

## INFORMACJA POKONTROLNA

dotycząca zamówienia zarejestrowanego pod numerem: nie dotyczy.

1	Nazwa Beneficjenta	GMINA MIEJSKA ZGORZELEC
2	Adres Beneficjenta	Ul. Domańskiego 7; 59-900 Zgorzelec
3	Nazwa projektu	Pomysł: Nasze Dziedzictwo – Twoja Przyszłość
4	Numer projektu	PLSN.01.01.00-02-0134/18
5	Nazwa postępowania	„Modernizacja budynku Miejskiego Domu Kultury w Zgorzelcu etap III w ramach projektu Pomysł: Nasze Dziedzictwo - Twoja Przyszłość” w formule zaprojektuj i wybuduj”
6	Oznaczenie postępowania	WZP.271.1.21.2022
7	Data zakończenia kontroli	05.12.2022 r.
8	Ustalenia z zakończenia kontroli postępowania: Stwierdzone uchybienia formalne i merytoryczne	

**Uchybienia merytoryczne, z wpływem na ocenę postępowania:**

Stwierdzono naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą PZP oraz art. 103 ust. 3 i 4 ustawy PZP poprzez brak dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji.

Należy podkreślić, iż art. 103 ust. 3 ustawy PZP [Sposób opisywania zamówień na roboty budowlane] stanowi, iż Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne.

Ponadto, zgodnie z art. 103 ust. 4 ustawy PZP Minister właściwy do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa określił, w drodze rozporządzenia, szczegółowy zakres i formę:

- 1) dokumentacji projektowej,
- 2) specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych,
- 3) programu funkcjonalno-użytkowego

W nawiązaniu do powyższego ROZPORZĄDZENIA MINISTRA ROZWOJU I TECHNOLOGII z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego stanowi w **Rozdziale 4 Zakres i forma programu funkcjonalno-użytkowego m.in.:**

**§ 18. [Część opisowa programu funkcjonalno-użytkowego]**

1. Część opisowa programu funkcjonalno-użytkowego obejmuje:

(...)

2. Opis ogólny przedmiotu zamówienia obejmuje:

1) **charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu lub zakres robót budowlanych;**

2) aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia;

3) ogólne właściwości funkcjonalno-użytkowe;

4) szczegółowe właściwości funkcjonalno-użytkowe wyrażone we wskaźnikach powierzchniowo-kubaturowych, ustalone zgodnie z najnowszą opublikowaną w języku polskim Polską Normą PN-ISO 9836 "Właściwości użytkowe w budownictwie. Określanie i obliczanie wskaźników powierzchniowych i kubaturowych", jeżeli wymaga tego specyfika obiektu budowlanego, w szczególności:

a) powierzchnie użytkowe poszczególnych pomieszczeń wraz z określeniem ich funkcji,

b) **wskaźniki powierzchniowo-kubaturowe, w tym wskaźnik określający udział powierzchni ruchu w powierzchni netto,**

c) inne powierzchnie, jeżeli nie są pochodną powierzchni użytkowej opisanych wcześniej wskaźników,

d) **określenie wielkości możliwych przekroczeń lub pomniejszenia przyjętych parametrów**

powierzchni i kubatur lub wskaźników.

Z dokumentacji załączonej w dokumentach postępowania i stanowiącej opis przedmiotu zamówienia sporządzonego za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego wynika, iż Zamawiający sporządził ww. opis z pominięciem m.in. niżej wymienionych elementów PFU wymaganych wzmiankowanym rozporządzeniem:

- charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu lub zakres robót budowlanych
- szczegółowe właściwości funkcjonalno-użytkowe wyrażone we wskaźnikach powierzchniowo-kubaturowych
- określenie wielkości możliwych przekroczeń lub pomniejszenia przyjętych parametrów powierzchni i kubatur lub wskaźników

co sprawiło, iż przedmiot zamówienia nie został w żaden sposób skwantyfikowany i w zasadzie był niemierzalny.

