



Województwo
Śląskie



Województwo Śląskie
Europejski Region Przedsiębiorczości 2021-2022

Katowice, 31 sierpnia 2021 r.
FR-RKPR.44.378.1.2021.KPA
FR-RKPR.KW-00827/21
Dotyczy projektu nr 0643/19

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

Dotyczy kontroli projektu pn. Rozbudowa i przebudowa Miejskiego Przedszkola nr 38 przy ul. gen. Leopolda Okulickiego 63 w Częstochowie

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 Prezydencie,

w załączeniu do niniejszego pisma przekazuję ostateczną informację pokontrolną z przeprowadzonej w dniach 25 czerwca 2021 r. – 28 lipca 2021 r. kontroli projektu pn. „Rozbudowa i przebudowa Miejskiego Przedszkola nr 38 przy ul. gen. Leopolda Okulickiego 63 w Częstochowie”, współfinansowanego 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: 1. Ostateczna informacja pokontrolna z kontroli projektu pn. „Rozbudowa i przebudowa Miejskiego Przedszkola nr 38 przy ul. gen. Leopolda Okulickiego 63 w Częstochowie”



Unia Europejska
Europejski Fundusz Społeczny



Katowice, 31 sierpnia 2021 r.
FR-RKPR.44.378.1.2021.KPA
Dotyczy projektu nr 0643/19

OSTATECZNA INFORMACJA POKONTROLNA

Nazwa jednostki kontrolowanej: Gmina Miasta Częstochowa

Tytuł projektu: Rozbudowa i przebudowa Miejskiego Przedszkola nr 38 przy ul. gen. Leopolda Okulickiego 63 w Częstochowie

Nr umowy o dofinansowanie: UDA-RPSL.12.01.02-24-0643/19

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.12.01.02-24-0643/19 z 20 sierpnia 2020 r. w sprawie dofinansowania projektu pn. *Rozbudowa i przebudowa Miejskiego Przedszkola nr 38 przy ul. gen. Leopolda Okulickiego 63 w Częstochowie.*

Rodzaj kontroli: w trakcie realizacji projektu

Tryb kontroli: planowa

1. Skład Zespołu Kontrolującego:

Imię i nazwisko	Stanowisko służbowe	Funkcja w zespole kontrolującym
Katarzyna Pacholek-Malec	Inspektor	Kierownik Zespołu Kontrolującego
Iwona Silva	Główny Specjalista	Członek Zespołu Kontrolującego
Marta Kurek	Starszy inspektor	Członek Zespołu Kontrolującego

2. Data przeprowadzenia kontroli: od 25 czerwca 2021 r. do 28 lipca 2021 r.

(w przypadku k. zamówienia w siedzibie IZ:

Kontrola w siedzibie IZ RPO (analiza dokumentacji):

- e-mail z dnia 7 lipca 2021 r. (konto anna.kotasinska@slaskie.pl) z prośbą o przekazanie dokumentów i wyjaśnień dot. zamówienia realizowanego w ramach projektu;
- pismo Beneficjenta z dnia 9 lipca 2021 r. z prośbą o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień;
- pismo o sygn. FR-RKPR.44.378.1.2021.KPA, z dnia 13 lipca 2021 r. wyrażające zgodę na przedłużenie ww. terminu;
- e-maile z dnia 22 lipca 2021 r. (konto kjaros@czestochowa.um.gov.pl) przekazujące dokumenty i wyjaśnienia dot. zamówienia realizowanego w ramach projektu;
- e-mail z dnia 22 lipca 2021 r. (konto katarzyna.pacholek-malec@slaskie.pl) z prośbą o przekazanie dodatkowych dokumentów oraz wyjaśnień dot. zamówienia realizowanego w ramach projektu;
- e-maile z dnia 27 lipca 2021 r. (konto kjaros@czestochowa.um.gov.pl) przekazujące dodatkowe dokumenty i wyjaśnienia dot. zamówienia realizowanego w ramach projektu,
- pismo Beneficjenta z dnia 11 sierpnia 2021 roku wnoszące zastrzeżenia do informacji pokontrolnej z dnia 28 lipca 2021 roku,

