



Województwo  
Śląskie

Katowice, 22 września 2021 roku  
FR-RKPR.44.342.1.2021.MO.  
FR-RKPR.KW -00900/21  
Dotyczy projektu nr 002D/19



Województwo Śląskie  
Europejski Region Przedsiębiorczości 2021-2022

**Pan Stanisław Piechula**  
**Burmistrz Miasta Mikołów**  
ul. Rynek 16  
43-190 Mikołów

**Dotyczy kontroli projektu pn. *Poprawa efektywności energetycznej oświetlenia w Gminie Mikołów - etap II***

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 7 czerwca – 3 września 2021 r. kontroli projektu pn. „*Poprawa efektywności energetycznej oświetlenia w Gminie Mikołów - etap II*” 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 ww. projektu



Unia Europejska  
Europejski Fundusz  
Rozwoju Regionalnego



Katowice, 22 września 2021 r.  
FR-RKPR.44.342.1.2021.MO.  
Dot. projektu nr 002D/19

## **OSTATECZNA**

### **INFORMACJA POKONTROLNA**

**Nazwa jednostki kontrolowanej:** GMINA MIKOŁÓW.

**Tytuł projektu:** Poprawa efektywności energetycznej oświetlenia w Gminie Mikołów - etap II.

**Nr umowy o dofinansowanie:** UDA-RPSL.04.05.01-24-002D/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.04.05.01-24-002D/19-00 z 03 października 2019 roku w sprawie dofinansowania projektu pn. *Poprawa efektywności energetycznej oświetlenia w Gminie Mikołów - etap II.*

#### **Rodzaj kontroli:**

- w trakcie realizacji projektu

#### **Tryb kontroli:**

- planowa

#### **1. Skład Zespołu Kontrolującego:**

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

#### **2. Data przeprowadzenia kontroli:** od 7 czerwca do 3 września 2021 roku.

Kontrola w siedzibie IZ RPO (analiza dokumentacji):

- e-mail z dnia 8 czerwca 2021 roku (konto mariola.orlik@slaskie.pl) z prośbą o uzupełnienie dokumentów w LSI,
- e-mail z dnia 11 czerwca 2021 roku (konto bgr@mikolow.eu) przekazujący dokumenty dotyczące kontrolowanych postępowań,
- pismo FR-RKPR.44.342.1.2021.MO z dnia 15 czerwca 2021 roku informujące o przerwaniu terminu na sporządzenie informacji pokontrolnej,
- pismo FR-RKPR.44.342.1.2021.MO z dnia 17 czerwca 2021 roku do Przedstawiciela TU UNIQA w sprawie wystawionej w postępowaniu gwarancji ubezpieczeniowej,
- e-mail Przedstawiciela TU z 21 czerwca 2021 roku z informacją ws. polisy ubezpieczeniowej,
- pismo FR-RKPR.44.342.1.2021.MO z dnia 17 czerwca 2021 roku do UNIQA POLSKA w sprawie gwarancji ubezpieczeniowej,
- e-mail z 29 lipca 2021 roku (konto: centrala@uniqa.pl) z informacją dotyczącą polisy,
- pismo FR-RKPR.44.342.1.2021.MO z 24 sierpnia 2021 roku z prośbą o wydanie opinii prawnej,
- pismo KN-OP.ZD-00467/21 z 25 sierpnia 2021 roku zawierające opinie prawną,

- pismo Beneficjenta z 15 września 2021r. przekazujące zastrzeżenia do informacji pokontrolnej z dnia 3 września 2021r. (wpływ SOD:16 września 2021r.).

**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 jedno 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 2019r. poz. 1843 ze zmianami – dalej „Pzp).

##### **5.1.1.**

**Nazwa i przedmiot zamówienia:** Poprawa efektywności energetycznej oświetlenia w Gminie Mikołów – etap II” - wymiana istniejących opraw energochłonnych oświetlenia ulicznego na oprawy typu LED.

Rodzaj zamówienia: dostawa

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: PN-3E/2020

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: DUUE 2020/S 056-132095 z 19.03.2020 r.

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony

Szacunkowa wartość zamówienia: 1 086 048,78 zł, co stanowi 254 386,00 euro

Umowa z wykonawcą: *(numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto)*

Umowa PN 3-E-2020 zawarta w dniu 10.07.2020 r. z Pollight Sp. z o.o., Al. J.Ch. Szucha 118, lok. H2, 00-580 Warszawa, na kwotę 1 205 646,00 zł.

##### **5.1.1**

Zgodnie z dokumentacją postępowania zamawiający wymagał zabezpieczenia oferty wadium w wysokości 20 000,00 zł. Konsorcjum firm: D-Well sp. z o.o. z Warszawy (Lider) i EFL Polaris sp. z o. o. ze Słupna (Partner) złożyło wymagane wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej – nr gwarancji 998-A 905039 – wystawionej przez Towarzystwo Ubezpieczeń UNIQA S.A. W treści przedmiotowej gwarancji ubezpieczeniowej w § 1 wskazano „Gwarant udziela gwarancji ubezpieczeniowej na rzecz Beneficjenta tytułem zabezpieczenia zapłaty wadium przez Zobowiązanego do wysokości sumy gwarancyjnej 20 000,00 PLN”.

Zamawiający w uzasadnieniu decyzji odrzucenia ww. oferty stwierdził: „Brak odzwierciedlenia w treści gwarancji objęcia nią współkonsorcjanta - EFL Polaris sp. z o.o., ul. Żeromskiego 12a, 05-250 Słupno. Dodatkowo brak w treści gwarancji jakichkolwiek poszlak wskazujących zobowiązanego (oferenta) jak lidera konsorcjum. Zobowiązany (oferent) został precyzyjnie zdefiniowany w komparycji gwarancji i nie ulega wątpliwości, że gwarant nie jest świadomy o złożeniu oferty wspólnej.

Zobowiązanie gwaranta jest niezależne od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, jest samodzielne, zakres, charakter i istnienie zobowiązania określa tylko umowa gwarancji. Nie można

rozszerzać odpowiedzialności gwaranta na działania i zaniechania innych podmiotów, w gwarancji niewymienionych.

Gwarant udziela gwarancji w celu osiągnięcia zysku, stąd w dokumencie gwarancji ściśle określa, za jakie działania lub zaniechania i w odniesieniu do jakiego podmiotu bierze odpowiedzialność. Z uwagi na powszechnie stosowany przez ubezpieczycieli formalizmu gwarancji, jakakolwiek interpretacja rozszerzająca nie jest dopuszczalna ani w oparciu o wykładnię gramatyczną gwarancji, ani w oparciu o ustalone zwyczaje, a przede wszystkim opierając się na praktyce ubezpieczeniowej. Również zapis o „bezwarynkowości i płatności na pisemne żądanie” nie zmienia faktu, że gwarant ponosi odpowiedzialność wyłącznie za zdarzenia, które objął ochroną, zatem skutecznie uchylił się od spełnienia świadczenia, jeżeli żądanie beneficjenta będzie sprzeczne z treścią gwarancji, albo będzie stanowiło nadużycie prawa. Zobowiązanie gwaranta ma charakter nieakcesoryjny, beneficjent nie może powoływać się na zarzuty wnikające z innego stosunku prawnego niż gwarancyjny.

Zamawiający podkreśla, że czynność wniesienia wadium jest jednorazowa, niekonwalidowalna, brak podstaw prawnych do wyjaśnienia treści gwarancji ubezpieczeniowej, uzyskiwania dodatkowych oświadczeń gwaranta. Stąd w interesie wykonawcy leży zadbanie, aby treść gwarancji wadium nie budziła wątpliwości, co do tego, czyją ofertę zabezpiecza oraz jakie podmioty są jej zakresem objęte. Zamawiający uprzedził w pkt 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia o konsekwencjach braku możliwości ustalenia, w czyim imieniu zostało wniesione wadium - skutek w postaci odrzucenia oferty.

Nie ulega także wątpliwości, że zarówno w treści pełnomocnictwa, jak i w treści umowy konsorcjum brak jakichkolwiek wzmianek o upoważnieniu Lidera - D-Well sp. z o.o., ul. Korsarska 20, 03-687 Warszawa do uzyskania i wniesienia wadium w imieniu Konsorcjum, co więcej, gwarancja wadium została wystawiona 6.05.2020r. a podpisana 8.05.2020r. o godzinie 8:23:24, a więc przed udzieleniem pełnomocnictwa dla Lidera., co nastąpiło 8.05.2020r. o godzinie 15:29:06. W związku z powyższym zamawiający jest zobligowany do odrzucenia oferty”.

