



Województwo
Śląskie



100-LECIE
POWSTAŃ ŚLĄSKICH
1919–1920–1921



Województwo Śląskie
Europejski Region Przedsiębiorczości 2021-2022

Katowice, 6 maja 2021 r.
FR-RKPR.44.225.1.2021.RS
FR-RKPR.KW-00412/21
Dotyczy projektu nr 00H2/20

Pan
Krzysztof Matyjaszczyk
Prezydent Miasta Częstochowa
Urząd Miasta Częstochowa
ul. Śląska 11/13
42-217 Częstochowa

Dotyczy kontroli projektu pn. „Przebudowa budynku przy ul. Jasnogórskiej 34 w Częstochowie dla Centrum Pomocy Dziecku Niepełnosprawnemu i Jego Rodzinie.”

SEKRETARZ
WOJEWÓDZTWA ŚLĄSKIEGO

URZĄD MARSZAŁKOWSKI
WOJEWÓDZTWA ŚLĄSKIEGO

ul. Ligonia 46
40-037 Katowice

TELEFON +48 32 20 78 385

sekretarz@slaskie.pl
slaskie.pl
powstania.slaskie.pl

Szanowny Panie Prezydencie,

w załączeniu do niniejszego pisma przekazuję ostateczną informację pokontrolną z przeprowadzonej w dniach 25.01 - 08.04.2021 r. kontroli projektu pn. *Przebudowa budynku przy ul. Jasnogórskiej 34 w Częstochowie dla Centrum Pomocy Dziecku Niepełnosprawnemu i Jego Rodzinie*, dofinansowanego z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2014 – 2020.

Do ostatecznej informacji pokontrolnej nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń.

Z poważaniem

Monika Duda-Szmyd

Zastępca Dyrektora Departamentu Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym

Załączniki: Ostateczna informacja pokontrolna z kontroli projektu: Przebudowa budynku przy ul. Jasnogórskiej 34 w Częstochowie dla Centrum Pomocy Dziecku Niepełnosprawnemu i Jego Rodzinie.



Fundusze Europejskie
Program Regionalny



Rzeczpospolita
Polska

 **Śląskie.**

Unia Europejska
Europejski Fundusz
Rozwoju Regionalnego



Katowice, 6 maja 2021 r.
FR-RKPR.44.225.1.2021.RS
Dotyczy projektu nr 00H2/20

INFORMACJA POKONTROLNA

Nazwa jednostki kontrolowanej: Gmina Miasto Częstochowa.

Tytuł projektu: Przebudowa budynku przy ul. Jasnogórskiej 34 w Częstochowie dla Centrum Pomocy Dziecku Niepełnosprawnemu i Jego Rodzinie.

Nr umowy o dofinansowanie: UDA-RPSL.10.02.02-24-00H2/20-00

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. z 2020 poz. 818 z późn. zm. - dalej „ustawa wdrożeniowa”),
- 2) § 17 Umowy nr UDA-RPSL.10.02.02-24-00H2/20-00 z 7.09.2020 r. w sprawie dofinansowania projektu pn. *Przebudowa budynku przy ul. Jasnogórskiej 34 w Częstochowie dla Centrum Pomocy Dziecku Niepełnosprawnemu i Jego Rodzinie.*

Rodzaj kontroli:

- w trakcie realizacji projektu.

Tryb kontroli:

- planowa.

1. Skład Zespołu Kontrolującego:

Imię i nazwisko	Stanowisko służbowe	Funkcja w zespole kontrolującym
Robert Szczyrba	Inspektor	Kierownik Zespołu Kontrolującego
Anna Kotasińska	Podinspektor	Członek Zespołu Kontrolującego

2. Data przeprowadzenia kontroli: 25.01-08.04.2021 r.

Kontrola w siedzibie IZ RPO – w trybie pracy zdalnej (analiza dokumentacji):

- e-mail z dnia 12.02.2021 r. (konto: robert.szczyrba@slaskie.pl) - prośba o wyjaśnienia oraz uzupełnienie dokumentów dotyczących kontrolowanego postępowania.
- pismo z wyjaśnieniami z dnia 16.02.2021 r. – uzupełnienie dokumentów w systemie LSI,
- e-mail z dnia 2.03.2021 r. (konto: robert.szczyrba@slaskie.pl) – z prośba o dodatkowe wyjaśnienia,
- e-mail z dnia 2.03.2021 r. (konto: ldoniec@czestochowa.um.gov.pl) – z wyjaśnieniami,
- e-mail z dnia 10.03.2021 r. (konto: robert.szczyrba@slaskie.pl) - prośba o dodatkowe wyjaśnienia,
- pismo z wyjaśnieniami z dnia 15.03.2021 r.
- pismo z dnia 26.03.2021 r. – wstrzymanie terminu na sporządzenie informacji pokontrolnej,
- notatka ws. dalszego obniżenia pomniejszenia z dnia 29.03.2021r. – decyzja o miarkowaniu z dnia 30.03.2021 r.,
- pismo Beneficjenta z dnia 21.04.2021 r. przekazujące zastrzeżenia do informacji pokontrolnej.

