

Urząd Marszałkowski
Województwa Wielkopolskiego
Departament Wdrażania
Programu Regionalnego

Poznań, ^{do} czerwca 2024 r.

DWP.433.181.2019.VII



Pan
Piotr Korytkowski
Prezydent Miasta Konina
Miasto Konin
pl. Wolności 1
62-500 Konin

Szanowny Panie Prezydencie,

w związku z zakończeniem analizy dokumentacji przesłanej przy piśmie z 18.05.2023 r. wraz z uzupełnieniami, dotyczącej udzielenia zamówień publicznych w ramach projektu nr RPWP.04.04.01-30-0006/19 „Realizacja prac budowlanych mających na celu ochronę zachowanie oraz zabezpieczenie zabytkowego „Domu Zemelki w Koninie”, Instytucja Zarządzająca Wielkopolskim Regionalnym Programem Operacyjnym na lata 2014-2020 informuje, że nie stwierdzono nieprawidłowości w zawarciu:

1. aneksów:

- nr 3/RI/2023 – 110468 z 28.02.2023 r.
- nr 4/RI/2023 – 143436 z 30.06.2023 r.
- nr 5/RI/2023 – 175652 z 10.11.2023 r.
- nr 6/RI/2023 – 187649 z 19.12.2023 r.

do umowy 34/DG/2020-36541 z 23.11.2020 r. zawartej z wykonawcą zadania pn. *Nadzór inwestorki nad rozbudową i przebudową „Domu Zemelki” w Koninie, w ramach zadania inwestycyjnego „Realizacja prac budowlanych mających na celu ochronę, zachowanie oraz zabezpieczenie zabytkowego „Domu Zemelki” w Koninie (postępowanie znak WP.042.3.2020)*

2. aneksów:

- nr 5/RI/2023 – 149814 z 17.07.2023 r.
- nr 6/RI/2023-175651 z 10.11.2023 r.

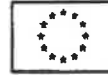
do umowy 31/DG/2020 – 34017 z 10.11.2020 r. zawartej z wykonawcą zadania pn. *Pełnienie nadzoru autorskiego przy realizacji inwestycji (postępowanie znak DG.042.5.2.2020).*

Równocześnie Instytucja Zarządzająca WRPO stwierdziła nieprawidłowość w zamówieniu realizowanym na podstawie ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w trybie podstawowym bez negocjacji w przedmiocie *Rozbudowa i przebudowa „Domu Zemelki” w Koninie w ramach zadania inwestycyjnego „Realizacja prac budowlanych mających na celu ochronę, zachowanie oraz zabezpieczenie zabytkowego „Domu Zemelki” w Koninie (postępowanie znak WP.042.2.2023).*

Z przekazanej do kontroli dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający wszczął postępowanie 23.02.2023 r. (ogłoszenie o zamówieniu nr 2023/BZP 00107827/01). Tego dnia zamawiający opublikował na stronie prowadzonego postępowania <https://konin.logintrade.net> specyfikację warunków zamówienia (dalej swz).

W części V swz *Określenie przedmiotu zamówienia. Warunki zamówienia.* zamawiający wskazał, że szczegóły dotyczące realizacji poszczególnych zakresów robót zawarte są w dokumentacji projektowej stanowiącej załączniki 9-16 do swz. Ponadto, w części V swz zamawiający zaznaczył, że *Nie dopuszcza się składania ofert wariantowych ani równoważnych.*

Z dokumentacji projektowej wynika, że w dokumencie 1.3-PB- inst-sanitame.pdf. oraz zał. 12 do swz - dokument 4.1 projekt wykonawczy instal. Sanit.pdf. zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia poprzez odniesienie się do polskich norm. Z dokonanego opisu przedmiotu zamówienia nie wynika równocześnie, że zamawiający dopuszczał stosowanie przez wykonawcę odpowiednio materiałów, czy też norm równoważnych opisywanym.



W odpowiedzi na wezwanie Instytucji Zarządzającej WRPO do złożenia wyjaśnień przyjętego sposobu postępowania beneficjent wskazał: „Wszystkie ww. elementy stanowią nieobligatoryjne elementy SWZ – Zamawiający nie ma obowiązku dopuszczania w postępowaniu ani ofert wariantowych ani równoważnych, zamówień podobnych, zastosowania aukcji elektronicznej ani umowy ramowej. Zapis jak wyżej ma charakter wyłącznie informacyjny. Opis przedmiotu zamówienia nie został sporządzony z naruszeniem art. 99 ust. 4 i 5 ustawy PZP.”

