



Unia Europejska  
Fundusz Spójności



Interreg  
Polska-Sachsen

### INFORMACJA POKONTROLNA

1	Nazwa Beneficjenta	Powiat Lubański
2	Adres Beneficjenta	ul. Mickiewicza 2, 59-800 Lubań
3	Nazwa projektu	Kom(m)ando – Wspólna ochrona przed skutkami zmian klimatu
4	Numer projektu	PLSN.04.01.00-DE-0148/19
5	Nazwa postępowania	„Budowa Systemu Ostrzegania Przeciwpowodziowego KWISA oraz dostawa zestawów do cyfrowej łączności”  Podstawa prawna: art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą PZP
6	Oznaczenie postępowania	SR.042.5.9.2019
7	Data zakończenia kontroli	23. 08.2022 r.
8	Ustalenia z zakończenia kontroli postępowania: Stwierdzone uchybienia formalne i merytoryczne	

#### **I. Uchybienie merytoryczne mające wpływ na ocenę badanego postępowania:**

Analiza treści opisu przedmiotu zamówienia wykazała, iż Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia przez odniesienie do norm (m.in IEC 61000-4-2, DMR Tier II według ETSI TS 102 361-1/2/3 – standard, którego architektura oparta jest na normach: m.in. ISO, IEC, MIL-STD-810 C / D / E / F / G), bez wskazania, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym.

Wobec powyższego należy podkreślić, iż wykonawca oczywiście na gruncie ustawy PZP - ma prawo domagać się aby mógł się legitymować wdrożeniem innych, równoważnych standardów lub norm zarządzania jakością, pod warunkiem jej dopuszczenia przez Zamawiającego.

Zamawiający wobec powyższego naruszył art. 101 ust. 4 ustawy PZP poprzez brak dopuszczenia rozwiązań równoważnych opisywanym, co skutkowało niewystarczającym opisem przedmiotu zamówienia, tj. opis w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia był niewystarczający i mógł uniemożliwić potencjalnym wykonawcom pełne określenie przedmiotu zamówienia, co mogło mieć skutek odstraszający, potencjalnie ograniczający 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



Unia Europejska  
Fundusz Spójności



Interreg  
Polska-Sachsen  
Europejski Fundusz Regionalny

zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSD, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

Należy zauważyć, iż źródłem stwierdzonej nieprawidłowości jest zaniechanie Beneficjenta polegające na opisanym powyżej niewypełnieniu obowiązków art. 101 ust. 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 stawka procentowa 10% pomniejszenia wskazana w pkt 12 (niewystarczającym opis przedmiotu zamówienia) załącznika do Rozporządzenia.

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.

KK zwrócił się także do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie - w ramach warunku nr 1 - ponieważ stwierdził, iż Wykonawca nie wykazał spełnienia szczegółowych elementów niżej wymienionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie:

- prowadzenia całorocznej min. 3 – letniej kompleksowej obsługi serwisowej systemu skł. się min. z 10 stacji hydrologicznych wyposażonych w wodowskazy letowe



Unia Europejska  
Fundusz Spójności



Interreg  
Polska-Sachsen

i automatyczne telemetryczne stacje pomiarowe, w tym min. 4 stacje zintegrowane hydrologiczno - opadowe, transmitujące dane do min 8 centrów dyspozytorskich (zbiornice danych pomiarowych) z systemem transmisji danych opartym na łączności radiowej (nie GSM) oraz obsłudze, naprawie i konserwacji radiowego systemu transmisji danych (radiotelefony, tor antenowy). Wykonawca wskazał, iż prowadził w latach 2019, 2020, 2022 obsługę (niedookreślonego) systemu LSOP (co wynika jedynie z referencji), nie wykazał ani czy w systemie były 4 stacje zintegrowane hydrologiczno-opadowe (z referencji wynika, iż tylko opadowe) ani też faktu, iż ww. stacje transmitowały dane do min 8 centrów dyspozytorskich (zbiornice danych pomiarowych) z systemem transmisji danych opartym na łączności radiowej (nie GSM);

- nie wykazał także spełnienia drugiej części warunku dotyczącego obsługi, naprawy i konserwacji radiowego systemu transmisji danych dotyczących radiotelefonów oraz toru antenowego. W opinii KK warunek szczegółowy postawiony przez Zamawiającego był szerszy i nie został w całości wykazany.

