



Katowice, ²¹ lutego 2019 r.
FR-RKPR.44.557.1.2018.PS
Dotyczy projektu nr 04DB/17

Egzemplarz nr ...1...

OSTATECZNA
INFORMACJA POKONTROLNA

Nazwa jednostki kontrolowanej: Gliwice – miasto na prawach powiatu

Tytuł projektu: Termomodernizacja budynku Urzędu Miejskiego w Gliwicach przy ul. Zwycięstwa

Nr umowy o dofinansowanie: UDA-RPSL.04.03.01-24-04DB/17-00

Podstawa prawna do przeprowadzenia kontroli:

1. Art. 23 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (Dz.U.2018.1431 tekst jednolity- dalej „ustawa wdrożeniowa”),
2. § 17 Umowy nr UDA-RPSL.04.03.01-24-04DB/17-00 z 3 sierpnia 2018 r. w sprawie dofinansowania projektu pn. *Termomodernizacja budynku Urzędu Miejskiego w Gliwicach przy ul. Zwycięstwa.*

Rodzaj kontroli: w trakcie realizacji projektu

Tryb kontroli: planowa

1. Skład Zespołu Kontrolującego:

Imię i nazwisko	Stanowisko służbowe	Funkcja w zespole kontrolującym
Paulina Solecka	Podinspektor	Kierownik Zespołu Kontrolującego
Piotr Piszcz	Inspektor	Członek Zespołu Kontrolującego

2. Data przeprowadzenia kontroli: od 9 października 2018 r. do 16 stycznia 2019 r.

Kontrola w siedzibie IZ RPO (analiza dokumentacji):

- e-mail z dnia 12.10.2018 r. (konto: domzol_d@um.gliwice.pl) informujący o błędnie określonej kwocie uzyskanego w projekcie przychodu w złożonym w czasie kontroli oświadczeniu,
- e-mail z dnia 12.10.2018 r. (konto: paulina.solecka@slaskie.pl) informujący o trybie postępowania dot. oświadczenia o uzyskanym w projekcie przychodzie,
- pismo Beneficjenta o sygn. OR.2510.4.2017 z dnia 16.10.2018 r. przekazujące skorygowane oświadczenia dot. uzyskanego w projekcie przychodu (wpływ ePUAP w dniu 22.10.2018 r.),
- e-mail z dnia 17.10.2018 r. (konto: or@um.gliwice.pl) przekazujący wyjaśnienia do kontroli (wpływ ePUAP w dniu 22.10.2018 r.)
- e-mail z dnia 30.10.2018 r. (konto: paulina.solecka@slaskie.pl) z prośbą o przekazanie dodatkowych wyjaśnień do kontroli,



- e-mail z dnia 07.11.2018 r. (konto: soltysek_i@um.gliwice.pl) przekazujący dodatkowe wyjaśnienia do kontroli (wpływ ePUAP w dniu 07.11.2018 r.).
- pismo do Beneficjenta z dnia 20.11.2018 r. informujące o wstrzymaniu terminu na sporządzenie Informacji pokontrolnej, ze względu na dodatkowe czynności kontrolne,
- pismo do potencjalnych wykonawców z 20.11.2018 r. z prośbą o zajęcie stanowiska w przedmiotowej sprawie,
- pismo do oferentów z 20.11.2018 r. z prośbą o zajęcie stanowiska w przedmiotowej sprawie,
- pisma oraz e-maile przekazane IZ RPO WSL w dniach 28.11.2018 r. – 10.12.2018 r. przez oferentów oraz potencjalnych wykonawców informujące o zajętych w sprawie stanowiskach,
- pismo do Beneficjenta z dnia 20.11.2018 r. z prośbą o wskazanie modeli oprav spełniających parametry określone przez Zamawiającego,
- e-mail z dnia 21.12.2018 r. (konto: soltysek_i@um.gliwice.pl) z prośbą o wyrażeniu zgody na wydłużenie terminu na przekazanie wyjaśnień,
- e-mail z dnia 24.12.2018 r. (konto: paulina.solecka@slaskie.pl) informujący o wyrażeniu zgody na przesunięcie terminu złożenia wyjaśnień,
- e-mail z dnia 04.01.2019 r. (konto: soltysek_i@um.gliwice.pl) przekazujący dodatkowe wyjaśnienia do kontroli,
- pismo Beneficjenta z dnia 06.02.2019 r. o sygn.: DYR.1710.23.2018 OR.2510.4.2017 (wpływ drogą korespondencji elektronicznej w dniu 07.02.2019 r., wpływ ePUAP w dniu 08.02.2019 r.) przekazujące zastrzeżenia do informacji pokontrolnej.

