



Województwo
Śląskie

Katowice, 2 grudnia 2021 r.
FR.RKPR.44.616.1.2021.KPr
Dotyczy projektu nr 05B8/17



Pan Tomasz Gęsiarz
Wójt Gminy Mstów
Urząd Gminy Mstów
ul. Gminna 14
42-244 Mstów

Dotyczy kontroli projektu pn. Rozbudowa Ośrodka Zdrowia w Mstowie przy ulicy Wolności wraz z zakupem sprzętu medycznego.

Szanowny Panie Wójtce,



w załączeniu do niniejszego pisma przekazuję informację pokontrolną z przeprowadzonej w dniach 18.11- 2.12.2021 r. kontroli projektu pn. „Rozbudowa Ośrodka Zdrowia w Mstowie przy ulicy Wolności wraz z zakupem sprzętu medycznego”, współfinansowanego z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2014 – 2020. Proszę o pisemne wyrażenie zgody odnośnie ustaleń zawartych w informacji pokontrolnej w terminie 14 dni kalendarzowych od daty otrzymania niniejszego pisma. Jednocześnie proszę o przekazanie pisma z Państwa stanowiskiem na adres e-mail: karolina.proszowska@slaskie.pl. W przypadku braku akceptacji informacji pokontrolnej proszę o pisemne wniesienie do IZ RPO WSL uzasadnionych zastrzeżeń odnośnie ustaleń zawartych w informacji pokontrolnej w tym samym terminie. Jednocześnie proszę o przekazanie pisma z Państwa stanowiskiem na adres e-mail: karolina.proszowska@slaskie.pl.

Z poważaniem,

Monika Duda-Szmyd

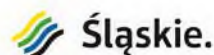
Zastępca Dyrektora Departamentu Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym

Załączniki: 1. Informacja pokontrolna z kontroli ww. projektu.



Rzeczpospolita
Polska



Unia Europejska
Europejski Fundusz
Rozwoju Regionalnego



Katowice, 2 grudnia 2021 r.
FR.RKPR.44.616.1.2021.KPr
Dotyczy projektu nr 05B8/17

INFORMACJA POKONTROLNA

Nazwa jednostki kontrolowanej: Gmina Mstów

Tytuł projektu: Rozbudowa Ośrodka Zdrowia w Mstowie przy ulicy Wolności wraz z zakupem sprzętu medycznego.

Nr umowy o dofinansowanie: UDA-RPSL.10.01.00-24-05B8/17-00

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.2020.818 tekst jednolity- dalej „ustawa wdrożeniowa”),
2. § 17 Umowy nr UDA-RPSL.10.01.00-24-05B8/17-00 z 19 czerwca 2020 roku w sprawie dofinansowania projektu pn. Rozbudowa Ośrodka Zdrowia w Mstowie przy ulicy Wolności wraz z zakupem sprzętu medycznego.

Rodzaj kontroli: w trakcie realizacji projektu

Tryb kontroli: planowa

1. Skład Zespołu Kontrolującego:

Imię i nazwisko	Stanowisko służbowe	Funkcja w zespole kontrolującym
Karolina Proszowska	Główny Specjalista	Kierownik Zespołu Kontrolującego
Kinga Powroźnik	Główny Specjalista	Członek Zespołu Kontrolującego

2. Data przeprowadzenia kontroli: od 18.11. do 2.12.2021 r.

Kontrola w siedzibie IZ RPO (analiza dokumentacji):

- e-mail z dnia 18.11.2021 r. (konto karolina.proszowska@slaskie.pl) z prośbą o przekazanie dokumentów i wyjaśnień dot. kontrolowanego zamówienia.
- e-mail przedstawiciela Beneficjenta z dnia 22.11.2021 r. z prośbą o przedłużenie terminu złożenia dokumentów i wyjaśnień dot. kontrolowanego zamówienia (pismo Beneficjenta przekazano poprzez platformę ePUAP w dniu 19.11.2021 r.).
- e-mail z dnia 22.11.2021 r. (konto: karolina.proszowska@slaskie.pl) ze zgodą na wydłużenie terminu złożenia dokumentów i wyjaśnień dot. kontrolowanego zamówienia.
- e-mail przedstawiciela Beneficjenta z dnia 26.11.2021 r. przekazujący dokumenty i wyjaśnienia dot. kontrolowanego zamówienia.