- pismo o sygn. FR-RKPR.44.378.1.2021.KPA, z dnia 13 sierpnia 2021 roku wstrzymujące termin na sporządzenie ostatecznej informacji pokontrolnej w związku z koniecznością dokonania dodatkowych czynności kontrolnych,
- wniosek o opinię prawną z dnia 17 sierpnia 2021,
- opinia prawna z dnia 20 sierpnia 2021 roku.

3. Miejsce przeprowadzenia kontroli: siedziba IZ RPO WSL.

4. Zakres oraz przedmiot kontroli:

Ocena zgodności wykorzystania środków finansowych z zakresem określonym w Umowie w sprawie dofinansowania projektu.

Opis skontrolowanych procesów: zgodność postępowań w zakresie zamówień z przepisami prawa krajowego i wspólnotowego.

5. Opis stwierdzonego w wyniku kontroli stanu faktycznego:

5.1 Zamówienia

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

5.1.1

Nazwa i przedmiot zamówienia: Rozbudowa i przebudowa Miejskiego Przedszkola nr 38 przy ul. gen. Leopolda Okulickiego 63 w Częstochowie

Rodzaj zamówienia: roboty budowlane

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: IZ.271.38.2020

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: 555550-N-2020 z dnia 29.06.2020 r.

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony

Szacunkowa wartość zamówienia: 2.483.837,56 zł (581.790,38 €)

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

1708/IZ/2272/20 / z dnia 08.09.2020 r. / KROMAR Import Sp. z o. o. / 2.843.449,29 zł brutto

5.1.1.a

Beneficjent opisał przedmiot zamówienia, w sposób który zawierał odwołania do norm bez użycia wyrażenia „lub równoważne”. Jednocześnie w SIWZ wskazano: *„Jeżeli dokumentacja projektowa lub specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych wskazywałyby w odniesieniu do niektórych materiałów lub urządzeń znaki towarowe, patenty lub pochodzenie - zamawiający, zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, dopuszcza oferowanie materiałów lub urządzeń równoważnych. Materiały lub urządzenia pochodzące od konkretnych producentów określają minimalne parametry jakościowe i cechy użytkowe, jakim muszą odpowiadać materiały lub urządzenia oferowane przez wykonawcę, aby zostały spełnione wymagania stawiane przez zamawiającego. Materiały lub urządzenia pochodzące od konkretnych producentów stanowią wyłącznie wzorzec jakościowy przedmiotu zamówienia. Pod pojęciem „minimalne parametry jakościowe i cechy użytkowe” zamawiający rozumie wymagania dotyczące materiałów lub urządzeń zawarte w ogólnie dostępnych źródłach, katalogach, stronach internetowych producentów. Operowanie przykładowymi nazwami producenta ma jedynie na celu doprecyzowanie poziomu oczekiwań zamawiającego w stosunku do określonego rozwiązania. Posługiwanie się nazwami producentów/produktów ma wyłącznie charakter przykładowy. Zamawiający, wskazując oznaczenie konkretnego producenta (dostawcy) lub konkretny produkt przy opisie przedmiotu zamówienia, dopuszcza jednocześnie produkty równoważne o parametrach jakościowych i cechach użytkowych co najmniej na poziomie parametrów wskazanego produktu, uznając tym samym każdy produkt o wskazanych lub lepszych*

parametrach. W takiej sytuacji zamawiający wymaga złożenia stosownych dokumentów, uwiarygodniających te materiały lub urządzenia.

Zamawiający zastrzega sobie prawo wystąpienia do autora dokumentacji projektowej o opinię na temat oferowanych materiałów lub urządzeń. Opinia ta może stanowić podstawę do podjęcia przez zamawiającego decyzji o przyjęciu materiałów lub urządzeń równoważnych albo odrzuceniu oferty z powodu braku równoważności.”

