



Województwo
Śląskie



100-LECIE
POWSTAŃ ŚLĄSKICH

1919–1920–1921



Województwo Śląskie
Europejski Region Przedsiębiorczości 2021-2022

Katowice, 18 października 2021r.
FR-RKPR.44.458.1.2021.PK
FR-RKPR.KW-00977/21
Dotyczy projektu nr 01G2/18

Pan
Paweł Macha
Burmistrz Miasta Kuźnia Raciborska
Urząd Miejski w Kuźni Raciborskiej
ul. Słowackiego 4
47-420 Kuźnia Raciborska

Dotyczy kontroli projektu pn. Przekształcenie przemysłowego terenu pod teren inwestycyjny w Kuźni Raciborskiej.

Szanowny Panie Burmistrzu,

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

w załączeniu do niniejszego pisma przekazuję ostateczną informację pokontrolną z przeprowadzonej w dniach 06.08.2021 r. – 22.09.2021 r. kontroli projektu pn. „Przekształcenie przemysłowego terenu pod teren inwestycyjny w Kuźni Raciborskiej.”, współfinansowanego z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2014 – 2020.

Do ostatecznej informacji pokontrolnej nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń.

Z poważaniem

Monia Duda-Szmyd
Zastępca Dyrektora Departamentu Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym

Załączniki: 1. Ostateczna informacja pokontrolna z kontroli ww. projektu.



Rzeczpospolita
Polska



Unia Europejska
Europejski Fundusz
Rozwoju Regionalnego



Katowice, 18 października 2021 r.
FR-RKPR.44.458.1.2021.PK
Dot. projektu nr 01G2/18

OSTATECZNA INFORMACJA POKONTROLNA

Nazwa jednostki kontrolowanej: Gmina Kuźnia Raciborska.

Tytuł projektu: Przekształcenie poprzemysłowego terenu pod teren inwestycyjny w Kuźni Raciborskiej.

Nr umowy o dofinansowanie: UDA-RPSL.03.01.02-24-01G2/18-00.

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.03.01.02-24-01G2/18-00 z 28 lutego 2019 roku w sprawie dofinansowania projektu pn. Przekształcenie poprzemysłowego terenu pod teren inwestycyjny w Kuźni Raciborskiej.

Rodzaj kontroli: w trakcie realizacji projektu.

Tryb kontroli: planowa.

1. Skład Zespołu Kontrolującego:

| Imię i nazwisko | Stanowisko służbowe | Funkcja w zespole kontrolującym |
|-------------------|---------------------|----------------------------------|
| Paulina Kucharska | Inspektor | Kierownik Zespołu Kontrolującego |
| Anna Kotasińska | Podinspektor | Członek Zespołu Kontrolującego |

2. Data przeprowadzenia kontroli: od 06.08.2021 r. do 22.09.2021 r.

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

- e-mail z dnia 23.08.2021 r. (konto paulina.kucharska@slaskie.pl) z prośbą o przekazanie dokumentów i wyjaśnień dot. kontrolowanych zamówień.
- e-mail przedstawiciela Beneficjenta z dnia 27.08.2021 r. przekazujący dokumenty i wyjaśnienia dot. kontrolowanych zamówień.
- e-mail z dnia 07.09.2021 r. (konto paulina.kucharska@slaskie.pl) z prośbą o przekazanie dokumentów i wyjaśnień dot. kontrolowanych zamówień.
- e-mail przedstawiciela Beneficjenta z dnia 09.09.2021 r. przekazujący dokumenty i wyjaśnienia dot. kontrolowanych zamówień.
- e-mail przedstawiciela Beneficjenta z dnia 14.09.2021 r. przekazujący wyjaśnienia dot. kontrolowanych zamówień.
- notatka o sygn. FR-RKPR.44.458.1.2021.PK z dnia 20.09.2021 r. ws. obniżenia wartości stawki procentowej dla danej nieprawidłowości – decyzja o miarkowaniu w dniu 22.09.2021 r.
- Pismo Beneficjenta z dnia 06 października 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 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. 2019, poz 1843) oraz dwa postępowania o udzielenie zamówienia poniżej kwoty 50 000 zł netto.

5.1.1

Nazwa i przedmiot zamówienia: Przekształcenie przemysłowego terenu pod teren inwestycyjny w Kuźni Raciborskiej.

Rodzaj zamówienia: roboty budowlane.

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: IB.271.1.2020 (IB.272.3.2020)

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: nr 505796-N-2020 z dnia 23.01.2020 r.

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony.

Szacunkowa wartość zamówienia: 821.810,77 netto /192.493,09 euro

Umowa z wykonawcą: (numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto): umowa nr IB.272.3.2020 z dnia 05.03.2020 r. zawarta z Konsorcjum firm Lider: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INFRAGO mgr. Dominika Ogradowska, Partner: Auto-Trans Asfalty Sp. z o.o. na kwotę 831.098,70 zł brutto.

5.1.1.a

W celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający zgodnie z zapisami rozdz. VII ust 3 pkt 1) SIWZ żądał od wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza przedstawienia wykazu robót budowlanych „z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności z informacją o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane”. Wykonawca przedłożył wykaz wykonanych robót wraz z referencjami min. wystawionymi przez Zarząd Dróg Powiatowych w Bielsku-Białej dla zadania pn. „Rozbudowa drogi powiatowej 4417S Świątoszówka – Bielsko”. Referencje przekazane przez wykonawcę nie zawierają informacji dotyczących należytego wykonania powyższego zamówienia przez firmę Auto-Trans Asfalty Sp. z o.o. Dodatkowo z informacji posiadanych przez IZ RPO WSL wynika, że firma Auto-Trans Asfalty Sp. z o.o. wykonała to zadanie zgodnie ze sztuką budowlaną oraz bez zastrzeżeń, jednakże po terminie umownym. Z przekazanej dokumentacji wynika, że Zamawiający nie wzywał wykonawcy o potwierdzenie należytego wykonania robót, na które powołuje się wykonawca w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Tym samym, w ocenie IZ RPO WSL sam wykaz robót bez potwierdzenia należytego wykonania robót objętych tym wykazem, nie jest dokumentem na podstawie którego możliwe było stwierdzenie, że wybrany wykonawca spełnia postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu. Zamawiający nie zastosował się do dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia dokumentu i mimo braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę, wybrał ofertę złożoną przez Konsorcjum firm: Lider:

Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INFRAGO mgr. Dominika Ogrodowska, Partner: Auto-Trans Asfalty Sp. z o.o. jako najkorzystniejszą.

Warto zauważyć, że gdyby Zamawiający wezwał wykonawcę o wyjaśnienia to wykonawca, wobec którego zachodzą określone w przepisach ustawy Pzp podstawy wykluczenia, może przedstawić dowody na to, że podjął wystarczające środki, aby wykazać swoją rzetelność (art. 24 ust. 8 Pzp). Należy zatem uznać, że uchybienie nie miało wpływu na wynik postępowania, ma charakter formalny i tym samym nie wywołuje skutków finansowych.

5.1.1.b

Zamawiający w dokumentacji technicznej stanowiącej załącznik do SIWZ dotyczącego przedmiotowego zamówienia, wskazał normy związane z wykonaniem przedsięwzięcia, przy równoczesnym braku użycia wyrażenia „lub równoważne”, przykładowo w dokumentacji technicznej znajdziemy następujące zapisy norm:

„Ustoje i fundamenty powinny być zabezpieczone przed działaniem agresywnych gruntów i wód zgodnie z załącznikiem do PN-75/E-05100.”

„Zaleca się stosowanie elementów stalowych zabezpieczonych przed korozją przez ocynkowanie na gorąco zgodnie z PN-74/E-04500 lub malowanie zgodnie z instrukcją KOR-3A.”

„Połączenia stalowe elementów ustojowych powinny być chronione przed korozją przez malowanie lakierem asfaltowym spełniającym wymagania BN-78/6114-32.”

„Podział gruntów i innych materiałów na kategorie pod względem trudności ich odspajania, określenie przeciętnych wartości gęstości objętościowej gruntów i materiałów w stanie naturalnym oraz spulchnienie po odspojeniu wg BN-72/8932-01.”

„Podział gruntów pod względem wysadzinowości i przydatności do wykonywania budowli ziemnych wg PN-S-02205.”

„Rodzaje materiałów do wykonania skropienia. Materiałami stosowanymi przy skropieniu warstw konstrukcyjnych nawierzchni są:

a) do skropienia podbudowy nie asfaltowej:

- kationowe emulsje średnio rozpadowe wg WT.EmA-1994

- upłynnione asfalty średnio odparowalne wg PN-C-96173

b) do skropienia podbudów asfaltowych i warstw z mieszanek mineralno-asfaltowych:

- kationowe emulsje szybko rozpadowe wg WT.EmA-1994

- upłynnione asfalty szybko odparowalne wg PN-C-96173

- asfalty drogowe D 200 lub D 300 wg PN-C-96170, za zgodą Inżyniera.”

Zgodnie z ustaleniami Komisji Europejskiej w związku z misją audytową KE nr REGC414PL0172, przeprowadzoną w dniach od 14 października do 23 października 2019 r. dokumenty postępowania, szczególnie te w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, winny spełniać warunki określone w art. 42 i art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z póź. zm.) dotyczące stosowania specyfikacji technicznych.

Zgodnie bowiem z art. 42 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE „*bez uszczerbku dla wiążących krajowych przepisów technicznych, w zakresie, w jakim są one zgodne z prawem unijnym, specyfikacje techniczne formułuje się w jeden z poniższych sposobów:*

*a) 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”;***

- b) (.)
c) (.)”

Powyższe jest tożsame z zapisami art. 30 Ustawy Pzp. Tym samym, w myśl wyżej wymienionych przepisów prawa unijnego i krajowego, zamawiający opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, jest obowiązany nie tylko wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne, ale również każdemu takiemu odniesieniu winny zawsze towarzyszyć wyrazy „lub równoważne”.

W związku z powyższym zespół kontrolny stwierdził naruszenie art. 30 ust. 4 Pzp, gdyż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą odwołania się do norm, bez uwzględnienia norm równoważnych, w związku z brakiem zastosowania obowiązkowego wyrażenia „lub równoważne”.

Jednocześnie Zamawiający w rozdz. III art. 2 lit. c) SIWZ zawarł ogólne sformułowanie:
>> *Wszelkie wskazane w dokumentacji projektowej, specyfikacjach technicznych i przedmiarze robót znaki handlowe, towarowe, nazwy modeli, numery katalogowe należy rozumieć jako przykładowe i służą jedynie do określenia cech technicznych i jakościowych materiałów a nie są wskazaniem producenta – rozpatrywać je należy łącznie ze słowem /równoważny/ pod warunkiem, że zagwarantują one uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w wyżej wymienionych dokumentach. Zamawiający dopuszcza składanie ofert z zastosowaniem innych materiałów niż określone w dokumentacji projektowej o nie gorszych parametrach od zaprojektowanych i jakości potwierdzonej certyfikatem. Użyte materiały winny być w I gatunku jakościowym i wymiarowym, posiadające odpowiednie dopuszczenia do stosowania w budownictwie i zapewniające sprawność eksploatacyjną.*<<

W związku z faktem, iż Beneficjent zastosował ogólne sformułowanie dotyczące równoważności w SIWZ, IZ RPO uznaje opisane uchybienie, jako formalne oraz że nie ma to wpływu na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia.

5.1.1.c

W przedmiotowym postępowaniu w rozdz. V art. 2 ust. 2.3 pkt 2) SIWZ, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający, jako warunek udziału w postępowaniu wymagał aby wykonawca skierował do realizacji zamówienia kierownika budowy posiadającego „doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, dla co najmniej dwóch wykonanych (ukończonych) robót budowlanych każda polegająca na budowie, przebudowie lub rozbudowie ulicy lub drogi o długości minimum 500 metrów (długość odcinka wykonanych robót budowlanych) o kategorii ruchu co najmniej KR5 oraz każda obejmująca roboty w zakresie nawierzchni mineralno-bitumicznej wraz z kanalizacją deszczową oraz przebudową urządzeń obcych”.

Zgodnie z wyjaśnieniami Beneficjenta z dnia 09.09.2021 r. „Według dokumentacji projektowej długość drogi wynosi 410 mb Długość ta wynika z opisu technicznego, który został załączony do wniosku aplikacyjnego”.

Zatem, tak określony warunek udziału w postępowaniu może być dyskryminujący dla potencjalnych wykonawców, którzy mogliby z powodzeniem zrealizować powyższe zamówienie, jednak kierownik budowy którym dysponują posiada doświadczenie przy robotach budowlanych o długości poniżej 500 metrów, mimo że roboty te zostały wykonane należycie.

Zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp Zamawiający określa 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. Natomiast zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp, Zamawiający zobowiązany jest przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób

zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W przedmiotowym postępowaniu doszło do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji poprzez określenie w warunkach udziału w postępowaniu wielkości, która może utrudniać uczciwą konkurencję, tj. umożliwić ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego ograniczonemu gronu wykonawców, podczas gdy zamówienie mogliby należycie wykonać także inni wykonawcy. W związku z powyższym, Zamawiający nie zapewnił w przedmiotowym postępowaniu równego traktowania wykonawców, czym naruszył art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 22 ust 1a 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.2018.971 z późn. zm. - dalej „rozporządzenie”) wartość stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej w przypadku korekty finansowej jest równa kwocie wydatków poniesionych nieprawidłowo w części odpowiadającej kwocie współfinansowania UE, natomiast w przypadku pomniejszenia jest równa kwocie wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach tego zamówienia.

Jednakże zgodnie z art. 24 ust. 6 ustawy wdrożeniowej i §3 Rozporządzenia obniża się wartość pomniejszenia i stosuje się §5 Rozporządzenia.

Za powyższe naruszenie przewidziana jest stawka procentowa pomniejszenia 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*”.

Jednocześnie zgodnie z zapisami powyższej kategorii indywidualnej wysokość 25% może zostać obniżona do poziomu 10% lub 5% w zależności od charakteru i wagi nieprawidłowości indywidualnej.

Instytucja Zarządzająca stwierdza, iż Zamawiający bezsprzecznie dopuścił się naruszenia wyżej przytoczonych przepisów, aczkolwiek brak jest faktycznie poniesionej szkody, a uchybienie ma jedynie charakter potencjalny. Skutki finansowe rzeczowego uchybienia należy uznać za pośrednie, rozproszone oraz trudne do oszacowania. Wskazane uchybienie mogło oddziaływać na konkurencyjność, równe traktowanie wykonawców oraz generować wpływ na wynik postępowania, jednakże mógłby on zostać zmierzony wyłącznie w oparciu o badanie rynku w zakresie tego jak duża grupa wykonawców mogła wziąć udział w niniejszym zamówieniu oraz jaka część oferentów mogła z niego zrezygnować w związku z określonym przez beneficjenta warunkiem udziału w postępowaniu.

Należy zauważyć, iż Zamawiający w toku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia otrzymał dziewięć ważnych ofert różnych podmiotów, co wskazuje, iż spełnienie przedmiotowego warunku było możliwe.

W konsekwencji, w zaistniałej sytuacji nie doszło do poważnego uchybienia, a pomniejszenie wydatków kwalifikowalnych w wysokości 25% byłoby niewspółmierne do popełnionego naruszenia.

W myśl §7 Rozporządzenia, istnieje zatem uzasadniony charakter i waga nieprawidłowości, które

stanowią przesłanki do zastosowania niższej wysokości stawki procentowej. Z uwagi na przedstawione powyżej argumenty oraz mając na względzie fakt, iż dla ww. kategorii nieprawidłowości przewidziano taką możliwość obniża się wysokość pomniejszenia do poziomu 5%.

Do powyższych ustaleń pokontrolnych Beneficjent wniósł zastrzeżenia pismem z dnia 06 października 2021 roku. W przekazanych IZ zastrzeżeniach wskazano, iż „Zamawiający będąc świadomy specyfikacji inwestycji dążył by wykonawcy ubiegający się o zamówienie posiadali kierownika budowy nie tylko fikcyjnego, na papierze ale przede wszystkim posiadającego doświadczenie zawodowe przy budowie dróg. Przyjmując założenie nie określające wykonanie wymaganego odcinka i kategorii mogło by doprowadzić do sytuacji, że kierownikiem budowy mogła by być osoba nadzorująca na przykład budowę zjazdów na posesję”.

„(...) budowa drogi w kategorii KR5 wymaga od wykonawców specjalistycznej wiedzy technicznej i określone w przetargu wymagania nie stanowiły dla potencjalnych wykonawców ograniczeń. Żadna z firm ubiegających się o zamówienie na etapie ogłoszenia przetargu nie wniosła zastrzeżeń do zapisów w SIWZ dotyczących warunków, gdyż w przekonaniu Zamawiającego były świadome, że dla nich wskazane warunki nie stanowiły problemu”.

„(...) drogi kategorii KR5 są to zazwyczaj odcinki dróg o znacznych długościach, gdyż są to drogi przystosowane do transportu ciężkiego, najczęściej realizowane przez Zarządy Dróg Wojewódzkich czy krajowych. W związku z tym trudno zakładać, iż potencjalni wykonawcy realizujący zadania budowy lub przebudowy dróg w kategorii KR5 nie dysponują wykwalifikowanym potencjałem kadrowym (kierownikiem budowy), który spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu”.

„W myśl Państwa argumentacji to wskazanie jakiegokolwiek odcinka nawet o długości 200 metrów skutkowało by zarzutem ograniczeniem konkurencji (...)”.

Z przedmiotową argumentacją Beneficjenta IZ nie może się zgodzić. Zespół kontrolujący nie zarzuca Beneficjentowi, że nieprawidłowym jest sformułowanie warunku udziału w postępowaniu poprzez odniesienie się do kategorii drogi (tj. kategorią KR5), rodzajem nawierzchni czy określenie zakresu prac składających się na roboty wskazane w warunku. Natomiast wyartykułowanie wymogu odnośnie doświadczenia kierownika budowy w zakresie drogi o długości minimum 500 metrów – w odniesieniu do faktu, że projektowana droga do wykonania w ramach przedmiotowego zamówienia ma 410 metrów – jest nadmierne, i tym samym nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Jak już wcześniej wskazano w informacji pokontrolnej, Zamawiający ma obowiązek określić warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Cytując za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) z dnia 16 sierpnia 2019 roku, sygnatura KIO 1500/19 „(...) Zasada proporcjonalności uznawana jest za jedną z podstawowych zasad prawa UE, a poprzez implementację dyrektywy 2014/24/UE stała się także częścią polskiego porządku prawnego. Jej elementy wywieść można z licznych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości. Zgodnie z orzeczeniem ETS z 23.12.2009 r. (sprawa C-376/08 Serrantoni Srl and Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano) zachowanie zasady proporcjonalności jest równoznaczne z ograniczeniem gwarantowanej w Traktacie konkurencji w jak najmniejszym stopniu, tj. tylko w takim, jaki jest niezbędny do osiągnięcia celu. Z kolei w orzeczeniu ETS z 27.10.2005 r. [sprawa C-234/03 Contse SA, Vivisol Srl and Oxigen Salud SA przeciwko Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), formerly Instituto Nacional de la Salud (Insalud)] podniesione zostało, że nieproporcjonalność oznacza nadmierność. Na uwagę zasługuje także orzeczenie ETS z 16.09.1999 r. (sprawa C-414/97 Komisja Europejska przeciwko Hiszpanii),

w którym zwrócono uwagę na test proporcjonalności, którego przeprowadzenie ma wykazać, że podejmowane działania są niezbędne i adekwatne do celu (zob. I Skubiszak-Kalinowska, E Wiktorowska Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany).

W świetle powyższego, stosując zasadę proporcjonalności przy ustanawianiu warunków udziału w postępowaniu Zamawiający ma obowiązek takiego ich opisania, aby były one uzasadnione: wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Zamawiający musi mieć także na uwadze, aby ich konstrukcja **nadmiernie nie ograniczyła konkurencji**. Ograniczenie to dopuszczalne jest jedynie w **jak najmniejszym stopniu**, tj. tylko takim, który jest niezbędny i odpowiedni do osiągnięcia celu.

Wskazać należy, że warunki udziału w postępowaniu nie muszą być skonstruowane w sposób umożliwiający udział w nim każdemu wykonawcy zainteresowanemu uzyskaniem danego zamówienia. Rolą Zamawiającego jest opisanie warunków na takim poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu zabezpieczają również interesy Zamawiającego oraz stanowią narzędzie do weryfikacji wykonawców, pod kątem zdolności do realizacji konkretnego zamówienia. Jednakże swoboda zamawiającego w określaniu treści warunków ograniczona jest do osiągnięcia celu, jakim jest należyta realizacja zamówienia. **Cel ten możliwy jest do osiągnięcia poprzez dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy oraz wyeliminowanie wykonawców, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że nie są zdolni do prawidłowej realizacji zamówienia. Ustanowienie warunku udziału w postępowaniu ma służyć bowiem zweryfikowaniu zdolności wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, na odpowiednim poziomie, tj. zapewniającym należyte wykonanie zamówienia**”.

Innymi słowy, Zamawiający ma prawo do ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców danego zamówienia do tych, którzy zapewniają jego należyte wykonanie, jednak ograniczenie dopuszczalne jest jedynie w minimalny stopniu.

Sposobem na minimalne ograniczenie kręgu wykonawcy jest wyrażenie warunków udziału w postępowaniu jako minimalnych poziomów zdolności. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 04 października 2019 r., sygn. akt KIO 1859/19 „(...) *Za minimalne poziomy zdolności należy uznać takie wartości, wielkości lub wymagania, które nie mogą utrudniać uczciwej konkurencji (umożliwiać ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego tylko jednemu wykonawcy lub wąskiemu gronu wykonawców, podczas gdy zamówienie mogliby należycie wykonać także inni wykonawcy)* (...) *W tym kontekście Izba oparła się także na orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w jednym z przełomowych wyroków kształtujących tę zasadę zwrócił uwagę na test proporcjonalności, którego przeprowadzenie ma wykazać, że podejmowane działania są niezbędne i adekwatne do wybranego celu (zob. wyrok z dnia 16 września 1999 r. w sprawie nr C-414/97 Komisja Europejska przeciwko Hiszpanii). Jak słusznie wskazuje się w doktrynie "zasada proporcjonalności wymaga nie testu porównania dwóch sprzecznych interesów, lecz dwustopniowej oceny wprowadzonego środka: Czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu? Jeśli środek jest właściwy i nadaje się do realizacji celu, to czy nie wykracza poza to, co jest niezbędne, a tym samym czy nie jest on nadmierny, czy inne środki nie byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego efektu? Czy założonego celu nie można osiągnąć za pomocą innych, mniej szkodliwych lub mniej ingerujących środków?"*. Zamawiający jest zobowiązany zatem zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu”.

Zatem odnosząc się do w/w argumentów Zamawiającego, postawienie warunku udziału w zakresie długości drogi o minimalnej długości 200 metrów stanowi warunek proporcjonalny dla przedmiotowego zamówienia. Co więcej proporcjonalnym warunkiem byłoby również wymaganie w zakresie długości drogi, która jest nie dłuższa niż projektowane 410 metrów.

Beneficjent nie wykazał, iż postawienie wymogu długości drogi przewyższającej długość projektowanego odcinka było niezbędnie do osiągnięcia celu, jakim jest wybór wykonawcy dającego gwarancję należytego wykonania umowy. Trudno bowiem założyć, iż wykonawca, który poprawnie wykonał robotę opisaną w omawianym warunku, a która dotyczyła drogi o długości jak do wykonania w przedmiocie zamówienia takiej gwarancji by nie dawał.

Należy zatem wnioskować, iż Beneficjent wymagając by w badanym przypadku kierownik budowy wykazał się doświadczeniem w realizacji budowy drogi o długości 500 metrów ustanowił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej na poziomie wyższym niż minimalny.

Jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego jest sformułowanie i opisanie warunków udziału w postępowaniu w sposób jednoznaczny i przejrzysty. Jeżeli intencją Zamawiającego było dopuszczenie do postępowania kierownika budowy posiadającego doświadczenie przy budowie drogi nieobejmującej zjazdów do posesji, na które powołuje się Beneficjent w złożonych zastrzeżeniach, to mógł to wyraźnie wskazać w opisie warunków udziału w postępowaniu.

Sam Zamawiający wskazuje, że istniała możliwość sformułowania warunku udziału w postępowaniu w inny sposób, nieobejmujący wymaganego metrażu drogi. Jednocześnie nie ma to większego znaczenia, gdyż warunek sformułowany przez Beneficjent w przedmiotowym postępowaniu jest nieproporcjonalny. Co więcej mogło to doprowadzić do utrudnienia uczciwej konkurencji poprzez wykluczenie wykonawców, którzy mogliby należycie wykonać przedmiotowe zamówienie, pomimo dysponowania kierownikiem budowy, posiadającym wymagane doświadczenie przy drogach o długości mniejszej niż 500 metrów.

Jednocześnie nie można zgodzić się z Beneficjentem, że jeśli żaden z wykonawców na etapie ogłoszenia przetargu nie zadał pytania odnośnie warunków udziału, to nie świadczy o tym, że nie stanowiły one ograniczenia dla części potencjalnych wykonawców.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający poprzez brak zapewnienia w przedmiotowym postępowaniu równego traktowania wykonawców naruszył dyspozycje art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 22 ust 1a Pzp.

Instytucja Zarządzająca RPO WSL, po analizie złożonych zastrzeżeń podtrzymuje swoje stanowisko względem kwalifikacji i rodzaju uchybienia

Podsumowanie dla zamówienia:

| Uchybienie nr | Numer kategorii nieprawidłowości indywidualnej | Wartość % pomniejszenia |
|---------------|--|-------------------------|
| 5.1.1.c | 12 | 5% |

Zgodnie z § 9 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień:

1. W przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych wartość korekt finansowych lub pomniejszeń nie podlega sumowaniu.
2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, do wszystkich stwierdzonych nieprawidłowości indywidualnych stosuje się jedną korektę finansową lub jedno pomniejszenie o najwyższej wartości.

5.1.2

Nazwa i przedmiot postępowania: Reklama prasowa i usługa reklamowa.

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: 3119533.

Umowa z wykonawcą (numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto): zamówienie nr 3119533 z dnia 18.11.2020 r. dla Polska Press Sp. z o.o. na kwotę 4.858,50 zł brutto.

5.1.2.a

Zgodnie z notatką z dnia 22.11.2020 r. Zamawiający w dniu 20.11.2020 r. wysłał za pośrednictwem poczty e-mail zapytanie ofertowe do dwóch wykonawców: Polska Press Sp. z o.o. oraz Agora S.A., na dowód czego przesłał potwierdzenie wysłania wiadomości e-mail. Natomiast w dniu 22.11.2020 r. telefonicznie poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Z przekazanych dokumentów wynika, że wybrany wykonawca firma Polska Press Sp. z o.o. przesłała swoją ofertę na kwotę 4.858,50 zł brutto za pośrednictwem poczty e-mail w dniu 23.11.2020 r., zatem dzień po wyborze najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie należy zwrócić uwagę na fakt, iż wykonawca firma Polska Press Sp. z o.o. przyjęła zamówienie nr 3119533 w dniu 18.11.2020 r. co potwierdza data na zaakceptowanym zamówieniu: „Przyjęto 18.11.2020 r.”, jedynie data wydruku zamówienia znajdująca się w dole dokumentu jest późniejsza – 23.11.2020 r. Dodatkowo zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 09.09.2021 r. wyjaśnił, że „Beneficjent nie posiada innej korespondencji z wykonawcą niż ta, którą przesłał”.

W świetle wyżej opisanego stanu faktycznego konieczne jest zatem stwierdzenie, że Beneficjent nie przedstawił żadnych dowodów, iż dokonał rozeznania cenowego, gdyż w pierwszej kolejności zlecił zamówienie wykonawcy Polska Press Sp. z o.o., a dopiero potem zwrócił się z zapytaniem do potencjalnych wykonawców. Co więcej, nie posiada on również innych dokumentów dokumentujących przebieg postępowania. W konsekwencji, należy wnioskować, że Beneficjent nie przeprowadził postępowania konkurencyjnego i tym samym nie potwierdził, że wydatek dotyczący wykonania dokumentacji technicznej dla projektu został dokonany w sposób przejrzysty, racjonalny i efektywny, z zachowaniem zasad uzyskania najlepszych efektów z danych nakładów.

Wyżej opisane działanie Beneficjenta, stanowi naruszenie dyspozycji 6.2 pkt 3 lit. g Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z dnia 19 grudnia 2019 r. (obowiązujących na dzień wszczęcia badanego postępowania o udzielenie zamówienia), zgodnie z którą wydatki w ramach projektu powinny być ponoszone w sposób przejrzysty, racjonalny i efektywny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów.

Wyżej opisane działanie beneficjenta stanowi również naruszenie sekcji 7 pkt 4 lit c Przewodnika dla Beneficjentów EFRR RPO WSL 2014-2020 z dnia 22 sierpnia 2019 r. (obowiązującego na dzień wszczęcia badanego postępowania o udzielenie zamówienia) z której wynika, że dla zamówień o wartości nieprzekraczającej 20 tys. zł netto „Beneficjent zobowiązany jest do udokumentowania przeprowadzonego postępowania (sposobu w jaki wybrany został wykonawca/dostawca) np.: notatka z rozeznania cenowego zawierająca m.in. informację nt. daty dokonania rozeznania, informację o zebranych ofertach z uwzględnieniem nazw wykonawców wraz z oferowanymi cenami (na potwierdzenie, że cena jest rynkowa - min. dwie oferty, chyba, że na rynku nie występuje tylu oferentów); lub potwierdzenie rozesłania zaproszeń do składania ofert do dwóch potencjalnych wykonawców wraz z zebranymi ofertami; lub potwierdzenie zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej wraz z zebranymi ofertami”.

Natomiast, w rezultacie naruszenia wyżej cytowanej dyspozycji beneficjent nie zastosował się również do regulacji wynikających z §15 ust. 1 oraz §6 ust. 6 umowy o dofinansowanie projektu z dnia 28 lutego 2019 roku o numerze UDA-RPSL.03.01.02-24-01G2/18-00, zgodnie z którymi zobowiązał się 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, Szczegółowego Opisu Osi Priorytetowych, obowiązujących procedur, wytycznych oraz właściwych przepisów prawa krajowego oraz prawa unijnego.

IZ RPO WSL na podstawie § 15 ust. 1 oraz § 6 ust. 6 umowy o dofinansowanie, uznaje przedmiotowy wydatek w 100% za koszt niekwalifikowany.

Podsumowanie dla zamówienia:

| Uchybienie nr | Numer kategorii nieprawidłowości indywidualnej | Wartość Wydatków niekwalifikowalnych |
|---------------|--|--------------------------------------|
| 5.1.2.a | Nie dotyczy | 100% |

5.1.3

Nazwa i przedmiot postępowania: wykonanie i montaż tablicy informacyjno-pamiątkowej.

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: nie nadano.

Umowa z wykonawcą (numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto): umowa nr ORSO.042.5.2020 z dnia 07.12.2020 r. zawarta z Firma Reklamowa „Tęcza” Piotr Wypchoł na kwotę 615,00 zł brutto.

IZ RPO WSL nie wnosi uwag do niniejszego 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/wydatków niekwalifikowalnych |
|--------|---------------|--|
| 5.1 | 5.1.1.c | 5% |
| 5.1 | 5.1.2.a | 100% |

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 (Dz. U. z 2020, poz. 1444, z późn. zm.) albo przestępstwa skarbowego, o którym mowa w ustawie z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (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, 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 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

Paulina Kucharska
Anna Kotasińska

Zaakceptował:

Piotr Ryza
Kierownik Referatu Kontroli Projektów
Departament 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