3. Miejsce przeprowadzenia kontroli: 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: zgodność postępowań w zakresie zamówień z przepisami prawa krajowego i wspólnotowego.

5. Opis stwierdzonego w wyniku kontroli stanu faktycznego:

5.1 Zamówienia

W ramach prowadzonej kontroli zweryfikowano 1 postępowanie 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 2019 r. poz. 1843 ze zmianami – dalej: „ustawa Pzp”).

5.1.1

Nazwa i przedmiot zamówienia: Rozbudowa Ośrodka Zdrowia w Mstowie przy ulicy Wolności.

Rodzaj zamówienia: roboty budowlane

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: IZP.271.1.9.2020.KC

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: 592836-N-2020 z 02.10.2020 r.

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony

Szacunkowa wartość zamówienia: 1 758 749,83 zł co stanowi równowartość 411 952,74 euro

Umowa z wykonawcą: Umowa nr IZP.271.1.9.2020.KC z 27.11.2020 r. z AGBUD-BIS Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i AGBUD Michał Maciejczyk (Konsorcjant) na kwotę: 1 549 800,00 zł brutto.

5.1.1.a

W trakcie czynności kontrolnych stwierdzono, iż Zamawiający w wielu miejscach dokumentacji projektowej i technicznej wskazał normy związane z wykonaniem niniejszego przedsięwzięcia, przy równoczesnym braku wskazania, iż dopuszcza się normy równoważne, przykładowo:

„1) PN-D-95017 Surowiec drzewny. Drewno tartaczne iglaste.

2) PN-D-96000 Tarcica iglasta ogólnego przeznaczenia.

3) PN-D-96002 Tarcica liściasta ogólnego przeznaczenia.

4) PN-H-74219 Rury stalowe bez szwu walcowane na gorąco ogólnego stosowania.

5) PN-H-74220 Rury stalowe bez szwu ciągnięte i walcowane na zimno ogólnego przeznaczenia.

6) PN-H-93401 Stal walcowana. Kątowniki równoramienne.

7) PN-H-93402 Kątowniki nierównoramienne stalowe walcowane na gorąco.

8) BN-87/5028-12 Gwoździe budowlane. Gwoździe z trzpieniem gładkim, okrągłym i kwadratowym.

9) BN-77/8931-12 Oznaczenie wskaźnika zagęszczenia gruntu

10) PN-B-04481:1988 Grunty budowlane. Badania próbek gruntu.

11) PN-EN 459-1:2003 Wapno budowlane Część 1: Definicje, wymagania i kryteria zgodności.

12) PN-EN 1008:2004 Woda zarobowa do betonu. Specyfikacja pobierania próbek, badanie i ocena przydatności wody zarobowej do betonu, w tym wody odzyskanej z procesów produkcji betonu.

13) PN-S-06102:1997 Drogi samochodowe. Podbudowy z kruszyw stabilizowanych mechanicznie.

14) PN-S-96023:1984 Konstrukcje drogowe. Podbudowa i nawierzchnia z tłuczni kamiennego.

15) PN-S-96035:1997 Drogi samochodowe – Popioły lotne”.

Zamawiający w treści SIWZ wskazał jedynie, że: „Jeżeli dokumentacja projektowa lub specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych wskazywałyby w odniesieniu do niektórych materiałów lub urządzeń znaki towarowe, patenty lub pochodzenie - zamawiający, zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, dopuszcza oferowanie materiałów lub urządzeń równoważnych. Materiały lub urządzenia pochodzące od konkretnych producentów określają minimalne parametry jakościowe i cechy użytkowe, jakim muszą odpowiadać materiały lub urządzenia oferowane przez wykonawcę, aby zostały spełnione wymagania stawiane przez zamawiającego.