Dodatkowo w ramach warunku nr 2 – należało wyjaśnić w jaki sposób Zamawiający uznał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, iż system radiowej łączności głosowej wykazany w wykazie robót został wykonany przez Wykonawcę w standardzie DMR – Tier II, z uwagi po pierwsze na fakt, iż z analizy KK opisu przedmiotu zamówienia (dokumenty postępowania znajdują się w dyspozycji KK) wskazanego w odnośnych referencjach postępowania nie wynika konieczność zbudowania przez wykonawcę systemu radiowej łączności głosowej w standardzie DMR – Tier II.

Zamawiający wyjaśnił, iż nie wzywał Wykonawcy do uzupełnienia wykazu robót/usług. Beneficjent przygotowując postępowanie zapoznał się z działającymi systemami ostrzegania przeciwpowodziowego, na uwadze miał w szczególności LSOP w Kłodzku, właśnie ten system wykonywała spółka wybrana w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Obecnie system ten składa się z 22 automatycznych stacji pomiaru stanów wód w rzekach (stacje hydrologiczne o symbolu H), 17 automatycznych stacji pomiarów opadów atmosferycznych (stacje opadowe o symbolu P) w tym 4 stacje zintegrowane hydrologiczno- opadowe (stacje o symbolu HP).

**Dane te są ogólnie dostępne.** Natomiast Beneficjent dodatkowo przez ostatnie lata przygotowywał się do postępowania i analizował budowę systemów ostrzegania przeciwpowodziowego stąd miał wiedzę, że architektura LSOP, której wykonawcą i serwisantem jest firma [REDAKTOWANE] wyczerpuje pod względem wymagań ofertowych oczekiwania Zamawiającego. Zdecydowało to o braku konieczności wzywania Wykonawcy do wyjaśnień i uzupełnień.

Beneficjent nie zgodził się ze stanowiskiem Kontrolera, że warunek szczegółowy przedstawiony przez Zamawiającego był szerszy i nie został w całości wykazany. Zapis w referencjach „(...) całoroczna obsługa serwisowa polegająca na wykonywaniu prac remontowo - konserwacyjnych, kalibracyjnych oraz na świadczeniu usług serwisu doraźnego w razie nagłych awarii stacji telemetrycznych i dyspozytorskich” jest wystarczający, aby uznać, że Wykonawca „naprawiał i konserwował radiowy system transmisji danych (radiotelefony, tor antenowy)”. Wnika to wprost z budowy takiego systemu. Lokalny System Osłony Przeciwpowodziowej powiatu kłodzkiego oparty jest wyłącznie na łączności radiowej obsługującej system telemetryczny. Wykazana całoroczna, kompleksowa obsługa tego systemu jak również budowa i obsługa systemu łączności radiowej powiatu zgorzeleckiego uznane zostały jako doświadczenie oferenta wystarczające do spełnienia wymaganego warunku.

Dodatkowo Zamawiający wyjaśnił, że jego intencją było, aby projektowany system łączności głosowej i transmisji danych telemetrycznych spełniał oczywiście, powszechne wymagania DMR (ang. Digital Mobile Radio) - otwartego standardu cyfrowej łączności radiowej opracowanego przez Europejski Instytut Norm Telekomunikacyjnych (ETSI) i zatwierdzonego w 2005 roku. Specyfikacja standardu



Unia Europejska  
Fundusz Spójności



Interreg  
Polska-Sachsen



DIVIR jest zawarta w serii dokumentów ETSI TS 102 361. Wykonawca przedstawił w wykazie robót wykonanych informację, że wybudował system łączności radiowej powiatu zgorzeleckiego w standardzie DMR - Tier II składający się ze stacji przemiennikowej oraz 8 stacji bazowych. Architektura systemu cyfrowej łączności radiowej opartej na przemienniku radiowym jest tożsama ze spełnieniem wymaganego standardu DMR - Tier II (to znaczy, że jeżeli system posiada stację przemiennikową i stację bazową to musi być wykonany w systemie Tier II, a nie na przykład Tier I). Działający w sąsiednim powiecie system cyfrowej łączności radiowej posiadał na etapie realizacji sprecyzowane parametry techniczne, które w sposób oczywisty wyczerpywały powyższe standardy, mimo, że Zamawiający nie wskazał ich wprost. Wobec powyższego, w ocenie oferty nie było konieczności doprecyzowywania przedstawionej przez oferenta informacji.

