

INFORMACJA POKONTROLNA

dotycząca zamówienia zarejestrowanego pod numerem: 6/2022

1	Nazwa Beneficjenta	GMINA NOWA RUDA
2	Adres Beneficjenta	ul. Niepodległości 2; 57-400 Nowa Ruda
3	Nazwa projektu	Razem bezpieczniej
4	Numer projektu	CZ.11.1.23/0.0/0.0/16_023/0000898
5	Nazwa postępowania	„Zakup specjalistycznego sprzętu strażackiego i odzieży ochronnej”
6	Oznaczenie postępowania	RPZP. 275.2.2021
7	Data zakończenia kontroli	30.06.2022 r.
8	Ustalenia z zakończenia kontroli postępowania: Stwierdzone uchybienia formalne i merytoryczne	

Uchybienia merytoryczne, z wpływem na ocenę postępowania:

W rozdz. II.2.1 SWZ (analogicznie w ogłoszeniu o zamówieniu) Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu w zakresie „zdolności do występowania w obrocie prawnym:

„Wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunku zdolności do występowania w obrocie prawnym przedstawi odpis lub informacje z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy, sporządzony nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji; Warunek wpisu do rejestru handlowego czy CEIDG dotyczy osoby prawnej lub fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą”.

Z treści art. 113 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą PZP wynika, iż warunek po pierwsze powinien dotyczyć zdolności do występowania w obrocie gospodarczym – a nie jak wskazał Zamawiający w obrocie prawnym - i w odniesieniu do wzmiankowanego warunku zamawiający może wymagać, aby wykonawcy prowadzący działalność gospodarczą lub zawodową byli wpisani do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych prowadzonych w kraju, w którym mają siedzibę lub miejsce zamieszkania.

W analizowanym postępowaniu Zamawiający wyraźnie ograniczył zakres przedmiotowego warunku do rejestrów: Krajowego Rejestru Sądowego i Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, co skutkowało po pierwsze nałożeniem obowiązku spełnienia warunku jedynie dla wykonawców krajowych, dodatkowo w sposób nieuprawniony ograniczył zakres przedmiotowego dokumentu do spełniania wymogów art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy oraz termin jego aktualności do 3 miesięcy przed jego złożeniem, w miejsce 6 dopuszczonych rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, zwanym dalej rozporządzeniem ws. podmiotowych środków dowodowych.

Należy zauważyć, iż swoboda określenia warunku dotyczącego zdolności do występowania w obrocie gospodarczym sprowadza się jedynie do decydowania, czy warunek zostanie postawiony.

W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, zamawiający może żądać od wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą lub zawodową dokumentu potwierdzającego, że jest wpisany do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych, prowadzonych w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jego złożeniem (§ 6 rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych).

Analogicznie, Zamawiający w sposób naruszający zasadę wymagania minimalnych zdolności postawił warunek w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej poprzez wymaganie, aby „Wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunku zobowiązany jest do posiadania przez cały okres realizacji zamówienia polisy

ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia.

Należy podkreślić, iż celem żądania polisy ubezpieczeniowej od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego jest jedynie ocena ich sytuacji ekonomicznej i finansowej. Podzielić w tym zakresie należy wyrażone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko, że polisa OC składana przez wykonawców w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu nie służy zabezpieczeniu realizacji zamówienia, w przedmiocie którego prowadzone jest postępowanie, lecz ma potwierdzić, że wykonawca posiada ubezpieczenie OC w określonej przez zamawiającego wysokości (tak: wyrok KIO z dnia 30 listopada 2010 r., KIO 2512/10; wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 753/11, KIO 758/11; wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2801/10; wyrok z dnia 21 maja 2010r. sygn. akt: KIO/UZP 814/10; wyrok KIO z dnia 15 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO 1395/10; wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 605/11; wyrok z dnia 9 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 216/09, KIO/UZP 223/09).

Dla żądania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej dla wykonania przedmiotu umowy, zamawiający powinien sformułować stosowane wymagania umowne lub inne postanowienia SWZ, które zobowiążą wybranego wykonawcę do zawarcia stosowanej umowy ubezpieczenia (por. wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2012 r., KIO/UZP 62/12; wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2010 r., KIO/UZP 1206/10).

Celem przedłożenia polisy jest sprawdzenie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy pod kątem :

(1) zdolności poniesienia określonych kosztów w celu uzyskania ubezpieczenia (por. wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2012 r.);

(2) zdolności wykonawcy do ubezpieczenia własnej działalności na żadaną przez zamawiającego sumę i możliwości uzyskania ubezpieczenia (ubezpieczyciel weryfikuje w takich sytuacjach dany podmiot zamierzający zawrzeć umowę ubezpieczenia pod względem jego wiarygodności, uczciwości gospodarczej oraz możliwości zapłaty składek (tak: wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 lipca 2011 r., X Ga 213/11).