Materiały lub urządzenia pochodzące od konkretnych producentów stanowią wyłącznie wzorzec jakościowy przedmiotu zamówienia. Pod pojęciem „minimalne parametry jakościowe i cechy użytkowe” zamawiający rozumie wymagania dotyczące materiałów lub urządzeń zawarte w ogólnie dostępnych źródłach, katalogach, stronach internetowych producentów. Operowanie przykładowymi nazwami producenta ma jedynie na celu doprecyzowanie poziomu oczekiwań zamawiającego w stosunku do określonego rozwiązania. Posługiwanie się nazwami producentów/produktów ma wyłącznie charakter przykładowy”.

Nie odniósł się natomiast wprost do dopuszczenia norm równoważnych.

Wobec powyższego Instytucja Zarządzająca zwróciła się do Zamawiającego o wyjaśnienie zaistniałej sytuacji.

Beneficjent w odpowiedzi wskazał, że: „Zamawiający w dokumentacji projektowej i technicznej ze względu na specyfikę i rodzaj zamówienia zastosował odniesienia do norm. Zgodnie z art. 30 ust. 1 pkt. 4 „Opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i ust. 3, Zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne”, i taki warunek Zamawiający dopełnił w SIWZ określając go w zapisie rozdz. III pkt 2 SIWZ: „Jeżeli dokumentacja projektowa lub specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych wskazywałyby w odniesieniu do niektórych materiałów lub urządzeń znaki towarowe, patenty lub pochodzenie - zamawiający, zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, dopuszcza oferowanie materiałów lub urządzeń równoważnych. Materiały lub urządzenia pochodzące od konkretnych producentów określają minimalne parametry jakościowe i cechy użytkowe, jakim muszą odpowiadać materiały lub urządzenia oferowane przez wykonawcę, aby zostały spełnione wymagania stawiane przez zamawiającego. Materiały lub urządzenia pochodzące od konkretnych producentów stanowią wyłącznie wzorzec jakościowy przedmiotu zamówienia. Pod pojęciem „minimalne parametry jakościowe i cechy użytkowe” Zamawiający rozumie wymagania dotyczące materiałów lub urządzeń zawarte w ogólnie dostępnych źródłach, katalogach, stronach internetowych producentów. Operowanie przykładowymi nazwami producenta ma jedynie na celu doprecyzowanie poziomu oczekiwań zamawiającego w stosunku do określonego rozwiązania. Posługiwanie się nazwami producentów/produktów ma wyłącznie charakter przykładowy.

Należy dodać, że Ustawodawca w ustawie Prawo zamówień publicznych w przypadku zastosowania norm nie doprecyzował obowiązku wskazywania przez Zamawiającego „kryteriów równoważności” ani imiennego wskazania norm równoważnych.”

Instytucja Zarządzająca zaznacza, iż powołany przez Beneficjenta zapis rozdz. III pkt 2 SIWZ ma charakter ogólnej informacji i odnosi się do nazwy producenta, znaku towarowego, patentu lub pochodzenia wskazanych przy opisie przedmiotu zamówienia w stosunku do określonych materiałów, urządzeń, itp., nie obejmuje natomiast kwestii norm i obowiązku dopuszczenia rozwiązań równoważnych do tych opisanych normami.

Zgodnie z ustaleniami Komisji Europejskiej w związku z misją audytową KE nr REGC414PL0172, przeprowadzoną w dniach od 14 października do 23 października 2019 r. dokumenty postępowania, szczególnie te w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, winny spełniać warunki określone w art. 42 i art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r.

w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z póź. zm.) dotyczące stosowania specyfikacji technicznych.

Zgodnie bowiem z art. 42 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE „*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:*

*b) poprzez odniesienie do specyfikacji technicznych oraz, w kolejności preferencji do: norm krajowych przenoszących normy europejskie, europejskich ocen technicznych, wspólnych specyfikacji technicznych, norm międzynarodowych, innych systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organy normalizacyjne lub – w przypadku ich braku - do norm krajowych, krajowych aprobat technicznych lub krajowych specyfikacji technicznych dotyczących projektowania, wyliczeń i realizacji robót budowlanych oraz wykorzystania dostaw; **każdemu odniesieniu towarzyszą słowa „lub równoważne”;***

c) (.)

d) (.)”

Na grunt prawa polskiego powyższe uregulowania zostały przeniesione w art. 30 ustawy Pzp.

Tym samym, w myśl wyżej wymienionych przepisów prawa unijnego i krajowego, w przypadku gdy instytucja zamawiająca opisuje przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu winny każdorazowo towarzyszyć wyrazy „lub równoważne”.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia m.in. za pomocą odwołania się do norm, bez uwzględnienia zapisów informujących oferentów o dopuszczeniu norm równoważnych, co stanowi naruszenie art. 30 ust. 4 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę fakt, iż Beneficjent zawarł w dokumentacji postępowania ogólne sformułowanie dotyczące równoważności, Instytucja Zarządzająca uznaje opisane uchybienie jako formalne, niewywołujące skutków finansowych.

5.1.1.b

W treści rozdziału V ust. 1 pkt 2 lit. c SIWZ dotyczącego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej Wykonawcy Zamawiający zamieścił m.in. następujący zapis:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że:

posiada wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, tzn. wykonanie, tj. zakończenie, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie, przebudowie lub remoncie budynku wraz z instalacjami o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł brutto.

UWAGA: „*W związku z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp: „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, gdy podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.”*

W związku z tym, w sytuacji gdy powyższy warunek będzie spełniany nie przez Wykonawcę lub współników konsorcjum, a przez „inny podmiot”, to „podmiot” ten musi być podwykonawcą części przedmiotu zamówienia o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł brutto”.

Instytucja Zarządzająca zwróciła się do Zamawiającego o wyjaśnienie powodów zawarcia ww. zapisów w SIWZ.

Beneficjent w odpowiedzi wskazał, iż: „są różne stanowiska w doktrynie oraz wśród składów orzekających KIO, na tle tego czy współpraca między wykonawcą, a podmiotem trzecim udostępniającym doświadczenie musi przybrać postać podwykonawstwa. Zamawiający musi mieć możliwość egzekwowania sposobu wywiązywania się przez wykonawcę z ciążącego na nim obowiązku w zakresie zaangażowania podmiotu trzeciego ponieważ Zamawiający akceptując udostępnione zasoby potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę. Zgodnie z art. 36b ust. 2 ustawy Pzp, cyt.: „jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 22a ust. 1, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawca jest obowiązany wykazać Zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia”.

Zamawiający uważa, że jeżeli podmiot trzeci udostępnia zasoby w postaci doświadczenia musi wykonać tę część zamówienia do realizacji, której posiadanie tego doświadczenia jest niezbędne i powinno przybrać formę umowy podwykonawczej ponieważ zgodnie z art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Natomiast zgodnie z art. 2 pkt 9b ustawy Pzp, pod pojęciem umowy o podwykonawstwo należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez Zamawiającego wykonawcą, a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą, a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami.

W związku z powyższym, jeżeli zostaje zawarta pomiędzy wykonawcą, a innym podmiotem pisemna umowa o charakterze odpłatnym, której przedmiotem jest część zamówienia publicznego, to taka umowa zgodnie z art. 36a ust. 1 w związku z art. 2 pkt 9b ustawy Pzp, powinna przybrać formę umowy o podwykonawstwo. Tym samym, stosunek prawny łączący wykonawcę i podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby w zakresie doświadczenia powinien przybrać formę umowy o podwykonawstwo.”

Zgodnie z treścią art. 22a ust. 4 ustawy Pzp „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”. Wobec czego, zgodnie z ww. zapisami ustawy Pzp, podmiot udostępniający wykonawcy swoje zasoby nie musi być podwykonawcą uczestniczącym w realizacji przedmiotu zamówienia. Dopuszczalną formą poza podwykonawstwem może być np. umowa o współpracy czy porozumienie pomiędzy pracodawcami o delegowaniu pracowników w celu wykonywania pracy u wykonawcy. Ponadto, nie można stawiać wymagań odnoszących się do wartości części zamówienia, jaką ma wykonać „inny podmiot”, na którego zdolnościach może polegać wykonawca. Bowiem żądanie takie wykracza poza delegację powyższego przepisu.

Powyższe rozważania należy odnieść do przykładów z orzecznictwa.