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

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

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

c) (.)

d) (.)”

Na grunt prawa polskiego powyższe uregulowania zostały przeniesione w art. 30 Ustawy Pzp. Tym samym, w myśl wyżej wymienionych przepisów prawa unijnego i krajowego, w przypadku gdy instytucja zamawiająca opisuje przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, zamawiający jest obowiązany nie tylko wskazać, że **doпуска rozwiązań równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu winny zawsze towarzyszyć wyrazy „lub równoważne”**.

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

Wobec analizy całości dokumentacji postępowania, zespół kontrolny zakwalifikował opisane uchybienie jako formalne, bez skutków finansowych.

5.1.1.b

Beneficjent w treści punktu 5.3 SIWZ dotyczącego warunków udziału w postępowaniu, zamieścił następujący zapis:

„**UWAGA:**

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

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

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

Powyższe rozważania należy odnieść do przykładów z orzecznictwa. W wyroku KIO z dnia 8 stycznia 2019 r. (sygn. akt KIO 2597/18), Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do art. 22a ust. 1 i 4 Pzp, uznała, że „ustawodawca w art. 22a ustawy Pzp nie posłużył się pojęciem „podwykonawca”. (...) Zgodzić należy się (...), iż w kontekście art. 22a ust. 4 ustawy Pzp (...), w praktyce udział podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy określony potencjał najczęściej przybierze formę podwykonawstwa”. Warto tutaj zwrócić uwagę na wyrażenie „najczęściej”, które niejako ze swej natury nie przesądza o konieczności zastosowania wskazanej formy, jako jedynej dostępnej, a co za tym idzie – nie wyklucza innych rozwiązań. Zwłaszcza, że w wyroku KIO z dnia 20 lipca 2018 r. (sygn. akt KIO 1336/18), możemy przeczytać wprost, że „Nieuprawnionym jest twierdzenie, że dla spełnienia normy art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, koniecznym jest, ażeby podmiot udostępniający zasoby występował w charakterze podwykonawcy. Po pierwsze, taki wymóg byłby niezgodny z ogólną zasadą wynikającą z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp – że dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu można powołać się na zasoby podmiotu trzeciego, niezależnie od charakteru stosunków prawnych łączących wykonawcę z tym podmiotem”.

Ponadto, jak wskazuje wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 7 kwietnia 2016 roku w sprawie C-324/14 - „w praktyce, jak słusznie zauważyła Komisja Europejska, wydaje się trudne, a wręcz niemożliwe, aby wykonawca mógł przewidzieć apriori wszystkie możliwe przypadki wykorzystania zdolności innych podmiotów”.

Z czego należy wysnuć wniosek, który zapisano zresztą w tymże orzeczeniu, że „o ile oferent musi udowodnić, że rzeczywiście dysponuje zasobami tych podmiotów, które to zasoby nie stanowią jego własności, a są niezbędne do wykonania odnośnego zamówienia, to jednak ma on swobodę wyboru, po pierwsze, charakteru prawnego powiązań, które zamierza ustanowić z innymi podmiotami, na których zdolnościach polega w celu wykonania tego zamówienia, i po drugie środka dowodowego na wykazanie istnienia tych powiązań”.

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

Dlatego też działanie Beneficjenta stanowi **naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, w związku z nieprawidłowym zastosowaniem art. 22a ust. 3 Pzp** w powiązaniu z art. 22a ust. 1 i 4 Pzp, ponieważ Zamawiający nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców a także zachowania zasady proporcjonalności.

Powyższe naruszenie przepisów prawa, które na skutek działania Beneficjenta doprowadziło do powstania faktycznej 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.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.2018.971 - dalej „Rozporządzenie”) wartość stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej w przypadku korekty finansowej jest równa kwocie wydatków poniesionych nieprawidłowo w części odpowiadającej kwocie współfinansowania UE, natomiast w przypadku pomniejszenia jest równa kwocie wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach tego zamówienia.

