

Informacja pokontrolna nr 20/D/2024
z dnia 06.03.2024 r.

**w sprawie procedury zawarcia umowy o zamówienie publiczne dla zadania objętego
Projektem, do której stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.**

I. PODSTAWOWE INFORMACJE:

- 1. Jednostka kontrolująca:** Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Katowicach.
- 2. Nazwa i adres Beneficjenta:** Miasto Zabrze, ul. Powstańców Śląskich 5-7, 41-800 Zabrze.
- 3. Projekt:**
 - 1) Nazwa:** „Wspieranie efektywności energetycznej w budynkach mieszkalnych w Zabrzu etap III”;
 - 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.01.07.01-00-0039/21.
- 4. Numer i data zawarcia umowy o dofinansowanie:** Umowa nr 2022ED10008 zawarta w dniu 24.02.2022 r.
- 5. Nazwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego objętego kontrolą:** Kompleksowa termomodernizacja budynków komunalnych przy ul. Pośpiecha 12, Piłsudskiego 13, Nawrata 9, Nyska 30 w Zabrzu (część 1,2,3,4),
 - a) Część 1** - Kompleksowa termomodernizacja budynku przy ul. Pośpiecha 12 działka nr 1988/58 w Zabrzu wraz z robotami towarzyszącymi,
 - b) Część 2** - Kompleksowa termomodernizacja budynku przy ul. Piłsudskiego 13 działka nr 2207/36 w Zabrzu wraz z robotami towarzyszącymi,
 - c) Część 3** - Kompleksowa termomodernizacja budynku przy ul. Nawrata 9 działka nr 2187/242 w Zabrzu wraz z robotami towarzyszącymi,
 - d) Część 4** - Kompleksowa termomodernizacja budynku przy ul. Nyska 30 działka nr 858/1 w Zabrzu wraz z robotami towarzyszącymi:
 - 1) Rodzaj zamówienia:** robota budowlana.
 - 2) Tryb postępowania:** tryb podstawowy na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp;
 - 3) Szacunkowa wartość postępowania:** 3.357.930,54zł netto, co stanowi równowartość 753.981,17 euro, w tym
 - a)** dla części nr 1 – 1.061.386,99 zł,
 - b)** dla części nr 2 – 994.124,76 zł,
 - c)** dla części nr 3 – 737.062,95 zł,
 - d)** dla części nr 4 – 565.355,84 zł.Wartość zamówienia została ustalona na podstawie kosztorysów inwestorskich sporządzonych we wrześniu i listopadzie 2022 r.;
 - 4) Data wszczęcia postępowania:** Ogłoszenie o zamówieniu publicznym opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12.12.2022 r. pod numerem 2022/BZP 00489442/01;
 - 5) Kontrolowana umowa:** Umowa nr JGN/136/2023 zawarta dnia 24.02.2023 r. pomiędzy Miastem Zabrze z siedzibą władz w Urzędzie Miejskim, ul. Powstańców Śl. 5-7, 41-800 Zabrze, reprezentowanym przez Tomasza Saternusa

Dyrektora Jednostki Gospodarowania Nieruchomościami z siedzibą w Zabrze,
przy Pl. Warszawskim 10,

a

/ . . . / prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą: Zakład
Remontowo-Budowlany / . . . / 41-807 Zabrze,
działającym osobiście;