3. Miejsce przeprowadzenia kontroli: siedziba IZ RPO WSL – kontrola w trybie pracy zdalnej

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 „Pzp”).

5.1.1

Nazwa i przedmiot zamówienia: Przebudowa budynku przy ul. Jasnogórskiej 34 w Częstochowie dla Centrum Pomocy Dziecku Niepełnosprawnemu i Jego Rodzinie.

Rodzaj zamówienia: roboty budowlane.

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: IZ.271.69.2019.

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: 502331-N-2020 z dnia 14.01.2020r.

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony.

Szacunkowa wartość zamówienia: 3 426 352,26 zł netto.

Umowa z wykonawcą: (numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto): Umowa nr CRU/1759/IZ/2369/20 z dnia 24.09.2020r./CZ.P.B.P. Przemysłówka S.A./wartość zamówienia 3 998 600,36 zł brutto.

5.1.1.a

Zamawiający w treści punktu 5.3 SIWZ dotyczącego warunków udziału w postępowaniu, zamieścił następujący wpis: „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 wspólników konsorcjum, a przez „inny podmiot”, to „podmiot” ten musi być podwykonawcą części przedmiotu zamówienia o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł brutto.”

Z treści art. 22a ust. 4 Pzp nie wynika jednakże, aby podmiot, który udostępni wykonawcy swoje zasoby musiał być podwykonawcą uczestniczącym w realizacji przedmiotu zamówienia. Dopuszczalną formą poza podwykonawstwem jest choćby umowa o współpracy czy porozumienie pomiędzy pracodawcami o delegowaniu pracowników w celu wykonywania pracy u wykonawcy.

Poza tym, nieprawidłowym zastosowaniem art. 22a ust. 4 Pzp jest również żądanie, aby podmiot trzeci wykonał część zamówienia wynikającą z treści warunku. Ogólnie rzecz biorąc, nie można stawiać wymagań odnoszącego się do wartości części zamówienia, którą ma wykonać „inny podmiot”, na którego zdolnościach może polegać wykonawca. Takie żądanie wykracza poza delegację powyższego przepisu.

Na poparcie tezy o niewłaściwej interpretacji przez Zamawiającego treści art. 22a ust. 4 Pzp, można przytoczyć szereg przykładów popartych orzecznictwem.

Na przykład wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2019 r. (sygn. akt KIO 2597/18), w którym 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 lipca 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 Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 7 kwietnia 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 środki dowodowego na wykazanie istnienia tych powiązań”.

W związku z powyższy 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 przez Zamawiającego nadmierny wymóg w stosunku do podmiotów trzecich, na zasobach których mogliby ewentualnie polegać wykonawcy, mógł mieć spory wpływ na decyzje jakiejś grupy wykonawców, którzy w związku z tym zrezygnowali po prostu z udziału w przetargu.

W związku z powyższym zespół kontrolny **stwierdził naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, w związku z nieprawidłowym zastosowaniem art. 22a ust. 3 Pzp** w powiązaniu z art. 22a ust. 1 i 4 Pzp, gdyż Zamawiający nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców a także zachowania zasady proporcjonalności.

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 - 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 przewidziana jest stawka procentowa 25% odpowiadająca kategorii nieprawidłowości indywidualnej nr 12 pn. *Określenie dyskryminujących warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zawarcia umowy koncesji, kryteriów kwalifikacji, kryteriów selekcji lub kryteriów oceny ofert.* Wysokość stawki może zostać obniżona do wysokości 10% albo 5%.

Zgodnie z § 6 rozporządzenia w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej, dla której w załączniku do rozporządzenia nie określono stawki procentowej, stosuje się stawkę procentową odpowiadającą najbliższej rodzajowo kategorii nieprawidłowości indywidualnych.

Z uwagi na charakter i wagę stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej zastosowano stawkę procentową o niższej niż maksymalna wysokość przewidziana dla danej kategorii nieprawidłowości. Stawkę ~~korrekty~~ ~~poprawki~~ pomniejszenia obniżono do poziomu 5%.

Wymóg postawiony przez Zamawiającego mógł zniechęcić wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu, jednakże uchybienia ma charakter potencjalny, gdyż mimo wprowadzenia nadmiernego wymogu w postępowaniu wpłynęło 11 ofert. W kontrolowanym postępowaniu żaden z potencjalnych wykonawców nie zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem dotyczącym niedozwolonego wymogu zawartego w treści warunków udziału w postępowaniu lub z prośbą o jego wykreślenie.

W konsekwencji, w zaistniałej sytuacji nie doszło do poważnej nieprawidłowości, a pomniejszenie wydatków kwalifikowalnych w wysokości 25% byłoby niewspółmierna do popełnionego uchybienia.

Zgodnie z § 8 Rozporządzenia: „Stosowanie stawek procentowych o niższej wysokości niż maksymalna wysokość dla danej nieprawidłowości indywidualnej nie jest możliwe w stosunku do podmiotów, które, mimo otrzymania wyniku kontroli lub audytu dotyczącego projektów realizowanych przez te podmioty w ramach danego programu operacyjnego, stwierdzających wystąpienie nieprawidłowości indywidualnej, powtórnie popełniają taką samą nieprawidłowość indywidualną w postępowaniach o udzielenie zamówienia wszczętych po dniu otrzymania wyniku kontroli lub audytu.”

W przypadku zaistnienia okoliczności o których mowa w § 8 Rozporządzenia, Instytucja Zarządzająca odstąpi od zastosowania niższej stawki procentowej dla danej nieprawidłowości.

Do powyższych ustaleń Beneficjent wniósł zastrzeżenia pismem z dnia 21.04.2021 r. (wpływ pocztą tradycyjną dnia 27.04.2021 r.), w których wskazuje: >>Warunek zawarty w punkcie 5.3. SIWZ miał brzmienie: „Posiadanie wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia, tj. udokumentowanie wykonania, tj. zakończenia 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 mieszkalnego, zamieszkania zbiorowego lub użyteczności publicznej (zdefiniowanego w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12.04.2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie – j.t. Dz. U. z 2019 r., poz. 1065) o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 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 wspólników konsorcjum, a przez „inny podmiot”, to „podmiot” ten musi być podwykonawcą części przedmiotu zamówienia o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł brutto”. <<

W zastrzeżeniach do informacji pokontrolnej Beneficjent argumentuje następująco:

>>1.Przytoczone wyroki KIO dotyczą innego stanu faktycznego niż ten, który miał miejsce w kontrolowanym postępowaniu. W postępowaniach, które były podstawą do wydania tych wyroków zamawiający nie zawarł w ogłoszeniu i SIWZ wprost wymogu, aby podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy był podwykonawcą. Dopiero w trakcie oceny ofert zamawiający uznali, że podmiot trzeci ma występować w charakterze podwykonawcy. Wykonawcy nie mieli więc wiedzy na etapie składania ofert, że podmiot trzeci spełniający za wykonawcę ten warunek udziału w postępowaniu będzie musiał być podwykonawcą. Takie postępowanie zamawiających

mogło wprowadzić w błąd wykonawców, którzy proponowali inne formy udziału w realizacji zamówienia. Natomiast w przedmiotowym kontrolowanym postępowaniu wykonawcy już od samego początku wiedzieli, że taką formą ma być podwykonawstwo.

2. Zespół Kontrolujący przytoczył fragmenty wyroku TSUE, wydanego na podstawie Dyrektywy 2004/18, która po pierwsze nie obowiązywała już w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania, a po drugie pominięto najbardziej istotne elementy tego Wyroku odnoszące się wprost do stanu faktycznego mającego miejsce w kontrolowanym postępowaniu.

Takim elementem jest odpowiedź na pytanie prejudycjalne nr 4 o treści: „Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] można interpretować w ten sposób, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia może (lub nawet powinien) wskazać zasady, na jakich wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, np. w jaki sposób inny podmiot powinien uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w jaki sposób można łączyć potencjały wykonawcy i innego podmiotu, czy inny podmiot będzie ponosił odpowiedzialność solidarną z wykonawcą za prawidłową realizację zamówienia w zakresie, w jakim wykonawca powołał się na jego zdolności?”

Odpowiedź TSUE jest następująca: „W rezultacie na pytanie czwarte należy odpowiedzieć, iż art. 48 ust. 2 i 3 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że uwzględniając przedmiot danego zamówienia i jego cele, instytucja zamawiająca może w szczególnych okolicznościach do celów prawidłowego wykonania tego zamówienia wskazać wyraźnie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowe zasady, zgodnie z którymi wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, pod warunkiem że te zasady są związane z przedmiotem i celami tego zamówienia oraz proporcjonalne względem nich.”

W dalszej części wyroku TSUE stwierdza: „art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 jest sformułowany ogólnie i nie wskazuje wyraźnie w jaki sposób wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. (...) Natomiast art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24 przewiduje obecnie, że wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów „tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne”. (...) art. 63 tej dyrektywy wprowadza istotne zmiany w odniesieniu do przysługującego wykonawcy prawa polegania na zdolnościach innych podmiotów w ramach zamówienia publicznego. (...) Artykuł 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24 – nie stanowiąc w żaden sposób kontynuacji art. 48 ust.3 dyrektywy 2004/18 ani nie zawierając wyjaśnień co do zakresu tego ostatniego – wprowadza nowe przesłanki, które nie były przewidziane w poprzednim systemie prawnym”.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że powyższy Wyrok TSUE jednoznacznie wskazuje, że nawet w sytuacji, gdy art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 był sformułowany ogólnie i nie wskazywał wyraźnie, w jaki sposób wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, to - zdaniem TSUE - zamawiający miał prawo wskazać wyraźnie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowe zasady, zgodnie z którymi wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów. Tym bardziej takie prawo przysługuje zamawiającemu na podstawie art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24, która obowiązywała w trakcie kontrolowanego postępowania.<<

Odnosząc się do powyższego Instytucja Zarządzająca nie neguje prawa Zamawiającego do określenia wymogów względem bezpośredniej realizacji kluczowych zadań składających się na przedmiot zamówienia.

Przytoczone w informacji pokontrolnej fragmenty wyroków miały na celu uwypuklenie podejścia orzekających do kwestii związanych z formą realizacji przez podmioty trzecie – na zasoby których (dot. wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia) wykonawca powołuje się celem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu – robót lub usług do realizacji których te zdolności są wymagane.

IZ nie neguje, że w praktyce udział podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy określone wyżej zdolności najczęściej przybierze formę podwykonawstwa - jak w wyroku sygn. akt KIO 2163/20: „Określony przepisem art. 22a ust. 4 Prawa zamówień publicznych wymóg realizacji usług przez podmioty, na zasobach których polega wykonawca w odniesieniu do warunku dotyczącego doświadczenia należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą składającym ofertę. Innymi słowy ustawa Prawo zamówień publicznych wymaga bezpośredniego uczestnictwa w realizacji usługi przez podmiot, na którego zdolnościach polega dany wykonawca”.

Ugruntowane orzecznictwo w zakresie obowiązku wynikającego z art. 22a ust.4 nie wskazuje jednoznacznie, iż jedyną formą realizacji przedmiotowego obowiązku jest podwykonawstwo. Niemniej jednak IZ zgadza się z orzekającymi, że w praktyce udział podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy zdolności dot. doświadczenia, kwalifikacji zawodowych czy doświadczenia najczęściej przybierze formę podwykonawstwa.

Ponadto Beneficjent w zastrzeżeniach argumentuje: „5. Za nieznaidujący uzasadnienia w przepisach Pzp należy uznać także zarzut, że naruszeniem art. 22a ust. 4 Pzp jest żądanie, aby podmiot trzeci wykonał część zamówienia wynikającą z warunku. Zespół Kontrolujący stwierdza, że nie można stawiać wymagania odnoszącego się do wartości części zamówienia, którą ma wykonać „inny podmiot”, bo takie żądanie wykracza poza delegację powyższego przepisu. Należy zadać pytanie: która część tego przepisu zabrania stawiania takiego wymogu? Zdaniem Beneficjenta takiego zakazu nie ma w tym przepisie. Wręcz przeciwnie, przepis ten jednoznacznie wskazuje, że podmiot trzeci ma zrealizować roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Skoro podmiot trzeci ma zrealizować roboty, które występują w warunku, a warunek zawiera wartość (kwotę), to nie można tego przepisu interpretować, że podmiot trzeci może wykonać roboty za kwotę, np. 100 zł. W takiej sytuacji byłoby to fikcyjne spełnienie warunku tylko na potrzeby wyboru oferty najkorzystniejszej, a nie na potrzeby realizacji zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu nie są po to, aby wykonawca wygrał przetarg, ale po to, aby dobrze wykonał przedmiot zamówienia”.

Z powyższym twierdzeniem Instytucja Zarządzająca nie może się zgodzić. Zakresu robót nie można natomiast równać ich z wartością. Szczególnie, że w warunku udziału w postępowaniu wskazana jest wartość robót oparta na wartości szacunkowej a nie realnej – wycenionej przez wykonawcę – cenie rynkowej danego zakresu prac. Takie zrównanie zakresu prac koniecznych do wykonania w ramach obowiązku wynikającego z art. 22a ust. 4 Pzp z wartością szacunkową może doprowadzić do sytuacji, że min. wartość umowy na podwykonawstwo będzie wyższa niż wartość całej oferty lub wartość prac z opisanych w warunku udziału w postępowaniu.

Dlatego, choć w przepisie art. 22 Pzp nie ma zakazu opisu warunku udziału w postępowaniu poprzez odniesienie się do wartości szacunkowej robót, usług czy dostaw to takie odniesienie w sformułowanym w dokumentach postępowania wymogu obligatoryjnego min. poziomu wartości umowy o podwykonawstwo w zakresie w jakim zostają udostępnione zasoby celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu może być nieadekwatne do realnej wartości robót jakie mają być wykonane i w konsekwencji zaburzać konkurencyjność postępowania i zniechęcać do udziału w postępowaniu.

W przypadku powyższego warunku udziału gdyby oferent powoływał się na doświadczenie swojego „przyszłego podwykonawcy”, to powyższy zapis z warunku udziału obliguje go do podpisania umowy z podwykonawcą na kwotę co najmniej 2 000 000 zł. Zdaniem Instytucji Zarządzającej taki zapis stanowi **naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, w związku z nieprawidłowym zastosowaniem art. 22a ust. 3 Pzp** w powiązaniu z art. 22a ust. 1 i 4 Pzp. Prawdłowo sformułowany warunek udziału przy powoływaniu się na doświadczenie podmiotów trzecich powinien określać **faktyczny zakres robót**, jakie musi wykonać podmiot w przedmiotowym zamówieniu, wykazujący się doświadczeniem a **nie wartość kwotową** opartą na wartości szacunkowej zamówienia.

Konkludując, w złożonych wyjaśnieniach Beneficjent nie wykazał, że określony przez niego w treści

SIWZ nadmierny wymóg w stosunku do podmiotów trzecich, na zasobach których mogliby ewentualnie polegać wykonawcy, nie miał żadnego wpływu na krąg potencjalnych wykonawców, którzy ostatecznie nie zdecydowali się na udział w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym IZ nie znalazła podstaw do odstąpienia od stwierdzonego uchybienia.

5.1.1.b

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia (SPECYFIKACJA TECHNICZNA WYKONANIA I ODBIORU ROBÓT BUDOWLANYCH), w sposób który zawierał odwołania do norm krajowych bez użycia wyrażenia „lub równoważne”, jednocześnie w specyfikacji nie zawarto ogólnego sformułowania dopuszczającego stosowanie rozwiązań równoważnych w tym zakresie.

Zamawiający wskazał, jedynie w pkt 3.2 SIWZ, 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.”, jednocześnie wskazując normy związane z wykonaniem zamierzenia - przykładowo:

PN-B-02361:1999 Pochylenia połączeń dachowych.

PN-B-24620:1998 Lepiki, masy i roztwory asfaltowe stosowane na zimno.

PN-74/B-24620 Lepik asfaltowy stosowany na zimno.

PN-74/B-24622 Roztwór asfaltowy do gruntowania.

PN-B-24625:1998 Lepik asfaltowy i asfaltowo-polimerowy z wypełniaczami stosowanymi na gorąco.

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 późn. zm.) lub w przypadku zamówień sektorowych w art. 60 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 243, z późn. zm.) dotyczących 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:

a) (...)

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) (...)”

Tożsamy zapis znajduje się w art. 60 dyrektywy 2014/25/EU. Na grunt prawa polskiego powyższe uregulowania zostały przeniesione w art. 30 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843, dalej: Pzp).

Tym samym, w myśl wyżej wymienionych przepisów prawa unijnego i krajowego, w przypadku gdy instytucja zamawiająca opisuje przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm (nawet PN:EN), europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, zamawiający jest obowiązany nie tylko wskazać, że dopuszcza rozwiązania

równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu winny zawsze towarzyszyć wyrazy "lub równoważne".

Z wyjaśnień Beneficjenta z 15.03.2021r.: „Zgodnie z art. 30 ust. 4 Prawa zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 r. (Pzp): „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”.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie dokonywał opisu przedmiotu zamówienia, a więc wymagań odnoszących się do parametrów materiałów czy urządzeń oraz do technologii wykonywania poszczególnych robót składających się na przedmiot zamówienia za pomocą norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 Pzp.

Opis przedmiotu zamówienia został dokonany zgodnie z art. 29, art. 30 ust. 1 i ust. 8 oraz art. 31 Pzp, czyli poprzez podanie cech parametrów materiałów lub urządzeń (parametrów), wymagań dotyczących ich wydajności lub funkcjonalności oraz dostosowania obiektu do potrzeb wszystkich użytkowników, w tym zapewnienia dostępności dla osób niepełnosprawnych.

Poza tym w STWiORB zawarto zapisy określające wymagania jakie powinny spełniać materiały i urządzenia niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. Np. w punkcie 2.1. STWiORB dotyczącej robót elektrycznych stwierdzono:

„Do wykonania i montażu instalacji, urządzeń elektrycznych i odbiorników energii elektrycznej w obiektach budowlanych należy stosować przewody, kable, osprzęt oraz aparaturę i urządzenia elektryczne posiadające dopuszczenie do stosowania w budownictwie.

Za dopuszczone do obrotu i stosowania uznaje się wyroby, dla których producent lub jego upoważniony przedstawiciel:

- dokonał oceny zgodności z wymaganiami dokumentu odniesienia według określonego systemu oceny zgodności,

- wydał deklaracje zgodności z dokumentami odniesienia, takimi jak: zharmonizowane specyfikacje techniczne, normy opracowane przez Międzynarodową Komisję Elektrotechniczną (IEC) i wprowadzone do zbioru Polskich Norm, normy krajowe opracowane z uwzględnieniem przepisów bezpieczeństwa Międzynarodowej Komisji ds. Przepisów Dotyczących Zatwierdzenia Sprzętu Elektrycznego (CEE), aprobaty techniczne,

- oznakował wyroby znakiem CE lub znakiem budowlanym B zgodnie z obowiązującymi przepisami,
- wydał deklarację zgodności z uznanymi regułami sztuki budowlanej, dla wyrobu umieszczonego w określonym przez Komisję Europejską wykazie wyrobów mających niewielkie znaczenie dla zdrowia i bezpieczeństwa,

- wydał oświadczenie, że zapewniono zgodność wyrobu budowlanego, dopuszczonego do jednostkowego zastosowania w obiekcie budowlanym, z indywidualną dokumentacją projektową, sporządzoną przez projektanta obiektu lub z nim uzgodnioną.

Zastosowanie innych wyrobów, wyżej nie wymienionych, jest możliwe pod warunkiem posiadania przez nie dopuszczenia do stosowania w budownictwie ...”.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że w przedmiotowym postępowaniu dopuszczono stosowanie wszystkich materiałów i urządzeń, które mogą być stosowane w budownictwie.

Poza tym występujące w STWiORB normy dotyczyły sposobu odbioru wykonywanych robót oraz zachowania zasad bezpieczeństwa przy ich wykonywaniu. Jest to zgodne z treścią art. 30 ust. 8 pkt 2 lit. j Pzp. Przepis ten określa, że zamawiający mogą wymagać w opisie przedmiotu zamówienia warunków testowania, kontroli i odbioru obiektów budowlanych. Bez jednoznacznego określenia warunków odbioru robót budowlanych naruszona zostałaby naczelna zasada Pzp, czyli równe traktowanie wykonawców i uczciwa konkurencja.”

Po analizie wyjaśnień zespół kontrolny uznaje opisane uchybienie jako formalne nieskutkujące finansowo.

Podsumowanie dla zamówienia:

Uchybienie nr	Numer kategorii nieprawidłowości indywidualnej	Wartość % korekty pomniejszenia
5.1.1.a	12	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 pomniejszenia
5.1	5.1.1.a	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 (tj. Dz.U. z 2020 r. poz. 1444) albo przestępstwa skarbowego, o którym mowa w ustawie z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (tj. Dz.U. z 2021 r. poz. 408 z późn. zm.).

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 tj.).

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 art. 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:

Robert Szczyrba

Anna Kotasińska

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