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

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

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

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

Wymóg postawiony przez Zamawiającego mógł zniechęcić wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu. Jednakże, pomimo wprowadzenia nadmiernego wymogu, w wyniku przeprowadzonego postępowania, Beneficjent otrzymał 14 niepodlegających odrzuceniu ofert. W kontrolowanym postępowaniu żaden z potencjalnych wykonawców nie zwrócił się do Beneficjenta z pytaniem dotyczącym niedozwolonego wymogu zawartego w treści warunków udziału w postępowaniu lub z prośbą o jego wykreślenie. W konsekwencji, w zaistniałej sytuacji nie doszło do poważnej nieprawidłowości, a pomniejszenie wydatków kwalifikowalnych w wysokości 25% byłoby niewspółmierna do popełnionego uchybienia.

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

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

Do powyższych ustaleń pokontrolnych Beneficjent wniósł zastrzeżenia pismem z dnia 10 sierpnia 2021 roku (wpływ do tut. Urzędu 11 sierpnia 2021 roku). W uzasadnieniu zastrzeżeń Beneficjent w pierwszej kolejności przytacza zapisy informacji pokontrolnej z dnia 28 lipca 2021 roku wskazując, że jej treść jest „(...) **praktycznie identyczna z treścią Informacji Pokontrolnej z dnia 8**

kwietnia 2021 roku, znak pisma: FR-RKPR.44.225.1.2021.RS, FR-RKPR.KW-00312/21. Nr projektu: 00H2/20". Beneficjent przywołuje również zapisy pisma z dnia 6 maja 2021 r. o znaku: FR-RKPR.44.225.1.2021.RS FR-RKPR.KW-00412/21 i na podstawie nich wysuwa wnioski, iż „(...) IZ nie powinna już kwestionować zawarcia w SIWZ wymogu, aby podmiot trzeci spełniający za wykonawcę warunek doświadczenia musiał być podwykonawcą”.

IZ RPO WSL wskazuje w tym miejscu, że stwierdzone naruszenie dotyczy odgórnego narzucenia kwoty minimalnej zamówienia jakie zrealizować powinien podmiot udostępniający zasoby, przy jednoczesnym narzuceniu formy udostępniania zasobów wykonawcy (podwykonawstwo). Samo narzucenie formy współpracy pomiędzy wykonawcą a podmiotem udostępniającym zasoby nie było przedmiotem stwierdzonego naruszenia. Natomiast, narzucanie formy współpracy pomiędzy wykonawcą a podmiotem udostępniającym zasoby, z jednoczesnym wskazaniem wartości robót jakie mają zostać powierzone podwykonawcy, w ocenie IZ stanowi ukształtowanie warunków postępowania wykraczających poza ramy dyspozycji art. 22a ust. 4, co zostanie wykazane w dalszej części niniejszej ostatecznej informacji pokontrolnej.

Beneficjent podnosi również, że „(...) stanowisko IZ nie zostało poparte żadnym orzeczeniem wydanym przez Krajową Izbę Odwoławczą lub jakikolwiek sąd”. IZ RPO WSL pragnie jednak zauważyć, że źródłem obowiązującego prawa nie są orzeczenia wydane przez KIO oraz sądy. Dodatkowo fakt, braku orzecznictwa w przypadkach analogicznych do omawianego nie potwierdza prawidłowości postępowania Beneficjenta.

W dalszej części zastrzeżeń Beneficjent wskazuje, iż jego zdaniem „(...) z powyższych stwierdzeń, przedstawionych w Ostatecznej Informacji Pokontrolnej z dnia 6 maja 2021 r. dotyczących identycznego jak w niniejszej sprawie zarzutu naruszenia Pzp, wynikają trzy następujące wnioski. Warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawcy:

1) może zawierać wartość robót, ale jeżeli warunek ten za wykonawcę będzie spełniał podmiot trzeci, to jako podwykonawca nie będzie musiał wykonać robót o wartości co najmniej równej kwocie występującej w tym warunku. W związku z tym wartość umowy o podwykonawstwo może być dowolna, np. 100 zł w sytuacji, gdy warunek udziału w postępowaniu zawierał kwotę 2 mln zł;

2) nie może zawierać wartości robót, a jedynie ich zakres, ponieważ tylko w takiej sytuacji podmiot trzeci będzie mógł jako podwykonawca wykonać roboty, które występują w warunku udziału w postępowaniu;

3) może zawierać wartość robót, ale dodatkowo zamawiający winien w SIWZ wskazać, że jeżeli warunek ten za wykonawcę będzie spełniał podmiot trzeci, to będzie musiał on wykonać jako podwykonawca odpowiedni zakres robót, bez względu na ich faktyczną wartość”.

W opinii Beneficjenta „*Ww. wniosek nr 1 należy uznać za sprzeczny z treścią art. 22a ust. 4 Pzp z 2004 r., ponieważ przepis ten jednoznacznie określa, że podmioty trzecie muszą zrealizować roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane, a więc roboty, które występują w warunku udziału w postępowaniu. Gdyby podmiot trzeci mógł wykonać roboty o wartości niższej niż kwota występująca w warunku, byłoby to pozorne spełnianie tego warunku po to tylko, aby wykonawca niespełniający go mógł wygrać przetarg. Jest to niezgodne z powszechnie obowiązującym orzecznictwem. Przykładem jest wyrok KIO, sygn. akt KIO 123/20, KIO 127/20 i KIO 141/20 określający, że jeżeli wykonawca samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i powołuje się na doświadczenie innego podmiotu, to musi zapewnić realny udział tego podmiotu w realizacji zamówienia w takim zakresie, do jakiego odnosił się warunek”.*

Mając na uwadze powyższe, określenie wartości części zamówienia jaka winna być wykonana przez podwykonawcę, w sytuacji gdy udostępnił on wykonawcy zasoby celem spełniania warunku dotyczącego doświadczenia, może zostać potraktowane jako naruszające zasadę uczciwej

konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz naruszające zasadę proporcjonalności i przejrzystości (art. 7 starego PZP). Zarówno Beneficjent, jak i IZ zgodne są co do jednego, a mianowicie co do celu jakimże służy ustanowienie warunków udziału w postępowaniu, czyli ograniczeniu ryzyka wyboru wykonawcy niedającego gwarancji należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Tak samo, IZ nie podważa celu w jakim ustawodawca powołał do życia przepis art. 22a ust. 4, tj. organicznie ryzyka nienależytego wykonania zamówienia przez podmiot faktycznie niemający niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji czy doświadczenia. Temu bowiem służyć ma postulat realnego udziału podmiotu używającego ww. zasobów w realizacji zamówienia. Co istotne oceny realności owego udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci Zamawiający dokonuje nie na podstawie wykazu robót czy usług, który wykorzystuje do zbadania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a na podstawie zobowiązania podmiotu trzeciego.