W kolejnych wyjaśnieniach beneficjent odpowiedział: „W Projekcie budowlanym, zał. 10 do SWZ, zawarte są nazwy własne niektórych materiałów z podaniem określenia „lub równoważny”. Część I Architektura, rozdział 2 Dane szczegółowe, str. 61-70. W projekcie, str. 70, zaznaczono, że wszystkie szczegóły rozwiązań wymagają uzgodnień z konserwatorem na etapie realizacji, co wynika z zapisów w pozwoleniu konserwatorskim. Na etapie przygotowywania dokumentacji biuro projektowe dokonało licznych uzgodnień w zakresie planowanych do użycia materiałów, a dokumentacja została zatwierdzona przez Konserwatora zabytków. Pozwolenie nr 54/A/2017 z dnia 23.05.2017 r. na prowadzenie robot budowlanych przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków, dołączone do projektu budowlanego, (oraz aktualne Pozwolenie nr 5/2020/A z dnia 9.01.2020 r. ze zmianami) określa, że „Wszystkie szczegóły rozwiązań prac objętych niniejszym pozwoleniem należy uzgadniać z Kierownikiem Delegatury w Koninie Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków w Poznaniu na etapie realizacji tych prac”. Ponadto w poszczególnych częściach dokumentacji projektowej zawarto zapisy dotyczące zastosowania materiałów, w tym z podaniem ich parametrów: W Projekcie wykonawczym zamiennym część I Architektura, zał. 10 do SWZ, zamieszczony jest „Wykaz minimalnych parametrów do spełnienia wymagań równoważności materiałów na podstawie produktów referencyjnych”, strona 45 - 64 dokumentu. W Projekcie wykonawczym część III Instalacje Sanitarne, zał. 12 do SWZ, zamieszczone są zestawienia materiałowe dla instalacji CO, CT, chłodniczej i wodno-kanalizacyjnej (załączniki 5, 6 i 7), strona 55-61. W Projekcie wykonawczym zamiennym część IV Elektroenergetyka, zał. 13 do SWZ, zamieszczony jest plik „Tabele równoważności”. Zapisy odnoszące się do stosowania materiałów równoważnych zawarte są również w Przedmiarach robót i Specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, zał. 15 i 16 do SWZ. Zamawiający podtrzymuje oświadczenie, że opis przedmiotu zamówienia nie został sporządzony z naruszeniem art. 99 ust. 4 i 5 ustawy PZP. Dokumentację techniczną, załączoną do postępowania, przygotowano w sposób zapewniający uczciwą konkurencję, precyzyjny i zrozumiały, podając rozwiązania materiałowe, uzgodnione z Konserwatorem zabytków oraz minimalne parametry dla rozwiązań równoważnych. Zapisy w dokumentacji projektowej wskazujące na konkretne materiały, nie służyły uprzywilejowaniu czy wyeliminowaniu niektórych wykonawców lub produktów lecz doprecyzowaniu opisu i dobraniu rozwiązań służących w sposób możliwie najlepszy rozbudowie i przebudowie obiektu zabytkowego. Zamawiający używając przy opisie przedmiotu zamówienia nazw własnych niektórych materiałów budowlanych nie ograniczał w żaden sposób konkurencji rozumianej jako wybór wykonawcy robót budowlanych. Dokumentacja przetargowa kierowana była do podmiotów świadczących usługi budowlane, nie zaś do producentów lub dostawców materiałów budowlanych. Taki sposób opisu przedmiotu zamówienia czyni zadość art. 99 ust. 4 i 5 ustawy PZP poprzez jednoznaczne i wyczerpujące sformułowanie wymagań Zamawiającego, w odniesieniu do okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dotyczącej przebudowy i rozbudowy obiektu już istniejącego i będącego pod nadzorem Urzędu Ochrony Zabytków.

W ocenie Instytucji Zarządzającej WRPO złożone przez beneficjenta wyjaśnienia nie zasługują na uznanie w całości. O ile, zdaniem Instytucji Zarządzającej WRPO, można przyjąć wyjaśnienie beneficjenta w kontekście wskazanych nazw własnych materiałów koniecznych do użycia, o tyle stwierdzić trzeba, że w wyjaśnieniach beneficjent nie odniósł się do norm, które zostały użyte w dokumentacji projektowej, w tym szeregu polskich norm wskazanych w dokumencie 1.3-PB- inst-sanitarne.pdf. oraz zał. 12 do swz - dokument 4.1 projekt wykonawczy instal. Sanit.pdf.

Instytucja Zarządzająca WRPO stwierdza, że działanie beneficjenta polegające na opisanu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie norm bez równoczesnego dopuszczenia rozwiązań równoważnych stanowi naruszenie art. 16 w zw. z art. 101 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej ustawy Pzp).

Zgodnie z art. 101 ust. 4 ustawy Pzp opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne”. Brzmienie przepisu art. 101 ust. 4 ustawy Pzp jest jednoznaczne.

Należy zaznaczyć, iż jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia. Czynność ta determinuje cały przebieg postępowania o udzielenie zamówienia i wywiera wpływ na jego wynik. Dlatego też zamawiający winien dokonywać tej czynności z poszanowaniem wyrażonej w art. 16 pkt 1 oraz pkt 3 ustawy Pzp zasady nakładającej obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania



w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalnie. Ponadto, należy zauważyć, że ustawodawca stoi jednoznacznie na stanowisku, iż zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłby w wyżej wskazaną zasadę. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert.

Powyższe zasady odnajdują swoje podstawy w europejskim porządku prawnym, w szczególności Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych. Aktualnie obowiązująca Dyrektywa klasyczna (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE) akcentuje w sposób szczególny obowiązki podmiotu zamawiającego w aspekcie zagwarantowania konkurencyjności.

W motywie 74 Preambuły Dyrektywy 2014/24/UE, można przeczytać: „(74) *Specyfikacje techniczne sporządzane przez publicznych nabywców muszą umożliwić otwarcie zamówień publicznych na konkurencję oraz realizację celów w zakresie zrównoważonego rozwoju. W tym celu należy umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych, norm i specyfikacji technicznych na rynku, w tym ofert opracowanych na podstawie kryteriów wykonania związanych z cyklem życia procesu produkcji robót budowlanych, dostaw i usług oraz ich zgodności z zasadą zrównoważonego rozwoju.*

W związku z powyższym specyfikacje techniczne powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę. Opracowanie specyfikacji technicznych pod względem wymagań wydajnościowych i funkcjonalnych zasadniczo umożliwia optymalne osiągnięcie tego celu. Wymagania funkcjonalne odnoszące się do wydajności są również odpowiednim środkiem sprzyjającym innowacji w zamówieniach publicznych i powinny być stosowane jak najszerzej (...).”