Powyższe skutkowało niedochowaniem wymogów normy art. 99 ust. 1 ustawy PZP, która nakazuje, aby Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, nie pominął żadnych informacji mających wpływ na sporządzenie oferty, ponieważ celem tego przepisu jest wyeliminowanie elementu niepewności wykonawców co do oczekiwań zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia i zagwarantowanie im wiedzy niezbędnej do prawidłowego przygotowania oferty i wykonania zamówienia. Priorytetem jest prawidłowa wycena i prawidłowe wykonanie zamówienia przez wykonawcę. Poza tym realizację roboty budowlanej można wycenić tylko wówczas, kiedy została ona skwantyfikowana. W przeciwnym razie dodatkowo istnieje zagrożenie, że otrzymamy produkt gorszy niż oczekiwany i nie mamy narzędzia do egzekwowania jego naprawy.

W konsekwencji powyższe potwierdza brak dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, jak również brak skutecznych narzędzi weryfikacji jakości wykonania przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego.

Należy podkreślić, iż postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia bez uzasadnionej przyczyny chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 99 ust. 1 i 4 ustawy PZP, wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Z przepisu art. 99 ust. 4 ustawy PZP wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji.

Opis przedmiotu zamówienia warunkuje złożenie przez zainteresowanych wykonawców prawidłowej, niepodlegającej odrzuceniu oferty. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, tak aby wykonawca miał jasność co do tego, jaki produkt jest wymagany przez zamawiającego i na podstawie jakich kryteriów będzie oceniana jego oferta. Brak precyzji przy formułowaniu treści SWZ nie może być usprawiedliwiony możliwością wyjaśnienia treści złożonych ofert na etapie ich analizy i oceny, jest to bowiem bezwzględny obowiązek obciążający zamawiającego i nie może być przerzucany na wykonawców. To właśnie na etapie konstruowania treści SWZ Zamawiający winien dołożyć należytej staranności i wyeliminować w stopniu możliwie najwyższym wszelkie niejasności i nieprecyzyjne zapisy, tak, aby podczas badania i oceny ofert wyeliminować element subiektywnej, nie znajdującej odzwierciedlenia w dokumentach postępowania oceny, która realnie prowadziłyby do stawiania wykonawcom na etapie realizacji zamówienia, nieznanymi wcześniej wymagań. Ponadto niepełny i nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, nieuwzględniający wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty narusza art. 99 st. 1 ustawy PZP, a zarazem narusza zasady uczciwej konkurencji, o których mowa w ust. 4 tego przepisu. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę KK uznał, iż naruszony został 99 ust.1 i 4 oraz 103 ust. 3 i 4 ustawy PZP poprzez nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, co mogło uniemożliwić potencjalnym wykonawcom pełne określenie przedmiotu zamówienia i wpłynąć odstraszająco, potencjalnie ograniczając konkurencję.

Opisane powyżej naruszenie odpowiada definicji nieprawidłowości, wynikającej z 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 ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006.

Zgodnie z art. 2 pkt 36 ww. Rozporządzenia „nieprawidłowość” oznacza 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.

Należy zauważyć, iż źródłem stwierdzonej nieprawidłowości jest po pierwsze nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, który mógł uniemożliwiać potencjalnym wykonawcom pełne określenie przedmiotu zamówienia i wpłynąć odstraszająco, potencjalnie ograniczając konkurencję, co stanowi naruszenie 99 ust. 1 i 4 ustawy PZP oraz 103 ust. 3 i 4 ustawy PZP.

Po drugie, 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 36 rozporządzenia ogólnego i wymaga podjęcia działań korygujących.

O ile pierwsza wskazana przesłanka wydaje się być oczywista w świetle przedstawionych przez KK argumentów merytorycznych, druga – 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. Dopiero brak wystąpienia zarówno szkody rzeczywistej oraz potencjalnej, uniemożliwia zakwalifikowanie danego naruszenia jako nieprawidłowości i tym samym rozpoczęcie procedury związanej z oszacowaniem wysokości szkody. Szkoda realna występuje wówczas, gdy nieprawidłowość została wykryta po sfinansowaniu nieprawidłowego wydatku ze środków UE. Natomiast szkoda potencjalna występuje w przypadku, gdy nie doszło do sfinansowania nieprawidłowego wydatku ze środków polityki spójności, lecz istniało takie ryzyko, gdyby nieprawidłowość nie została wykryta przed wypłatą tych środków (wydatki, którym zapobieżono dzięki odpowiednio wczesnemu wykryciu nieprawidłowości).

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 24 ust. 9 pkt 1 ustawy 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 ze zm.), w momencie przedłożenia przez Beneficjenta do rozliczenia wydatków poniesionych z tytułu umowy zawartej w wyniku ocenianego postępowania, konieczne będzie pomniejszenie wartości wydatków kwalifikowalnych o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo.

Dla nieprawidłowości indywidualnej, stwierdzonej w toku kontroli ex-post przedmiotowego postępowania w sprawie zamówienia publicznego, zastosowanie znajduje 10 % procentowa stawka pomniejszenia wskazana w pkt 12 (nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, który może uniemożliwiać potencjalnym wykonawcom pełne określenie przedmiotu zamówienia i wpłynąć odstraszająco, potencjalnie ograniczając konkurencję.) załącznika do **ROZPORZĄDZENIA MINISTRA FUNDUSZY I POLITYKI REGIONALNEJ z dnia 14 grudnia 2020 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (t.j. Dz.U. z 2020 r. Poz. 2371)**, zwanego dalej **rozporządzeniem w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo**.

Na marginesie wskazać należy, że treść Rozporządzenia jest w tym zakresie zgodna z aktualnym stanowiskiem Komisji Europejskiej zawartym w Decyzji Komisji C (2019) 3452 z 14 maja 2019 r. ustanawiającej wytyczne dotyczące określania korekt finansowych w odniesieniu do wydatków finansowanych przez Unię w przypadku nieprzestrzegania obowiązujących przepisów dotyczących zamówień publicznych – część 2.1 pkt 12 przedmiotowej Decyzji przewiduje tożsamą sankcję z tytułu zidentyfikowanego przez KK naruszenia.

#### Uchybienia formalne, bez wpływu na ocenę postępowania:

Analiza treści opisu przedmiotu zamówienia- dokumentacji technicznej, wykazała, iż Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia posłużył się nazwą marki(firmy) wskazujących na konkretne wyroby, tj. Preventol®, VULPEX™.

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, co stanowi jedynie formalne naruszenie ww. artykułu.

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

Niemniej, pomimo nie wskazania w opisie przedmiotu zamówienia kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności KK uznał, iż w przedmiotowym postępowaniu nie wystąpiło znaczące ograniczenie konkurencji, a użycie ww. znaku towarowego nie wpłynęło na wynik postępowania, ponieważ wymóg odnośnie ww. znaków towarowego jest związany z częściami pomocniczymi umowy i ich potencjalny wpływ na budżet Unii Europejskiej jest wyłącznie formalny, a Zamawiający w rozdz. IV.6 SWZ dopuścił zastosowanie rozwiązań równoważnych.

9

Wynik kontroli

Zamówienie publiczne zostało ocenione **negatywnie**.

Wrocław, dnia 19.12.2022 r.

Paweł Lipiński

Dyrektor  
Wydziału Organizacji i Rozwoju  
Dolnośląskiego Urzędu Wojewódzkiego  
we Wrocławiu/podpisano elektronicznym  
podpisem kwalifikowanym/  
/podpis Dyrektora/Z-cy Dyrektora OR  
Jolanta ZelepKIEROWNIK ODDZIAŁU  
Współpracy Transgranicznej  
Kajetan Szydłowski