W wyroku KIO z dnia 08.01.2019 r. (sygn. akt KIO 2597/18), Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do art. 22a ust. 1 i 4 Pzp, uznała, że „ustawodawca w art. 22a ustawy Pzp nie posłużył się pojęciem „podwykonawca”. (...) Zgodzić należy się (...), iż w kontekście art. 22a ust. 4 ustawy Pzp (...), w praktyce udział podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy określony potencjał najczęściej przybierze formę podwykonawstwa”. Warto tutaj zwrócić uwagę na wyrażenie „najczęściej”, które niejako ze swej natury nie przesądza o konieczności zastosowania wskazanej formy, jako jedynej dostępnej, a co za tym idzie – nie wyklucza innych rozwiązań. Zwłaszcza, że w wyroku KIO z dnia 20.07.2018 r. (sygn. akt KIO 1336/18), możemy przeczytać wprost, że „Nieuprawnionym jest twierdzenie, że dla spełnienia normy art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, koniecznym jest, ażeby podmiot udostępniający zasoby występował w charakterze podwykonawcy.

Po pierwsze, taki wymóg byłby niezgodny z ogólną zasadą wynikającą z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp – że dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu można powołać się na zasoby podmiotu trzeciego, niezależnie od charakteru stosunków prawnych łączących wykonawcę z tym podmiotem”.

Ponadto, jak wskazuje wyrok TSUE z 07.04.2016 roku w sprawie C-324/14 - „w praktyce, jak słusznie zauważyła Komisja Europejska, wydaje się trudne, a wręcz niemożliwe, aby wykonawca mógł przewidzieć apriori wszystkie możliwe przypadki wykorzystania zdolności innych podmiotów”. Z czego należy wysnuć wniosek, który zapisano zresztą w tymże orzeczeniu, że „o ile oferent musi udowodnić, że rzeczywiście dysponuje zasobami tych podmiotów, które to zasoby nie stanowią jego własności, a są niezbędne do wykonania odnośnego zamówienia, to jednak ma on swobodę wyboru, po pierwsze, charakteru prawnego powiązań, które zamierza ustanowić z innymi podmiotami, na których zdolnościach polega w celu wykonania tego zamówienia, i po drugie środka dowodowego na wykazanie istnienia tych powiązań”.

Narzucanie formy współpracy pomiędzy wykonawcą a podmiotem udostępniającym zasoby, z jednoczesnym wskazaniem wartości robót jakie mają zostać powierzone podwykonawcy, w ocenie IZ stanowi ukształtowanie warunków postępowania wykraczających poza ramy dyspozycji art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z nieprawidłowym zastosowaniem art. 22a ust. 3 ustawy Pzp w powiązaniu z art. 22a ust. 1 i 4 ustawy Pzp, ponieważ Zamawiający nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców a także zachowania zasady proporcjonalności.

Badając sposób udostępnienia zasobów należy brać pod uwagę określoną część zamówienia, czyli np. określone roboty budowlane. Wobec czego, prawidłowym metodyką sformułowania sposobu współpracy pomiędzy wykonawcą a podmiotem udostępniającym zasoby jest wskazanie konkretnego zakresu prac, dla których właściwego wykonania konieczne jest posiadanie odpowiedniego doświadczenia i wiedzy.

Oczywiście określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia poprzez wskazanie rodzaju zamówienia, jakiego mają one dotyczyć oraz jego wartości jest dopuszczalne, o ile oczywiście są one związane z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalne. Nie sposób również zaprzeczyć, że wskazana w warunku wartość danych robót, usług czy dostaw będzie w pewien sposób wskazywać na stopień skomplikowania oraz wielkość danego zamówienia. Nie będzie ona jednak jednoznacznie i w pełni odzwierciedlać całości prac czy usług składających się na przedmiot zamówienia, do wykonania których niezbędne jest wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie opisane w warunku.

Tym bardziej nie należy narzucać potencjalnemu wykonawcy wysokości wynagrodzenia, jakie powinien zapłacić podmiotowi współpracującemu przy realizacji zamówienia. Należy podkreślić, że w omawianym przypadku wartość kwoty wynagrodzenia, jakie musi zapłacić wykonawca podwykonawcy za wykonanie prac w zakresie, w jakim użył mu zasobów dot. posiadanego doświadczenia została ustalona na podstawie wartości szacunkowej zamówienia. Z kolei, na szacunkową wartość zamówienia składać się mogą zarówno materiały, robocizna, korzystanie z maszyn itp. Oznacza to, że wyznaczając próg kwotowy współpracy wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby, Beneficjent wziął pod uwagę wszystkie koszty. Natomiast wykonawca i podwykonawca mogą ustalić warunki łączącego ich stosunku w sposób dowolny w ramach swobody umów, tzn. mogą się umówić, np. że wykonawca dostarczy materiały i maszyny niezbędne do wykonania umowy, zaś na podwykonawcy spoczywać będzie obowiązek samego wykonania tej części robót, za co wynagrodzenie będzie ustalone odmiennie niż przewidziana w kosztorysie wartość tych robót. Wobec czego, jeżeli udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego miałoby opierać się na samej robociznie, to próg kwotowy, wyznaczony przez Beneficjenta, mógłby okazać się za wysoki i nieadekwatny do zakresu faktycznie realizowanych zadań.

Kwotowe określenie części przedmiotu zamówienia, jakie zrealizować powinien podmiot udostępniający zasoby w ramach podwykonawstwa, bez wskazania czynności, jakie powinien wykonać, nie pozwala na dokładną weryfikację rzeczywistego udziału ww. podmiotu w wykonywaniu przedmiotu zamówienia.

Oznacza to, że w ramach narzuconej kwoty współpracy, podwykonawca zamiast zrealizować zadania związane z koniecznością posiadania odpowiedniego doświadczenia, mógłby zająć się dostarczeniem materiałów budowlanych, czy wykonywaniem prostych, nieskomplikowanych robót budowlanych. Wobec czego, sposób sformułowania zasad współpracy pomiędzy wykonawcą a podmiotem udostępniającym zasoby, określony przez Beneficjenta, nie gwarantuje osobistej i bezpośredniej realizacji newralgicznych, wymagających odpowiedniego doświadczenia, części zamówienia przez podwykonawcę. Dlatego też odgórne narzucanie kwotowych ram współpracy wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby jest niecelowe.

W związku z powyższym należy uznać, że Zamawiający nieprawidłowo zastosował art. 22a ust. 1, 3 i 4 Pzp, gdyż nadmiernym żądaniem jest, aby tzw. „inny podmiot” był podwykonawcą (udostępnienie zasobów może nastąpić także m.in. poprzez zawarcie umowy o współpracy czy porozumienia pomiędzy pracodawcami o delegowaniu pracowników w celu wykonania pracy u wykonawcy). Ponadto określony w treści SIWZ, nadmierny wymóg w stosunku do podmiotów trzecich, na zasobach których mogliby ewentualnie polegać oferenci, mógł mieć wpływ na ostateczne grono wykonawców zainteresowanych realizacją przedmiotu zamówienia.

Powyższe naruszenie przepisów prawa, które na skutek działania Beneficjenta doprowadziło do powstania faktycznej 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 zamówień (Dz.U.2018.971 ze zm. - 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 korekty i stosuje się § 5 rozporządzenia.

Za powyższe naruszenie przewidziano stawkę w wysokości **5%** odpowiadającą kategorii nieprawidłowości indywidualnej nr 11 pn.:

Rodzaj nieprawidłowości:

Zastosowanie:

- kryteriów wykluczenia, kwalifikacji, udzielenia zamówienia
lub

- warunków realizacji zamówień
lub

- specyfikacji technicznej;

- które nie są dyskryminacyjne w rozumieniu poprzedniego rodzaju nieprawidłowości, ale w inny sposób ograniczają dostęp dla wykonawców.

We wskazanym zamówieniu za nieprawidłowość, polegającą na zastosowaniu ograniczających kryteriów/warunków/specyfikacji, ale mimo to zapewniono minimalny poziom konkurencji, tj. otrzymano i przyjęto od pewnej liczby wykonawców oferty spełniające kryteria kwalifikacji, nie przewidziano możliwości dalszego obniżenia stawki korekty.

Podsumowanie dla zamówienia:

Uchybienie nr	Numer kategorii nieprawidłowości indywidualnej	Wartość % korekty
5.1.1.b	11	5%

6. Stwierdzone uchybienia oraz wnioski wynikające z przeprowadzonej kontroli:

Wynik kontroli: z istotnymi zastrzeżeniami

Konsekwencje finansowe:

- związane z zamówieniami:

Zakres	Nr uchybienia	Wartość % korekty
5.1	5.1.1.b	5%

Sposób usunięcia nieprawidłowości:

W przypadku nieprawidłowości stwierdzonych przed zatwierdzeniem wniosku o płatność (jeżeli w kontrolowanym wniosku o płatność przedstawiono dany wydatek) Instytucja Zarządzająca dokona pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych ujętych we wniosku o płatność złożonym przez beneficjenta o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo.

W przypadku, kiedy beneficjent będzie składał kolejne wnioski o płatność oraz w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości przed złożeniem przez beneficjenta wniosku o płatność, we wnioskach o płatność należy ująć wydatki kwalifikowalne pomniejszone o kwotę wynikającą ze stwierdzonych nieprawidłowości.

W przypadku stwierdzenia, że beneficjent nie dokonał odpowiedniego pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych, IZ pomniejszy wydatki kwalifikowane o kwotę wydatków nieprawidłowych. W sytuacji, gdy beneficjent zawrze we wniosku o płatność wydatek, który wcześniej, w wyniku kontroli, został uznany za nieprawidłowy, instytucja weryfikująca wniosek oceni, czy nie zachodzą przesłanki podejrzenia popełnienia przestępstwa.

Celowe przedstawienie do rozliczenia wydatków niekwalifikowalnych może stanowić próbę popełnienia przestępstwa, o którym mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1444) albo przestępstwa skarbowego, o którym mowa w ustawie z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz. U. z 2021 r. poz. 408).

W przypadku nieprawidłowości stwierdzonych w uprzednio zatwierdzonym wniosku o płatność Instytucja Zarządzająca nakłada korektę finansową oraz rozpocznie procedurę odzyskiwania kwoty współfinansowania UE w wysokości odpowiadającej wartości korekty finansowej, zgodnie z art. 207 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 305).

Pisemne wyrażenie zgody odnośnie ustaleń zawartych w informacji pokontrolnej jest równoznaczne z akceptacją i przyjęciem do wiadomości sposobu usunięcia nieprawidłowości.

Pouczenie:

*Kierownikowi jednostki kontrolowanej przysługuje prawo do zgłoszenia, na piśmie uzasadnionych zastrzeżeń do ustaleń zawartych w informacji pokontrolnej, w terminie 14 dni od dnia otrzymania informacji pokontrolnej zgodnie z art. 24 ust. 10 oraz 25 ust. 2 ustawy wdrożeniowej. Zgłoszenie zastrzeżeń dotyczących informacji pokontrolnej przysługuje Kierownikowi jednostki kontrolowanej **jednorazowo (tzn. tylko raz dla danej kontroli)**.*

Zastrzeżenia wniesione po upływie 14 dni od daty otrzymania informacji pokontrolnej nie będą rozpatrywane przez IZ RPO WSL.

Niewyrażenie stanowiska odnośnie ustaleń zawartych w informacji pokontrolnej w ww. terminie jest równoznaczne z jej akceptacją.

W przypadku złożenia przez Beneficjenta zastrzeżeń do informacji pokontrolnej sporządzana zostaje ostateczna informacja pokontrolna, która zawiera stanowisko IZ RPO WSL, wobec której nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń zgodnie z art. 25 ust. 11 ustawy wdrożeniowej.

Członkowie zespołu kontrolującego:

Karolina Proszowska

Kinga Powroźnik

Zaakceptował:

Piotr Ryza

Kierownik Referatu Kontroli Projektów
Departament Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego
Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym

Zatwierdziła:

Monika Duda-Szmyd

Zastępca Dyrektora Departamentu Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego
Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym