



Województwo  
Śląskie

Katowice, 12 maja 2021 roku  
FR-RKPR.44.246.1.2021.IS  
FR-RKPR.KW- 00430/21  
Dotyczy projektu nr 003H/19



Województwo Śląskie  
Europejski Region Przedsiębiorczości 2021-2022

**Pan Arkadiusz Czech**  
**Burmistrz Miasta Tarnowskie Góry**  
**Urząd Miejski w Tarnowskich Górach**  
**ul. Rynek 4**  
**42-600 Tarnowskie Góry**

**Dotyczy kontroli projektu pn. Termomodernizacja budynku SP Nr 9 im. Mikołaja Kopernika przy ul. Korczaka 2 w Tarnowskich Górach**

URZĄD MARSZAŁKOWSKI  
WOJEWÓDZTWA ŚLĄSKIEGO

DEPARTAMENT  
EUROPEJSKIEGO FUNDUSZU  
ROZWOJU REGIONALNEGO

ul. Ligonia 46,  
40-037 Katowice

TELEFON +48 32 77 40 130  
FAKS +48 32 77 40 196

efrr@slaskie.pl  
slaskie.pl  
powstania.slaskie.pl

Szanowny Panie Burmistrzu,

w załączeniu do niniejszego pisma przekazuję ostateczną informację pokontrolną z przeprowadzonej w dniach 11 marca 2020r. – 23 kwietnia 2020r. kontroli projektu *Termomodernizacja budynku SP Nr 9 im. Mikołaja Kopernika przy ul. Korczaka 2 w Tarnowskich Górach*, współfinansowanego/ wybranego do dofinansowania 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 ww. projektu



Unia Europejska  
Europejski Fundusz  
Rozwoju Regionalnego



Katowice, 12 maja 2021 roku  
FR-RKPR.44.246.1.2021.IS  
Dotyczy projektu nr 003H/19

## OSTATECZNA INFORMACJA POKONTROLNA

**Nazwa jednostki kontrolowanej:** Gmina Tarnowskie Góry

**Tytuł projektu:** Termomodernizacja budynku SP Nr 9 im. Mikołaja Kopernika przy ul. Korczaka 2 w Tarnowskich Górach.

**Nr umowy o dofinansowanie:** UDA-RPSL.04.03.01-24-003H/19-00

### 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.04.03.01-24-003H/19-00 z 10 marca 2020 roku w sprawie dofinansowania projektu pn. *Termomodernizacja budynku SP Nr 9 im. Mikołaja Kopernika przy ul. Korczaka 2 w Tarnowskich Górach.*

Rodzaj kontroli:

- w trakcie realizacji projektu

Tryb kontroli:

- planowa

### 1. Skład Zespołu Kontrolującego:

Imię i nazwisko	Stanowisko służbowe	Funkcja w zespole kontrolującym
Iwona Silva	Główny Specjalista	Kierownik Zespołu Kontrolującego
Mariola Orlik	Inspektor	Członek Zespołu Kontrolującego

### 2. Data przeprowadzenia kontroli: od 11 marca 2020r. do 23 kwietnia 2020r.

Kontrola w siedzibie IZ RPO (analiza dokumentacji):

- e-mail z dnia 19.03.2021r. (konto: iwona.silva@slaskie.pl) z prośbą o przekazanie dokumentów dot. kontrolowanego postępowania,
- e-mail z dnia 19.03.2021r. (konto: a.sosnowska@um.tgory.pl) z prośbą o wydłużenie terminu na złożenie dokumentów,
- e-mail z dnia 19.03.2021r. (konto: iwona.silva@slaskie.pl) zgoda IZ RPO WSL,
- e-mail z dnia 26.03.2021r. (konto: a.sosnowska@um.tgory.pl) z uzupełnieniem dokumentów,
- e-mail z dnia 31.03.2021r. (konto: iwona.silva@slaskie.pl) z prośbą o wyjaśnienie,
- pismo z dnia 02.04.2021 r. (znak sprawy ST.042.2 .7.2021) z wyjaśnieniami,
- e-mail z dnia 09.04.2021r. (konto: iwona.silva@slaskie.pl) z prośbą o wyjaśnienie,
- e-mail z dnia 14.04.2021r. (konto: a.sosnowska@um.tgory.pl) z uzupełnieniem dokumentów,

- notatka z dnia 20 kwietnia 2021r. w sprawie przesłanek miarkowania pomniejszenia ustalonego dla projektu nr 003H/19– decyzja o miarkowaniu z dnia 20 kwietnia 2021r.,
- pismo znak sprawy ST.042.2.10.2021 z dnia 06.05.2021r. z zastrzeżeniami do informacji pokontrolnej wysłane za pośrednictwem ePUAP.

**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 dwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019r. poz. 1843 ze zmianami – dalej „Pzp”).

##### **5.1.1**

Nazwa i przedmiot zamówienia: Termomodernizacja placówek oświatowych – etap III w ramach zadań: „Termomodernizacja budynku SP nr 9 im. Mikołaja Kopernika przy ul. Korczaka 2 w Tarnowskich Górach” i „Termomodernizacja budynku SP nr 10 przy ul. Kochanowskiego 15 w Tarnowskich Górach”

Rodzaj zamówienia: Roboty budowlane

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: BZP.271.26.2020

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: 550393-N-2020 z dnia 15.06.2020 r.

Tryb udzielenia zamówienia: Przetarg nieograniczony

Szacunkowa wartość zamówienia: 5 177 167,02 zł netto = 1 212 650,09 euro

Część 1 – 2 699 142,96 zł netto = 632 221,43 euro

Część 2 – 2 478 024,06 zł netto = 580 428,66 euro

Część 1 - Umowa nr GI.272.15.2020 z dnia 31.08.2020 r. zawarta z SELL-BUD INWEST s.c. reprezentowana przez Tomasza Mucha - wspólnik spółki cywilnej na kwotę – 2 706 000,00 zł brutto  
Część 2 nie stanowi kosztu kwalifikowalnego.

##### **5.1.1.a**

Celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dot. doświadczenia, wykonawcy musieli wykazać, że: „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie: Dla Części nr 1 i nr 2: co najmniej 4 roboty budowlane polegające na budowie i/lub przebudowie i/lub remoncie (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, Dz. U. z 2019 r., poz. 1186 ze zm.) budynków na łączną wartość robót budowlanych nie mniejszą niż 3.000.000,00 zł brutto, w tym inwestycji polegającej na termomodernizacji co najmniej 1 „obiektu” (w rozumieniu przepisów

*rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1065 ze zm.), o wartości robót nie mniejszej niż 1.500.000,00 zł brutto”.*

Jako uwagę zamieszczono definicję pojęcia „obiekt” , stworzoną przez Zamawiającego: „Przez „obiekt” określony powyżej należy rozumieć: budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; budynek biurowy lub socjalny”.

IZ RPO WSL wskazuje, że powyższa definicja jest tożsama z definicją budynku użyteczności publicznej, która została określona w § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (DZ.U. z 7 czerwca 2019, poz. 1065).

Zamawiający określając wymóg posiadania doświadczenia jedynie w obiektach mieszczących się w katalogu obiektów użyteczności publicznej, w ocenie IZ RPO WSL w sposób nieuprawniony ograniczył konkurencję w pozyskaniu przedmiotowego zamówienia przez wykonawców, którzy posiadają doświadczenie w zakresie prac związanych z termomodernizacją budynku, ale na obiektach innych niż użyteczności publicznej.

W konsekwencji Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie przepisów prawa, które na skutek działania Beneficjenta doprowadziło do powstania potencjalnej szkody finansowej stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) NR 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz.U.UE.L.2013.347.320 – dalej „rozporządzenie ogólne”).

Zgodnie z art. 24 ust. 5 i 9 ustawy wdrożeniowej oraz §2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U 2018 poz. 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.

Za powyższe naruszenie przewidziana jest stawka procentowa w wysokości 25% odpowiadająca kategorii nieprawidłowości indywidualnej nr 12 pn. Określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zawarcia umowy koncesji, kryteriów kwalifikacji, kryteriów selekcji lub kryteriów oceny ofert.

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.

Beneficjent nie zgodził się z oceną IZ RPO WSL i w piśmie z dnia 6.05.2021r. wniósł zastrzeżenia do wyników kontroli. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał, że *„warunek ten odpowiadał rzeczywistym potrzebom Zamawiającego, a określone warunki udziału w postępowaniu były adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający doświadczony już w realizacji zadań z zakresu termomodernizacji swoich obiektów, wie jak istotne jest prowadzenie robót na czynnym obiekcie, w szczególności gdy obiektem tym jest otwarta szkoła”*.

Następnie Beneficjent podkreślił, iż postawiony warunek w ocenie Wnioskodawcy jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a nawet z nim tożsamy, tym samym nie stanowi naruszenia art. 22 ust. 1a ustawy Pzp. Równocześnie, mając na względzie szeroki katalog obiektów użyteczności publicznej, Zamawiający stwierdził, iż kwestionowany warunek nie jest warunkiem faworyzującym wąskie grono wykonawców, bowiem na publiczne ogłoszenie o zamówieniu 9 Wykonawców złożyło oferty.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do definicji budynku użyteczności publicznej, która została określona w § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (DZ.U. z 7 czerwca 2019, poz. 1065). Zgodnie z ww. przepisem, przez budynek użyteczności publicznej należy rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny. Definicja ta została sformułowana dla celów rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, przy czym należy zauważyć, że przepisy rozporządzenia dotyczą sformułowania warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, o których to warunkach mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane.

Warto w tym miejscu zaznaczyć, że pojęcie „budynek użyteczności publicznej” jest przywołane w zaledwie kilku przepisach rozporządzenia w sprawie warunków technicznych (§ 16, 23, 42, 54, 55, 56) - zawsze w celu określenia nie metodologii czy też technologii ich budowy (wykonania), ale określenia warunków jakie muszą spełniać w zakresie posiadanych instalacji, urządzeń technicznych, pojazdów, wind itd. Wskazane warunki są precyzowane już na etapie projektowania oraz ubiegania się o pozwolenie na budowę, a samo wykonywanie takich budynków w istocie niczym się nie różni od wykonania innych budynków. Warunki dotyczące ww. budynków sprecyzowane w przepisach rozporządzenia w sprawie warunków technicznych nie dotyczą więc samej technologii wykonywanych robót, gdyż ww. rozporządzenie w żadnej mierze nie różnicuje technologii wykonywania takich obiektów z innymi budynkami, budowlami itd. Jakkolwiek obowiązujące przepisy przewidują pewne wymogi dotyczące budynków użyteczności publicznej, jak choćby przepisy nakładające obowiązek uzgodnienia projektu budowlanego budynku użyteczności publicznej pod względem ochrony przeciwpożarowej (§ 3 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 02.12.2015 sprawie uzgadniania projektu budowlanego pod względem ochrony przeciwpożarowej), czy obowiązek ustanowienia inspektora nadzoru inwestorskiego (§ 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 19.11.2001 r. w sprawie rodzajów obiektów budowlanych, przy których realizacji jest wymagane ustanowienie inspektora nadzoru inwestorskiego), to jednak powyższe wymogi również nie dotyczą samego

wykonania robót budowlanych – termomodernizacji, bądź jakiejś specjalnej metodologii wykonania.

Podkreślenia wymaga również fakt, że nakaz związania warunku z przedmiotem zamówienia wynikający z treści art. 22 ust. 1a ustawy Pzp należy interpretować ściśle. Oznacza to, że z jednej strony niedozwolone jest postawienie warunku, który nie wykazuje związku z przedmiotem zamówienia, a który z drugiej strony, w sposób nieuprawniony preferuje określony zakres tego przedmiotu (Por. Wojewódzki Sąd Administracyjny, 09.06.2015 Sygn. V SA/Wa 1628/15).

Zgodnie bowiem z art. 22 ust. 1a, z którym zamawiający ma określać warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Za utrwalone przed 2016 r. należy uznać stanowisko, uwzględniające dorobek prawa wspólnotowego i orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej również: „TSUE”), że przez proporcjonalność warunku w stosunku do przedmiotu zamówienia należy rozumieć zachowanie właściwej proporcji, brak nadmierności. Biorąc pod uwagę dorobek orzecznictwa TSUE można powiedzieć, że ocena, czy ustalony warunek udziału w postępowaniu nie jest nadmierny wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu (por. np. wyrok z 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii).

Należy wskazać, że analiza obowiązującego art. 22 ust. 1a Ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że ustawodawca dał zamawiającym wskazówkę jak należy interpretować zasadę proporcjonalności, nakazując, by warunki udziału w postępowaniu zostały wyrażone jako minimalne poziomy zdolności.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 24 stycznia 2018 r. (KIO 82/2018) wskazała, że „Przyjęte przez zamawiającego kryteria kwalifikacji nie mogą zatem wykraczać poza to, co jest obiektywnie racjonalne, zatem nie zbędne do osiągnięcia celu prowadzonej procedury, a więc wyboru oferty pochodzącej od wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia (tak wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 18 października 2012 r. w sprawie C-218/11). Określenie warunków podmiotowych, musi polegać na wyznaczeniu „minimalnych poziomów zdolności”, a więc nawiązywać do posiadania doświadczenia w realizacji np. robót budowlanych o zbliżonym charakterze do przedmiotu udzielanego zamówienia. Przepis art. 22 ust. 1a Pzp nakazuje, aby zamawiający określał warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia (...), w szczególności wyrażając je, jako minimalne poziomy zdolności, zatem przepis ten nie przewiduje, aby wykonawca legitymował się dokładnie takimi samymi zrealizowanymi budowlami, jak przedmiot zamówienia, o które się ubiega”.