Reasumując, należy zauważyć, iż przyjęte przez zamawiającego warunki udziału nie mogą wykraczać poza to, co jest racjonalnie niezbędne do osiągnięcia celu, a więc wyboru oferty pochodzącej od wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia. Prawdłowo wskazuje się w orzecznictwie KIO, iż warunki udziału w postępowaniu powinny być określone na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie.

Przestrzeganie zasady proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do rodzaju zamówienia, jego przedmiotu oraz wymagań związanych z realizacją zamówienia, w szczególności odpowiednie do charakteru (w tym stopnia złożoności), ilości (w tym zakresu) lub znaczenia, a także przeznaczenia nabywanych robót budowlanych, dostaw lub usług.

W konsekwencji w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności do występowania w obrocie gospodarczym oraz w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i nieproporcjonalny naruszył art 16 ustawy PZP w zw. z art. 113 i z art. 115 ustawy PZP.

Ponadto, w sekcji V.5.2 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał szerszy niż w SWZ katalog fakultatywnych przesłanek wykluczenia, tj. szerszy o następujące podstawy:

Art. 109 ust. 1 pkt 2 lit a Art. 109 ust. 1 pkt 2 lit b Art. 109 ust. 1 pkt 2 lit c

Art. 109 ust. 1 pkt 3

Art. 109 ust. 1 pkt 9

Art. 109 ust. 1 pkt 10,

Niemniej, pomimo, iż na ich potwierdzenie nie wymagał żadnych dodatkowych dokumentów, a w Oświadczeniu dotyczącym przesłanek wykluczenia z postępowania zawarł zapis „Oświadczam, że nie



podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 ustawy Pzp - w zakresie wymaganym przez Zamawiającego w SWZ”, który świadczy o wymaganiu przez Zamawiającego wykazania się przez wykonawcę brakiem podstaw do wykluczenia z art. 109 ustawy PZP w zakresie wymaganym w SWZ powyższe mogło skutkować zawężeniem kręgu potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu, tj. ograniczyć konkurencję.

W konsekwencji Zamawiający naruszył art 16 ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 ustawy PZP.

W powyższej sytuacji związanej z wyżej opisanymi naruszeniami doszło do zastosowania kryteriów kwalifikacji, udzielenia zamówienia które – mimo że nie są dyskryminujące ze względu na preferencje krajowe, regionalne lub lokalne – prowadziły jednak do ograniczenia wykonawcom dostępu do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia.

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 sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz kryterium kwalifikacji dotyczącego fakultatywnych podstaw wykluczenia w sposób nie zapewniający równego traktowania wykonawców, czym Zamawiający naruszył art 16 ustawy PZP w zw. z art. 113, art. 115 oraz 109 ust. 1 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 11 (zastosowanie kryteriów kwalifikacji, które ograniczają dostęp dla wykonawców) 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 11 przedmiotowej Decyzji przewiduje tożsamą sankcję z tytułu zidentyfikowanego przez KK naruszenia.

Analiza treści opisu przedmiotu zamówienia wykazała, iż Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia przez odniesienie do norm (m.in norm EN50270, EN61000-6-3, EN137:2006, EN443:2008 oraz EN 14458:2004, PN-EN ISO 20347:2012 - kategoria OB., EN ISO 13688 oraz EN 13034, EN 343) pomimo, iż był obowiązany wskazać, zgodnie z art. 101 ust. 4 ustawy PZP że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu powinny towarzyszyć wyrazy „lub równoważne” nie wypełnił obowiązku wynikającego z wzmiankowanego przepisu.

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 odstraszący, potencjalnie ograniczający konkurencję.

Należy zauważyć, iż od 1 stycznia 2003 r. nowa Ustawa o normalizacji zniósła obligatoryjność norm i stosowanie Polskich Norm zgodnie z art. 5 ust. 3 ustawy – podobnie jak w UE (Polska w układzie stowarzyszeniowym z UE zobowiązała się do wprowadzenia w Polsce systemu normalizacji dobrowolnej) - jest już całkowicie dobrowolne i tylko od woli Zamawiającego zależy czy podejmie decyzję o posłużeniu się w opisie przedmiotu zamówienia normami, przy czym wówczas winien respektować wymóg zawarty w art. 101 ust. 4 ustawy PZP j.w.

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 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 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.

Jednocześnie, kierując się regulacjami zawartymi w § 9 ust. 1 i 2 rozporządzenia w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo, 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 RPZP.272.03.2021 została zawarta w dniu 28.06.2021 r., z firmą [REDAKTOWANE] z siedzibą przy [REDAKTOWANE] na kwotę 249.031,95 PLN do pomniejszenia o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo przy zastosowaniu stawki procentowej 10 %, licząc od wartości wydatków kwalifikowalnych. (Załącznik do Rozporządzenia, pkt 11 i 12).

Uchybienia formalne, bez wpływu na ocenę postępowania:

W rozdz. I.8 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. *.git, *.rar.



W ww. rozdz. SWZ Zamawiający wskazał na nieadekwatne rozporządzenie, tj. na Sposób sporządzania dokumentów elektronicznych, oświadczeń lub elektronicznych kopii dokumentów lub oświadczeń musi być zgodny z wymaganiami określonymi w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 14 września 2011 r. w sprawie sporządzania i doręczania dokumentów elektronicznych oraz udostępniania formularzy, wzorów i kopii dokumentów elektronicznych w miejsce wskazania rozporządzenia PREZESA RADY MINISTRÓW z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U z 2020 r. Poz. 2415).

W rozdz. II.3 SWZ Zamawiający nie wskazał aktualności terminów wystawienia dla wymaganych dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia dla wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z § 4 ust. 2 rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych oraz nie wymienił dokumentów równoważnych do ww. w sytuacji, w której w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, tj. nie wskazał na treść § 4 ust. 3 rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych.

Powyższe pozostaje bez wpływu na ocenę postępowania, ponieważ terminy aktualności dokumentów dla wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej są tożsame do tych wskazanych w SWZ dla wykonawców krajowych i dodatkowo Zamawiający wskazał poprzez odwołanie do wskazań rozporządzenia za, iż „Wykonawcy mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej składają dokumenty zgodnie z przepisami § 4 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, co sanuje ww. braki.

Ponadto, należy zauważyć, iż Zamawiający wskazując na wymagane odpowiedniki dokumentów wymaganych do wykazania braku podstaw wykluczenia dla wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej powołuje się na konkretne paragrafy bez przywołania konkretnego aktu prawnego – bez wpływu na ocenę postępowania, ponieważ jak wspomniano wyżej zamawiający odwołał się dodatkowo do wymogów § 4 rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych.

W rozdz. II.2) SWZ Zamawiający nie posłużył się dokładną definicją dokumentu z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych – różnice nie powodują zmiany zakresu wymaganego dokumentu.

W rozdz. II.20.III SWZ Zamawiający niezgodnie z treścią art. 117 ust. 3 ustawy PZP wskazał, iż „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają dostawy, do realizacji których te zdolności są wymagań” – przedmiotowy zapis nie dotyczy dostaw, które są przedmiotem analizowanego postępowania – bez wpływu na ocenę postępowania, ponieważ na spełnienie wskazanego wymagania ustawa PZP przewiduje obowiązek złożenia jedynie oświadczenia, co w żaden sposób nie mogło wpłynąć zniechęcająco na krąg potencjalnych wykonawców.

W załączniku nr 2 do SWZ - Oświadczenie dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania Zamawiający zawarł bezprzedmiotowy i niezgodny z art. 119 ustawy PZP zapis „Oświadczam, że następujący/e podmiot/y, na którego/ych zasoby powołuję się w niniejszym postępowaniu, tj..... nie podlega/ją wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia – bez wpływu na ocenę postępowania ponieważ w postępowaniu wybrany wykonawca nie powoływał się na podmiot trzeci dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Równolegle, ww. analiza treści opisu przedmiotu zamówienia, wykazała, iż Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia posłużył się nazwą marki(firmy) wskazujących na konkretne wyroby, tj. tkanina przemysłowa Kevlar®, firmy DUPONT SAFETY & CONSTRUCTION, INC.

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.

Potwierdzenie przesłania do Prezesa UZP - na podstawie art. 81 ust.1 ustawy PZP - informacji o złożonych ofertach nie przekazano w terminie ustawowym (z 17 dniowym opóźnieniem).

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o wykonaniu umowy z naruszeniem art. 448 ustawy PZP.

9	Wynik kontroli
Zamówienie publiczne zostało ocenione negatywnie .	

Wrocław, dnia 07.07.2022 r.

Paweł Lipiński

Dyrektor
Wydziału Organizacji i Rozwoju
Dolnośląskiego Urzędu Wojewódzkiego
we Wrocławiu

/podpisano elektronicznym
podpisem kwalifikowanym/
/podpis Dyrektora/Z-cy Dyrektora OR /

KIEROWNIK ODDZIAŁU
Programów Współpracy Transgranicznej

Paweł Lipiński