3. Miejsce przeprowadzenia kontroli:

- siedziba Beneficjenta oraz miejsce rzeczowej realizacji projektu, tj. Urząd Miasta - ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice,
- siedziba IZ RPO WSL.

4. Zakres oraz przedmiot kontroli:

Ocena zgodności wykorzystania środków finansowych z zakresem określonym w Umowie w sprawie dofinansowania projektu.

Opis skontrolowanych procesów:

1. Zgodność postępowań w zakresie zamówień z przepisami prawa krajowego i wspólnotowego,
2. Zgodność realizacji rzeczowej projektu z wnioskiem o dofinansowanie, wnioskami o płatność i umową o dofinansowanie projektu (umowy z wykonawcami/ dostawcami, osiągnięcie celu projektu), oględziny efektu rzeczowego powstałego w wyniku realizacji projektu,
3. Realizacja finansowa projektu - prawidłowość wykorzystania środków finansowych RPO WSL 2014 – 2020,
4. Zgodność realizacji projektu z politykami wspólnotowymi,
5. Realizacja przez beneficjenta obowiązków informacyjnych i promocyjnych.

5. Opis stwierdzonego w wyniku kontroli stanu faktycznego:

5.1 Zamówienia

W ramach prowadzonej kontroli zweryfikowano dwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami – dalej: Pzp) oraz jedno zamówienie poniżej kwoty 50 tys. zł netto.



5.1.1

Nazwa i przedmiot zamówienia: Termomodernizacja budynku Urzędu Miejskiego w Gliwicach

Rodzaj zamówienia: roboty budowlane

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: ZA.271.348.2015

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: BZP 356990-2015 z 30.12.2015 r.

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony

Szacunkowa wartość zamówienia: 5 020 614,69 zł netto, tj. 1 188 339,30 euro

Umowa z wykonawcą (numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto): umowa nr OR.2510.7.2016 CRU 911/16 z 24.03.2016 r. zawarta z Przedsiębiorstwem Robót Budowlanych i Transportowych CECHINI Stanisław i Józef Cechini Sp. j. o wartości 6 616 170,00 zł brutto

5.1.1.a

Postępowanie na wykonanie termomodernizacji budynku Urzędu Miejskiego w Gliwicach wszczęto w trybie przetargu nieograniczonego w dniu 30 grudnia 2015 r. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych, na stronie internetowej Zamawiającego oraz zamieszczone w siedzibie Zamawiającego.

W sekcji III.3.2 ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziale 8 pkt 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) Zamawiający postawił następujące warunki udziału w postępowaniu: „O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, których wiedza i doświadczenie pozwoli na prawidłowe wykonanie zamówienia, to znaczy wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie), wykonał należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej:

- 1) *dwie roboty polegające na termomodernizacji budynku, z których każda obejmowała swoim zakresem ocieplenie ścian zewnętrznych, wymianę stolarki okiennej oraz remont lub wymianę instalacji c.o. Wartość brutto każdej z ukończonych robót nie mniejsza niż 3 000 000,00 zł,*
- 2) *dwie roboty, z których każda polegała na budowie obiektu budowlanego lub jego elementu z betonu architektonicznego samozagęszczanego B37 o klasie co najmniej BA3. Wartość brutto każdej z ukończonych robót nie mniejsza niż 100 000,00 zł.*
- 3) *dwie roboty, z których każda polegała na posadowieniu obiektu budowlanego na fundamentach opartych na mikropalach. Wartość brutto każdej z ukończonych robót nie mniejsza niż 100 000,00 zł*”.

Mając na uwadze treść przywołanych warunków udziału w postępowaniu, IZ RPO WSL zwróciła się do Zamawiającego z prośbą o uzasadnienie ustalenia powyższych wymogów. W odpowiedzi z dnia 10 października 2018 r. udzielonej w trakcie trwającej kontroli, Zamawiający wyjaśnił, iż „warunki udziału w postępowaniu wprowadzono do SIWZ z następujących powodów:

- *doświadczenie w budowie obiektów przy wykorzystaniu betonu architektonicznego klasy co najmniej BA3 – z powodu zaprojektowania portalu wejściowego od strony ulicy Zwycięstwa, który ma szczególną formę i dominujący charakter w strefie wejścia. Wartość warunku określono poprzez analogię do wartości wykonania portalu określonej w kosztorysie inwestorskim branży budowlanej (dział 7.2, poz. 244, wartość netto 87 800,00 zł),*



- doświadczenie w posadowieniu obiektu budowlanego na fundamentach opartych na mikropalach – z powodu określonych w projekcie szczególnych warunków gruntowych (grunty organiczne) oraz istnienie korytarzy podziemnych w strefie projektowanego wejścia do budynku. Wartość warunku określono poprzez analogię do wartości wykonania mikropali określonej w kosztorysie inwestorskim branży budowlanej (dział 7.1, poz. 231, wartość netto 76 163,76 zł)”.

Ponadto w piśmie z dnia 19 października 2018 r. (wpływ ePUAP w dniu 22 października 2018 r.) Zamawiający doprecyzował, iż wartość kosztorysowa robót dotyczących mikropali wynosiła 76 163,76 zł netto, tj. 93 681,42 zł brutto, a określając wartość warunku zaokrąglił wartość brutto do pełnych dziesiątek tysięcy.

a) W przypadku warunku dotyczącego dwóch robót, z których każda polegała na budowie obiektu budowlanego lub jego elementu z betonu architektonicznego samozagęszczanego B37 o klasie co najmniej BA3 (wartość brutto każdej z ukończonych robót nie mniejsza niż 100 000,00 zł) wskazać należy, że Zamawiający bardzo szczegółowo określił zarówno rodzaj betonu oznaczony jako B37 – spośród 16 możliwych – jak również klasę betonu, ponieważ zgodnie z pozycją Krzysztofa Kuniczuka (Beton architektoniczny. Wytyczne techniczne, Polski Cement, 2011) wyróżnić można trzy klasy betonu: BA1 (małe wymagania), BA2 (średnie wymagania), BA3 (wysokie wymagania). Ponadto z ogólnodostępnych publikacji wynika, że przy wyborze betonu architektonicznego istotna jest przede wszystkim jego klasa, która odnosi się do wyglądu betonu (każda z klas dotyczy wymogów takich jak tekstura, porowatość, jednorodność koloru oraz wymogi związane ze stosowaniem odpowiedniego deskowania). Tym samym niezasadne wydaje się ustalenie warunku wskazującego konkretny rodzaj betonu, który ograniczył krąg potencjalnych wykonawców o takich, którzy wykonali tożsame roboty ale np. z zastosowaniem betonu B30 czy B45 o klasie BA3. Warto również zaznaczyć, że w ramach całego postępowania, którego wartość oszacowano na 5 020 614,66 zł netto, wartość powyższych robót wynosi 87 800,00 zł netto, co stanowi jedynie 1,75% kosztów wszystkich prac.

b) Odnosnie drugiego omawianego warunku polegającego na posadowieniu obiektu budowlanego na fundamentach opartych na mikropalach (wartość brutto każdej z ukończonych robót nie mniejsza niż 100 000,00 zł) Zamawiający ustalił szczegółowy charakter prac oraz rodzaj pali. Zgodnie z artykułem z Przeglądu budowlanego 7-8/2013, którego autorem jest dr inż. Wojciech Drozd (Politechnika Krakowska) oprócz fundamentów tradycyjnych wyróżnić można również fundamenty pośrednie, które z kolei możemy podzielić na fundamenty posadowione na palach, posadowione na studniach, kesony, fundamenty na ścianach szczelinowych oraz kolumny fundamentowe i pale wielkośrednicowe. Idąc dalej, wskazać należy, że istnieje wiele podziałów pali ze względu na różne cechy, a jednym z nich jest podział ze względu na wymiar poprzeczny, który wygląda następująco:

- małośrednicowe (mikropale) – do 15 cm,
- normalnośrednicowe – do 60 cm,
- wielkośrednicowe – ponad 60 cm.