Instytucja Zarządzająca zwróciła się do wystawcy gwarancji ubezpieczeniowej o udzielenie informacji, na podstawie jakich dokumentów została ona wystawiona. Poproszono również o wskazanie czy fakt, iż w treści gwarancji wymieniono jedynie D-WELL sp. z o.o. uniemożliwia żądanie przez beneficjenta wypłaty z gwarancji, jeśli powodem żądania byłoby działanie lub zaniechanie partnera konsorcjum niewymienionego w gwarancji.

Przedstawiciel Towarzystwa Ubezpieczeń UNIQA S.A w odpowiedzi na przesłane pismo poinformował, że „wniosek złożony przez klienta o wystawienie gwarancji wadium do przedmiotowego przetargu nie zawierał informacji, że klient będzie startował w konsorcjum i nie przesłał nam projektu umowy konsorcjum. Zatem gwarancja została wystawiona zgodnie z wnioskiem tylko na naszego klienta firmę D-WELL. Stwierdził również, „że wielokrotnie zdarza się, że klienci do samego momentu rozstrzygnięcia oferty nie są w stanie udzielić informacji czy będą startować w konsorcjum. Niejednokrotnie zdarza się, że na etapie wadium klient startuje sam a podpisuje umowę w konsorcjum”

W badanym postępowaniu Lider Konsorcjum (D-WELL sp. z o.o.) złożył wniosek o wystawienie gwarancji ubezpieczeniowej 06 maja 2020 roku natomiast umowa konsorcjum została zawarta 05 maja 2020 roku.

W uzasadnieniu wyroku z dnia 12 maja 2006 r., II CA 489/06 sąd wskazał, „że wykonawcy ubiegający się o zamówienie wspólnie winni być traktowani jak jeden wykonawca wynika, że złożenie gwarancji zapłaty wadium przez konsorcjum i to nawet gwarancji wystawionej na rzecz jednego z członka konsorcjum jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty konsorcjum o ile zamawiający w siwz nie zawarł wyraźnie wymogu, że każdy z członków konsorcjum ma złożyć oddzielne wadium.”.

*W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej „Złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez konsorcjum wykonawców jest bowiem równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 k.c., powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne. W sytuacji, kiedy do zawarcia umowy nie doszłoby z przyczyn leżących po stronie lidera konsorcjum, zamawiający może skutecznie domagać się realizacji gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium od gwaranta z tytułu tej gwarancji wystawionej dla solidarnie zobowiązanego do zawarcia umowy członka konsorcjum ubiegającego się o zamówienie”.*

W wyroku z 28 kwietnia 2021 roku (sygn. akt. KIO 607/21) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, „ze zgodnie z art. 380 § 1 k.c., wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie obowiązków związanych ze złożeniem oferty i wniesieniem wadium (...) a w świetle art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy.”

KIO stwierdziło, że jeśli w gwarancji dokonano jednoznacznego określenia przedmiotu zamówienia, podmiotu zamawiającego, wykonawcy, który złożył ofertę, niezależnie od tego, po stronie którego z dwóch podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ziszcza się przesłanki z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, gwarant będzie zobowiązany do wypłaty kwoty uwidocznionej w dokumencie ubezpieczenia. „Działania jednego wykonawcy wywierają bowiem skutki prawne względem wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia i ich wspólnej oferty oraz jej zabezpieczeń (art. 23 ustawy Pzp)”.

W świetle orzecznictwa należy stwierdzić, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał czynności odrzucenia oferty Konsorcjum firm D-Well sp. z o.o. z Warszawy (Lider) i EFL Polaris sp. z o. o. ze Słupna (Partner) o wartości 1 143 000,00 zł oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W świetle powyższego IZ stwierdza, że Zamawiający naruszył:

- art. 89 ust. 1 pkt. 7b ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że wadium zostało wniesione przez Konsorcjum w sposób nieprawidłowy, w sytuacji, gdy zostało ono wniesione zgodnie z wymaganiami przewidzianymi przez ustawę Pzp oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: "SIWZ");
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów określonych w SIWZ w wyniku błędnego uznania przez Zamawiającego, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy;
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania z uwagi na odrzucenie w toku postępowania oferty D-WELL sp. z o.o., który spełnił warunki udziału i wniósł wadium w sposób prawidłowy (a jednocześnie złożył najkorzystniejszą ofertę), w konsekwencji czego oferta winna zostać wybrana.

W konsekwencji naruszony został zapis § 6 ust. 6 oraz § 15 ust. 1 umowy o dofinansowanie projektu nr UDA-RPSL.04.05.01-24-002D/19-00 z dnia 10 października 2019 roku (dalej: umowa o dofinansowanie), zobowiązujących Beneficjenta do realizacji projektu z należytą starannością, w szczególności ponosząc wydatki celowo, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, zgodnie z obowiązującymi regułami, zasadami i postanowieniami wynikającymi z programu, SZOOP, obowiązujących procedur, wytycznych oraz właściwych przepisów prawa krajowego oraz prawa unijnego.

Powyższe naruszenie przepisów prawa, które na skutek zaniechania 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. ustanawiającego 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 ustanawiającego 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.U.E.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.2016.200 - dalej „rozporządzenie”) wartość stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej w przypadku korekty finansowej jest równa kwocie wydatków poniesionych nieprawidłowo w części odpowiadającej kwocie współfinansowania UE, natomiast w przypadku pomniejszenia jest równa kwocie wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach tego zamówienia

Jednakże zgodnie z art. 24 ust. 6 ustawy wdrożeniowej i § 3 rozporządzenia obniża się wartość pomniejszenia i stosuje się § 4 rozporządzenia. Wysokość korekty finansowej w tym przypadku jest różnicą między ceną oferty wybranej a ceną oferty odrzuconej tj. 1 205 464,00 zł brutto – 1 143 000,00 zł brutto = 62 646,00 zł brutto.

We wniosku o płatność należy ująć wydatki kwalifikowalne pomniejszone o kwotę wynikającą z powyższej nieprawidłowości.

Do powyższych ustaleń pokontrolnych Beneficjent wniósł zastrzeżenia w dniu 15 września 2021 roku. W zastrzeżeniach Beneficjent wskazuje, „*że fakt braku jakiegokolwiek wzmianki o ofercie wspólnej w treści gwarancji ustalił samodzielnie, w oparciu o dostępne dokumenty - treść gwarancji, treść umowy konsorcjum, czas złożenia podpisów na wymienionych dokumentach.*

*Były to i są ustalenia mające zasadnicze znaczenie dla dalszych działań zamawiającego w świetle przełomowego wyroku Sadu Najwyższego z 15 lutego 2018 r. (sygn. IV CSK 86/17).*

*Należy podkreślić, że zamawiający nie był uprawniony w żadnym stopniu do samodzielnego zwrócenia się do wystawcy gwarancji z wnioskiem o jej wyjaśnienie i ten fakt jest również niekwestionowany przez Kontrolującego”.*

(...)

*Budzi zasadnicze zastrzeżenia sama czynność Kontrolującego zwrócenia się do wystawcy gwarancji o wyjaśnienie, doprecyzowanie i interpretację dokumentu gwarancji 13 miesięcy po jej wystawieniu. Kontrolujący nie może kreować nowych, nieznanych zamawiającemu dokumentów' i wywodzić z nich skutków dla zamawiającego, kontrola musi być prowadzona w oparciu o istniejące na dzień zakończenia postępowania dokumenty. O ile, zgodnie z obowiązującymi przepisami, zamawiający był zobowiązany lub mógł dokonać czynności w postępowaniu, a ich zaniechał, to Kontrolujący ma obowiązek postawić zarzut zaniechania wykonania tych czynności wskazując, które przepisy naruszono (czego z braku podstaw prawnych nie uczynił).*

*Kontrola musi uwzględniać stan faktyczny i prawny na dzień zakończenia postępowania w sprawie zamówienia publicznego.*

*Kuriozalne i świadczące o zasadniczej nieznanomości przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych są zacytowane stwierdzenia gwaranta:*

*„wielokrotnie zdarza się, że klienci do samego momentu rozstrzygnięcia oferty nie są w stanie udzielić informacji czy będą startować w konsorcjum. Niejednokrotnie zdarza się, że na etapie wadium klient startuje sam a podpisuje umowę w konsorcjum”*

*Zamawiający wskazuje na kardynalne, ustawowe zasady wnoszenia wadium:*

*1. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, tak więc decyzja o zawiązaniu konsorcjum nie może być podjęta „ć/o samego momentu rozstrzygnięcia oferty” - cokolwiek nieznanie ustawie pojęcie „rozstrzygnięcia oferty” oznacza (najprawdopodobniej wybór oferty).*

2. Nie jest możliwe złożenie oferty przez indywidualnego wykonawcę, a po upływie terminu składania ofert zawiązanie konsorcjum „na etapie wadium klient startuje sam a podpisuje umowę w konsorcjum”

O ile nieznanostwo powyższych faktów przez gwaranta można jeszcze zrozumieć, to bezrefleksyjne cytowanie ich przez Kontrolującego w uzasadnieniu zarzutów przedstawionych w informacji pokontrolnej, budzi zasadnicze zastrzeżenia zamawiającego.

11. Cytowanego wyroku nieokreślonego sądu II CA 489/06 z 12.05.2006r. - czyli sprzed 15 lat oraz cytowanego, jednostkowego wyroku KIO 607/21 z 27.04.2021 r., który został wydany po zakończeniu kontrolowanego postępowania w sprawie zamówienia publicznego i siłą rzeczy nie mógł być znany zamawiającemu w dacie wykonania czynności odrzucenia oferty

Niemniej jednak zamawiający dokonał analizy treści przytoczonego w Informacji pokontrolnej wyroku KIO 607/21 i wskazuje, że realizuje on tezy cyt. wyroku Sadu Najwyższego z 15 lutego 2018 r. (sygn. IV CSK 86/17) - przytacza ten wyrok w swoim orzeczeniu - oraz (sic!) w pełni potwierdza prawidłowość postępowania zamawiającego - Gminy Mikołów, gdyż wskazuje następujący stan faktyczny:

„Wraz z ofertą Odwołujący złożył także Zamawiającemu Umowę konsorcjum zawartą 18 stycznia 2021 r. pomiędzy Pros Poland Sp. z o.o. a Zakładem Projektowym „H-BUD” H. S., na mocy której w. podmioty’ powołują konsorcjum w celu wspólnej realizacji przedsięwzięcia pn. „Wykonanie robót budowlano-montażowych na zadaniu pn. „Modernizacja (przebudowa) stacji pomp Modła III” (§ 1 Umowy konsorcjum). Liderem konsorcjum ustanowiono Pros Poland Sp. z o.o. (§ 2 Umowy konsorcjum). W § 3 Umowy konsorcjum Partner - Zakład Projektowy „H-BUD” H. S. zobowiązany został do wniesienia wadium i zabezpieczenia należytego wykonania umowy zgodnie z wymogami SIWZ. Strony ww. umowy umówiły się, że każda ze Stron ponosi pełną odpowiedzialność za wykonanie zadań związanych z realizacją przedmiotu umowy (§ 5 Umowy konsorcjum). Ponadto, Strony ustaliły solidarną odpowiedzialność Stron wobec Zamawiającego za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy zawartej z Zamawiającym (§ 6 Umowy konsorcjum).”

Kontrolujący nie zauważył, iż w obrocie prawnym, w kwestii prawidłowości składania wadium przez konsorcjum (wykonawców’ wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), pojawił się przełomowy wyrok Sądu Najwyższego z 15 lutego 2018 r. (sygn. IV CSK 86/17) kształtujący (oczywiście z jednostkowymi wyjątkami) nową linię orzeczniczą dotyczącą tej materii prawnej”.

IZ RPO WSL zgadza się, iż prawem zamawiającego jest dokonanie czynności w postępowaniu w oparciu o złożone dokumenty. Natomiast IZ ma prawo w ramach prowadzonej kontroli do przeprowadzenia dodatkowych czynności kontrolnych. Zadaniem Zespołu kontrolującego jest wyjaśnienie wszelkich wątpliwości związanych z zgromadzonymi w toku kontroli dokumentami. Zadając pytanie wystawcy gwarancji kontrolujący – wbrew sugestiom Beneficjenta - nie mieli na celu kreowania „nowych, nieznanych zamawiającemu dokumentów i wywodzić z nich skutków dla zamawiającego”, lecz uzyskanie odpowiedzi na nurtujące ich pytania i wątpliwości.

IZ pragnie zauważyć, że Krajowa Izba Odwoławcza w swoich wyrokach stwierdza, że, **gwarancja wadialna wystawiona na rzecz jednego z podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie powinna zostać uznana za skuteczne zabezpieczenie oferty wspólnie złożonej** (tak: wyrok KIO z 7 stycznia 2015 r., KIO 2694/14). Co więcej, w orzecznictwie pojawiały się dotąd również stanowiska, zgodnie z którymi uwzględnienie w gwarancji wyłącznie lidera konsorcjum kwalifikuje się jako wniesienie wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z uwagi na treść art. 23 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (tak: wyrok SO w Warszawie z dnia 8 kwietnia 2016 r., XXII Ga 2031/15, wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2016 r., KIO 510/16). W konsekwencji, nie można uzależniać skuteczności wadium od jego wniesienia przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających o zamówienie, czy też zamieszczenia w treści gwarancji wadialnej wszystkich konsorcjantów (tak: wyrok KIO z dnia 23 lipca 2015 r., IV Ca 357/15).

Sąd Najwyższy, który w wyroku z dnia 15 lutego 2018 r. (IV CSK 86/17) jednoznacznie potwierdził, że **gwarancja wadialna wystawiona wyłącznie na pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (lidera konsorcjum), stanowi skuteczne zabezpieczenie złożonej oferty i nie może stanowić podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu.**

Ponadto, jak wynika z Wyroku SN, „(...) należy zgodzić się z Sądem Okręgowym, że wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej można uznać za prawidłowe i wystarczające tylko wtedy, gdy stwarza dla Zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p. O tym, czy tak jest w konkretnym przypadku, decyduje - co trafnie dostrzegły orzekające w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza i Sąd Okręgowy - treść gwarancji ubezpieczeniowej, która może być ukształtowana różnie”.

Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, iż SN nie przesądził zasady, ale wskazał, iż decyduje treść gwarancji wystawionej w konkretnych okolicznościach, która to treść może być różnie ukształtowana.

Następnie SN wskazał, że z uwagi na brak regulacji dotyczącej gwarancji ubezpieczeniowej w szerszym zakresie (tylko art. 4 ust. 7 pkt 1 i 2 ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej) należy stosować reguły ustawowo uregulowanej gwarancji bankowej, w szczególności przepisu art. 81, 82 czy 87 ustawy Prawo bankowe. Kolejno SN wskazuje między innymi na gwarancję popularną w obrocie tj. bezwarunkową i płatną na pierwsze żądanie, odnosi się do celu gwarancji oraz jej nieakcesoryjnego charakteru.

Dalej SN wskazał, iż zarówno KIO jak i SO trafnie przypisali podstawowe znaczenie gwarancji wadialnej, ale dokonali szczątkowej wykładni, bowiem uwzględnili tylko fakt, iż w treści gwarancji jako zleceniodawcę i oferenta wskazano tylko jednego wykonawcę. Tymczasem, jak wskazał SN cyt: **„decydujące znaczenie dla określenia zakresu zobowiązania Gwaranta ma całościowa wykładnia Gwarancji (art. 65 k.c.), w tym zwłaszcza wykładnia określonych w niej „warunków” i formalnych przesłanek zapłaty.”**

Jednocześnie, w wyroku z dnia 3 marca 2020 r., KIO 361/20, Krajowa Izba Odwoławcza ponownie uznała, że gwarancja wadialna wystawiona na jednego z członków konsorcjum, który jest prawidłowo umocowanym pełnomocnikiem uprawnionym do działania w imieniu i na rzecz pozostałych członków konsorcjum, spełnia wymagania ustawowe, **nawet jeśli w treści samej gwarancji wadialnej nie wskazano faktu istnienia konsorcjum:**

*„Zgodzić należy się z Zamawiającym, że wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej można uznać za prawidłowe i wystarczające tylko wtedy, gdy stwarza dla Zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ZamPublU. Jak wskazał SN w przywoływanym przez strony wyroku z dnia 15 lutego 2018 r. IV CSK 86/17 „Gwarancja ubezpieczeniowa jest jednostronnym zobowiązaniem ubezpieczyciela - gwaranta, że po ziszczeniu się określonych w nim „warunków”, które mogą być stwierdzone określonymi dokumentami, jakie beneficjent gwarancji załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, ubezpieczyciel ten spełni świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji. Tak ukształtowane zobowiązanie gwaranta ma charakter nieakcesoryjny, oznacza, że gwarant nie może powołać się na zarzuty wynikające z innego stosunku prawnego niż gwarancyjny, a więc np. przysługujące dłużnikowi względem wierzyciela (beneficjenta gwarancji) lub przysługujące gwarantowi względem zleceniodawcy udzielenia gwarancji (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, OSNC rok 2010, nr 11, poz. 146, z dnia 27 marca 2013 r., I CSK 630/12, z dnia 6 marca 2015 r., III CSK 155/14, OSNC rok 2016, nr 3, poz. 33, z dnia 14 kwietnia 2016 r., II CSK 388/15)”.*

(...)



„Izba przychyliła się do stanowiska, prezentowanego w szeregu orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej jak również sądów powszechnych (np: wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 r., Sygn. akt II CA 489/06, wyrok Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 23 lipca 2015 roku, Sygn. akt IV Ca 357/15, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2015 roku, Sygn. akt XXII Ga 1313/15), zgodnie z którym gwarancja wadialna wystawiona na jednego z członków konsorcjum, który jest prawidłowo umocowanym pełnomocnikiem uprawnionym do działania w imieniu i na rzecz pozostałych członków konsorcjum, spełnia wymagania ustawowe, nawet jeśli w treści samej gwarancji wadialnej nie wskazano faktu istnienia konsorcjum”.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy zwrócić uwagę że odrzucona w postępowaniu oferta Konsorcjum firm: D-Well sp. z o.o. z Warszawy (Lider) i EFL Polaris sp. z o. o. ze Słupna (Partner) zawierała wymagane wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej na lidera konsorcjum zawiązanego na podstawie umowy konsorcjum zawartej 05.05.2020 r. Gwarancja ta w §2 zawiera zapis , że „Gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia kwoty maksymalnie do wysokości sumy gwarancyjnej określonej w §1”, w którym to wskazano „Gwarant udziela gwarancji ubezpieczeniowej na rzecz Beneficjenta tytułem zabezpieczenia zapłaty wadium przez Zobowiązanego do wysokości sumy gwarancyjnej 20000,00PLN (...) w związku z ogłoszonym przetargiem, którego przedmiotem jest „Poprawa efektywności energetycznej oświetlenia w Gminie Mikołów – etap II” –wymiana istniejących opraw energochłonnych oświetlenia ulicznego na oprawy typu LED. Znak sprawy: PN-3E/2020”.

Cytowana w informacji pokontrolnej odpowiedź przedstawiciela Towarzystwa Ubezpieczeń UNIQA S.A, że „wniosek złożony przez klienta o wystawienie gwarancji wadium do przedmiotowego przetargu nie zawierał informacji, że klient będzie startował w konsorcjum i nie przesłał nam projektu umowy konsorcjum. Zatem gwarancja została wystawiona zgodnie z wnioskiem tylko na naszego klienta firmę D-WEL (...) i „wielokrotnie zdarza się, że klienci do samego momentu rozstrzygnięcia oferty nie są w stanie udzielić informacji czy będą startować w konsorcjum. Niejednokrotnie zdarza się, że na etapie wadium klient startuje sam a podpisuje umowę w konsorcjum” wpisuje się w orzecznictwo KIO, która wielokrotnie podkreśla, że **gwarancja wadialna wystawiona na rzecz jednego z podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie powinna zostać uznana za skuteczne zabezpieczenie oferty wspólnie złożonej.**

W związku z faktem, iż beneficjent nie przedstawił nowych okoliczności oraz dokumentów, które miałyby wpływ na ocenę przedmiotowego naruszenia IZ RPO WSL podtrzymuje swoje stanowisko względem kwalifikacji i rodzaju uchybienia

## 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.a       | 62 646,00             |

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. 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 (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.*

#### Podpisy członków zespołu kontrolującego

Mariola Orlik  
Iwona Silva

#### 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*