Jednostki samorządu terytorialnego współpracują ze sobą na poziomie lokalnych centrów zarządzania kryzysowego, stąd Beneficjent nie miał problemu z uzyskaniem podstawowej wiedzy w trakcie planowania zakresu swojego przedmiotu zamówienia oraz technologii posiadanej przez inne jednostki. Beneficjent, z uwagi na stopień specjalizacji, nie zamierzał opierać się na własnej wiedzy, ale powołał eksperta z zakresu telemetrii i miernictwa hydrologiczno-meteorologicznego. Dlatego też aby dochować należytej staranności zwrócił się do eksperta o weryfikację dokumentów złożonych na wezwanie. W odpowiedzi z dnia 04.04.2022 otrzymał informację: „Wykaz zadań uznaję za wystarczający i zgodny z oczekiwaniami”. Dla eksperta i innych osób merytorycznych było oczywiste, że przedstawiony przez Oferenta zakres wykonanych zadań spełnia wymagania Beneficjenta zapisane w SWZ.

Odnosząc się do wyjaśnień Beneficjenta odnośnie wypełnienia przez Zamawiającego - wynikającego z art. 128 ust. 1 ustawy PZP - obowiązku wezwania wykonawcy, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą do uzupełnienia Wykazu dostaw/udzielenia wyjaśnień w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie udokumentowania wykonania wymaganych robót/usług, należy zauważyć jak niżej:

**KK w wyniku dokonania analizy wyjaśnień Zamawiającego uznał, iż nie wykazał on, iż wykonawca w złożonym na wezwanie w trybie art. 274 ustawy PZP Wykazie robót/usług potwierdził fakt spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie udokumentowania wykonania ponieważ:**

- nie wykazał ani czy w systemie były **4 stacje zintegrowane hydrologiczno-opadowe (z referencji wynika, iż tylko opadowe)** ani też faktu, iż ww. stacje **transmitowały dane do min 8 centrów dyspozytorskich (zbiornice danych pomiarowych) z systemem transmisji danych opartym na łączności radiowej (nie GSM).**
- nie wykazał także spełnienia drugiej części warunku dotyczącego obsługi, naprawy i konserwacji radiowego systemu transmisji danych dotyczących radiotelefonów oraz toru antenowego. W opinii KK warunek szczegółowy postawiony przez Zamawiającego był szerszy i nie został w całości wykazany

oraz

- w ramach warunku nr 2 system radiowej łączności głosowej wykazany w wykazie robót, nie został potwierdzony, jako wykonany przez Wykonawcę w standardzie DMR – Tier II, co wynika z analizy KK opisu przedmiotu zamówienia (dokumenty postępowania znajdują się w dyspozycji KK) wskazanego w odnośnych referencjach postępowania.

Brzmienie tego warunku jest jednoznaczne – Zamawiający wymagał doświadczenia w wykonaniu:

- prowadzenia całorocznej min. 3 – letniej kompleksowej obsługi serwisowej systemu skl. się min. z 10 stacji hydrologicznych wyposażonych w wodowskazy latowe i autmatyczne telemetryczne stacje pomiarowe, w tym min. 4 stacje zintegrowane hydrologiczno - opadowe, transmitujące dane do min 8 centrów dyspozytorskich (zbiornice danych pomiarowych) z systemem transmisji danych opartym na łączności radiowej (nie GSM)



Unia Europejska  
Fundusz Spójności



oraz obsłudze, naprawie i konserwacji radiowego systemu transmisji danych (radiotelefony, tor antenowy). Wykonawca wskazał, iż prowadził w latach 2019, 2020, 2022 obsługę (nieodokreślonego) systemu LSOP (co wynika jedynie z referencji), nie wykazał ani czy w systemie były 4 stacje zintegrowane hydrologiczno-opadowe (z referencji wynika, iż tylko opadowe) ani też faktu, iż ww. stacje transmitowały dane do min 8 centrów dyspozytorskich (zbiornice danych pomiarowych) z systemem transmisji danych opartym na łączności radiowej (nie GSM)

- obsługi, naprawy i konserwacji radiowego systemu transmisji danych dotyczących radiotelefonów oraz toru antenowego

przy czym nie mogły to być jakiegokolwiek prace mieszczące się w pojęciu kompleksowej obsługi serwisowej, Zamawiający bowiem dokładnie określił, jakie czynności mają się na te prace składać, tj. **obsługa, naprawa i konserwacja** konkretnie opisanego powyżej systemu **transmisji danych**.

Wyliczenie to jest enumeratywne, treść warunku nie zawiera żadnych sformułowań pozwalających uznać je jako elementy składowe serwisowania jak i systemu za przykładowe, nie użyto takiego określenia, jak „na przykład” (albo innego równoważnego znaczeniowo), nie posłużono się też w tym wyliczeniu spójnikiem „lub”.

Przy tak sformułowanym warunku należy stwierdzić, że wykonawca powinien legitymować się doświadczeniem w wykonaniu zamówienia polegającego na ww. pracach systemu transmisji danych zbudowanego z konkretnych elementów składowych.

Nie sposób uznać za przekonującą argumentacji, że Zamawiający znał realizacje przedstawione przez wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wyjaśnił bowiem, iż wybrana w postępowaniu o zamówienie publiczne spółka wykonywała właśnie ten system w ramach LSOP w Kłodzku,

Wizualizacja stacji Systemu LSOP w Kłodzku jest dostępna pod linkiem:

<https://lsop.powiat.klodzko.pl/index.php/stacie>

Obecnie system ten składa się z 22 automatycznych stacji pomiaru stanów wód w rzekach (stacje hydrologiczne o symbolu H), 17 automatycznych stacji pomiarów opadów atmosferycznych (stacje opadowe o symbolu P) w tym 4 stacje zintegrowane hydrologiczno- opadowe (stacje o symbolu HP)”.

Przy czym ani ww. link ani też nieudokumentowane twierdzenie Beneficjenta, że system składa się z ww. stacji nie potwierdza, że wybrany wykonawca wykazał się serwisowaniem w ww. zakresie systemu zbudowanego z wymaganych przez Zamawiającego elementów w czasie, w którym dokumentował wskazaną w wykazie usługę serwisowania systemu łączności radiowej.

Dodatkowo w ramach warunku nr 2 system radiowej łączności głosowej wykazany w wykazie robót jako wykonany przez Wykonawcę w standardzie DMR – Tier II, niemniej z analizy KK opisu przedmiotu zamówienia (dokumenty postępowania znajdują się w dyspozycji KK) wskazanego w odnośnych referencjach postępowania nie wynika konieczność zbudowania przez wykonawcę systemu radiowej łączności głosowej w standardzie DMR – Tier II.

Twierdzenie Zamawiającego, iż „Architektura systemu cyfrowej łączności radiowej opartej na przemienniku radiowym jest tożsama ze spełnieniem wymaganego standardu DMR -Tier II (to znaczy, że jeżeli system posiada stację przemiennikową i stację bazowe to musi być wykonany w systemie Tier II, a nie na przykład Tier I)” nie została poparta żadnymi dowodami lub argumentami wynikającymi z konkretnie wskazanych dokumentów.

Należy zauważyć, iż:

**DMR Tier I** to zakres częstotliwości DMR, które zostały przydzielone przez Europejski Instytut Norm Telekomunikacyjnych (ETSI) do użytku bez licencji w Unii Europejskiej.



Unia Europejska  
Fundusz Spójności



Interreg  
Polska-Sachsen



DMR Tier I definiuje 16 kanałów do użytku DMR w zakresie od 446 MHz do 446,2 MHz, co pozwala każdemu na zakup sprzętu radiowego zgodnego z Tier I i natychmiastowe korzystanie z niego. Poziom I określa również, że maksymalna moc emitowana przez każde radio jest mniejsza niż 500 mW; dla porównania najpopularniejsze radio Motorola Solutions ma maksymalną moc 5 W (10 razy wyższą).

Częstotliwości 16 DMR Tier I nie są przydzielane, więc sprzęt korzystający z tych częstotliwości może być zakłócany przez innych użytkowników w okolicy. Ta ingerencja może powodować problemy z komunikacją w sytuacjach krytycznych dla firmy, dlatego przed zakupem sprzętu DMR Tier I należy pamiętać o ryzyku.

**DMR Tier II** to sprzęt radiowy, który może działać w dowolnym miejscu w zakresie częstotliwości DMR, ale zwykle działa w paśmie 136 - 174 MHz dla VHF i 403 - 527 MHz dla UHF. Sprzęt DMR Tier II musi być licencjonowany przez organ wydający licencje częstotliwości w danym kraju, co pozwoli uniknąć problemów z zakłóceniami i niską mocą, które występują w przypadku sprzętu DMR Tier I.