Tym samym niezasadne jest ustalenie warunku wskazującego konkretny rodzaj pali, który ograniczył krąg potencjalnych wykonawców na przykład o takich, którzy wykonali posadowienie obiektu budowlanego na większych palach (pod względem wymiaru poprzecznego).

Ponadto wartość ustalonego warunku przewyższa jej wartość kosztorysową. Zgodnie z pismem z dnia 19 października 2018 r. kwota powyższych robót to 93 681,42 zł brutto. Warto również zaznaczyć, że w ramach całego postępowania, którego wartość oszacowano na 5 020 614,66 zł netto, wartość powyższych robót wynosi 76 163,76 zł netto, co stanowi jedynie 1,52% kosztów wszystkich prac.



Z uwagi na powyższe, w pierwszej kolejności Instytucja Zarządzająca RPO WSL podkreśla, iż podstawowymi zasadami obowiązującymi w systemie zamówień publicznych są wyrażone w art. 7 ust.1 ustawy Pzp: zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasady te sprzeczają się do zapewnienia jak najszerszego dostępu wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia. W związku z tym, Zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie, powinien dążyć do realizacji ww. zasad, unikając w ten sposób wszelkich działań mogących skutkować ograniczeniem dostępu do postępowania. W ten sposób Zamawiający wyznacza pewien zakres decydując o tym, jakie podmioty będą mogły ubiegać się o zamówienie, a dla których ta droga będzie zamknięta.

Z kolei, zgodnie z art. 22 ust.4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przepis ten wskazuje sposób postępowania Zamawiającego przy dokonywaniu opisu, który przede wszystkim ma zapewnić realizację podstawowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania. Stawiane przez Zamawiającego warunki winny być zatem proporcjonalne, adekwatne oraz związane z przedmiotem zamówienia, w żadnym wypadku nie mogą w drodze nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu niektórych wykonawców, a także nie mogą stawiać w uprzywilejowanej pozycji niektórych z nich, co potwierdziła KIO w wyroku o sygn. akt. KIO/UZP 235/09. Opis sposobu oceny spełniania warunków w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Opis warunków proporcjonalny do przedmiotu zamówienia powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru Wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Formułując warunki udziału w postępowaniu Zamawiający musi zatem mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Każde odstępianie od naczelných zasad udzielania zamówień, poprzez formułowanie warunków nadmiernych należy uznać za naruszenie obowiązujących przepisów prawa.

Tym samym, Zamawiający określając wymóg posiadania doświadczenia w pracach, z których każda polegała na budowie obiektu budowlanego lub jego elementu z betonu architektonicznego samozagęszczanego B37 o klasie co najmniej BA3 oraz robotach polegających na posadowieniu obiektu budowlanego na fundamentach opartych na mikropalach, nie zastosował się do dyspozycji ww. przepisów tj. w sposób nieuprawniony ograniczył konkurencję w pozyskaniu przedmiotowego zamówienia poprzez nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia opis warunków udziału w postępowaniu. Dodatkowo wskazać należy, iż potencjalni wykonawcy zobowiązani byli do wykazania się łącznie sześcioma robotami budowlanymi, ponieważ Zamawiający nie uwzględnił w treści SIWZ zapisów umożliwiających wykonawcy wykazanie się mniejszą ilością robót, z których każda zawierałaby w sobie kompleksowy zakres prac wskazanych w warunkach. Powyższe nakazuje uznać, że warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawcy został sformułowany w sposób niezasadnie wygórowany, a tym samym niezgodny z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, co jednocześnie stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

Za nietrafne uznać należy również wyjaśnienia przedstawione przez Zamawiającego w piśmie z dnia 10 października 2018 r. Nie może bowiem decydować o treści warunków udziału w postępowaniu szczególnie - zdaniem Zamawiającego - charakter prac realizowanych w ramach projektu, a jedynie fakt by były one adekwatne (tj. związane i proporcjonalne) do przedmiotu konkretnego zamówienia. Co więcej, wskazać należy, że Zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane, dotyczących opisywanych powyżej robót, co z kolei poddaje w wątpliwość ich szczególnie, istotny



charakter. Tym samym Wykonawca przekazał te prace podwykonawcy, na co wskazuje aneks nr 6 z 4 lipca 2017 r. do umowy z Wykonawcą.

Wobec powyższego należy uznać, że dokonując ww. opisu warunków udziału w postępowaniu Zamawiający naruszył dyspozycję art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, co z kolei spowodowało naruszenie zapisów §6 ust. 6 oraz §15 ust. 1 Umowy o dofinansowanie projektu nr UDA-RPSL.04.03.01-24-04DB/17-00 z 3 sierpnia 2018 r.

Pismem z dnia 6 lutego 2019 r. o sygn.: DYR.1710.23.2018 OR.2510.4.2017 Beneficjent wniósł zastrzeżenia do Informacji pokontrolnej z 18 stycznia 2019 r.

Na uwagę zasługuje fakt, że przy weryfikacji postępowań przetargowych IZ RPO WSL nie kieruje się automatyzmem, lecz w sposób indywidualny ocenia procedury udzielania poszczególnych zamówień. W niniejszym przypadku należy podkreślić, że biorąc pod uwagę wszystkie ustalenia i działania Zamawiającego w toku procedury przetargowej bezspornym jest, iż:

- Zamawiający bardzo szczegółowo określił zarówno rodzaj betonu oznaczony jako B37 – spośród 16 możliwych – jak również klasę betonu,
- z ogólnodostępnych publikacji wynika, że przy wyborze betonu architektonicznego istotna jest przede wszystkim jego klasa, która odnosi się do wyglądu betonu, a nie jego rodzaj,
- w ramach całego postępowania, którego wartość oszacowano na 5 020 614,66 zł netto, wartość robót dot. betonu architektonicznego wynosi 87 800,00 zł netto, co stanowi jedynie 1,75% kosztów wszystkich prac,
- Zamawiający w stosunku do warunku polegającego na posadowieniu obiektu budowlanego na fundamentach opartych na mikropalach ustalił szczegółowy charakter prac oraz rodzaj pali,
- wartość ustalonego warunku dot. mikropali przewyższa jej wartość kosztorysową,
- w ramach całego postępowania, którego wartość oszacowano na 5 020 614,66 zł netto, wartość robót dotyczących mikropali wynosi 76 163,76 zł netto, co stanowi jedynie 1,52% kosztów wszystkich prac,
- prace, którymi miał wykazać się wykonawca były ostatecznie wykonane przez podwykonawcę, którego doświadczenie nie było weryfikowane przez Zamawiającego pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Opis warunków proporcjonalny do przedmiotu zamówienia powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru Wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. W przedmiotowej sprawie roboty polegające na budowie obiektu budowlanego lub jego elementu z betonu architektonicznego samozagęszczanego B37 o klasie co najmniej BA3 oraz roboty polegające na posadowieniu obiektu budowlanego na fundamentach opartych na mikropalach były ostatecznie wykonywane przez podwykonawcę (aneks nr 6 z 4 lipca 2017 r. do umowy z Wykonawcą). Jak sam Zamawiający przyznał w zastrzeżeniach do Informacji pokontrolnej z 18 stycznia 2019 r. „Zamawiający zobowiązany jest określić warunki udziału w taki sposób, aby do realizacji zamówienia został dopuszczony wyłącznie wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji zadań (...)”. Wykonawca nie wskazał w ofercie, że ten zakres prac powierzy podwykonawcy, a warunki udziału w postępowaniu spełnił samodzielnie, tym samym Zamawiający nie był zobowiązany do badania spełnienia warunków przez podwykonawcę, a co za tym idzie nie miał on wiedzy czy podwykonawca posiada doświadczenie w opisywanych pracach.



Wskazać również należy, że Zamawiający błędnie zinterpretował zapis Informacji pokontrolnej z dnia 18 stycznia 2019 r. „potencjalni wykonawcy zobowiązani byli do wykazania się łącznie sześcioma robotami budowlanymi, ponieważ Zamawiający nie uwzględnił w treści SIWZ zapisów umożliwiających wykonawcy wykazanie się mniejszą ilością robót, z których każda zawierałaby w sobie kompleksowy zakres prac wskazanych w warunkach”. Zamawiający ustalił warunek, w którym wykonawca musi wykazać „co najmniej:

- dwie roboty polegające na termomodernizacji budynku (...),
- dwie roboty, z których każda polegała na budowie obiektu budowlanego lub jego elementu z betonu architektonicznego samozagęszczanego B37 o klasie co najmniej BA3 (...),
- dwie roboty, z których każda polegała na posadowieniu obiektu budowlanego na fundamentach opartych na mikropalach (...)

Z powyższych zapisów jasno wynika, że Wykonawca musiał się wykazać minimum sześcioma robotami. Niniejsze potwierdza fakt, że w każdej z trzech ofert potencjalni wykonawcy wykazywali łącznie sześć robót. Celem IZ RPO WSL było wskazanie Zamawiającemu w Informacji pokontrolnej, że nie zawarł on w SIWZ zapisów, które umożliwiałyby wykazaniem się przez Wykonawcę realizacją, np.:

- jednej roboty polegającej łącznie na termomodernizacji i na posadowieniu obiektu budowlanego na fundamentach opartych na mikropalach, która jednocześnie spełniałaby dwa warunki,
- jednej roboty polegającej na budowie obiektu budowlanego lub jego elementu z betonu architektonicznego samozagęszczanego B37 o klasie co najmniej BA3,
- jednej roboty, która zawierałaby w sobie wszystkie trzy warunki udziału w postępowaniu.

Podkreślić należy, że w niniejszej kwestii wątpliwość IZ RPO WSL nie budzi zakres robót, a fakt żądania określonej ich ilości. Tym samym Wykonawca nie musiałby wykazać się sześcioma robotami lecz np. trzema, a warunki udziału w postępowaniu byłyby w takim samym stopniu spełnione.

Ze względu na złożoność oraz rozmiar uchybienia, które mogło oddziaływać na krąg potencjalnych wykonawców, a co za tym idzie generować wpływ na wynik postępowania, IZ RPO WSL nie znajduje przesłanek do miarkowania wartości pomniejszenia.

Z uwagi na opisane okoliczności, IZ RPO WSL podtrzymuje kwalifikację uchybienia wyrażoną w pierwotnych ustaleniach.

Powyższe naruszenie przepisów prawa, które na skutek działania Beneficjenta doprowadziło do powstania potencjalnej szkody finansowej stanowi nieprawidłowość 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 oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz.U.UE.L.2013.347.320 – dalej „rozporządzenie ogólne”).

Zgodnie z art. 24 ust. 5 i 9 ustawy wdrożeniowej oraz § 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień¹ (Dz.U.2016.200 z późn. zm. -

¹ Do nieprawidłowości stwierdzonych w postępowaniach o udzielenie zamówienia prowadzonych zgodnie z warunkami wynikającymi z ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych wszczętych przed dniem 28 lipca 2016 r. stosuje się przepisy Rozporządzenia z 29.01.2016r. (Dz.U.2016.200). Dla nieprawidłowości stwierdzonych w postępowaniach wszczętych po 27 lipca 2016 r. stosuje się przepisy Rozporządzenia z 22 marca 2017 r. (Dz.U.2017.615)



dalej „rozporządzenie”) wartość stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej w przypadku korekty finansowej jest równa kwocie wydatków poniesionych nieprawidłowo w części odpowiadającej kwocie współfinansowania UE, natomiast w przypadku pomniejszenia jest równa kwocie wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach tego zamówienia.

Jednakże zgodnie z art. 24 ust. 6 ustawy wdrożeniowej i §3 rozporządzenia obniża się wartość pomniejszenia i stosuje się §5 rozporządzenia.

Za powyższe naruszenie przewidziana jest stawka procentowa 25% odpowiadająca kategorii nieprawidłowości indywidualnej nr 13 pn. *Określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zawarcia umowy koncesji, kryteriów kwalifikacji, kryteriów selekcji lub kryteriów oceny ofert.* We wskazanym zamówieniu nie zaistniały okoliczności, które mogłyby wpłynąć na dalsze obniżenie wartości pomniejszenia ze względu na ilość oraz złożoność prac, którymi zobowiązany był wykazać się potencjalny wykonawca w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Podsumowanie dla zamówienia:

Uchybienie nr	Numer kategorii nieprawidłowości indywidualnej	Wartość % pomniejszenia
5.1.1.a	13	25 %

5.1.2

Nazwa i przedmiot zamówienia: Modernizacja oświetlenia wewnętrznego w budynku Urzędu Miejskiego w Gliwicach przy ulicy Zwycięstwa 21

Rodzaj zamówienia: roboty budowlane

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: ZA.271.57.2016

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: BZP nr 83427-2016 z 13.06.2016 r.

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony

Szacunkowa wartość zamówienia: 661 862,46 zł netto, tj. 158 533,73 euro

Umowa z wykonawcą (numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto): umowa nr OR.2512.26.2016 CRU:2296/16 z 29.07.2016 r. zawarta z ENERGO-BUD Sp. z o.o. na kwotę 670 350,00 zł brutto

5.1.2.a

Zamawiający w rozdziale 3 pkt 1 oraz pkt 2 SIWZ zawarł zapis, iż przedmiotem zamówienia jest modernizacja oświetlenia wewnętrznego w budynku Urzędu Miejskiego, a szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w załączniku nr 5 do SIWZ, który zawierał również zestawienie dokumentacji projektowej (dokumentacja udostępniona została wraz z SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego pod nazwą: *ZALACZNIK_NR_18 - Dokumentacja projektowa*). Jednym z elementów powyższego pliku był *załącznik nr 2 do projektu wykonawczego – Charakterystyka i wymagania zastosowania opraw*. W załączniku Zamawiający zawarł wymagania co do opraw dotyczące zasilania, źródła i strumienia światła, mocy, temperatury barwowej, współczynnika oddawania barw, stopnia ochrony, kąta rozchyłu światłości, materiału struktury i dyfuzora, wymiarów oraz klasy energetycznej.

Powyższe wymagania wzbudziły wątpliwości wśród potencjalnych wykonawców, którzy w toku procedury przetargowej prosili o wyjaśnienie określonych przez Zamawiającego parametrów oraz o możliwość dopuszczenia innych rozwiązań. Pytania w zakresie opisu przedmiotu zamówienia wpływały do Zamawiającego również po terminie, o którym mowa w art. 38 ust. 1 Pzp.



W odpowiedziach Zamawiający nie wyrażał zgody na zastosowanie produktów o innych parametrach, aż do momentu, kiedy jeden z potencjalnych wykonawców w piśmie z 23 czerwca 2016 r. (wpływ po terminie, o którym mowa w art. 38 ust. 1 Pzp) zarzucił Zamawiającemu ograniczenie konkurencyjności poprzez dyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia – potencjalny oferent wskazał, że w dokumentacji opisano parametry, które spełnić mogą tylko produkty firmy MODUS. Tym samym Zamawiający w dniu 24 czerwca 2016 r. dopuścił zastosowanie opraw:

„- o wymiarach maksymalnie o 5% większych lub mniejszych od opisanych w dokumentacji projektowej,

- o mocy maksymalnej nie przekraczającej parametru podanego w dokumentacji projektowej,*
- o strumieniu świetlnym nie mniejszym niż podany w dokumentacji projektowej,*
- o barwie światła wskazanej w dokumentacji projektowej,*
- o klasie szczelności nie niższej niż podana w dokumentacji projektowej”.*

Nadmienić należy, że w tym samym dniu, tj. 23 czerwca 2016 r. wpłynęła do Zamawiającego prośba o wskazanie producenta lamp, które zostały opisane w załączniku nr 2 do projektu wykonawczego. Pytający argumentował swoją prośbę wysokimi wymaganiami Zamawiającego oraz tym, że wiodący producenci opraw nie byli w stanie przygotować dla niego ofert spełniających wymagania zawarte w załączniku nr 2 do projektu wykonawczego. Powyższe pytanie pozostało bez rozpatrzenia przez Zamawiającego.

Zespół kontrolujący zwrócił się do Zamawiającego w dniu 30 października 2018 r. z prośbą o wyjaśnienie z jakiego powodu Zamawiający odpowiedział na pytania jednego potencjalnego oferenta, zostawiając bez odpowiedzi pytania drugiego. W piśmie z 7 listopada 2018 r. Zamawiający wskazał, że po analizie treści otrzymanych pytań uznał je za nieistotne dla przebiegu postępowania, w związku z czym zostawił je bez odpowiedzi.

Istotnym jest również fakt, że nie tylko jeden z potencjalnych wykonawców wskazał na opis przedmiotu zamówienia w kwestii opraw lamp, które spełniają jedynie produkty firmy MODUS, a Zamawiający w wyjaśnieniach z 7 listopada 2018 r. potwierdził, że w budynku Urzędu Miasta zainstalowano oprawy firmy MODUS.

Ponadto w dniu 20 listopada 2018 r. Zespół kontrolujący w ramach dodatkowych czynności kontrolnych zwrócił się z prośbą do oferentów oraz potencjalnych wykonawców, którzy w toku procedury przetargowej prosili o wyjaśnienie określonych przez Zamawiającego parametrów, o zajęcie stanowiska w przedmiotowej sprawie. Po analizie otrzymanych informacji stwierdzić należy, że:

- dwóch z spośród trzech potencjalnych wykonawców potwierdziło, iż przedmiot zamówienia został opisany pod względem parametrów, które spełnić mogła tylko firma MODUS. Trzecia firma poinformowała, że zadała pytania w imieniu swojego klienta, który był zainteresowany postępowaniem.

W kontekście opisanych okoliczności należy zaznaczyć, że zgodnie z regulacjami prawa zamówień publicznych przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w ubieganiu się o udzielenie zamówienia.

„Podkreślić należy, że naruszenie uczciwej konkurencji określonej w art. 29 ust. 2 z uwagi na niezgodne z Prawem Zamówień publicznych opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi m.in. w sytuacji, gdy zamawiający opisz przedmiot zamówienia przez zbytne dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt. Naruszenie to polega



również na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb zamawiającego. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę lub konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. W wyroku KIO z 21.04.2009 r. (KIO/UZP 434/09), wskazano, że „*Określenie przedmiotu zamówienia powinno być poparte obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami zamawiającego. Ograniczenie w swobodzie określenia przedmiotu zamówienia wskazuje norma art. 29 ustawy Pzp, która zakazuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję poprzez użycie takich sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia*””. Józef Edmund Nowicki *Prawo Zamówień Publicznych Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018

Pismem z dnia 19 grudnia 2018 r. Zespół kontrolujący wezwał Zamawiającego do wykazania dwóch producentów lamp wraz z podaniem modelu opraw, które spełniają parametry opisane w załączniku nr 2 do projektu wykonawczego. Zamawiający w przekazanym Zespołowi kontrolującemu zestawieniu wskazał w pierwszej kolejności lampy firmy MODUS – przedstawiono, że producent ten posiada w ofercie wszystkie 22 rodzaje opraw spełniające kryteria Zamawiającego. Następnie w drugiej części zestawienia Zamawiający przedstawił pięciu producentów, których poszczególne modele lamp spełniają określone wymagania wobec 22 opraw. Zespół kontrolujący na podstawie kart katalogowych uzyskanych ze stron internetowych producentów wskazanych przez Zamawiającego w drugiej części zestawienia zweryfikował czy wymagania wobec opraw są zgodne z tymi opisanymi w załączniku nr 2 do projektu wykonawczego. Zidentyfikowane rozbieżności przedstawiono w poniższej tabeli: