

Informacja pokontrolna nr 16/2021/Z
z dnia 29.07.2021 r.

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

*po weryfikacji zastrzeżeń do Informacji pokontrolnej nr 16/2021 z dnia 25.06.2021 r.
przekazanych przez Beneficjenta w dniu 15.07.2021 r.*

I. PODSTAWOWE INFORMACJE:

1. **Jednostka kontrolująca:** Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Katowicach.
2. **Nazwa i adres Beneficjenta:** Gliwice – Miasto na prawach powiatu, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice.
3. **Projekt:**
 - 1) **Nazwa:** „Poprawa efektywności energetycznej budynków mieszkalnych Miasta Gliwice – II”;
 - 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 konurbacji śląsko-dąbrowskiej”,
Poddziałanie 1.7.1: Wspieranie efektywności energetycznej w budynkach mieszkalnych w województwie śląskim;
 - 3) **Numer projektu w SL 2014:** POIS.01.07.01-00-0043/19.
4. **Numer i data zawarcia umowy o dofinansowanie:** Umowa nr 8/2020 zawarta w dniu 20.03.2020 r.
5. **Nazwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego objętego kontrolą:** „Budowa instalacji centralnego ogrzewania wraz z podłączeniem do miejskiej sieci ciepłowniczej i adaptacją pomieszczenia na wymiennikownię, termomodernizacja budynku, przebudowa mieszkań w celu wydzielenia pomieszczeń łazienek wraz z instalacją wod.-kan., gazową i elektryczną oraz dobudową przewodów kominowych, remont piwnic oraz wykonanie przyłącza wody w budynku przy ul. Opolskiej 25 w Gliwicach”.
 - 1) **Rodzaj zamówienia:** robota budowlana;
 - 2) **Tryb postępowania:** przetarg nieograniczony;
 - 3) **Szacunkowa wartość postępowania:** 1.314.595,56 zł co stanowi równowartość 307.918,29 euro ustalona na podstawie kosztorysów inwestorskich i zaktualizowana na dzień 19.02.2020 r.;
 - 4) **Data wszczęcia postępowania:** Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dni 24.02.2020 r., pod nr 515751-N-2020;
 - 5) **Kontrolowana umowa:** Umowa nr 064/20/TT zawarta w dniu 20.04.2020 r. pomiędzy Zarządem Budynków Miejskich II Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. działającym w imieniu Miasta Gliwice na podstawie udzielonego pełnomocnictwa Nr 2019/7697/C/PM z dnia 04.04.2019 r., reprezentowanym przez mgr inż. Krzysztofa Kopanię – Prezesa Zarządu, a firmą Ogólnobudowlane reprezentowaną przez
- właściciela.
- 6) **Wartość kontrolowanej umowy:** 1.127.095,24 zł netto, VAT niekwalifikowany.

6. Podstawa prawna przeprowadzenia kontroli:

- 1) Umowa nr 2/MG-WFOŚiGW Katowice/2014 w sprawie systemu realizacji Programu Operacyjnego „Infrastruktura i Środowisko” na lata 2014-2020 z dnia 18 grudnia 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 2020 r. poz. 818 t.j.);
 - 3) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 1843 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 22 sierpnia 2019 r.;
 - 5) Wytyczne w zakresie kontroli realizacji programów operacyjnych na lata 2014-2020 z dnia 3 marca 2018 r.;
 - 6) Zalecenia dla instytucji zaangażowanych w realizację Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 w zakresie procedur kontrolnych oraz systemu rocznych rozliczeń z dnia 3 lipca 2020 r.;
 - 7) Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U. z 2018 r. poz. 971 t.j.), tzw. „taryfikator”;
 - 8) 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 18 grudnia 2020 r.
7. **Tryb kontroli:** kontrola planowa ex-post.
8. **Termin przeprowadzenia kontroli:** Beneficjent został poinformowany o wszczęciu kontroli pismem nr WK.5510.0043.2019.KP.MM.16.01.3099 z dnia 10.05.2021 r. Kontrolę wszczęto w dniu 25.05.2021 r. i zakończono w dniu 29.07.2021 r.
9. **Zweryfikowane dokumenty:**
Kontrolę przeprowadzono w oparciu o:
- 1) kserokopie dokumentów przekazanych przez Beneficjenta w dniu 24.05.2021 r. (pismo z dnia 21.05.2021 r.), potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez Pana Krzysztofa Kopanię – Prezesa Zarządu ZBM II TBS Sp. z o.o. w Gliwicach,
 - 2) wyjaśnienia i kserokopie dokumentów przekazanych przez Beneficjenta w dniu 17.06.2021 r. (pismo z dnia 16.06.2021 r.) potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez Panią Bożenę Kuś – Dyrektora Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej w Gliwicach działającą na podstawie pełnomocnictwa nr 2017/5189/S/PM,
 - 3) zastrzeżenia do Informacji pokontrolnej nr 16/2021 z dnia 25.06.2021 r. przekazane przez Beneficjenta w dniu 15.07.2021 r. (pismo z dnia 14.07.2021 r.).

Spis oraz kserokopie zweryfikowanych dokumentów znajdują się w aktach kontroli.

II. WYNIK KONTROLI:

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

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

Ustalenia I

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

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

W toku kontroli stwierdzono, iż w dokumentacji projektowej dotyczącej instalacji domofonowej użyte zostały następujące znaki towarowe:

- UNIFON DO SYSTEMÓW MATIBUS SE, BASIC 1132/620,
- PANEL MATIBUS-SE PIONOWY Z DASZKIEM, CZYTNIKIEM RFID – VERTICAL 1052/101VD-RF,
- ZASILACZ MASTER/SLAVE MATIBUS-SE, RS485, 1052/33R,
- RAMKA PODTYNKOWA DO PANELU VERTICAL – DUŻA (S25/RPV-D).

Jednocześnie w części nr 2 pkt 2.6 ppkt 4 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że w przypadku, gdy w opisie przedmiotu zamówienia w odniesieniu do niektórych materiałów lub urządzeń wskazane zostały znaki towarowe, patenty lub pochodzenie zgodnie z art. 29 ust. 3 PZP dopisuje się wyrazy: „lub równoważny” w przypadku gdy takie określenie tam nie występuje. Wskazanie w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia przykładowych znaków towarowych, patentów lub pochodzenia ma jedynie na celu doprecyzowanie poziomu oczekiwań w stosunku do przedmiotu zamówienia i stanowi wyłączenie wzorzec jakościowy przedmiotu zamówienia.

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

W orzecznictwie ugruntowany został pogląd, iż Zamawiający, korzystając w opisie przedmiotu zamówienia ze znaków towarowych, patentów lub pochodzenia nie tylko musi stosować ustawowy zwrot „lub równoważnych”, ale nadto wykazać, że ze względu na specyfikę zamówienia nie można opisać przedmiotu w sposób określony w art. 29 ust. 1 pzp. Brak tego elementu jest naruszeniem p.z.p.¹

W wyjaśnieniach z dnia 08.06.2021 r. Beneficjent wskazał, iż instalacja domofonowa to roboty okołoprojektowe, niekwalifikowane, które nie mają wpływu na ograniczenie niskiej emisji oraz osiągnięcie efektu energetycznego budynku i jako takie nie podlegają dofinansowaniu z Projektu (...). Nazwy własne dla części elementów instalacji domofonowej zostały użyte przez Projektanta nieopatrnie, chcąc zasugerować minimalne parametry zaprojektowanego osprzętu. Na etapie realizacji inspektor branży elektrycznej

¹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 listopada 2016 r., sygn. akt II GSK 1090/15

i niskoprawdowej określił minimalne parametry przedmiotowego osprzętu informując Wykonawcę o dowolności wyboru dostawcy z zachowaniem tychże parametrów.

W złożonych wyjaśnieniach Beneficjent w żaden sposób nie próbował uzasadniać tezy, iż użycie znaków towarowych w dokumentacji przetargowej kontrolowanego postępowania wynikało ze specyfiki zamówienia oraz że nie było możliwym opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, bez użycia tychże znaków.

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

Powyższe naruszenie 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. ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego i uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 347 z 20.12.2013r. ze zmianami).

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

Dla stwierdzenia nieprawidłowości konieczne jest wystąpienie następujących przesłanek:

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

Jak wykazano powyżej w kontrolowanym postępowaniu Zamawiający naruszył dyspozycję art. 29 ust. 3 uPzp. Bezsprzeczne jest również, iż stwierdzone naruszenie wynikało z czynności podjętych przez Beneficjenta.

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

Powyższe prowadzi do wniosku, iż skutkiem działania Beneficjenta było finansowanie nieuzasadnionego wydatku, tj. wydatku poniesionego przez budżet UE z naruszeniem zasad

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

udzielania zamówień publicznych, do stosowania których Beneficjent się zobowiązał w umowie o dofinansowanie.

W orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego został wyrażony pogląd, iż *nie chodzi o spowodowanie szkody rzeczywistej, wystarczająca jest potencjalna możliwość spowodowania takiej szkody. Szkoda taka nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało zagrożenie, że szkoda powstanie, a brak jest okoliczności, które wykluczyłyby wpływ uchybienia na budżet odnośnego funduszu.*³

Instytucja Wdrażająca nie znajduje okoliczności, która mogłaby świadczyć o tym, iż stwierdzone naruszenie nie wywołało negatywnych skutków budżetowych. Opis przedmiotu zamówienia (sposób jego dokonania) jest niezwykle istotny dla zachowania zasad, którymi winien kierować się Zamawiający udzielając zamówień publicznych, w szczególności zasady uczciwej konkurencji.

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

Na mocy art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 stwierdzenie wystąpienia nieprawidłowości powoduje powstanie obowiązku podjęcia przez właściwą instytucję odpowiednich działań o których mowa w ust. 9 lub 11 niniejszego artykułu. Art. 24 ust. 9 wyżej przywołanej ustawy zobowiązuje instytucję zatwierdzającą wniosek o płatność do dokonania pomniejszenia/korekty wartości wydatków kwalifikowanych ujętych we wniosku o płatność złożonym przez beneficjenta o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo.

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

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

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

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

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

- a. wskazaniu nazw własnych towarzyszyły zapisy pozwalające na zastosowanie materiałów równoważnych (części nr 2 pkt 2.6 ppkt 4 SIWZ),
- b. udział składników zamówienia opisanych za pomocą znaków towarowych w całości zamówienia,
- c. znaczenie opisu przedmiotu zamówienia dla zachowania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

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

Ustalenia II

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

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

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

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

Z przytoczonych powyżej przepisów wynika, iż za każdym razem gdy Zamawiający posługuje się normami, w celu 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 części nr 2 pkt 2.6 ppkt 4 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że *jeżeli przeprowadzający postępowanie posługuje się opisując przedmiot zamówienia zgodnie z art. 30 ust 3 ustawy, za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i deklaracji zgodności, dopuszcza również równoważność. Wskazane normy, aprobaty i specyfikacje techniczne oraz deklaracje zgodności mają charakter poglądowy i stanowią wyłącznie wzorzec jakościowy.*

Nie ulega wątpliwości, iż brak zwrotu „lub równoważny” przy każdej normie użytej w dokumentach przetargowych stanowi naruszenie art. 30 ust. 4 uPzp, niemniej jednak zgodnie z zasadą proporcjonalności i z uwagi na fakt, iż zawarte w SIWZ ogólne sformułowanie obejmuje wszystkie normy, Instytucja Wdrażająca uznała stwierdzone naruszenie za formalne, niewywołujące szkody w budżecie UE.

- **naruszenie art. 96 ust. 2 uPzp** poprzez sporządzenie protokołu postępowania, który nie zawiera obligatoryjnych elementów.

Minimalne wymagania odnośnie treści protokołu oraz jego załączników zostały określone art. 96 uPzp. Zgodnie z art. 96 ust. 2 uPzp *oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu.*

W przedłożonym do kontroli protokole Zamawiający wymienił następujące załączniki:

- Decyzja – „Powołanie komisji przetargowej”
- Ogłoszenie o zamówieniu
- Protokół z otwarcia ofert
- Wezwanie w trybie art. 24aa
- propozycja wyboru oferty najkorzystniejszej
- Zawiadomienie o wyniku postępowania
- Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia

W związku z powyższym należy uznać, iż Zamawiający nie załączył do protokołu wszystkich wymaganych przepisami prawa dokumentów, a tym samym naruszył art. 96 ust. 3 uPzp.

Z uwagi na fakt, iż wszystkie dokumenty wymienione w art. 96 ust. 2 uPzp zostały przekazane do kontroli, a tym samym nie została zakłócona ścieżka audytu, Instytucja Wdrażająca uznała niniejsze naruszenie za formalne.