Sprzęt DMR Tier II może wykorzystywać stacje przemienników w celu zwiększenia zasięgu systemu, co pozwala na zbudowanie infrastruktury radiowej spełniającej wymagania geograficzne.

Zatem DMR TIER II wymaga po pierwsze licencji, po drugie **tylko może wykorzystywać stacje przemienników**.

Dysponowanie doświadczeniem obejmującym wszystkie rodzaje prac na ściśle skonkretyzowanym systemie łączności radiowej wyszczególnione przez Zamawiającego nie zostało przez wykonawcę wykazane.

Wobec powyższego Zamawiający nie miał podstaw uznać, że wykonawca wykazał spełnianie warunku określonego w rozdz. 9.1.4. SWZ. W tej sytuacji obowiązkiem Zamawiającego było skierowanie do tego wykonawcy – na podstawie art. 128 ust. 1 i 5 ustawy PZP – wezwania do uzupełnienia 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 2b ustawy PZP. Zamawiający tych czynności zaniechał, co stanowiło naruszenie wskazanych przepisów prawa.

**Zamawiający wobec powyższego naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2b 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 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 zaniechanie Beneficjenta polegające na opisanym powyżej niewypełnieniu obowiązków 226 ust. 1 pkt 2b ustawy PZP wz. z art. 128 ust. 1, 4 i 5 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.



Unia Europejska  
Fundusz Spójności



Interreg  
Polska-Sachsen  
Europejski Fundusz Regionalny

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 stawka procentowa 25% pomniejszenia wskazana w pkt 14 (niepoprawne zastosowanie kryteriów kwalifikacji na etapie kwalifikacji, czego skutkiem było przyjęcie ofert zwycięskich, których nie należało przyjąć gdyby postępowano zgodnie z opublikowanymi kryteriami kwalifikacji) załącznika do *Rozporządzenia*.

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 14 przedmiotowej Decyzji przewiduje tożsamą sankcję z tytułu zidentyfikowanego przez KK naruszenia.

Jednocześnie, kierując się regulacjami zawartymi w § 9 ust. 1 i 2 *Rozporządzenia*, zgodnie z którymi: w przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych wartość korekt finansowych lub pomniejszeń nie podlega sumowaniu, w takim przypadku do wszystkich stwierdzonych nieprawidłowości indywidualnych stosuje się jedną korektę finansową lub jedno pomniejszenie o najwyższej wartości - Krajowy Kontroler kwalifikuje wydatki wynikające z umowy nr 87/2022 z dnia 28.04.2022 r., zawartej z firmą

z siedzibą na kwotę 1.094.700,00 PLN brutto do pomniejszenia o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo przy zastosowaniu stawki procentowej 25%, licząc od wartości wydatków kwalifikowalnych. (Załącznik do *Rozporządzenia*, pkt 12 i 14).





Unia Europejska  
Fundusz Spójności



interreg  
Polska-Sachsen  
Europejski Fundusz Regionalny

## **II. Uchybienia formalne, bez wpływu na ocenę postępowania:**

Analiza treści opisu przedmiotu zamówienia zawartego w załączonej dokumentacji, wykazała, iż Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia posłużył się nazwą marki (firmy) wskazujących na konkretne wyroby, tj. TIA-603 standard firmy Land Mobile.

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 w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, tj. w sposób inny niż za pośrednictwem znaków towarowych, niemniej użytemu znakowi towarowemu towarzyszył - w rozdz. 6.13. „Parametry systemu cyfrowej łączności głosowej i transmisji danych dokumentu” pn. Projekt budowlany [część opisowa] - zapis informujący o dopuszczeniu rozwiązań równoważnych, tj. „Parametry techniczne opisane za pomocą znaków towarowych, patentów lub pochodzenia będą traktowane jako wymagania minimalne w zakresie ich standardu i funkcjonalności. Równoważny produkt nie będzie mógł być gorszy pod względem warunków technicznych, właściwości fizycznych i chemicznych od materiału pierwotnego.” 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.

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.