- 6) **Wartość kontrolowanej umowy:** 544.410,43 zł netto, VAT niekwalifikowalny.
6. **Podstawa prawna przeprowadzenia kontroli:**
- 1) Umowa nr 2/MG-WFOSiGW Katowice/2014 w sprawie systemu realizacji Programu Operacyjnego „Infrastruktura i Środowisko” na lata 2014-2020 z dnia 18 grudnia 2014 r. 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 2018.1431 tj. ze zm.);
 - 3) Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2021.1129 t.j.);
 - 4) Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 21 grudnia 2020 r.;
 - 5) Wytyczne w zakresie kontroli realizacji programów operacyjnych na lata 2014-2020 z dnia 27 grudnia 2021 r.;
 - 6) Zalecenia dla instytucji zaangażowanych w realizację Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 w zakresie procedur kontrolnych oraz systemu rocznych rozliczeń obowiązujące od dnia 7 czerwca 2023 r.;
 - 7) Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U.2021.2179 t.j.), *tzw. „taryfikator”*;
 - 8) Oświadczenie Beneficjenta zawarte w § 13 wyżej przywołanej umowy o dofinansowanie;
 - 9) Instrukcja Wykonawcza Instytucji Wdrażającej dla I osi priorytetowej Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 – Działanie 1.7., z dnia 5 stycznia 2024 r.
7. **Tryb kontroli:** kontrola planowa ex-post.
8. **Termin przeprowadzenia kontroli:** Beneficjent został poinformowany o wszczęciu kontroli pismem nr WK.5510.0039.2021.KP.ZN.20.01. z dnia 24.01.2024 r. Kontrolę wszczęto w dniu 09.02.2024 r. i zakończono dnia 06.03.2024 r.
9. **Zweryfikowane dokumenty:**
Kontrolę przeprowadzono w oparciu o:
1. kserokopie dokumentów przekazanych przez Beneficjenta w dniu 09.02.2024 r. (pismo nr WRP.042.2.2022 589.989101.1000271 z dnia 09.02.2024 r.), potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez Pana Tomasza Saternusa - Dyrektora Jednostki Gospodarki Nieruchomościami w Zabrze, działającego na podstawie Pełnomocnictwa nr 43/II/2021 z dnia 26.04.2021 r., udzielonego przez Prezydenta Miasta Zabrze,
 2. wyjaśnienia oraz kserokopie dokumentów przekazanych przez Beneficjenta w dniu 28.02.2024 r. (pismo nr WRP.042.2.2022 589.1022127.1034081 z dnia 27.02.2024 r.), potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez Pana Tomasza Saternusa - Dyrektora Jednostki Gospodarki Nieruchomościami w Zabrze, działającego na podstawie Pełnomocnictwa jak wyżej.

Spis oraz kserokopie zweryfikowanych dokumentów znajdują się w aktach kontroli.

Stan prawny:

Beneficjentem jest Miasto Zabrze. Zgodnie z zapisami zawartymi we wniosku o dofinansowanie, wszystkie czynności związane z realizacją projektu: „Wspieranie efektywności energetycznej w budynkach mieszkalnych w Zabrzu - etap III”, w tym prowadzenie postępowań o udzielenie zamówień publicznych, realizowane są przez Jednostkę Gospodarowania Nieruchomościami z siedzibą w Zabrzu, przy Pl. Warszawskim 10, będącą jednostką organizacyjną Gminy Zabrze, działającą w formie jednostki budżetowej.

W treści umowy o dofinansowanie nr 2022ED10008 z dnia 24.02.2022 r., przewidziano procedurę zawierania umów w ramach wydatków kwalifikowalnych dla zadań objętych projektem. W § 12 ust. 1 Beneficjent został zobowiązany do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy wymóg jej stosowania wynika z przepisów tej ustawy. Po myśli pkt. 6.5. ust. 3 *Wytocznych*, podmiot zobowiązany do stosowania przepisów Pzp przeprowadza postępowanie zgodnie z jej przepisami.

Zgodnie z powyższym, do oceny prawidłowości niniejszego postępowania objętego kontrolą, będą miały zastosowanie przepisy ustawy Pzp obowiązujące w dniu wszczęcia postępowania, które zakończyło się podpisaniem umowy, przy czym wszczęcie postępowania jest tożsame z publikacją ogłoszenia o wszczęciu postępowania lub zamiarze udzielenia zamówienia.