Powyższe potwierdza chociażby stanowisko KIO, wyrażone w uchwale z dnia 12 kwietnia 2018 roku – KIO/KD 09/18 – „(...) ocena wykazania przez wykonawcę faktycznego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia nie powinna być dokonywana w oderwaniu od realiów wykorzystania tych zasobów przy realizacji zamówienia, na co wskazuje treść art. 63 ust. 1 zdanie pierwsze dyrektywy, stanowiącej o prawie wykonawcy do polegania na zdolnościach innych podmiotów "w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia". Wymaga przy tym podkreślenia, że zarówno przepisy dyrektywy, jak i przepisy prawa krajowego mają na celu określenie zdolności wykonawcy do realizacji określonego zamówienia. A zatem, możliwość polegania na zasobach innego podmiotu nie stanowi swego rodzaju zwolnienia wykonawcy od wykazania się przed zamawiającym predyspozycjami do realizacji w tym zakresie, ale stanowi szansę na wykazanie się kwalifikacjami przy pomocy innego podmiotu. Zamawiający powinien zatem uzyskać pewność, że wykonawca odwołujący się przy wykazywaniu swojej zdolności do realizacji zamówienia do zasobów innego podmiotu realnie będzie uprawniony do korzystania z tych zasobów. Co więcej, zamawiający powinien uzyskać w ten sposób szczegółową wiedzę dotyczącą obszarów, w jakich realizacja zamówienia będzie odbywała się przy udziale zasobów innego podmiotu, umożliwiającą egzekwowanie poprawnej realizacji zamówienia, zgodnie z deklarowanymi przez wykonawcę zobowiązaniami innych podmiotów. Tylko szczegółowe określenie zakresu i sposobu zobowiązania innego podmiotu, przedstawione przez wykonawcę, umożliwia zamawiającemu podjęcie decyzji uznania kwalifikacji tego wykonawcy w odniesieniu do realizacji zamówienia.

Za niewystarczające dla udowodnienia, na podstawie art. 22a ust. 1 ustawy P.z.p., dysponowania odpowiednimi zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w zakresie potwierdzenia posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, należy przy tym uznać złożenie jedynie oświadczenia o udostępnieniu zasobów, bez wskazania informacji, o których mowa w § 9 ust. 1 rozporządzenia. Ogólne oświadczenie w żaden sposób nie dowodzi, że wykonawca faktycznie będzie mógł skorzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego”.

Podobnie, w wyroku z dnia 24 września 2020 r., KIO 2107/20 KIO stwierdziła, że „(...) Aby zachować przy tym cel opisywania warunków, tj. realizację zamówienia przez takie podmioty, które dzięki ich spełnieniu zapewniają właściwe wykonanie zamówienia, w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp ustawodawca wskazał wyraźnie, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów tylko wtedy, gdy podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Innymi słowy: jeżeli to podmiot trzeci spełnia warunek np. doświadczenia, to ten podmiot trzeci ma realizować zamówienie w tym zakresie, w którym do należytego wykonania niezbędne jest doświadczenie opisane w warunku. Z całokształtu przepisów ustawy Pzp można więc wywieść generalną zasadę, zgodnie z którą: ten wykonawca, czy podmiot trzeci realizuje w rzeczywistości zamówienie, który spełnił wymagane warunki. Obowiązkiem zamawiającego jest zaś badanie zarówno w toku postępowania, jak i w trakcie realizacji zamówienia, czy zasada ta jest respektowana. Rzetelne badanie dokumentów dotyczących podmiotów trzecich oraz egzekwowanie realizacji zamówienia w danym zakresie przez te podmioty (z uwzględnieniem także art. 36b ust. 2 ustawy Pzp), jest niezbędne do tego, aby opisywanie

warunków, o których mowa w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp i korzystanie z cudzych zasobów było w ogóle celowe.”

Zgodnie z przytoczonym przez Beneficjenta Komentrzem UZP „Możliwość polegania na zdolnościach podwykonawcy w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych oraz doświadczenia jest dana wykonawcy tylko w takim zakresie, w jakim dysponuje zasobami podwykonawcy, a więc tylko co do tej części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcy”. Oznacza to, że badając sposób udostępnienia zasobów należy brać pod uwagę określoną część zamówienia, czyli np. określone roboty budowlane. Wobec czego, prawidłowym metodyką sformułowania sposobu współpracy pomiędzy wykonawcą a podmiotem udostępniającym zasoby jest wskazanie konkretnego zakresu prac, dla których właściwego wykonania konieczne jest posiadanie odpowiedniego doświadczenia i wiedzy.

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

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

Kwotowe określenie części przedmiotu zamówienia, jakie zrealizować powinien podmiot udostępniający zasoby w ramach podwykonawstwa, bez wskazania czynności jakie powinien wykonać, nie pozwala na dokładną weryfikację rzeczywistego udziału ww. podmiotu w wykonywaniu przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że w ramach narzuconej kwoty współpracy, podwykonawca zamiast zrealizować zadania związane z koniecznością posiadania odpowiedniego doświadczenia, mógłby zająć się dostarczeniem materiałów budowlanych, czy wykonywaniem prostych, nieskomplikowanych robót budowlanych. Wobec czego, sposób sformułowania zasad współpracy pomiędzy wykonawcą a podmiotem udostępniającym zasoby, określony przez Beneficjenta, nie gwarantuje osobistej i bezpośredniej realizacji newralgicznych, wymagających odpowiedniego doświadczenia, części zamówienia przez podwykonawcę. Dlatego też odgórne narzucanie kwotowych ram współpracy wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby należy uznać za niecelowe.

Jednocześnie, IZ RPO WSL informuje, że przykłady orzecznictwa i stanowiska doktryny przytoczone przez Beneficjenta odnoszą się do zapewnienia osobistego i bezpośredniego udziału podmiotu udostępniającego zasoby, w zakresie formy podjęcia współpracy pomiędzy stronami

(wykluczenie pozornego doradztwa, działalności szkoleniowej). Żadne z przytoczonych orzeczeń nie wskazuje na możliwość ingerencji w stosunek zobowiązaniowy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą (podmiotem udostępniającym zasoby) poprzez określanie kwotowych granic ich współpracy.

Dalej, w opinii Beneficjenta »(...) Wniosek nr 2 nie znajduje żadnego uzasadnienia w przepisach Pzp, w tym w treści Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. § 2 ust. 4 pkt 1 tego Rozporządzenia dotyczący doświadczenia wykonawcy określa, że wykaz robót budowlanych potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu może zawierać wartość robót. Formulowanie przez IZ wniosku, że „Prawidłowo sformułowany warunek udziału przy powoływaniu się na doświadczenie podmiotów trzecich powinien określać faktyczny zakres robót, jakie musi wykonać podmiot w przedmiotowym zamówieniu, wykazujący się doświadczeniem a nie wartość kwotową” nie znajduje żadnego uzasadnienia w przepisach, jak i wieloletniej praktyce stosowania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu zawierających wartość robót.«

Na stronie 10 zastrzeżeń Beneficjent argumentuje ponadto, że „(...) Za nieznajdujący uzasadnienia w przepisach Pzp należy uznać także zarzut, że naruszeniem art. 22a ust. 4 Pzp jest żądanie, aby podmiot trzeci wykonał część zamówienia wynikającą z warunku. Zespół Kontrolujący stwierdza, że nie można stawiać wymagania odnoszącego się do wartości części zamówienia, którą ma wykonać „inny podmiot”, bo takie żądanie wykracza poza delegację powyższego przepisu. Należy zadać pytanie: która część tego przepisu zabrania stawiania takiego wymogu? **Zdaniem Beneficjenta takiego zakazu nie ma w tym przepisie. Wręcz przeciwnie przepis ten jednoznacznie wskazuje, że podmiot trzeci ma zrealizować roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Skoro podmiot trzeci ma zrealizować roboty, które występują w warunku, a warunek zawiera wartość (kwotę), to nie można tego przepisu interpretować, że podmiot trzeci może wykonać roboty za kwotę, np. 100 zł. W takiej sytuacji byłoby to fikcyjne spełnienie warunku tylko na potrzeby wyboru oferty najkorzystniejszej, a nie na potrzeby realizacji zamówienia”.**