- **Naruszenie art. 29 ust. 3a uPzp** poprzez brak określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności polegające na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy

Przepis art. 29 ust. 3a ustawy Pzp stanowi, iż *zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm.).*

Z przytoczonego powyżej przepisu wynika, iż w każdym postępowaniu na roboty budowlane na Zamawiającym spoczywa ciężar ustalenia, czy w zakres realizacji zamówienia będą wchodziły czynności polegające na wykonywaniu pracy w rozumieniu ww. art. 22 § 1 Kp, a także określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymogu zatrudnienia osób wykonujących te czynności.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż Zamawiający naruszył art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, poprzez brak określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności polegające na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy.

W ocenie Instytucji Wdrażającej powyższe naruszenie nie wywarło szkodliwego wpływu na budżet Unii poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem. Uzasadniając takie stanowisko Instytucja Wdrażająca wzięła pod uwagę fakt, iż naruszenie art. 29 ust. 3a uPzp nie wywarło żadnego wpływu na przebieg postępowania przed otwarciem ofert jak i na decyzję Zamawiającego co do wyboru najkorzystniejszej oferty.

Ustalenia III

Inne uwagi:

- Nie stwierdzono

W dniu 15.07.2021 r. Beneficjent złożył zastrzeżenia wobec ustalenia związanego z naruszeniem art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż Beneficjent w swoich zastrzeżeniach nie kwestionuje faktu, iż naruszył art. 29 ust. 3 ustawy Pzp poprzez użycie znaków towarowych w dokumentacji projektowej dotyczącej instalacji domofonowej.

Jednakże w ocenie Beneficjenta stwierdzone naruszenie nie stanowi nieprawidłowości w rozumieniu definicji wynikającej z Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r., gdyż wydatek związany z montażem instalacji domofonowej nie był finansowany z budżetu UE, tym samym nie można mówić o jego szkodliwym wpływie na budżet Unii.

Instytucja Wdrażająca, po zapoznaniu się z argumentacją Beneficjenta zawartą w ww. piśmie, ponownie przeanalizowała omówione naruszenie i stwierdziła co następuje:

Przedmiotem niniejszej kontroli jest postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Budowa instalacji centralnego ogrzewania wraz z podłączeniem do miejskiej sieci ciepłowniczej i adaptacją pomieszczenia na wymiennikownię, termomodernizacja budynku, przebudowa mieszkań w celu wydzielenia pomieszczeń łazienek wraz z instalacją wod.-kan., gazową i elektryczną oraz dobudową przewodów kominowych, remont piwnic oraz wykonanie przyłącza wody w budynku przy ul. Opolskiej 25 w Gliwicach”.

Nie budzi wątpliwości, iż instalacje elektryczne administracyjne, w tym instalacja domofonowa, wchodziły w zakres przedmiotu kontrolowanego zamówienia.

Przedmiot zamówienia należy traktować jako całość i wszystkie elementy jego opisu powinny spełniać wymogi określone w art. 29 ust. 1-3 uPzp. W ocenie instytucji Wdrażającej opis nawet niewielkiej części zamówienia w sposób niezgodny z zasadami określonymi w ustawie Prawo zamówień publicznych oddziałuje na przebieg całego postępowania.

Z uwagi na powyższe Instytucja Wdrażająca nie może podzielić przedstawionego przez Beneficjenta poglądu, iż naruszenie wskazanego przepisu ustawy Pzp nie mogło obciążyć budżetu UE nieuzasadnionym wydatkiem tylko z tego względu, że wydatek na ten zakres zamówienia nie jest wydatkiem kwalifikowanym.

Należy zwrócić uwagę, iż zawierając umowę o dofinansowanie zgłoszonego przez siebie projektu, Beneficjent zobowiązał do przestrzegania pewnych zasad przy jego realizacji. Zasady te zostały wyartykułowane w samej umowie, jak i w aktach prawnych i innych dokumentach, które stanowią z nią nierozdzielalną całość. Jednym z podstawowych aktów prawnych w tym zakresie jest ustawa Prawo zamówień publicznych.

Jak wskazano powyżej, zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem, szkodą w budżecie UE jest finansowanie nieuzasadnionego wydatku, tj. wydatku, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa unijnego lub krajowego.⁴

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż wydatek wynikający z kontrolowanej umowy, która została zawarta z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, jest wydatkiem nieuzasadnionym, tj. wydatkiem powodującym szkodę w budżecie UE.

W tym miejscu warto przytoczyć stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego, zgodnie z którym *instytucja zarządzająca w przypadku naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, takich jak stwierdzone w tej sprawie, nie przeprowadza postępowania wyjaśniającego na okoliczność faktycznej wysokości szkody czy potencjalnego ryzyka zaistnienia szkody w budżecie UE. (...) W przypadku naruszenia u.p.z.p. z reguły bowiem stwierdzone naruszenia są tego rodzaju, że instytucja zarządzająca nie jest w stanie obiektywnie to oceniając określić rzeczywistej wysokości szkody. Z tego względu nie ma potrzeby przeprowadzenia w tym zakresie jakichkolwiek ustaleń faktycznych. Przyjmuje się, że wysokość szkody jest ujęta w poszczególnych pozycjach Taryfikatora, w którym poszczególnym, zindywidualizowanym naruszeniem przypisana jest wysokość korekty. Wysokość tej korekty jest ustalana w Taryfikatorze relatywnie do szkody powodowanej przez naruszenia. Ustawodawca przyjmuje tu domniemanie, że skoro doszło do naruszenia przepisów ustawy o zamówieniach publicznych, to musiała zaistnieć szkoda w budżecie UE. Każdorazowo kiedy instytucja zarządzająca stwierdzi naruszenia Prawa zamówień publicznych obowiązana jest zastosować przewidziany dla tego naruszenia wskaźnik %.*⁵

Mając na uwadze przywołane wyroki sądów administracyjnych Instytucja Wdrażająca stoi na stanowisku, iż wykazała potencjalną możliwość wystąpienia szkody w budżecie Unii w stopniu wymaganym przez właściwe przepisy prawa.

W świetle przedstawionych okoliczności Instytucja Wdrażająca w całości podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w Informacji pokontrolnej z dnia 25 czerwca 2021 r.

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

Zakres rzeczowy zawarty w umowie z wykonawcą nr 064/20/TT z dnia 20.04.2020 r. w części zawiera się w zakresie rzeczowym umowy o dofinansowanie nr 08/2020 z dnia 20.03.2020 r.

Wydatki poniesione na:

- przebudowę mieszkań w celu wydzielenia pomieszczeń łazienek wraz z instalacją wod-kan, gazową, elektryczną i dobudową przewodów kominowych,
- remont piwnic wraz z wykonaniem przyłącza wody w budynku przy ul. Opolskiej 25,
- remont klatki schodowej,
- wykonanie przyłączy wody,
- wykonanie operatu geodezyjnego powykonawczego z naniesieniem przyłącza wody nie mogą zostać uznane za kwalifikowane.

⁴ Wyrok NSA z dnia 24 listopada 2017 r., sygn. akt II GSK 841/16, wyrok WSA w Warszawie z dnia 1 czerwca 2017 r., sygn. akt V SA/Wa 1502/16

⁵ Wyrok NSA z dnia 6 listopada 2019 r., sygn. akt I GSK 1446/18

III. INFORMACJA O POMNIEJSZENIU WYDATKÓW KWALIFIKOWALNYCH

W związku z powyższym, Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Katowicach informuje, iż ustalił korektę finansową/wskaźnik pomniejszający wartość kwalifikowaną zamówienia udzielonego na podstawie Umowy nr 064/20/TT z dnia 20.04.2020 r. w wysokości 5 %.

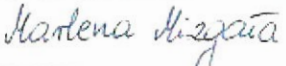
IV. INFORMACJA O PRAWIE DO WNIESIENIA ZASTRZEŻEŃ

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

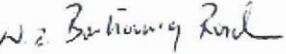
V. POZOSTAŁE INFORMACJE

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

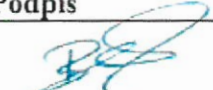
Data i podpis Kontrolującego:

| | Imię i nazwisko | Data | Podpis |
|--------------|-----------------|--------------|--------------------------------------------------------------------------------------|
| Sporządziła: | Marlena Mizgała | 29.07.2021r. |  |

Data i podpis Kierownika Zespołu Kontroli Projektów POIiŚ:

| | Imię i nazwisko | Data | Podpis |
|--------------|--------------------|--------------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| Weryfikował: | Mariusz Smurzyński | 29.07.2021r. |  |

Data i podpis Prezesa Zarządu WFOŚiGW w Katowicach:

| | Imię i nazwisko | Data | Podpis |
|-------------|-----------------|------------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| Akceptował: | Tomasz Bednarek | 27.07.2021 |  |

Informacja pokontrolna została zatwierdzona Uchwałą Zarządu WFOŚiGW w Katowicach Nr 1229/2021 z dnia 29.07.2021 r.