II. WYNIK KONTROLI:

Wynik przeprowadzonej kontroli procedury zawarcia wyżej przywołanej umowy – z nieistotnymi 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:

➤ **nie stwierdzono**

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. 101 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych** polegające na odwołaniu się w opisie przedmiotu zamówienia do norm bez użycia sformułowania „lub równoważne” przy każdym takim odniesieniu

Zgodnie z art. 101 ust. 4 ustawy Pzp opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważne".

Przepis art. 101 ust. 4 ustawy Pzp 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 opisanego 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 Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym załącznik do SWZ, Zamawiający zastrzegł, iż: *W sytuacji opisywania przedmiotu zamówienia przy pomocy norm, aprobat, ocen technicznych, deklaracji zgodności lub specyfikacji technicznych wskazanych w art. 101 ust. 1 pkt 2 lub ust. 3 Pzp, zamawiający dopuszcza zastosowanie rozwiązań równoważnych. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisane przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego (dostawy, usługi, roboty budowlane) spełniają wymagania określone przez zamawiającego w SWZ.*

Nie ulega wątpliwości, iż brak zwrotu „lub równoważny” przy każdej normie użytej w opisie przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie art. 101 ust. 4 ustawy Pzp.

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. 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 i uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 347 z 20.12.2013 r. ze zmianami).

Zgodnie z definicją zawartą w przedmiotowym przepisie, nieprawidłowość oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczące 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. Dla zidentyfikowania nieprawidłowości niezbędne jest zatem nie tylko naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego, ale także stwierdzenie, iż naruszenie to ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet UE.

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 zawarte w SWZ zapisy dopuszczające zastosowanie rozwiązań równoważnych obejmują wszystkie normy użyte w opisie przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym, kierując się zasadą proporcjonalności, uznano stwierdzone naruszenie za formalne.

Stanowisko Instytucji Wdrażającej potwierdzają wyniki audytu Komisji Europejskiej, z treści których wynika, iż: *Jakkolwiek brak zwrotu „lub równoważny” w dokumentach przetargowych stanowi niezgodność z art. 42 i art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE dotyczącymi stosowania specyfikacji technicznych, co mogło ograniczać dostęp dla podmiotów gospodarczych, to we wstępie do decyzji Komisji C(2019)3452(pkt 1.1) określono, iż Komisja powinna stosować niniejsze wytyczne w celu zapewnienia równego traktowania państw członkowskich, przejrzystości i przestrzegania zasady proporcjonalności przy stosowaniu korekt finansowych w stosunku do wydatków finansowanych przez Unię. W związku z tym, zgodnie z zasadą proporcjonalności i z uwagi na fakt, że ogólne sformułowanie zawarte w specyfikacji technicznej obejmuje wszystkie znaki towarowe i normy, uznaje się, że naruszenie zasad ma charakter formalny i nie uzasadnia korekty finansowej.*

- **naruszenie art. 99 ust. 4 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych** polegające na opisanu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych bez dochowania przesłanek określonych w tych przepisach.

W przedmiarach oraz STWiORB, stanowiących element opisu przedmiotu zamówienia, wskazano nazwy następujących materiałów:

- okleina drewnopodobna np. Irish Oak (Renolit),
- kołki rozporowe Metalplast,
- grzejniki Cosmo,
- rura ocynkowana KHAN-therm Steel,
- mufa Steel,
- farma emulsyjna Polinit,
- preparat gruntujący Ceresit CT 17
- zaprawa klejąca Ceresit CT 83,
- płyty styropianowe Ceresit CT,
- klej poliuretanowy Ceresit CT,
- siatka z włókna szklanego Ceresit CT,
- kątownik z siatką Ceresit CT,
- listwy cokołowe Ceresit CT,
- tynk silikatowy Ceresit CT 72,
- farba silikatowa Ceresit CT 54,
- emulsja kontaktowa Ceresit CC 81,
- tynk renowacyjny podkładowy Ceresit CR,
- środek gruntujący Ceresit CT 15,
- tynk renowacyjny Ceresit CR 62,
- płyn do iniekcji Ceresit CO 81,
- powłoka uszczelniająca Ceresit CT 166,
- zaprawa uszczelniająca Ceresit CR 65,
- dodatek napowietrzający Ceresit CO 84,
- powłoka wodoszczelna Ceresit CR 166

- szpachlówka do tynków Ceresit CR 64,
- zaprawa szpachlowa Ceresit CT 29,
- płyty styropianowe Ceresit CT 315,
- listwy cokołowe Ceresit CT 340,
- siatka z włókna szklanego Ceresit CT 325,
- tynk mozaikowy Ceresit CT 177
- zaprawa klejąca Ceresit CT 83,
- zaprawa klejowo-szpachlowa Ceresit CT 85,
- zaprawa quick - mix SKS Sievert,
- szlam cementowy Ceresit CR 166,
- zaprawa Ceresit CR 65,
- preparat gruntujący Ceresit CT 16,
- preparat grzybobójczy Grünbelag-Enferner,
- pręty HeliBar (Helifix),
- zaprawa HeliBond (Helifix).

Użytym znakom towarowym nie towarzyszył zwrot „lub równoważne”.

Jednocześnie w Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym załącznik do SWZ, Zamawiający wskazał, że: *ilekroć w dokumentacji jest mowa o „produkcie, materiale czy systemie typu ...” należy przez to rozumieć produkt, materiał czy system taki, jak zaproponowany lub inny o standardzie i parametrach technicznych nie gorszych niż zaproponowany. Zamawiający dopuszcza użycie do realizacji zamówienia produktów równoważnych, w stosunku do ich jakości, docelowego przeznaczenia i spełnianych funkcji i walorów użytkowych. Przez jakość należy rozumieć zapewnienie minimalnych parametrów produktu wskazanego w dokumentacji. Wykonawca, który do wyceny przyjmie rozwiązania równoważne jest zobowiązany udowodnić równoważność przyjętych urządzeń, sprzętu i materiałów.*

Ponadto w STWiORB Zamawiający dodatkowo dookreślił, iż: *Wszelkie nazwy własne produktów i materiałów przywołane w specyfikacji służą ustaleniu pożądanego standardu wykonania i określenia właściwości i wymogów technicznych założonych w dokumentacji technicznej dla projektowanych rozwiązań. Dopuszcza się zamieszczenie rozwiązań w oparciu o produkty (wyroby) innych producentów pod warunkiem:*

- a) *spełniania tych samych właściwości technicznych,*
- b) *przedstawienia zamiennych rozwiązań na piśmie (dane techniczne, atesty, dopuszczenia do stosowania, uzyskanie akceptacji projektanta)....*

Zastosowane materiały i urządzenia powinny posiadać parametry nie gorsze, niż zastosowane w projekcie.

A także w Projekcie budowlanym dotyczącym części instalacyjnej, Zamawiający stwierdził, iż: *dopuszcza się montaż grzejników o innych wymiarach lub innych producentów jednak przy zachowaniu równorzędnych parametrów technicznych, którym jest zapotrzebowanie cieplne w danym pomieszczeniu...*

Wszystkie ewentualnie wskazane w projekcie z nazwy materiały (wyroby) należy rozumieć jako określenie wymaganych parametrów technicznych lub standardów jakościowych. Oznacza to, że zgodnie z art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych, na wskazane materiały i wyroby dopuszcza się zastosowanie równoważnych materiałów (wyróbów), nie gorszej jakości niż opisane w projekcie. Ciężar udowodnienia, że materiał (wyrób) jest równoważny w stosunku do wymogu określonego w projekcie spoczywa na wykonawcy. W tym przypadku wykonawca powinien przedłożyć odpowiednie dokumenty opisujące parametry techniczne, wymagane prawem certyfikaty i inne dokumenty dopuszczające dane materiały (wyroby) do użytkowania oraz pozwalające jednoznacznie stwierdzić, że są one rzeczywiście równoważne.

W dokumentacji projektowej Zamawiający wskazał parametry równoważności odnoszące się do wskazanych wyżej produktów, zawierające zarówno szczegółowe dane techniczne jak również wymagane cechy, opisanych przy pomocy znaków towarowych materiałów.

Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności 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.

Przytoczony przepis określa sposób realizacji zasady zachowania uczciwej konkurencji z art. 16 pkt 1 Pzp przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia. Regulacja z art. 99 ust. 4 Pzp jest zbieżna z motywem 74 preambuły dyrektywy klasycznej, gdzie wskazano, że *„specyfikacje techniczne (opis przedmiotu zamówienia) powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężenia konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę”*. Zasadniczo każdy opis przedmiotu zamówienia oddziałuje na konkurencję. Dyrektywa klasyczna w motywie 74 preambuły dostrzega tę okoliczność, stwierdzając, że niedopuszczalne jest zawężenie, które ma charakter „sztuczny”, tzn. faworyzuje (lub dyskryminuje) określonego Wykonawcę lub produkt. Niedopuszczalne jest zatem w świetle art. 99 ust. 4 Pzp zaburzenie konkurencji pomiędzy Wykonawcami, mające swoją genezę w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia, polegające albo na preferencji w opisie konkretnego Wykonawcy lub produktu, albo na niemającym uzasadnienia wyeliminowaniu Wykonawcy lub produktu. Poprzez niedopuszczalne preferowanie należy rozumieć wszystkie zabiegi, przy użyciu dowolnych sposobów opisu przedmiotu zamówienia, które w sposób nieuzasadniony preferują lub wprost wskazują na konkretnego Wykonawcę lub konkretny produkt. Skutkiem takiego zapisu jest niemożność złożenia oferty zgodnej z tak sformułowanym opisem przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę innego niż preferowany lub proponowania innego niż preferowany produkt. W przypadku gdy konkretny opis przedmiotu zamówienia faworyzuje lub eliminuje Wykonawcę lub produkt, zapis taki należy rozpatrywać w kontekście zawężenia konkurencji w sposób sztuczny, a zatem nieuprawniony. Z tego jednoznacznie wynika, iż zakazane normą z art. 99 ust. 4 Pzp jest wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego Wykonawcę.

Ustawodawca w art. 99 ust. 5 ustawy Pzp ustanowił wyjątek od reguły wyrażonej w przytoczonym powyżej przepisie. Art 99 ust. 5 Pzp wprowadza przepis umożliwiający w ściśle określonych sytuacjach, opisanie przedmiotu zamówienia (lub tylko jego niektórych elementów) przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego Wykonawcę. Art. 99 ust. 5 Pzp stanowi wyjątek od reguły wyrażonej w art. 99 ust. 4 Pzp i umożliwia opisanie przedmiotu zamówienia lub jego części przy pomocy np. znaków towarowych, gdy nie jest możliwe opisanie go zgodnie z wymaganiami, których mowa w art. 99 ust. 1 Pzp. Brak możliwości opisania przedmiotu zamówienia na zwykłych zasadach musi mieć charakter obiektywny, co wynika z brzmienia art. 42 ust. 4 dyrektywy klasycznej, którego transpozycję stanowi omawiany przepis. W przywołanym przepisie dyrektywy klasycznej wskazano, że odniesienie do konkretnej marki, źródła, procesu itp. jest dopuszczalne, jeżeli niemożliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób.

Dozwolone na gruncie art. 99 ust. 5 Pzp są zatem sposoby opisu przedmiotu zamówienia, co do zasady, niedopuszczalne na gruncie art. 99 ust. 4 Pzp, ale tylko w sytuacji, gdy:

- 1) nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób oraz
- 2) użytym znakom towarowym, patentom lub pochodzeniu, źródle lub szczególnemu procesowi towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Przy takim sposobie opisu, znak towarowy (patent, pochodzenie, itp.) w rozumieniu art. 99 ust. 5 Pzp stanowić będzie swoisty wzorzec techniczny, jakościowy lub funkcjonalny w szczególności sposób zastępujący opis, o jakim mowa w art. 99 ust. 1 i art. 101 Pzp. Użycie znaku towarowego produktu jako wzorca, nie oznacza przede wszystkim, że wzorcowy produkt jest jedynym możliwym do zaoferowania Zamawiającemu. Wykonawca będzie mógł zaoferować produkt równoważny, kierując się opisem równoważności Zamawiającego (art. 99 ust. 6 Pzp). Nie jest zatem dopuszczalne stosowanie znaków towarowych jako konstytutywnego elementu opisu przedmiotu zamówienia, jeśli jest możliwe obiektywne opisanie przedmiotu przy pomocy zasad, o których mowa w art. 99 ust. 1 oraz art. 101 Pzp.

W przypadku opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, Zamawiający ma obowiązek wypełnić wymaganie określone w art. 99 ust. 6 Pzp w brzmieniu: *Jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.*

Celem przywołanego przepisu jest poinformowanie Wykonawcy, które elementy produktu lub usługi opisane w sposób, o którym mowa w art. 99 ust. 5 Pzp, uważa za najistotniejsze. Przepis nakazuje, aby Zamawiający, przywołując określenie identyfikujące konkretny produkt lub usługę Wykonawcy lub producenta i stanowiące element opisu przedmiotu zamówienia, każdorazowo: stosował zwrot „lub równoważny” oraz dokonywał opisu kryteriów równoważności. Kryteriami równoważności będą wybrane cechy określające przedmiot zamówienia opisany przez Zamawiającego za pomocą określeń, o jakich mowa w art. 99 ust. 4 Pzp. Opis tych kryteriów równoważności, zgodny z art. 99 ust. 1 Pzp, powinien pozwolić rozpoznać potencjalnym Wykonawcom produkt lub usługę inną niż referencyjna, a w wystarczającym stopniu spełniającą oczekiwania Zamawiającego, a następnie zapewnić realną możliwość jej zaoferowania.

Jak wyjaśnił Beneficjent w treści pisma z dnia 27.02.2024 r.: *w kontrolowanym postępowaniu, opis przedmiotu zamówienia, był opisany szeregiem dokumentów, stanowiących załączniki do SWZ, które winny być czytane łącznie, w sposób wzajemnie się uzupełniający. Tym samym, opisem przedmiotu zamówienia, nie był wyłącznie przedmiar robót. Wręcz przeciwnie, przy opisie przedmiotu zamówienia przedmiar robót miał zasadniczo marginalne znaczenie, bowiem dokument ten służył przede wszystkim do sporządzenia kosztorysu ofertowego przez Wykonawców....*

Przedmiar robót, jako dokument pomocniczy, służący wyłącznie do sporządzenia kosztorysu uproszczonego, został wskazany hierarchicznie na ostatnim miejscu, jako dokument najmniej istotny.

Podobnie wskazano we wzorze umowy, w którym przy określaniu opisu przedmiotu umowy na pierwszym miejscu wskazano dokumentację projektową, a dopiero na kolejnych miejscach STWIORB i przedmiar. Należy więc już na wstępie stwierdzić, że przedmiot zamówienia opisano w dokumentacji projektowej tj. w projekcie architektoniczno-budowlanym oraz w budowlano-wykonawczym bez użycia znaków towarowych, a jedynie w kolejnych dokumentach, wyłącznie dla przykładu, posłużono się nazwami, co będzie szczegółowo uzasadnione poniższymi wyjaśnieniami.....

Przed wszystkim, ustawodawca nie wprowadził generalnego zakazu, dot. braku możliwości opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie konkretnych produktów, producentów, czy znaków towarowych. Powyższe jednoznacznie wynika z art. 99 ust. 5 Pzp, zgodnie z którym: przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny"....

Istotny z punktu widzenia kontrolowanego postępowania jest przede wszystkim art. 99 ust. 6 Pzp, który wskazuje, że jeśli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w art. 99 ust. 5 Pzp, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności....

Należy obiektywnie zauważyć, iż w projektach budowlano – wykonawczych Zamawiający nie posługiwał się znakami towarów, miało to miejsce jedynie w przedmiarach robót, które to w ocenie Zamawiającego mają charakter pomocniczy/przykładowy oraz STWiORB, gdzie użył znaków towarowych jako przykłady. W dokumentacji budowlanej w przedmiarach robót oraz STWiORB Zamawiający jako przykład/propozycję materiałów posłużył się znakami towarowymi systemu dociepleń Henkel Ceresit, niemniej zgodnie z ww. cytowanym zapisem dokumentu „opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający dopuszczał możliwość zastosowania innego systemu dociepleń o standardzie i parametrach nie gorszych niż zaproponowany np. ATLAS, MAPEI, BOLIX, TECHNOORGANIKA, IZOTERM, KNAUF, KABE. Skoro zatem w STWiORB wskazano jedynie przykładowe nazwy produktów, to oczywiste jest, że nie doszło do opisu przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych. Tym samym, Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia za pomocą wymiarów, cech funkcjonalnych, parametrów technicznych, norm, cech, właściwości fizycznych, właściwości chemicznych, a jedynie przykładowo wskazał na produkty określonych producentów, które spełniają te wymogi. Tym samym, mając na uwadze powyższe, w pierwszej kolejności nie sposób zgodzić się z poglądem, że przedmiot zamówienia został opisany za pomocą znaków towarowych, skoro w dokumentach zamówienia poza precyzyjnym i zrozumianym opisem wskazano w kilku przypadkach jedynie przykładowych producentów, wyznaczających pewne standardy jakości, dzięki którym możliwa będzie należyta realizacja zamówienia....

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia przede wszystkim zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp a przykładowe posłużenie się w kilku miejscach na znaki towarowe nastąpiło zgodnie z postanowieniami art. 99 ust. 5 i ust. 6 Pzp, ponieważ równocześnie Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne oraz określił kryteria, według których dokonywana by była ocena równoważności.

W dalszej części wyjaśnień, Beneficjent wskazał w dokumentacji projektowej opisane wyżej parametry równoważności, dotyczące wykazanych z nazwy materiałów.

Instytucja Wdrażająca nie podziela poglądu zaprezentowanego przez Beneficjenta.

Po pierwsze, nie można marginalizować przedmiaru jako elementu opisu przedmiotu zamówienia, a także hierarchizować dokumentów wchodzących w skład kompletnej dokumentacji projektowej. Sam Beneficjent zaznaczył, że dokumenty te należy czytać łącznie. Zatem nieuprawnione jest stwierdzenie, iż przedmiar miał marginalne znaczenie.

Po drugie, zastosowanie znaków towarowych w opisie przedmiotu zamówienia stanowi wyjątek od reguły wyrażonej w przytoczonym powyżej przepisie, art 99 ust. 4 Pzp, co wykazano we wcześniejszej treści Informacji. Stanowisko Beneficjenta, iż podane nazwy było przykładowym posłużeniem się w celu wyznaczenia standardów jakościowych i było zgodne z postanowieniami art. 99 ust. 5 i ust. 6 Pzp, stoi w sprzeczności z przywołaną wcześniej analizą tych przepisów.

Reasumując, w przekazanej do kontroli dokumentacji oraz złożonych wyjaśnieniach, Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, iż nie mógł opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, bez użycia znaków towarowych. W ocenie Instytucji Wdrażającej, przedmiot niniejszego zamówienia (jego elementy) jest na tyle typowy i powszechny, iż Zamawiający mógł go opisać w precyzyjny i zrozumiały sposób. Zamawiający nie użył również obligatoryjnego wyrażenia „lub równoważne” po każdym znaku towarowym.

Biorąc pod uwagę analizę przytoczonych przepisów, działanie Zamawiającego polegające na opisie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie konkretnego znaku towarowego lub producenta przedmiotu zamówienia bez wykazania specyfiki zamówienia, stanowi naruszenie przepisu art. 99 ust. 4 i 5 ustawy Pzp.

Jednakże powyżej wskazane 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.

Zgodnie definicją zawartą w przytoczonym przepisie, 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 go nieuzasadnionym wydatkiem.

W ocenie Instytucji Wdrażającej, nie sposób przyjąć, iż powyższe naruszenie mogło wywrzeć jakikolwiek szkodliwy wpływ na budżet Unii, poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem.

Takie stanowisko potwierdza opis stwierdzonego naruszenia, zawarty w Załączniku do Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (pozycja 11), który ma brzmienie:

Zastosowanie:

- specyfikacji technicznej, które nie są dyskryminacyjne w rozumieniu poprzedniego rodzaju nieprawidłowości, ale w inny sposób ograniczają dostęp dla wykonawców, kolumna 4 pkt 3): przypadki, w których wymagane są konkretne znaki towarowe/marki/ normy (bez dopuszczenia równoważnego znaku towarowego lub marki przez niezastosowanie obowiązkowego wyrażenia „lub równoważne”), z wyjątkiem sytuacji, gdy takie wymogi są związane z częściami pomocniczymi umowy i ich potencjalny wpływ na budżet Unii Europejskiej jest wyłącznie formalny”.

Mając na uwadze przywołany zapis z „taryfikatora” oraz fakt, iż Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne opisywanym w zakresie użytych znaków towarowych poprzez zastosowanie ogólnego zapisu w SWZ, a także wskazał parametry techniczne oraz cechy równoważności dla użytych w opisie przedmiotu zamówienia znaków, Instytucja Wdrażająca uznała naruszenie art. 99 ust. 4 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych za formalne.

Ustalenia III

Inne uwagi:

➤ **nie stwierdzono**

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

Zakres rzeczowy określony w umowie z Wykonawcą nr JGN/136/2023 z dnia 24.02.2023 r. zawiera się w zakresie rzeczowym określonym w umowie o dofinansowanie nr 2022ED10008 zawartej w dniu 24.02.2022 r.

III. INFORMACJA O POMNIEJSZENIU WYDATKÓW KWALIFIKOWALNYCH

Nie dotyczy.

IV. INFORMACJA O PRAWIE DO WNIESIENIA ZASTRZEŻEŃ

Od ustaleń zawartych w niniejszej Informacji pokontrolnej Beneficjentowi przysługuje prawo wniesienia zastrzeżeń wraz z uzasadnieniem do Instytucji Wdrażającej w terminie 14 dni od daty jej doręczenia.

Instytucja Wdrażająca uzna, że zastrzeżenia zostały wniesione skutecznie w sytuacji, gdy najpóźniej w ostatnim dniu powyższego terminu do godziny 15:30, zastrzeżenia zostaną dostarczone do kancelarii WFOŚiGW w Katowicach przy ul. Plebiscytowej 19 osobiście lub za pośrednictwem operatora pocztowego.

W przypadku nie dostarczenia zastrzeżeń w terminie, w sposób wskazany powyżej, Beneficjentowi nie przysługują żadne uprawnienia ani roszczenia, w szczególności roszczenie o przywrócenie terminu.

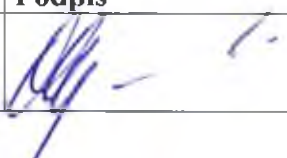
V. POZOSTAŁE INFORMACJE

1. Wynik powyższej kontroli nie uchyła 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
Sporządził:	Zbigniew Naprzal	06.03.2024 r.	

Data i podpis Kierownika Zespołu Kontroli Projektów POIiŚ:

	Imię i nazwisko	Data	Podpis
Weryfikował:	Mariusz Smurzyński	06.03.2024 r.	

Data i podpis Prezesa Zarządu WFOŚiGW w Katowicach:

	Imię i nazwisko	Data	Podpis
Akceptował:	Tomasz Bednarek	06.03.24	