Oznacza to, że określenie warunków podmiotowych musi polegać na wyznaczeniu „minimalnych poziomów zdolności”, a więc nawiązywać do posiadania doświadczenia w realizacji np. robót budowlanych o zbliżonym charakterze do przedmiotu udzielanego zamówienia. A zatem doświadczenie, które wykonawca musi posiadać w celu uzyskania zamówienia, nie musi w 100 proc. pokrywać się z przedmiotem postępowania. Wykazywane doświadczenie musi jedynie potwierdzać zdolność wykonawcy do realizacji umowy, w tym jej istotnych elementów.

Idąc za tym, IZ RPO WSL nie kwestionuje tego, że Beneficjent mógł w postępowaniu o zamówienie publiczne postawić warunek posiadania doświadczenia w robotach budowlanych, po to by usługa była zrealizowana zgodnie z jego oczekiwaniami i standardami, to jednak ograniczenie tego doświadczenia jedynie do wykonawców, którzy zrealizowali takie roboty w budynkach użyteczności publicznej, zawęziło krąg potencjalnych zainteresowanych realizacją zamówienia.

Zważywszy na fakt, że termomodernizacja takiego budynku w opisanej sytuacji nie wymagała szczególnych standardów, postawienie warunku doświadczenia w budowie budynków użyteczności publicznej jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Przedmiotem zamówienia była termomodernizacja placówki oświatowej. Zgodnie z przepisami prawa, sama termomodernizacja nie wymaga jakiś szczególnych, dodatkowych wymagań w porównaniu na przykład do budowy czy remontu. Szczególnych wymagań technologicznych w zakresie termomodernizacji nie wskazał w opisie przedmiotu zamówienia również sam Zamawiający. Wskazał on jedynie, że roboty budowlane prowadzone są na czynnych obiektach, w związku z czym należy zapewnić bezpieczeństwo uczniów, jak również ciągłość w prowadzeniu zajęć w trakcie prowadzenia robót.

Zważywszy na fakt, że termomodernizacja takiego budynku w opisanej sytuacji nie wymagała szczególnych standardów a sam zamawiający konieczności ich zachowania nie wykazał, wydaje się, że postawienie warunku doświadczenia w budowie budynków użyteczności publicznej jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Analizując potrzebę postawienia warunku zawężającego krąg potencjalnych wykonawców tylko do posiadających doświadczenie przy robotach na budynkach użyteczności publicznej - w ocenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (por. wyrok z dnia 09.06.2015 Sygn. V SA/Wa 1628/15) - trzeba mieć na uwadze zakres prac pozostających do wykonania. Mając na względzie przedmiotowe orzecznictwo, zdaniem IZ RPO WSL zakres prac w badanym postępowaniu nie miał charakteru specjalistycznego i mógł zostać wykonany przez każdego wykonawcę posiadającego ogólnobudowlane umiejętności zdobyte nie tylko przy wykonawstwie termomodernizacji obiektów użyteczności publicznej. Innymi słowy zakres prac, ich złożoność czy charakter w niniejszym postępowaniu nie były na tyle szczególne, aby nie mogły zostać prawidłowo wykonane przez wykonawcę mającego doświadczenie przy realizacji prac porównywalnych, co do zakresu i zastosowanych rozwiązań technicznych, w budynkach nieprzeznaczonych do użytku publicznego np. w wielorodzinnych budynków mieszkaniowych lub budynku zamieszkania zbiorowego.

Należy wyraźnie podkreślić, iż oczywistym jest, że do postępowania w zakresie zamówień publicznych nie należy dopuszczać wszystkich podmiotów, a jedynie te, które dają gwarancje należytego wykonania zamówienia. Niemniej zgodnie z tym co zostało wskazane powyżej, formułując warunki udziału w postępowaniu należy z jednej strony zrównoważyć interes zamawiającego w rzetelnym wykonaniu przedmiotu zamówienia, a z drugiej strony interes potencjalnych podmiotów w możliwości przystąpienia do postępowania. Jeżeli przedmiot zamówienia nie ma charakteru specjalistycznego, tak jak w przedmiotowej sprawie, to nieuzasadnione jest zawężanie grona potencjalnych wykonawców. Jak bowiem trafnie spostrzegł Wojewódzki Sąd Administracyjny, utrudnieniem uczciwej konkurencji będzie określenie warunków udziału w postępowaniu, które eliminują z udziału w nim podmioty zdolne do wykonania zamówienia, bez jakiegokolwiek szkody dla realizacji przedmiotu zamówienia (Por. Wojewódzki Sąd Administracyjny, 09.06.2015 Sygn. V SA/Wa 1628/15). Co więcej, warto w tym miejscu przytoczyć fragment komentarza do Prawa zamówień publicznych (M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych, Komentarz LEX 2010 wyd. IV), w którym autorzy podnoszą, iż *„Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców”*.

Prawdą jest, że każdy warunek udziału w postępowaniu z samej definicji stanowi pewne ograniczenie, jednak sformułowanie tego warunku powinno mieć zawsze na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, nie może natomiast wykluczać z postępowania podmiotów, które są zdolne do jego realizacji. Jakkolwiek w celu realizacji przesłanek określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ustalenie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu powinno wynikać bezpośrednio z przewidzianego do wykonania konkretnego przedmiotu zamówienia jak słusznie zauważa Beneficjent, to jednak zamawiający nie może żądać

od potencjalnych wykonawców większej wiedzy i doświadczenia niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia.

W niniejszym przypadku uniemożliwiono złożenie ofert podmiotom, które mają doświadczenie w pracach o podobnym zakresie i charakterze, co należy uznać za naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Warto w tym miejscu przytoczyć również dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Na szczególną uwagę zasługuje Uchwała KIO z 29 lipca 2010 roku Sygn. akt KIO/KD 55/10, w której KIO podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że roboty będące przedmiotem zamówienia (termomodernizacja) są to typowe roboty budowlane i ustanowienie warunku ograniczającego doświadczenie do wykonania obiektów użyteczności publicznej w ówczesnym stanie prawnym naruszało art. 22 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję.

Autor zastrzeżeń podnosi również, że w wyniku kontroli z 2019r. zamówienia pn: Pełnienie funkcji Inwestora Zastępczego przy realizacji projektu pn. „Termomodernizacja placówek oświatowych - etap II” w ramach projektu pn. „Termomodernizacja budynku Przedszkola nr 17 Bajkowe Wzgórze przy ul. Norweskiej nr 2 w Tarnowskich Górach”, odstąpiono od stwierdzenia uchybienia, które było tożsame z aktualnie rozważanym naruszeniem. Zdaniem Zamawiającego sytuacja była identyczna.

Z powyższym argumentem nie sposób się zgodzić. IZ RPO WSL wyjaśnia, że każda kontrola zamówień rozpatrywana jest indywidualnie, jak również podejmuje rozstrzygnięcia w indywidualnych sprawach. Należy również zauważyć, że rodzaj wskazanego zamówienia odpowiada usłudze, a nie jak w przedmiotowym przypadku robotom budowlanym.

Ostatnim argumentem, jaki Beneficjent wprowadza w zastrzeżeniach do informacji pokontrolnej jest twierdzenie „*iz brak jest faktycznie poniesionej szkody, a uchybienie ma jedynie charakter potencjalny*”.

IZ RPO WSL pragnie wyjaśnić kwestię dotyczącą rodzaju szkody jaką może powodować naruszenie procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków w ramach realizowanych projektów przez zamawiającego będącego beneficjentem dofinansowania. A konkretnie szkody potencjalnej czy też hipotetycznej możliwości wystąpienia szkody będącej wynikiem nieprawidłowych działań lub zaniechań beneficjenta.

Odnosząc się do definicji nieprawidłowości oraz szkody, o których mowa w obowiązującym Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 roku ustanawiające wspólne przepisy dotyczące EFRR, EFS, FS, EFRROW oraz EFMiR to nieprawidłowość ma miejsce w sytuacji, gdy skutek naruszenia procedur doszło do powstania szkody lub mogłoby dojść do jej powstania w budżecie ogólnym UE. Możliwość powstania szkody należy rozumieć jako możliwość uszczuplenia środków unijnych. Dla uznania zatem, że doszło do powstania nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia nr 1303/2013 wystarczy ustalenie, że skutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE.

Jak podkreśla Wojewódzki Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 11 lipca 2019 r. III SA/GI 12/19, „(...) *„nieprawidłowość” w rozumieniu art. 2 pkt 36 ww. rozporządzenia - oznacza jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Za śledzenie tak rozumianych nieprawidłowości odpowiedzialność ponosi państwo członkowskie i w związku z nieprawidłowościami (pojedynczymi lub systemowymi) dokonuje korekt finansowych. Zatem wymieniona „nieprawidłowość” ma miejsce w sytuacji, gdy skutek naruszenia procedur doszło do powstania szkody lub mogłoby dojść do jej powstania w budżecie ogólnym UE. Możliwość*



*powstania szkody należy rozumieć jako możliwość uszczuplenia środków unijnych. Dla uznania zatem, że doszło do powstania "nieprawidłowości" w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia nr 1303/2013 wystarczy ustalenie, że wskutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE."*

I tak też, IZ RPO WSL zakwalifikowała działanie beneficjenta jako nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia 1303/2013 w związku z faktem, że Beneficjent poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i zawiżający wymagany poziom zdolności względem wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, uchybił dyspozycji art. 7 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, czym mógł doprowadzić do niekorzystnego gospodarowania środkami i w konsekwencji spowodować szkodę w budżecie UE, polegającą na sfinansowaniu ze środków tego budżetu nieuzasadnionego wydatku.

Naruszenie wskazanych wyżej przepisów miało charakter oczywisty i zasadniczy, a działanie Beneficjenta skutkowało nierównym traktowaniem wykonawców i w rezultacie zaburzeniem uczciwej konkurencji.

IZ na etapie weryfikacji przedmiotowego postępowania dokonała analizy charakteru i wagi nieprawidłowości indywidualnej, biorąc przy tym pod uwagę stopień naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i niedyskryminacji. W konsekwencji obniżając wartość pomniejszenia do poziomu 5%.

Po analizie argumentacji przedstawionej przez Beneficjenta, IZ RPO WSL podtrzymuje ustalenia z kontroli.

Podsumowanie dla zamówienia:

Uchybienie nr	Numer kategorii nieprawidłowości indywidualnej	Wartość % pomniejszenia
5.1.1.a	12	5%

### 5.1.2

Nazwa i przedmiot zamówienia: Pełnienie funkcji Inwestora Zastępczego przy realizacji Projektu pn.: „Termomodernizacja placówek oświatowych – etap III” realizowanego w ramach zadań budżetowych: „Termomodernizacja budynku SP nr 9 im. Mikołaja Kopernika przy ul. Korczaka 2 w Tarnowskich Górach” i „Termomodernizacja budynku SP nr 10 przy ul. Kochanowskiego 15 w Tarnowskich Górach”

Rodzaj zamówienia: Usługi

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: BZP.271.15.2020

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: przekazane UPUE w dniu 08.04.2020r. oraz opublikowane w DUUE 2020/S 071-169078 z dnia 09.04.2020r.

Tryb udzielenia zamówienia: Przetarg nieograniczony

Szacunkowa wartość zamówienia: 207 086,68 zł netto = 48 506,01 euro

Umowa nr GI.272.16.2020 z dnia 10.09.2020 r. zawarta z Konsorcjum Lider LPW Consulting Sp. z o.o. Partner LPW Sp. Z o.o., reprezentowana przez Radosława Polowego – prezesa zarządu spółki na kwotę – 115 620,00 zł brutto, w tym zadanie 1 – 57 810,00 zł brutto, zadanie 2 – 57 810,00 zł brutto

Instytucja Zarządzająca RPO WSL nie wnosi uwag do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia.

## 6. Stwierdzone uchybienia oraz wnioski wynikające z przeprowadzonej kontroli:

Wynik kontroli: z istotnymi zastrzeżeniami.

Konsekwencje finansowe:

- związane z zamówieniami:

Zakres	Nr uchybienia	Wartość % pomniejszenia
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 (tj. Dz.U. z 2020 r. poz. 1444 z późn. zm.) 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 z późn. zm.).

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

Iwona Silva  
Mariola Orlik

Zaakceptował:

Piotr Ryza  
Kierownik Referatu Kontroli Projektów  
Departamentu Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

*Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym*

Zatwierdził:

Monika Duda-Szmyd  
Zastępca Dyrektora Departamentu Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

*Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym*