

Warszawa, dnia 26 lutego 2020 r.

CPPC-WZP.651.4.11.2019/TA.2

Uniwersytet Medyczny
im. Piastów Śląskich we Wrocławiu
Wybrzeże L. Pasteura 1
50-367 Wrocław

Dotyczy: kontroli ex-post postępowania przeprowadzonego w ramach projektu pn. „Aktywna Platforma Informacyjna e-scienceplus.pl” o numerze POPC.02.03.01-00-0010/16, realizowanego w ramach II osi priorytetowej Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa.

Szanowni Państwo,

informujemy, że w ramach projektu pn. „Aktywna Platforma Informacyjna e-scienceplus.pl” o numerze POPC.02.03.01-00-0010/16 przeprowadzono kontrolę ex-post postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę systemu do digitalizacji i archiwizacji macierzy tkankowych o stanowisko do digitalizacji preparatów histologicznych wraz z oprogramowaniem pozwalającym na zaawansowaną wieloczynnikową analizę obrazów immunofluorescencyjnych, w wyniku którego w dniu 10 marca 2017 r. została zawarta umowa nr UMW/AZ/PE-PN-9/17 z wykonawcą SYSMEX Polska Sp. z o.o. na kwotę 537 387,00 zł brutto.

Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający” lub „Beneficjent”) dokonał wyboru wykonawcy w trybie przetargu nieograniczonego, o którym mowa w art. 39 i następnym ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, ze zm., dalej: „ustawa Pzp”).

Zamawiający nie wymagał w dokumentacji przetargowej wyznaczenia do realizacji zamówienia osób spełniających określone wymogi. Zamawiający nie wymagał w dokumentacji przetargowej, żeby zamówienie było realizowane przez wykonawcę posiadającego odpowiednie doświadczenie w realizacji określonych dostaw a wybrany wykonawca nie posiłkował się doświadczeniem podmiotów trzecich.

USTALENIA

W trakcie kontroli ex-post przedmiotowego postępowania stwierdzono naruszenie art. 29 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, które skutkuje pomniejszeniem wydatków kwalifikowalnych w wysokości 25% wartości umowy, stosownie do poz. 20 pkt 1 i 2 oraz poz. 21 pkt 1 załącznika rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r.

w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2018 r. poz. 971).

- I. **Naruszenie polegające na opisanu 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.**

(1) W załączniku nr 2 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) pn. „Arkusze Informacji Technicznej” Zamawiający opisał przedmiot zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów, pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego producenta. Wśród wymaganych parametrów technicznych i funkcjonalności dla monitora dedykowanego do medycyny cyfrowej wskazano bowiem usługę MediCal QAWeb dla automatycznej kalibracji i kontroli jakości, zapewniając ciągłą diagnostyczną jakość obrazu oraz funkcję Ambient Light Compensation (ALC) pozwalającą adaptować jasność ekranu do poziomu oświetlenia pomieszczenia w czasie pracy w trybie wyświetlenia DICOM. Podane nazwy są charakterystyczne dla jednego producenta monitorów, tj. firmy Barco. W stosunku do tych znaków towarowych / patentów nie dopuszczono rozwiązań równoważnych.

(2) Tymczasem w art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp wskazano, że „przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”. Przedmiotu zamówienia nie można również „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>>”. Oznacza to, że przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Powyższe wiąże się z koniecznością eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretny produkt lub konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych (por. wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05; wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05).

(3) W analizowanym stanie faktycznym przywołane sformułowania wskazują na wymaganie dostarczenia przez wykonawcę urządzeń jednego producenta, tj. producenta urządzeń Barco. Przy czym nie dopuszczono w tym przypadku rozwiązań równoważnych, co jest wprost niezgodne z cytowanymi postanowieniami art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych nie została wskazana zarówno w rozdziale III SIWZ, odnoszącym się do opisu przedmiotu zamówienia jak i w Arkuszu Informacji Technicznej. Doprowadziło to do dyskryminacji tych wykonawców, którzy w swojej ofercie posiadają

monitory o zbliżonych parametrach i funkcjonalnościach co produkty referencyjne, ale przez powyższe sformułowania, bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych, nie mogli złożyć oferty.

(4) Dyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia, polegający na wskazaniu znaków towarowych, patentów, pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę bez zachowania przesłanek, stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i skutkuje pomniejszeniem wydatków kwalifikowalnych w wysokości 25% na podstawie poz. 20 pkt 1 i 2 Taryfikatora.

(5) Podstawę dokonania pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych stanowi stwierdzona w ramach kontrolowanego postępowania nieprawidłowość indywidualna. Definicję nieprawidłowości zawarto w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającym 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 ustanawiającym przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającym rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 347 z 20.12.2013 r., str. 320, ze zm., dalej „Rozporządzenie 1303/2013”). W świetle art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013 stwierdzić należy, że wystąpienie nieprawidłowości uwarunkowane jest zaistnieniem łącznie następujących przesłanek:

- a) doszło do naruszenia prawa unijnego lub naruszenia prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego,
- b) naruszenie prawa związane jest z działaniem lub zaniechaniem podmiotu gospodarczego¹,
- c) naruszenie ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

(6) O ile zaistnienie przesłanek z pkt a i b w kontrolowanym postępowaniu zostało wykazane powyżej w akapitach od (1) do (4), to ustalenie czy stwierdzone naruszenie prawa ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem, wymaga odwołania się do przepisów rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2018 r. poz. 971, ze zm., dalej „Rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych”) i załączonego do niego Taryfikatora oraz orzecznictwa sądów administracyjnych.

(7) Warunkiem dokonania pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych jest wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem procedur dotyczących udzielania zamówień, a rzeczywistym lub potencjalnym szkodliwym wpływem na unijny budżet. Konieczne jest zatem przeprowadzenie takiej operacji, w której zaprezentowane zostanie logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z unijnego budżetu

¹ Podmiot gospodarczy, zgodnie z art. 2 pkt 37 rozporządzenia 1303/2013, oznacza każdą osobę fizyczną lub prawną lub inny podmiot biorący udział we wdrażaniu pomocy z EFSI, z wyjątkiem państwa członkowskiego wykonującego swoje uprawnienia władzy publicznej

(por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 7 kwietnia 2017 r., sygn. akt II GSK 5280/16; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 grudnia 2014 r., sygn. akt II GSK 1704/13; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 października 2016 r., sygn. akt II GSK 3052/15). Definicja nieprawidłowości obejmuje więc wszystkie, również nawet nieznaczne naruszenia procedur dotyczących udzielania zamówień, jeżeli mają lub mogą mieć szkodliwy wpływ na unijny budżet. Z powyższego wynika zatem, że do zaistnienia naruszenia nie jest konieczne wystąpienie rzeczywistego uszczerbku finansowego z tym związanego, lecz jedynie zaistnienie możliwości spowodowania szkody w budżecie Unii.

(8) W kontrolowanym postępowaniu z uwagi na stwierdzone naruszenie mogące mieć szkodliwy wpływ na unijny budżet wysokość pomniejszenia należy ustalić w oparciu o metodę wskaźnikową przy wykorzystaniu stawek procentowych zawartych w Taryfikatorze. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 7 kwietnia 2017 r., sygn. akt II GSK 2428/15, stwierdził, że *„Taryfikator sam w sobie zawiera ocenę charakteru i wagi jaką dla danej nieprawidłowości przypisana Polska jako państwo członkowskie przyporządkowując konkretną stawkę procentową do konkretnego naruszenia prawa zamówień publicznych”*. Z kolei Beneficjent podpisując umowę o dofinansowanie, zobowiązał się m.in. do wydatkowania środków finansowych zgodnie z właściwymi przepisami dotyczącymi udzielania zamówień w ramach realizowanego projektu oraz zaakceptował zasady dokonywania pomniejszeń w przypadku stwierdzenia wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień określone w Rozporządzeniu w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych, w tym stawki procentowe określone w Taryfikatorze.

(9) Dyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia mógł doprowadzić do sytuacji, w której wykonawcy oferujący, na bardziej konkurencyjnych warunkach cenowych, monitory o parametrach i funkcjonalnościach zbliżonych do produktów referencyjnych, ze względu na nie dopuszczenie rozwiązań równoważnych, nie wzięli udziału w postępowaniu, co doprowadziło do potencjalnego, szkodliwego wpływu w postaci nieuzasadnionego wydatku z unijnego budżetu. Tym samym uznać należy, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przez Beneficjenta podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Tego rodzaju zawężenie możliwości konkurencyjności przez wykonawców miało szkodliwy wpływ na budżet unijny, którego wymiar określa różnica pomiędzy wartością faktycznie udzielonego zamówienia a kwotą, na jaką mogłyby opiewać oferty przedstawione przez wykonawców wycofujących się z ubiegania o realizację zamówienia.

(10) Nie sposób stwierdzić, że powyżej opisane naruszenie miało jedynie formalny charakter, bowiem stoi to w sprzeczności z fundamentalną zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i tym samym waga tego naruszenia jest istotna. Na obecnym etapie nie ma możliwości zgromadzenia i porównania ewentualnych ofert, które mogłyby zostać złożone, gdyby zamówienie zostało przeprowadzone w pełni konkurencyjnie. Oznacza to powstanie potencjalnej szkody w budżecie Unii Europejskiej poprzez finansowanie wydatku w wyższej wysokości, aniżeli wynikałoby to z postępowania przeprowadzonego w pełni konkurencyjnie, z zastosowaniem się do obowiązku wynikającego z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

(11) Wskazanie znaków towarowych, patentów, pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego

wykonawcę, bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych, stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

(12) Ustalenie jednak na ile stwierdzone naruszenie miało szkodliwy wpływ na budżet Unii, a co za tym idzie jaką stawkę procentową pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych należy przyjąć dla danej kategorii nieprawidłowości indywidualnej, wymaga odniesienia się do §7 Rozporządzenia w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych. Wskazano w nim, że w przypadku kategorii nieprawidłowości indywidualnych, której w załączniku do Rozporządzenia w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych przypisano więcej niż jedną stawkę procentową, zastosowanie stawki procentowej o niższej wysokości niż maksymalna wysokość dla danej kategorii nieprawidłowości indywidualnych jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy jest to uzasadnione charakterem i wagą stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej.

(13) Na etapie kontroli ex-post, uwzględniając dokumentację przekazaną przez Beneficjenta, brak jest podstaw do zmiarkowania wskaźnika pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych.

(14) Wobec powyższego Instytucja Pośrednicząca, w związku ze stwierdzeniem naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w przedmiotowym postępowaniu, dokonuje pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych w wysokości 25% wartości umowy, na podstawie poz. 20 pkt 1 i 2 Taryfikatora.

- II. Naruszenie polegające na opisanu 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 oraz naruszenie polegające na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i niezrozumiałych określeń, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

(15) W załączniku 2 do SIWZ pn. „Arkusze Informacji Technicznej” Zamawiający opisał przedmiot zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów, pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego producenta. Wśród wymaganych parametrów technicznych i funkcjonalności dla stacji roboczej do przygotowania analizy mikromacierzy tkankowych wskazano system operacyjny (nie wymagający aktywacji za pomocą telefonu lub Internetu) z licencją i nośnikami, zgodny z Windows 7 Professional 64bit English lub system równoważny. Przez równoważność Zamawiający rozumiał pełną funkcjonalność jaką oferuje system operacyjny Windows 7 Professional 64bit English, w tym min: „System operacyjny na którym można zainstalować i uruchomić bez udziału wirtualizacji, emulatorów, innego oprogramowania trzeciego, lub innych dodatkowych mechanizmów, użytkowane w środowisku Zamawiającego programy pakietu Microsoft Office w wersji min. 2003 do najnowszej, aktualnie dostępnej, oprogramowanie dziedzinowe wspomagające działalność Zamawiającego, specjalistyczne oprogramowanie medyczne, inne aplikacje wymagające środowiska Windows zarówno w wersji 32 jak i 64 bitowej; system operacyjny instalowany na sprzęcie fizycznym, zgodnym ze specyfikacją zamawianych komputerów; system operacyjny mogący pracować w roli

klienta MS Active Directory; system operacyjny licencjonowany bezterminowo, o nieograniczonym czasie użytkowania; system operacyjny w pełnej angielskiej wersji językowej interfejsu użytkownika wraz z pełnym angielskim systemem pomocy; system operacyjny w architekturze 64 bitowej; dostęp do darmowych automatycznych aktualizacji systemu operacyjnego”. Natomiast w przypadku urządzenia umożliwiającego przeglądanie wirtualnych preparatów histologicznych wraz z kolektorem żądano: system operacyjny (nie wymagający aktywacji za pomocą telefonu lub Internetu) z licencją i nośnikami, zgodny z Windows Server 2012 R2 Standard English lub system równoważny. Przez równoważność Zamawiający rozumiał pełną funkcjonalność jaką oferuje system operacyjny Windows Server 2012 R2 Standard English, w tym m.in.: „limit procesorów - 64; brak limitu użytkowników; Network Policy and Access Services limits; Remote Desktop Services limits; DHCP role; DNS server role; Fax server role; UDDI services; Print and Document Services; Web Services (Internet Information Services); Windows Deployment Services; Windows Server Update Services; Active Directory Lightweight Directory Services; Active Directory Rights Management Services; Application server role; Server Manager, Windows Powershell, Active Directory Domain Services; Active Directory Certificate Services; Active Directory Federation Services; Tryb Server Core; Hyper-V”. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający dopuścił równoważność w stosunku do wskazanych z nazwy systemów operacyjnych. Niemniej jednak zakres równoważności został opisany w sposób, który doprowadził do tego, że dopuszczona równoważność stała się pozorna.

(16) Tymczasem w art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp wskazano, że „przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”. Przedmiotu zamówienia nie można również „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>>”.

(17) Naruszenie zasady wynikającej z treści art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może mieć zatem charakter bezpośredni (jeśli Zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt). Niezależnie od powyższego wszelkie czynności Zamawiającego muszą być dokonywane zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Z powołanych przepisów ustawy Pzp wynika także, że przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretny produkt lub konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych (por. wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada

2005 r., sygn. akt II Ca 587/05; wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05).

(18) W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne. Niemniej jednak równoważność ta była pozorna. W Arkuszu Informacji Technicznej wskazano bowiem jednoznacznie, że przez produkt równoważny Zamawiający rozumie pełną funkcjonalność jaką oferuje system operacyjny Windows 7 Professional 64bit English lub Windows Server 2012 R2 Standard English. Zaoferowanie systemu operacyjnego, który byłby z jednej strony równoważny względem referencyjnego systemu, a z drugiej strony identyczny w stosunku do niego, jest niemożliwe. Systemy operacyjne różnią się między sobą w zakresie oferowanych funkcjonalności na tyle, że nie jest możliwym znalezienie produktów całkowicie tożsamy.

(19) Co więcej, nawet kryteria równoważności wymienione przez Zamawiającego w załączniku nr 2 do SIWZ nie pozwalają na uznanie takiego opisu przedmiotu zamówienia za prawidłowy. Równoważność nadal pozostaje bowiem pozorna. W opisie przedmiotu zamówienia wymieniono co prawda funkcjonalności, które powinien posiadać system równoważny. Jednak katalog tych funkcjonalności, które będą świadczyły o równoważności produktu był otwarty. Co oznaczało, że z jednej strony Zamawiający nie wykluczał na etapie oceny ofert równoważnych przyjęcia innych nieokreślonych w dokumentacji przetargowej kryteriów równoważności. Z drugiej strony wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu nie mieli pewności, jakie dokładnie cechy musi posiadać system równoważny, aby spełniał oczekiwania Zamawiającego i tym samym był faktycznie uznany za produkt równoważny względem systemu referencyjnego. Tak dokonany opis przedmiotu zamówienia był więc dyskryminacyjny bowiem mógł doprowadzić do wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawców oferujących produkt równoważny. Stwierdzić należy, że takie zawężenie konkurencji miało istotny wpływ na wynik postępowania.

(20) O prawidłowości powyższych ustaleń świadczy również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „KIO”). W wyroku z dnia 20 marca 2017 r., KIO 413/17 „Izba uznała, że podane przez Zamawiającego kryteria równoważności produktów są kryteriami nieprecyzyjnymi. Oznacza to, że ocena, czy produkt spełnia wymagania Zamawiającego, jest uznaniowa i co najgorsze, będzie dokonywana na etapie realizacji zamówienia (o czym powyżej). Takie działanie Zamawiającego przeczy dyspozycji art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale także godzi w podstawową zasadę zamówień publicznych, jaką jest przejrzystość postępowania. Zamawiający posłużył się pojęciami niedookreślonymi, przez co pozostawił dużą swobodę decyzyjną po stronie Zamawiającego. Powoduje to, że wykonawcy będą mieli także dużą swobodę doboru materiałów na etapie realizacji zamówienia. Tymczasem kryteria powinny zostać sformułowane w formie katalogu zamkniętego. Otwarty katalog przesłanek równoważności produktów określony we wzorze umowy poprzez użycie sformułowań „itp.”, „przykładowo”, powoduje, że nie wiadomo, jakimi jeszcze ewentualnymi, innymi kryteriami może posłużyć się Zamawiający przy ocenie równoważności. Zamawiający pozostawił sobie zatem uznaniowość co do ewentualnej akceptacji proponowanych przez wykonawcę na etapie realizacji przedmiotu zamówienia zmian materiałów i urządzeń (w stosunku do tych jakie zobowiązał się on użyć w treści swojej oferty przetargowej), gdy chodzi o „minimalne wymagania parametrów”, jakie winien posiadać zaproponowany do zamiany materiał czy urządzenie aby Zamawiający mógł uznać je za „równoważne”.

(21) Natomiast w wyroku KIO z dnia 6 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 967/09, wskazano, że „pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby możliwość oferowania produktów równoważnych pozorną i w praktyce niemożliwą do spełnienia”. W wyroku z dnia 12 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1391/08, KIO również stwierdziła, że „nie można przyjąć, że równoważny produkt ma mieć wszystkie identyczne cechy produktu wskazanego

w dokumentacji Zamawiającego”.

(22) Dyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia, polegający na wskazaniu znaków towarowych, patentów, pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę bez zachowania przesłanek, stanowi naruszenie art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp i skutkuje pomniejszeniem wydatków kwalifikowalnych w wysokości 25% na podstawie poz. 20 pkt 1 i 2 oraz poz. 21 pkt 1 Taryfikatora.

(23) Podstawę dokonania pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych stanowi stwierdzona w ramach kontrolowanego postępowania nieprawidłowość indywidualna. Definicję nieprawidłowości zawarto w Rozporządzeniu 1303/2013. W świetle art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013 stwierdzić należy, że wystąpienie nieprawidłowości uwarunkowane jest zaistnieniem łącznie następujących przesłanek:

- a) doszło do naruszenia prawa unijnego lub naruszenia prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego,
- b) naruszenie prawa związane jest z działaniem lub zaniechaniem podmiotu gospodarczego²,
- c) naruszenie ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

(24) O ile zaistnienie przesłanek z pkt a i b w kontrolowanym postępowaniu zostało wykazane powyżej w akapitach od (15) do (22), to ustalenie czy stwierdzone naruszenie prawa ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem, wymaga odwołania się do przepisów Rozporządzenia w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych i załączonego do niego Taryfikatora oraz orzecznictwa sądów administracyjnych.

(25) Warunkiem dokonania pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych jest wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem procedur dotyczących udzielania zamówień, a rzeczywistym lub potencjalnym szkodliwym wpływem na unijny budżet. Konieczne jest zatem przeprowadzenie takiej operacji, w której zaprezentowane zostanie logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z unijnego budżetu (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 7 kwietnia 2017 r., sygn. akt II GSK 5280/16; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 grudnia 2014 r., sygn. akt II GSK 1704/13; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 października 2016 r., sygn. akt II GSK 3052/15). Definicja nieprawidłowości obejmuje więc wszystkie, również nawet nieznaczne naruszenia procedur dotyczących udzielania zamówień, jeżeli mają lub mogą mieć szkodliwy wpływ na unijny budżet. Z powyższego wynika zatem, że do

² Podmiot gospodarczy, zgodnie z art. 2 pkt 37 rozporządzenia 1303/2013, oznacza każdą osobę fizyczną lub prawną lub inny podmiot biorący udział we wdrażaniu pomocy z EFSI, z wyjątkiem państwa członkowskiego wykonującego swoje uprawnienia władzy publicznej



zaistnienia naruszenia nie jest konieczne wystąpienie rzeczywistego uszczerbku finansowego z tym związanego, lecz jedynie zaistnienie możliwości spowodowania szkody w budżecie Unii.

(26) W kontrolowanym postępowaniu z uwagi na stwierdzone naruszenie mogące mieć szkodliwy wpływ na unijny budżet wysokość pomniejszenia należy ustalić w oparciu o metodę wskaźnikową przy wykorzystaniu stawek procentowych zawartych w Taryfikatorze. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 7 kwietnia 2017 r., sygn. akt II GSK 2428/15, stwierdził, że „Taryfikator sam w sobie zawiera ocenę charakteru i wagi jaką dla danej nieprawidłowości przypisala Polska jako państwo członkowskie przyporządkowując konkretną stawkę procentową do konkretnego naruszenia prawa zamówień publicznych”. Z kolei Beneficjent podpisując umowę o dofinansowanie, zobowiązał się m.in. do wydatkowania środków finansowych zgodnie z właściwymi przepisami dotyczącymi udzielania zamówień w ramach realizowanego projektu oraz zaakceptował zasady dokonywania pomniejszeń w przypadku stwierdzenia wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień określone w Rozporządzeniu w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych, w tym stawki procentowe określone w Taryfikatorze.

(27) Dyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia mógł doprowadzić do sytuacji, w której wykonawcy oferujący, na bardziej konkurencyjnych warunkach cenowych, urządzenia z systemem operacyjnym o parametrach i funkcjonalnościach zbliżonych do produktów referencyjnych, ze względu na nie spełnienie przez Zamawiającego przesłanek określonych w art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, nie wzięli udziału w postępowaniu, co doprowadziło do potencjalnego, szkodliwego wpływu w postaci nieuzasadnionego wydatku z unijnego budżetu. Tym samym uznać należy, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przez Beneficjenta podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp. Tego rodzaju zawężenie możliwości konkurencyjności przez wykonawców miało szkodliwy wpływ na budżet unijny, którego wymiar określa różnica pomiędzy wartością faktycznie udzielonego zamówienia a kwotą, na jaką mogłyby opiewać oferty przedstawione przez wykonawców wycofujących się z ubiegania o realizację zamówienia.

(28) Nie sposób stwierdzić, że powyżej opisane naruszenie miało jedynie formalny charakter, bowiem stoi to w sprzeczności z fundamentalną zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i tym samym waga tego naruszenia jest istotna. Na obecnym etapie nie ma możliwości zgromadzenia i porównania ewentualnych ofert, które mogłyby zostać złożone, gdyby zamówienie zostało przeprowadzone w pełni konkurencyjnie. Oznacza to powstanie potencjalnej szkody w budżecie Unii Europejskiej poprzez finansowanie wydatku w wyższej wysokości, aniżeli wynikałoby to z postępowania przeprowadzonego w pełni konkurencyjnie, z zastosowaniem się do obowiązku wynikającego z art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp.

(29) Wskazanie znaków towarowych, patentów, pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, bez spełnienia przesłanek, stanowi naruszenie art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp.

(30) Ustalenie jednak na ile stwierdzone naruszenie miało szkodliwy wpływ na budżet Unii, a co za tym idzie jaką stawkę procentową pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych należy przyjąć dla danej kategorii nieprawidłowości indywidualnej, wymaga odniesienia się do §7 Rozporządzenia w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych. Wskazano

w nim, że w przypadku kategorii nieprawidłowości indywidualnych, której w załączniku do Rozporządzenia w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych przypisano więcej niż jedną stawkę procentową, zastosowanie stawki procentowej o niższej wysokości niż maksymalna wysokość dla danej kategorii nieprawidłowości indywidualnych jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy jest to uzasadnione charakterem i wagą stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej.

(31) Na etapie kontroli ex-post, uwzględniając dokumentację przekazaną przez Beneficjenta, brak jest podstaw do zmiarkowania wskaźnika pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych.

(32) Wobec powyższego Instytucja Pośrednicząca, w związku ze stwierdzeniem naruszenia art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w przedmiotowym postępowaniu, dokonuje pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych w wysokości 25% wartości umowy, na podstawie poz. 20 pkt 1 i 2 oraz poz. 21 pkt 1 Taryfikatora.

Jednocześnie mają Państwo możliwość wniesienia stosownych zastrzeżeń do powyżej stwierdzonych naruszeń w terminie 14 dni od dnia doręczenia niniejszego pisma.

Z poważaniem

*Dokument podpisany kwalifikowanym
podpisem elektronicznym³*

z up. Dyrektora CPPC

Kamil Klepacki

Dyrektor Departamentu Prawnego

³ zgodnie z Ustawą z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz. U. z 2019 r. poz. 162), równoważnym pod względem skutków prawnych podpisowi własnoręcznemu. Niniejszy dokument został przekazany adresatowi za pośrednictwem: elektronicznej platformy usług administracji publicznej ePUAP lub elektronicznej skrzynki podawczej adresata, o której mowa w Ustawie z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2019 r. poz. 700) wskazanej w Biuletynie Informacji Publicznej lub na adres poczty elektronicznej adresata wskazany na stronie internetowej adresata jako adres do kontaktu.