Przy opracowywaniu specyfikacji technicznych i opisu przedmiotu zamówienia należy pamiętać, że granice dozwolonych działań zamawiającego określają zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jako nadrzędne zasady systemu zamówień publicznych. Zasady te sprzeciwiają się dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający wykonawcom udział w postępowaniu lub prowadzący do uprzywilejowania niektórych wykonawców lub produktów bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego.

Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z 2.09.2015 r. sygn. akt II GSK 1653/14 „szkodą w interesach finansowych UE jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku. Z kolei nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa wspólnotowego, w tym zasad przepisów ustawy Pzp. 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 UE”. Zatem jak wskazano w wyżej wymienionym wyroku, a który wydaje się być aktualny na gruncie obowiązującego rozporządzenia 1303/2013, nieuzasadniony wydatek to taki, który został poniesiony niezgodnie z przepisami prawa unijnego lub prawa krajowego. Zwracając uwagę na istotę szkody Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu wskazał, że „wystarczy jednak samo tylko wykazanie, że określone nieprawidłowości powstałe wskutek zachowania się beneficjenta mogły jedynie (choć wcale nie musiały) narazić ogólny budżet Unii Europejskiej na uszczerbek, nawet bliżej niewykazany („potencjalny”)” (wyrok WSA we Wrocławiu z 25.02.2015 r., sygn. akt III SA/Wr 881/14). Należy podkreślić, iż dla stwierdzenia nieprawidłowości konieczne jest wystąpienie naruszenia prawa wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje choćby potencjalną szkodę finansową w budżecie ogólnym Unii Europejskiej. Zgodnie z wyrokiem Trybunału z 15.09.2005 r. (sprawa C-199/03 Irlandia przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich), nawet nieprawidłowości, które nie wywołują konkretnych skutków finansowych mogą poważnie wpłynąć na finansowe interesy Unii oraz poszanowanie prawa wspólnotowego a zatem mogą uzasadnić zastosowanie korekty finansowej przez Komisję. Warto również tu zacytować pogląd Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, wyrażony w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne polskiego sądu administracyjnego, zgodnie z którym sam fakt naruszenia przez beneficjenta przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych rodzi swoiste domniemanie powstania szkody w budżecie UE: „należy stwierdzić, że uchybienie zasadom udzielania zamówień publicznych stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 ust. 7 rozporządzenia nr 1083/2006, o ile nie można wykluczyć, że uchybienie to miało wpływ na budżet odnośnego funduszu. W drugiej kolejności, w odniesieniu do mechanizmu korekt finansowych przewidzianego w art. 98 rozporządzenia nr 1083/2006, należy stwierdzić, że zgodnie z art. 98 ust. 1 i 2 tego rozporządzenia przepis ów wymaga od państw członkowskich dokonania korekty finansowej w wypadku stwierdzenia nieprawidłowości.” (wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 14.07.2016 r. sygn. C-406/14).

Nie sposób też uznać wyjaśnień beneficjenta, iż dopuszczenie ofert równoważnych nie jest elementem obligatoryjnym w postępowaniach prowadzonych zgodnie z ustawą Pzp. Beneficjent korzystający



ze wsparcia unijnego musi mieć na uwadze, że środki, które otrzymał na realizację jego projektu, nie tracią publicznego charakteru, a sposób ich wydatkowania podlega licznym ograniczeniom i rygorom. Powyższe ograniczenia i rygory nie wynikają wyłącznie z zawartej umowy o dofinansowanie lub przepisów ustaw, ale również z dokumentów programowych publikowanych przez Ministra Rozwoju, poszczególne Instytucje Zarządzające czy zalecenia audytorów Komisji Europejskiej. W nawiązaniu do powyższego należy wskazać, że Departament Audytu Środków Publicznych Ministerstwa Finansów za pośrednictwem pisma z 3.08.2020 r. poinformował Instytucje Zarządzające o wynikach kontroli audytorów Komisji Europejskiej, gdzie na stronie 2 przedmiotowego pisma - dostępne na stronie https://powerwupolsztyn.praca.gov.pl/documents/3196339/3208017/DAS4.9011.21.2020.1.AKKG_3.08.2020.pdf/bc87a405-d0c6-418b-81fe-15bfab20beb0?t=1597408961000 wskazano „(...) audytorzy Komisji Europejskiej sformułowali także ustalenia dotyczące przypadków, gdy specyfikacja techniczna zawierała odniesienia do norm lub przepisów krajowych, ale nie zawierała nawet ogólnego sformułowania dopuszczającego rozwiązanie równoważne, które obejmowałoby wszystkie te odniesienia. W powyższych przypadkach audytorzy Komisji oceniali, iż ogłoszenie o zamówieniu nie spełniało warunków określonych w art. 42 i art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE lub art. 60 dyrektywy 2014/25/EU dotyczących stosowania specyfikacji technicznych, co mogło ograniczać dostęp potencjalnych wykonawców i ustalali wydatki niekwalifikowalne z zastosowaniem wskaźnika 5% lub 10%, w zależności od okoliczności danego przypadku. ...”

W przedmiotowej sprawie, Zamawiający nie tylko nie dopuścił równoważności do norm za pomocą, których opisał przedmiot zamówienia, ale nie zawarł w dokumentacji zamówienia choćby ogólnej informacji, że taką równoważność dopuszcza.

W ocenie Instytucji Zarządzającej WRPO opisane działanie beneficjenta stanowiło naruszenie przepisów, które mogło spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej. Nie można wykluczyć sytuacji, iż gdyby zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne o zamówienie publiczne mogłaby ubiegać się większa liczba oferentów, a złożone oferty mogłyby być korzystniejsze od tej, która została wybrana.

Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z 29.01.2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2016 r., poz. 200 z późn. zm.¹) zastosowanie specyfikacji technicznej ograniczającej dostęp dla wykonawców skutkuje **pomniejszeniem wydatków w wysokości 10%** (tabela, poz. 11).

Instytucja Zarządzająca WRPO informuje, że zastosowana stawka pomniejszenia jest zgodna z Decyzją Komisji Europejskiej nr C (2019) 3452 z 14.05.2019 r. ustanawiającą wytyczne dotyczące określania korekt finansowych dokonywanych w odniesieniu do wydatków finansowanych przez Unię w przypadku nieprzestrzegania mających zastosowanie przepisów dotyczących zamówień publicznych, z treści której wynika, że państwa członkowskie przy korygowaniu wydatków w wyniku stwierdzanych nieprawidłowości powinny stosować ustanowione w załączniku do Decyzji wytyczne dotyczące określania korekt finansowych (Sekcja 2).

Odnosząc się do kwestii stwierdzonej nieprawidłowości Instytucja Zarządzająca WRPO wskazuje, iż zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z 17.12.2013 r., art. 2 pkt. 36 „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”.

W związku z powyższym Instytucja Zarządzająca WRPO stwierdza, że w niniejszym przypadku:

1. poprzez działanie beneficjenta tj. naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z uwagi na opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą określonych norm bez równoczesnego dopuszczenia stosowania rozwiązań równoważnych opisywanym doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp.
2. działanie beneficjenta potencjalnie mogło narazić budżet Unii na szkodę, albowiem:
 - gdyby ogłoszenie i swz zawierało informację na temat dopuszczenia rozwiązań równoważnych w całej dokumentacji dotyczącej przedmiotowego zamówienia, ze wskazaniem cech podlegających ocenie równoważności, o zamówienie publiczne mogłaby ubiegać się większa liczba oferentów, a złożone oferty mogłyby być korzystniejsze od tej, która została wybrana;
 - działanie beneficjenta mogło utrudniać uczciwą konkurencję oraz równość szans na rynku ofert, a w konsekwencji mogłoby doprowadzić do rzeczywistej szkody w budżecie UE, poprzez sfinansowanie wydatków w nieuzasadnionej wysokości.

Spełnione zostały zatem przesłanki wynikające z wyżej wymienionego Rozporządzenia nr 1303/2013, na podstawie których naruszenie przepisów należy uznać za nieprawidłowość.



Opisane powyżej działanie beneficjenta, polegające na naruszeniu art. 16 w zw. z art. 101 ust. 4 ustawy Pzp skutkuje, na podstawie zapisów §13 ust. 5 umowy o dofinansowanie zastosowaniem pomniejszenia wydatków poniesionych nieprawidłowo, zgodnie z rozporządzeniem wydanym na podstawie art. 24 ust. 13 ustawy wdrożeniowej.

Jednocześnie zgodnie z zapisami §13 ust. 6 umowy o dofinansowanie do nałożenia przez Instytucję Zarządzającą WRPO na beneficjenta korekty finansowej z tytułu naruszenia zasad udzielania zamówień, wystarczające jest stwierdzenie przez Instytucję Zarządzającą WRPO samego naruszenia zasad udzielania zamówień bez konieczności wykazania rzeczywistej lub potencjalnej szkody poniesionej przez Instytucję Zarządzającą WRPO Skarb Państwa, budżet państwa, budżet środków europejskich lub szeroko rozumiane finanse publiczne.

Do przedmiotowej korekty finansowej, zgodnie z postanowieniami zawartej umowy o dofinansowanie, należy stosować odpowiednie przepisy Kodeksu Cywilnego dotyczące kar umownych.

W celu wyjaśnienia stanu faktycznego przeanalizowano i sprawdzono pod kątem zgodności z ustawą Pzp ww. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (postępowanie znak WP.042.2.2023). Ponadto zwrócono się do beneficjenta z prośbą o wyrażenie jego stanowiska w sprawie stwierdzonych naruszeń oraz wyjaśnienie przyczyn przyjętego sposobu postępowania.

Wysokość wartości pomniejszenia obliczona będzie zgodnie ze wzorem:

$Wp = W\% \times Wkw$, gdzie:

Wp – wartość pomniejszenia,

Wkw. – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla zamówienia,

W% – stawka procentowa

W przypadku, gdy beneficjent w składanym przez siebie wniosku o płatność wykazał te wydatki jako kwalifikowalne w pełnej wysokości, zostaną one umniejszone przez Instytucję Zarządzającą WRPO na etapie zatwierdzania wniosku o płatność.

Jednocześnie informuję, że kierownikowi jednostki kontrolowanej przysługuje prawo zgłoszenia zastrzeżeń do ustaleń zawartych w niniejszym piśmie w ciągu 14 dni od dnia jego otrzymania.

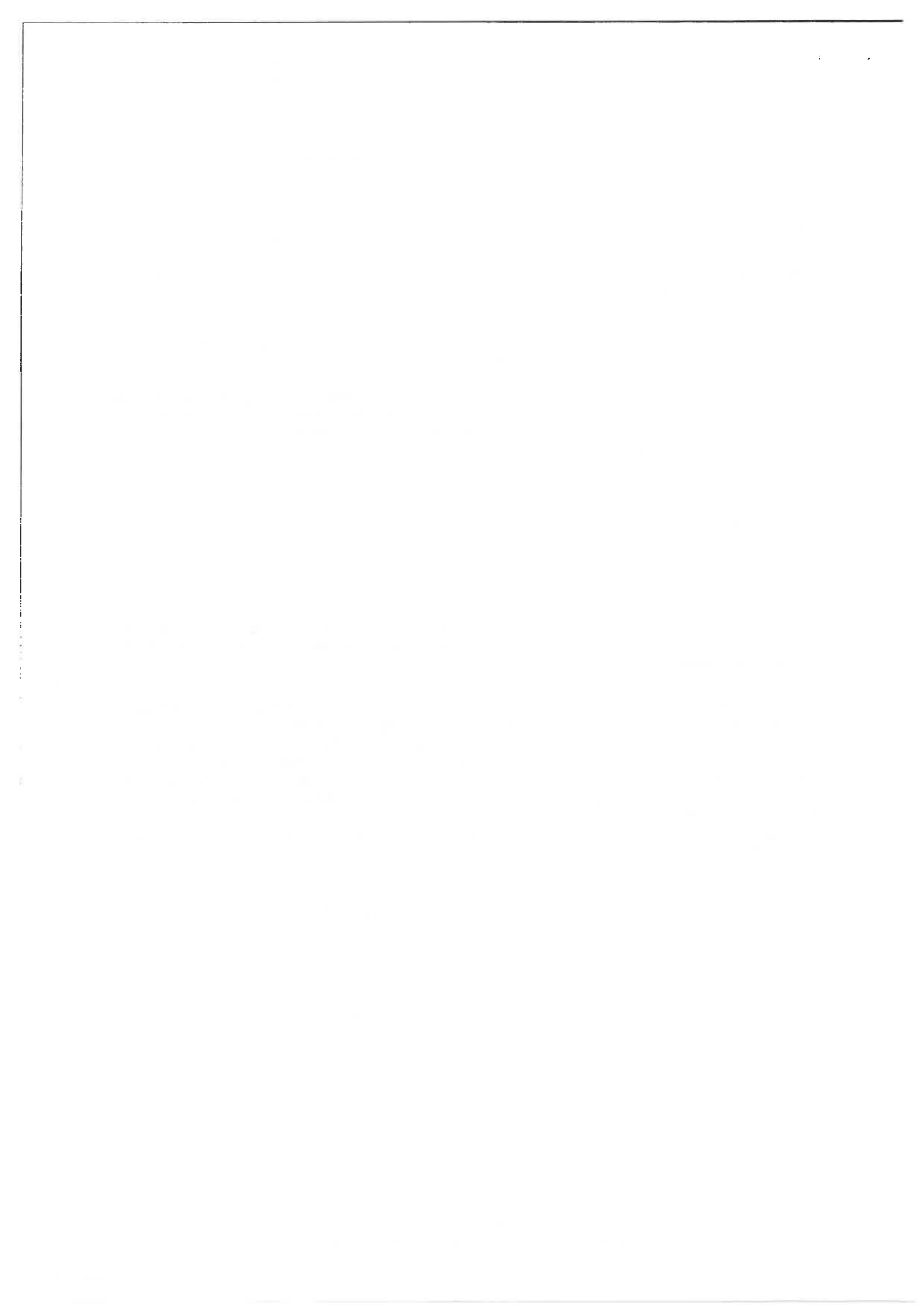
Zastrzeżenia zostaną rozpatrzone przez Instytucję Zarządzającą WRPO, a kontrolowany zostanie poinformowany o uznaniu zastrzeżeń w całości lub w części lub o odrzuceniu zastrzeżeń niezwłocznie po ich rozpatrzeniu. Instytucja Zarządzająca WRPO jest uprawniona do wszczęcia dodatkowych czynności kontrolnych, w razie stwierdzenia takiej konieczności w związku ze złożonymi przez kontrolowanego wyjaśnieniami lub zastrzeżeniami.

W przypadku przekroczenia przez kontrolowanego terminu określonego powyżej, Instytucja Zarządzająca WRPO może odmówić rozpatrzenia zgłoszonych zastrzeżeń.

Z poważaniem

ZASTĘPONA TREKOWA
DEPARTAMENTU


Paula Stachurskiego





Urząd Marszałkowski
Województwa Wielkopolskiego
Departament Wdrażania
Programu Regionalnego

Poznań, 28 czerwca 2024 r.

DWP.433.181.2019.VII



RPW/26738/2024 P
Data: 2024-07-03

Pan
Piotr Korytkowski
Prezydent Miasta Konina
Miasto Konin
pl. Wolności 1
62-500 Konin

Szanowny Panie Prezydencie,

odpowiadając na wniesione przy piśmie z 27.06.2024 r. zastrzeżenia do wyniku kontroli na dokumentach zamówień publicznych w projekcie nr RPWP.04.04.01-30-0006/19 „Realizacja prac budowlanych mających na celu ochronę, zachowanie oraz zabezpieczenie zabytkowego „Domu Zemelki w Koninie”, poniżej przedstawiam informację na temat ich uznania.

Lp.	Zastrzeżenie	Stanowisko zespołu kontrolującego
Rozbudowa i przebudowa „Domu Zemelki” w Koninie w ramach zadania inwestycyjnego „Realizacja prac budowlanych mających na celu ochronę, zachowanie oraz zabezpieczenie zabytkowego „Domu Zemelki” w Koninie		
1.	<p>Zastrzeżenia do stwierdzonego naruszenia zawartego w piśmie Nr DWP.433.181.2019.VII z dnia 20 czerwca 2024 r. Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego</p> <p>W związku z przeprowadzoną kontrolą projektu „Realizacja prac budowlanych mających na celu ochronę, zachowanie oraz zabezpieczenie zabytkowego „Domu Zemelki” w Koninie”, niniejszym pismem wnoszę – w wyznaczonym terminie – umotywowane pisemne zastrzeżenia do stwierdzonego naruszenia w piśmie Departamentu Wdrażania Programu Regionalnego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego z dnia 20 czerwca 2024 r., znak DWP.433.181.2019.VII.</p> <p>Instytucja Zarządzająca WRPO, dokonując analizy dokumentacji postępowania przetargowego w przedmiocie Rozbudowa i przebudowa „Domu Zemelki” w Koninie, w ramach zadania inwestycyjnego „Realizacja prac budowlanych mających na celu ochronę, zachowanie oraz zabezpieczenie zabytkowego „Domu Zemelki” w Koninie”, stwierdziła, że działanie Beneficjenta polegające na opisanu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie norm bez równoczesnego dopuszczenia rozwiązań równoważnych stanowi naruszenie art. 16 w zw. z art. 101 ust. 4 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej ustawy Pzp, Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).</p>	<p><u>Zastrzeżenie uwzględnione</u></p>



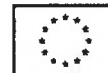
Beneficjent potwierdza, że zgodnie z SWZ, część V., Określenie przedmiotu zamówienia. Warunki zamówienia. wskazał, że szczegóły dotyczące realizacji poszczególnych zakresów robót zawarte są w dokumentacji projektowej, stanowiącej załączniki od 9 do 16 do SWZ. W projekcie budowlanym, w części dotyczącej instalacji sanitarnych i wentylacji oraz w projekcie wykonawczym instalacje sanitarne, w opisie technicznym zawarte są odniesienia do polskich norm.

Beneficjent po konsultacji z biurem projektowym wyjaśnia, że w procesie budowlanym obowiązuje m.in. Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, a także Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, które to rozporządzenie bezpośrednio odwołuje się do konkretnych polskich norm. Tym samym, na projektantów i wykonawców został nałożony obowiązek stosowania norm budowlanych, które zostały wymienione w załączniku do ww. rozporządzenia. Przywołane w dokumentacji technicznej normy nie wskazują konkretnego producenta ani konkretnych rozwiązań (a tym bardziej kraju pochodzenia tych rozwiązań), a jedynie wymagane parametry techniczne i nie faworyzują żadnego wykonawcy.

Beneficjent wyjaśnia, że poprzez odwołania do norm autorom dokumentacji projektowej oraz Zamawiającemu chodziło wyłącznie o zapewnienie wykonania wszelkich robót zgodnie z zasadami określonymi w Prawie Budowlanym, w odpowiedniej jakości, zgodnie z założeniami projektu i przeznaczeniem obiektu, wpisanego do rejestru zabytków, ze szczególnym uwzględnieniem specyficznych wymagań, określonych przez konserwatora zabytków.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12.07.2021 r., sygn. akt KIO 1549/21, "Skład orzekający uznaje za niezbywalne prawo zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z obiektywnymi jego potrzebami. Zamawiający może przy tym określić oczekiwane parametry produktu na wysokim poziomie, także, jeśli miałoby to nawet wiązać się z niemożnością zaoferowania przedmiotu zamówienia przez znaczną liczbę uczestników rynku właściwego".

Podobnie, w wyroku z dnia 13.10.2021 r., sygn. akt KIO 2814/21: "opis przedmiotu zamówienia, z zastrzeżeniem zasad zamówień publicznych, sporządza zamawiający, kierując się swoimi uzasadnionymi potrzebami. Potrzeby zamawiającego z natury rzeczy nie muszą się pokrywać z możliwościami zainteresowanych wykonawców funkcjonujących na rynku produktów odpowiadających przedmiotowi zamówienia". Zastosowanie odniesień do norm nie wymaga opisanie kryteriów równoważności – tak w Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych: "Przepis art. 101 ust. 4 p.z.p., odmiennie niż art. 99 ust. 6 p.z.p., nie wskazuje konieczności określenia kryteriów równoważności ani imiennego wskazania norm równoważnych."



Odnosząc się do przedmiotowego postępowania, należy zauważyć, że wprawdzie przy użytych w dokumentacji technicznej normach nie wskazano literalnie słów „lub równoważna”, aczkolwiek projektant wprowadził tam zapisy, które bezsprzecznie czynią dopuszczalnymi zastosowanie każdej normy równoważnej wskazanej z nazwy, a tym samym – czynią zadość zasadzie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. I tak na przykład:

1. W opracowaniu SPECYFIKACJA TECHNICZNA BRANŻA SANITARNA ST/s/1, na str. 2 zapisano: „1.2 Zakres stosowania. Specyfikacja techniczna jest opracowaniem branżowym obejmującym roboty zawarte w pkt. 1.1 i tylko w tym zakresie może być stosowana. Postanowienia zawarte w umowie pomiędzy stronami, pozostają nadrzędne w stosunku do niniejszego opracowania.

Stosowanie podanych w opracowaniu norm i przepisów nie może być sprzeczne z żadnymi innymi, obowiązującymi w chwili prowadzenia robót, normami i przepisami.”

Na str. 3 natomiast: „W przypadku, gdy w dokumentacji projektowej lub specyfikacji technicznej nie podano wymagań technicznych dla materiałów, elementów i wyrobów albo podano je w sposób ogólny, lub dokonuje się ich zamiany na inne niż określono w projekcie, należy każdorazowo dokonać odpowiednich uzgodnień na piśmie z upoważnionym przedstawicielem Inwestora”.

2. W opracowaniu SPECYFIKACJA TECHNICZNA WYKONANIA I ODBIORU ROBÓT BUDOWLANYCH, na str. 70 zapisano:

„2.4. Wariantowe stosowanie materiałów: Podany powyżej materiał stanowi propozycję projektanta lub zamawiającego. Zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych” Wykonawca ma prawo zastosować każdy inny „równoważny” co do cech techniczno-jakościowych wyrób.”

3. W opracowaniu PROJEKT WYKONAWCZY ZAMIENNY KONSTRUKCJA, na str. 3 zapisano: „1.2. Projekt Zamienny Wykonawczy opracowano w oparciu o ustawy, rozporządzenia, wytyczne i normy budowlane, w tym, nie wyłączając innych, wyszczególnione poniżej...”

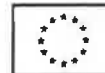
Powyższe określenia zezwalają na użycie w ramach wykonania przedmiotu zamówienia wszelkich prawem dopuszczonych rozwiązań (a w przypadku zamienności - po ich uzgodnieniu). Skoro w ww. dokumentach mówi się o „innych obowiązujących normach”, „zamianie na inne niż określone” czy też o „niewylączaniu innych norm”, z pewnością opis przedmiotu zamówienia nie zmierza do zawężenia konkurencji, wręcz przeciwnie – szeroko „otwiera” postępowanie na konkurencyjny rynek. A już bez wątplenia dopuszczenie możliwości zastosowania przez Wykonawcę „każdego innego równoważnego co do cech techniczno-jakościowych wyrobu” potwierdza, że równoważność w zakresie norm została w rzeczonym postępowaniu dopuszczona. Norma bowiem to nic innego jak opis wymagań



<p>dotyczących bezpieczeństwa i jakości danego produktu czy działania, wyznaczający pewien wymagany standard. Jeśli zatem mowa o cechach jakościowych wyrobu, nie może chodzić o nic innego, jak tylko o odniesienie normatywne danego wyrobu.</p> <p>Konsekwencją takiego podejścia Zamawiającego jest brak wymogu przedstawienia przez Wykonawców przedmiotowych środków dowodowych określonych w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Gdyby Zamawiający działał z zamiarem ograniczenia konkurencji, jego podejście byłoby bardziej restrykcyjne – wymagałby udowodnienia za pomocą odpowiedniego dokumentu, że dana norma została spełniona.</p> <p>Brak użycia zwrotu „lub równoważna” przy normach, nie uzasadnia zastosowania korekty finansowej względem Zamawiającego. Jak wskazano w piśmie Departamentu Audytu Środków Publicznych Ministerstwa Finansów, z dnia 03.08.2020 r. o sygn. akt DAS4.9011.21.2020.1.AKKG, „audytorzy Komisji Europejskiej w wydanych w 2020 roku dokumentach podsumowujących misje audytowe dla trzech programów operacyjnych (Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko-Pomorskiego na lata 2014-2020, Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2014-2020 oraz Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2014-2020) sformułowali ustalenia niefinansowe dotyczące przypadków, gdy specyfikacja techniczna zawierała odwołania do norm krajowych bez użycia wyrażenia „lub równoważne”, przy równoczesnym zawarciu w specyfikacji ogólnego sformułowania dopuszczającego stosowanie rozwiązań równoważnych w tym zakresie. Brak wyliczenia wydatków niekwalifikowalnych w ww. przypadkach Audytorzy Komisji Europejskiej uzasadnili: Jakkolwiek, ściśle rzecz biorąc, brak zwrotu „lub równoważny” w dokumentach przetargowych stanowił niezgodność z art. 42 dyrektywy 2014/24/UE 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 w tym przypadku ogólne sformułowanie zawarte w specyfikacjach technicznych obejmuje wszystkie znaki towarowe i normy, uznaje się, że naruszenie zasad ma charakter formalny i nie uzasadnia korekty finansowej.”.</p> <p>Jak wskazuje się w literaturze, „powyższe stanowisko podyktowane było treścią art. 42 ust. 3</p>	
---	--



lit. b dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L Nr 94, s. 65), który stanowi, że "Bez uszczerbku dla wiążących krajowych przepisów technicznych, w zakresie, w jakim są one zgodne z prawem unijnym, specyfikacje techniczne formułuje się w jeden z poniższych sposobów (...) 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, wycień i realizacji robót budowlanych oraz wykorzystania dostaw; każdemu odniesieniu towarzyszą słowa "lub równoważne". Należy podkreślić, że nawet z tego stanowiska wynika, że nieużycie zwrotu "lub równoważne" względem każdego przypadku odniesienia się do norm itd. stanowi naruszenie o charakterze formalnym i nie uzasadnia korekty finansowej. Interpretacji art. 42 ust. 3 lit. b dyrektywy 2014/24/UE, należy dokonywać przy zastosowaniu zasad wykładni celowościowej. W innym przypadku penalizacji podlegałyby naruszenia o charakterze wyłącznie formalnym". W świetle powyższego, wyjaśniam, że zapis w części V pkt 11 SWZ, niedopuszczający ofert równoważnych w przedmiotowym postępowaniu, został tam umieszczony omyłkowo, a za obowiązujące w tym zakresie należy uznać zapisy dokumentacji technicznej, zgodnie zresztą z dyspozycją art. 103 ust. 1 ustawy pzp: „Zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych”. A skoro art. 281 ustawy pzp wśród obligatoryjnych elementów SWZ nie wymienia zapisów dotyczących równoważności, zapis ten nie może być podstawą zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisów tejże ustawy. Ubocznie tylko wspomnieć należy, iż na etapie przetargu nie było żadnego pytania od wykonawców dotyczącego norm lub wniosku o rozszerzenie / zmianę ich katalogu, a tym bardziej – odwołania od postanowień dokumentów zamówienia w tym zakresie. Potwierdza to, że spełnienie wymogów opisu przedmiotu zamówienia w ocenie wykonawców nie stanowiło żadnej przeszkody w udziale w zamówieniu publicznym. Ponadto Beneficjent zwraca uwagę, że Instytucja Zarządzająca WRPO w przesłanym wystąpieniu, e-mail z dnia 31.08.2023 r. – pytanie 4, wezwała Beneficjenta do wyjaśnienia czy opis przedmiotu zamówienia nie został sporządzony z naruszeniem art. 99 ust. 4 i 5 ustawy pzp. Następnie w wiadomości e-mail z dnia 04.10.2023 r., stwierdzono, iż „Wobec złożonych przez Państwa w odpowiedzi wyjaśnień z dnia 13.09. 2023 r. oraz w nawiązaniu do przekazanej w korespondencji uzupełniającej przy piśmie z 14.09.2023 r.



dokumentacji technicznej stanowiącej załącznik do swz dla przedmiotowego zamówienia Instytucja Zarządzająca WRPO stwierdza wystąpienie nazw własnych w dokumentacji bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych. Proszę o szczegółowe wyjaśnienie dokonania opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie nazw własnych (znaków towarowych) bez każdorazowego wskazania przy tym towarzyszącego wyrazu „lub równoważny”.

Beneficjent, w swojej odpowiedzi z dnia 10.10.2023 r., odniósł się jedynie do zastosowania w opisie przedmiotu zamówienia nazw własnych, z dopuszczeniem rozwiązań równoważnych, co zostało przyjęte przez IZ WRPO.

Beneficjent faktycznie nie odnosił się w żadnym ze swoich dotychczasowych wyjaśnień do norm, użytych w dokumentacji projektowej, ponieważ nie był o tę kwestię pytany. W żadnym z wezwań do złożenia wyjaśnień IZ WRPO nie pytała o opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie norm, bez równoczesnego dopuszczenia rozwiązań równoważnych, o czym mowa w art. 101 ust. 4 ustawy pzp. Nie jest zatem prawdziwe stwierdzenie IZ WRPO, że Beneficjent nie odniósł się do norm użytych w dokumentacji technicznej. Gdyby takie pytanie wcześniej się pojawiło, Beneficjent miałby szansę wcześniejszego udzielenia wyjaśnień w tym zakresie.

Wobec wyżej wskazanych dowodów, w ocenie Zamawiającego, Urząd Marszałkowski Województwa Wielkopolskiego w żaden sposób nie wykazał, iż Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. W konsekwencji, nie istnieją przesłanki uzasadniające nałożenie na Zamawiającego jakiegokolwiek korekty finansowej. Nie doszło bowiem do naruszenia obowiązujących przepisów w sposób istotny, rzutuący na poziom konkurencji, przejrzystości i równe traktowanie wykonawców.

Wobec powyższego, wnosimy o zmianę stanowiska wyrażonego w piśmie z dnia 20 czerwca 2024 r. nr DWP.433.181.2019.VII i niestosowanie korekty finansowej w stosunku do Zamawiającego. W razie gdyby argumentacja Zamawiającego nie uzasadniała w ocenie IZ WRPO odstąpienia od zastosowania korekty finansowej, Beneficjent wnosi o obniżenie wysokości korekty, z uwagi na wyżej wskazane okoliczności, potwierdzające, iż w postępowaniu nie doszło do naruszenia reguł uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Instytucja Zarządzająca WRPO informuje, że **odstępuje od stwierdzenia nieprawidłowości** w procedurze zamówienia udzielonego zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych w trybie podstawowym bez negocjacji w przedmiocie: **Rozbudowa i przebudowa „Domu Zemełki” w Koninie w ramach zadania inwestycyjnego „Realizacja prac budowlanych mających na celu ochronę, zachowanie oraz zabezpieczenie zabytkowego „Domu Zemełki” w Koninie.**

Z poważaniem ZASTĘPCA DYREKTORA
DEPARTAMENTU


Paula Nowaczyńskiego