W rozdz. 11 SWZ Zamawiający za potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymagał złożenia :

- wykazu robót o których mowa w 9.1.4 SWZ wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty

Należy zauważyć, iż w rozdz. 9.1.4 SWZ Zamawiający wymagał zarówno wykazania się robotami, jak i usługami, przy czym - zgodnie z rozporządzeniem w/s podmiotowych środków dowodowych wymaganie wykazu usług powinno przyjąć następującą formę:





Unia Europejska  
Fundusz Spójności



Interreg  
Polska-Sachsen

• wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy

Zamawiający pomimo wynikającego z treści załącznika nr 3 do SWZ żądania również wykazu usług – nie wymienił go zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i treści rozdz. 11 SWZ pn. Oświadczenia i dokumenty, jakie zobowiązani są dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw wykluczenia (podmiotowe środki dowodowe), przy czym przedmiotowy załącznik stanowi integralną treść SWZ. Dodatkowo, w rozdz. 11.2.1 odnosząc się do formy składanych dokumentów w zakresie dowodów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, odwołuje się do dowodów związanych tylko z „usługami” zamiast robotami i usługami.

Nie wskazał również w żadnym z dokumentów, iż wykaz usług dotyczy usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, jednak powyższe wynika z treści warunku 9.1.4.2) SWZ oraz treści załącznika nr 3 SWZ.

W związku z powyższym zaistniała rozbieżność pomiędzy ogłoszeniem a SWZ, w zakresie wymaganych dokumentów, która jednak nie wpłynęła zniechęcająco na krąg potencjalnych wykonawców, ponieważ w ogłoszeniu żądano tylko wykazu robót – co w konsekwencji pozostaje bez wpływu na ocenę postępowania

W rozdz. 25.5 SWZ (analogicznie w ogłoszeniu o zamówieniu) Zamawiający dopuścił niezgodne z Załącznikiem nr 2 pn. *Formaty danych oraz standardy zapewniające dostęp do zasobów informacji udostępnianych za pomocą systemów teleinformatycznych używanych do realizacji zadań publicznych* do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (t.j. Dz.U.2017.2247) – formaty przesyłania danych, tj. \*.odf, \*.ath, \*.dwg, eml, \*.msg, \*.rar – bez wpływu na ocenę postępowania.

W § 13 pkt3.3) Zamawiający zawarł zapis o treści: Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy, jeżeli:

„gdy wystąpi powtarzające się opóźnienie w usuwaniu wskazanych w protokołach odbioru wad przedmiotu zamówienia”.

Zakaz wprowadzania do umowy odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie uznawany jest, co do zasady za praktykę niedozwoloną, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Zgodnie z doktryną prawa cywilnego opóźnienie, jest niedochowaniem terminu wykonania zobowiązania, niezależnie od przyczyn takiego stanu rzeczy.

Jest to więc pojęcie bardzo szerokie, opóźnienie może bowiem obejmować różnego rodzaju sytuacje, abstrahuje od przyczyny niedochowania terminu. Kwalifikowaną formą opóźnienia jest natomiast zwłoka, która stanowi niedochowanie terminu wykonania zobowiązania, za które odpowiedzialność ponosi strona wykonująca to zobowiązanie. Z tego względu zwłoka bywa często nazywana zawinionym opóźnieniem. Dopuszczenie odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie negatywnie kształtuje



Unia Europejska  
Fundusz Spójności



Interreg  
Polska-Sachsen  
Fundusze Europejskie

pozycję umowną wykonawcy, ponieważ pozwala na karanie wykonawcy za zdarzenia, na które może on nie mieć w ogóle wpływu.

Zakaz nie jest jednak w tym przypadku bezwzględny, ponieważ wyjątkowo odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie może być uzasadniona ze względu na okoliczności lub zakres zamówienia. Wynika to z konstrukcji przepisu art. 433 pkt I PZP, który ustanawia zakaz jako zasadę ogólną, „chyba że” zaistnieją specjalne okoliczności lub też szczególne uzasadnienie ze względu na zakres zamówienia.

W powyższym przypadku przedmiotowe okoliczności nie zostały wystarczająco precyzyjnie opisane.

W konsekwencji powyższy zapis narusza art. 433 ustawy PZP – niemniej bez wpływu na ocenę postępowania.

9	Wynik kontroli
Zamówienie publiczne zostało ocenione <b>negatywnie</b> .	

Wrocław, dnia 30.08.2022

DYREKTOR WYDZIAŁU  
Opracowania Regionalnego  
*Rafał Lipiński*  
Rafał Lipiński

/podpis Dyrektora/Z-cy Dyrektora OR /

INSPEKTOR WÓJEWÓDZKI

*Anna Wójcik*

KIEROWNIK ODDZIAŁU  
Programów Współpracy Transgranicznej

*Rafał Lipiński*