nr 1083/2006, o ile nie można wykluczyć, że uchybienie to miało wpływ na budżet odnośnego funduszu.

Instytucja Wdrażająca nie znajduje okoliczności, która mogłaby świadczyć o tym, iż stwierdzone naruszenie nie wywołało negatywnych skutków budżetowych. Opis przedmiotu zamówienia (sposób jego dokonania) jest niezwykle istotny dla zachowania zasad, którymi winien kierować się Zamawiający udzielając zamówień publicznych. W ocenie Instytucji Wdrażającej w kontrolowanym stanie faktycznym nie można wykluczyć, że opisanie przedmiotu zamówienia co najmniej mogło mieć wpływ na treść złożonych ofert.

<sup>2</sup> Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 września 2015 r., sygn. akt II GSK 175/15

<sup>3</sup> Wyrok NSA z dnia 18 stycznia 2017r. o sygnaturze II GSK 342/16

W świetle powyższego, zaistniały stan faktyczny w pełni wyczerpuje definicję nieprawidłowości.

Na mocy art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 stwierdzenie wystąpienia nieprawidłowości powoduje powstanie obowiązku podjęcia przez właściwą instytucję odpowiednich działań o których mowa w ust. 9 lub 11 niniejszego artykułu.

Art. 24 ust. 9 wyżej przywołanej ustawy zobowiązuje instytucję zatwierdzającą wniosek o płatność do dokonania pomniejszenia/korekty wartości wydatków kwalifikowanych ujętych we wniosku o płatność złożonym przez beneficjenta o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo.

Wartość korekty/pomniejszenia ustalona zostanie na podstawie Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień.

Jak wynika z §5 przedmiotowego Rozporządzenia, w przypadku gdy skutki finansowe stwierdzonego naruszenia powodującego nieprawidłowość są pośrednie, rozproszone, trudne do oszacowania (a z takimi przypadkami mamy w przedmiotowej kontroli do czynienia) poziom pomniejszenia należy ustalić w oparciu o stawkę procentową wskazaną w Załączniku do tegoż rozporządzenia.

Na mocy wyżej przywołanego Załącznika za rozpatrywaną nieprawidłowość, powstałą w wyniku naruszenia art. 29 ust. 3 uPzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, pomimo niezaistnienia przesłanek dopuszczających taką możliwość, podstawowa stawka korekty/pomniejszenia wynosi **25%**, pozycja 20 „Dyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia lub umowy koncesji”, kolumna 4: Naruszenie art. 29 ust. 3 Pzp lub art. 26 ust. 3 i 4 Uok polegające na opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów, pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę bez zachowania przesłanek określonych w tych przepisach. Wysokość stawki może zostać obniżona do wysokości 10% lub 5%.

Analizując przedmiotową sytuację pod kątem obniżenia stawki korekty, Instytucja Wdrażająca, wzięła pod uwagę następujące okoliczności:

- a. wskazaniu nazw własnych towarzyszyły zapisy pozwalające na zastosowanie materiałów równoważnych (Rozdział III pkt 6.2 SIWZ),
- b. udział składników zamówienia opisanych za pomocą znaków towarowych w całości zamówienia,
- c. znaczenie opisu przedmiotu zamówienia dla zachowania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- d. ilość złożonych ofert (w postępowaniu złożono 7 ofert),

Mając na uwadze wyżej przytoczone cechy indywidualne stwierdzonej nieprawidłowości określające jej charakter i wagę w aspekcie dotyczącym sposobu dokonania opisu przedmiotu zamówienia i potencjalnego wpływu na zachowanie wykonawców oraz przebieg postępowania przy uwzględnieniu zasady proporcjonalności, Instytucja Wdrażająca uznała, iż w rozpatrywanym przypadku korekta finansowa/wskaźnik pomniejszenia winien być ustalony na poziomie 5%.



Pismem z dnia 28.01.2021 r. Beneficjent złożył wniosek o wydłużenie terminu na złożenie zastrzeżeń do Informacji pokontrolnej nr 40/2020/2021 z dnia 18.01.2021 r. Instytucja Wdrażająca przychyłając się do wniosku Beneficjenta, przedłużyła termin na wniesienie zastrzeżeń do dnia 18.02.2021 r.

W dniu 15.02.2021 r. Beneficjent złożył zastrzeżenia, kwestionując naruszenie art. 29 ust. 3 uPzp oraz sposób ustalenia wartości pomniejszenia wydatków kwalifikowanych/korekty finansowej.

Uzasadniając swoje stanowisko Beneficjent podniósł co następuje:

**a) naruszenie art. 29 ust. 3 uPzp**

Zamawiający stwierdził, iż wskazane za pomocą znaków towarowych oprawy oświetleniowe zostały opisane konkretnie poprzez podanie parametrów technicznych i jakościowych. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, spełnił on wszystkie wymagania określone w art. 29 ust. 1-3, a także art. 30 ust. 8 uPzp. Wobec powyższego Zamawiający stoi na stanowisku, iż zastosowane znaki towarowe nie służyły do opisanego przedmiotu zamówienia, bo ten został opisany parametrycznie, w związku z czym nie znajduje tu zastosowania art. 29 ust. 3 uPzp.

W dalszej części zastrzeżeń Beneficjent wywodzi, iż zastosowanie nazw opraw oświetleniowych nie mogło skutkować uprzywilejowaniem niektórych wykonawców lub produktów, gdyż każdy wykonawca mógł zastosować oprawy oświetleniowe dowolnego dostawcy, pod warunkiem spełnienia przez nie podanych w opisie przedmiotu zamówienia parametrów technicznych i użytkowych.

Przechodząc do analizy złożonych przez Zamawiającego zastrzeżeń, należy zauważyć, iż w znacznej części stanowią one powtórzenie argumentacji zawartej w wyjaśnieniach z dnia 23.12.2020 r., do których Instytucja Wdrażająca odniosła się w Informacji pokontrolnej nr 40/2020/2021 z dnia 18.01.2021 r.

Niemniej jednak podkreślić należy, iż opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu jest możliwe tylko w sytuacji, gdy łącznie zostaną spełnione następujące przesłanki:

- będzie to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia,
- zamawiający nie będzie mógł opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń,
- wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Biorąc pod uwagę literalne brzmienie art. 29 ust. 3 uPzp Instytucja Wdrażająca nie może zgodzić się z przedstawionym przez Beneficjenta poglądem, iż wyszczególnienie parametrów technicznych produktu wskazanego poprzez podanie znaku towarowego zwalnia Zamawiającego z obowiązku spełnienia przesłanek opisanych w tymże przepisie.

Bezspornym jest przy tym, iż w kontrolowanym postępowaniu nie wystąpiły łącznie wszystkie wyszczególnione powyżej przesłanki.

Idąc dalej, nie sposób przychylić się do stanowiska Beneficjenta, iż zastosowanie nazw nie mogło skutkować uprzywilejowaniem niektórych wykonawców lub produktów. W ocenie Instytucji Wdrażającej wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia znaku towarowego z natury rzeczy będzie oznaczało uprzywilejowanie lub wyeliminowanie wykonawców lub produktów.

W tym kontekście Instytucja Wdrażająca w pełni podziela pogląd wyrażony w Uchwale Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym *dyskryminujące opisanie*

przedmiotu zamówienia wpływa bezpośrednio na liczbę złożonych w postępowaniu ofert, oraz może skutkować oferowaniem przez wykonawców produktów wyłącznie jednego producenta czy dystrybutora. W efekcie prowadzi to do powstania zawężonego rynku kreowanego przez zamawiających, na którym rzeczywistą konkurencją ceną, walorami użytkowymi i jakością zastępuje quasi-konkurencja między dostawcami tej samej technologii lub produktów tego samego producenta lub dystrybutora.<sup>4</sup>

#### **b) Sposób ustalenia korekty finansowej/pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowanych**

Beneficjent stoi na stanowisku, iż ustalenie wartości korekty finansowej/pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowanych powinno odbyć się w oparciu o § 4 Rozporządzenia (metodę dyferencyjną), nie zaś w oparciu o § 5 Rozporządzenia (metodę wskaźnikową). W ocenie Beneficjenta szkoda jaką poniósł budżet Unii Europejskiej jest równa wartości opraw oświetleniowych opisanych za pomocą znaków towarowych i wynosi 2.891,00 zł. Określając tą wartość Beneficjent posłużył się cenami z kosztorysu ofertowego złożonego przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą

Odnosząc się do stanowiska Beneficjenta wskazać należy, iż opisana w § 4 Rozporządzenia metoda ustalania wysokości korekty znajduje zastosowanie w przypadku, gdy możliwe jest precyzyjne wskazanie kwoty wydatków poniesionych nieprawidłowo. W celu ustalenia wysokości szkody z wykorzystaniem tejże metody, konieczne byłoby porównanie wysokości rzeczywiście wydatkowanych środków z wysokością środków, które zostałyby poniesione gdyby nie nastąpiło rozpatrywane naruszenie.

W ocenie Instytucji Wdrażającej, w kontrolowanym stanie faktycznym, nie jest możliwe określenie wysokości wydatków, które zostałyby poniesione gdyby nie wystąpiło stwierdzone naruszenie. Tym samym nie można utożsamiać wysokości szkody poniesionej przez budżet Unii Europejskiej z wartością materiałów zaoferowanych przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 listopada 2019 r. o sygnaturze I GSK 1446/18: *Samo stwierdzenie naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, o ile naruszenie to nie ma li tylko wyłącznie charakteru formalnego, jest równoznaczne z powstaniem potencjalnej (a nie rzeczywistej szkody) z uwagi na charakter naruszenia przepisów u.p.z.p. szkody, a jej wysokość oraz waga i charakter naruszenia tych przepisów, znajduje odzwierciedlenie w przypisanych poszczególnym naruszeniom wskaźnikach określonych w Taryfikatorze. W przypadku naruszenia u.p.z.p. z reguły bowiem stwierdzone naruszenia są tego rodzaju, że instytucja zarządzająca nie jest w stanie obiektywnie to oceniając określić rzeczywistej wysokości szkody. Z tego względu nie ma potrzeby przeprowadzenia w tym zakresie jakichkolwiek ustaleń faktycznych. Przyjmuje się, że wysokość szkody jest ujęta w poszczególnych pozycjach Taryfikatora, w którym poszczególnym, zindywidualizowanym naruszeniem przypisana jest wysokość korekty. Wysokość tej korekty jest ustalana w Taryfikatorze relatywnie do szkody powodowanej przez naruszenia. Ustawodawca przyjmuje tu domniemanie, że skoro doszło do naruszenia przepisów ustawy o zamówieniach publicznych, to musiała zaistnieć szkoda w budżecie UE. Każdorazowo kiedy instytucja zarządzająca stwierdzi naruszenia Prawa zamówień publicznych obowiązana jest zastosować przewidziany dla tego naruszenia wskaźnik%.*<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO/KD 21/16

<sup>5</sup> wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 listopada 2019r. o sygnaturze I GSK 1446/18



Mając na uwadze powyższe, Instytucja Wdrażająca podtrzymuje swoje stanowisko w kwestii stwierdzonego naruszenia oraz ustalonej stawki korekty finansowej/wskaźnika pomniejszającego wartość kwalifikowaną zamówienia.

## Ustalenia II

Naruszenia o charakterze formalnym prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub przepisów ustawy Pzp niewywołujące skutków finansowych w postaci obniżenia kwoty wydatków kwalifikowalnych:

- **naruszenie art. 30 ust. 4 uPzp** polegające na odwołaniu się w opisie przedmiotu zamówienia do norm bez użycia sformułowania „lub równoważne” przy każdym takim odniesieniu

Zgodnie z art. 30 ust. 4 uPzp *opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i ust. 3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważne"*.

Przytoczony powyżej przepis stanowi implementację art. 42 ust. 3 pkt b Dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym *specyfikacje techniczne formułuje się poprzez odniesienie do specyfikacji technicznych oraz, w kolejności preferencji do: norm krajowych przenoszących normy europejskie, europejskich ocen technicznych, wspólnych specyfikacji technicznych, norm międzynarodowych, innych systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organy normalizacyjne lub - w przypadku ich braku - do norm krajowych, krajowych aprobat technicznych lub krajowych specyfikacji technicznych dotyczących projektowania, wyliczeń i realizacji robót budowlanych oraz wykorzystania dostaw; każdemu odniesieniu towarzyszą słowa "lub równoważne"*.

Z przytoczonych powyżej przepisów wynika, iż za każdym razem gdy Zamawiający posługuje się normami, w celu opisanie przedmiotu zamówienia, powinien po nazwie normy zamieścić sformułowanie „lub równoważne”.

W dokumentacji projektowej stanowiącej opis przedmiotu zamówienia Zamawiający wielokrotnie użył odniesienia do norm. Odniesieniom tym nie towarzyszy zwrot „lub równoważne”.

Jednocześnie w Rozdziale III pkt 6.3 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że *opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i ust. 3 Ustawy, Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne”*.

Nie ulega wątpliwości, iż brak zwrotu „lub równoważny” przy każdej normie użytej w dokumentach przetargowych stanowi naruszenie art. 30 ust. 4 uPzp.

Jednakże, w ocenie Instytucji Wdrażającej, powyższe naruszenie nie pozwala na zidentyfikowanie nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt. 36 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r.

Biorąc pod uwagę zaistniałe w kontrolowanym postępowaniu okoliczności faktyczne, nie sposób przyjąć, iż powyższe naruszenie mogło wywrzeć jakikolwiek szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem.

Uzasadniając takie stanowisko Instytucja Wdrażająca wzięła pod uwagę fakt, iż zawarty w SIWZ zapis dopuszczający zastosowanie rozwiązań równoważnych obejmuje wszystkie normy użyte w opisie przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym, kierując się zasadą proporcjonalności, uznano stwierdzone naruszenia za formalne.

➤ **Naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezwrócenie Wykonawcom wadium niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty**

Zgodnie z art. 46 ust. 1 uPzp, Zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (...).

Jak wynika z przedstawionych do kontroli dokumentów, wybór najkorzystniejszej oferty miał miejsce w dniu 21.04.2020 r. Wadia złożone w formie pieniężnej zostały zwrócone dopiero po podpisaniu umowy o udzielenia zamówienia, w dniach: 12.05.2020 r. oraz 27.05.2020 r.

Mając na uwadze okres jaki minął pomiędzy opisanymi powyżej czynnościami, nie sposób przyjąć, że zwrot wadium nastąpił niezwłocznie po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wobec powyższego Instytucja Wdrażająca uznała, iż Zamawiający nie wypełnił obowiązku wynikającego z art. 46 ust. 1 uPzp.

Jednakże powyższe naruszenie w ocenie Instytucji Wdrażającej nie pozwala na zidentyfikowanie nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt. 36 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r.

W ocenie Instytucji Wdrażającej powyższe naruszenie nie wywarło szkodliwego wpływu na budżet Unii poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem. Uzasadniając takie stanowisko Instytucja Wdrażająca wzięła pod uwagę fakt, iż niezwrócenie wadium w terminie nie wywiera żadnego wpływu na przebieg postępowania przed otwarciem ofert jak i na późniejsze decyzje Zamawiającego co do wyboru najkorzystniejszej oferty.

### **Ustalenia III**

Inne uwagi:

- Nie stwierdzono

2. **Zgodność zakresu zamówienia z zakresem przedsięwzięcia wskazanym we wniosku o dofinansowanie i umowie o dofinansowaniu:**

Zakres rzeczowy zawarty w umowie z wykonawcą nr 117/IR/V/2020 z dnia 11.05.2020 r. jest zgodny z zakresem rzeczowym określonym w umowie o dofinansowanie nr 18/2020 zawartej w dniu 16.03.2020 r.

### **III. INFORMACJA O POMNIEJSZENIU WYDATKÓW KWALIFIKOWALNYCH**

Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Katowicach informuje, iż ustalił korektę finansową/wskaźnik pomniejszający wartość kwalifikowaną zamówienia udzielonego na podstawie Umowy nr DTE – 117/IR/V/2020 z dnia 11.05.2020 r. w wysokości 5%.



#### IV. INFORMACJA O PRAWIE DO WNIESIENIA ZASTRZEŻEŃ

Od ustaleń zawartych w niniejszej opinii Beneficjentowi nie przysługują środki odwoławcze w systemie instytucjonalnym PO IiŚ.

#### V. POZOSTAŁE INFORMACJE

1. Wynik powyższej kontroli nie uchyla innych ustaleń poczynionych w toku innych kontroli właściwych organów w systemie POIiŚ.
2. Informację pokontrolną sporządzono w dwóch jednobrzmiących egzemplarzach, po jednym dla Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Katowicach i Beneficjenta.

##### Data i podpis Kontrolującego:

	Imię i nazwisko	Data	Podpis
Sporządziła:	Marlena Mizgała	18.02.2021r.	Marlena Mizgała

##### Data i podpis Kierownika Zespołu Kontroli Projektów POIiŚ:

	Imię i nazwisko	Data	Podpis
Weryfikował:	Mariusz Smurzyński	18.02.21r.	M. Smurzyński

##### Data i podpis Zastępcy Prezesa Zarządu WFOŚiGW w Katowicach:

	Imię i nazwisko	Data	Podpis
Akceptował:	Adam Lewandowski	18/02/21r.	A. Lewandowski

Informacja pokontrolna została zatwierdzona Uchwałą Zarządu WFOŚiGW w Katowicach  
Nr 214 /2021 z dnia 19.02.2021 r.