Mając na uwadze powyższe stanowisko Beneficjenta, IZ RPO WSL wskazuje, że nie można zrównywać warunków udziału w postępowaniu dot. oferentów ubiegających się o udzielenie zamówienia, z wymogami dot. sposobu udzielenia zasobów przez podmioty trzecie wykonawcom. Bowiem są to dwie różne instytucje prawne, regulowane przed odrębne przepisy PZP. Powodem wymagania od potencjalnego wykonawcy posiadania doświadczenia w realizacji określonych kwotowo robót budowlanych ma na celu udowodnienie, że dany oferent zrealizował w przeszłości roboty budowlane o podobnym znaczeniu gospodarczym, co jak wskazano już wcześniej ma prowadzić do uprawdopodobnienia, że podmiot ten daje gwarancję należytego wykonania umowy. Natomiast, zgodnie z wyjaśnieniami Beneficjenta, kwotowe określenie ram współpracy wykonawcy i podmiotu trzeciego miało zapewnić bezpośredni udział tego podmiotu w realizacji zamówienia. Ponadto, należy podkreślić, że w trakcie badania i oceny ofert sprawdza się, czy podmiot udostępniający zasoby spełnia warunki udziału w postępowaniu (np. posiada odpowiednie, określone kwotowo doświadczenie). Wobec czego dodatkowe wymogi stawiane podmiotowi trzeciemu w zakresie sposobu współpracy z wykonawcą, nie mają na celu zbadania zdolności tego podmiotu do należytej realizacji zamówienia. Dlatego też nie można zgodzić się z Beneficjentem, że potwierdzeniem prawidłowości jego działania jest treść Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. IZ RPO WSL pragnie ponownie podkreślić, że określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia poprzez wskazanie rodzaju zamówienia jakiego mają one dotyczyć oraz jego wartości choć zgodne z przepisami PZP nie jest tożsame z zakresem robót czy usług, do wykonania których są one niezbędne. Tym samym, wskazanie a priori wartości części zamówienia jaką ma wykonać podmiot trzeci używający Zamawiającemu zasobów w powyższym zakresie nie daje

gwarancji, iż podmiot trzeci wykona całość robót czy usług, do realizacji których ww. zasoby będą niezbędne. W opinii IZ RPO WSL, nie można bowiem stawiać znaku równości pomiędzy przedmiotem zamówienia (czy też jego częścią), na który składają określone roboty czy usługi, a wartością robót czy usług, wykonaniem których ma legitymować się wykonawca by potwierdzić spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W szczególności, że – jak już wskazano powyżej – wartość wskazana przez Zamawiającego w SIWZ koreluje nie z wartością oferty a z szacunkową wartością zamówienia.

W zakresie wyżej cytowanego wniosku nr 3 Beneficjent wskazał, że „(...) Wniosek nr 3 narusza naczelną zasadę systemu zamówień publicznych, czyli równe traktowanie wykonawców, ponieważ w SIWZ należałoby stawiać dwa warunki, inny dla wykonawców, którzy osobiście spełniają warunki, a inny dla wykonawców, którzy posłużą się podmiotem trzecim.

Nie można także się zgodzić ze stwierdzeniem IZ określającym, że wymóg obligatoryjnego minimalnego poziomu wartości umowy o podwykonawstwo może być nieadekwatny do realnej wartości robót jakie mają być wykonane i w konsekwencji zaburzać konkurencyjność postępowania i zniechęcać do udziału w postępowaniu. W postępowaniu dotyczącym projektu nr 00H2/20 warunek udziału w postępowaniu zawierał kwotę 2 mln zł brutto, a wartość zawartej umowy wynosiła 3 998.600,36 zł brutto. Wartość szacunkowa wynosiła 3.426.352,26 zł netto, co daje kwotę 4.214.413,28 zł brutto.

W przedmiotowym postępowaniu, a więc postępowaniu dotyczącym projektu nr 0643/19, warunek udziału w postępowaniu zawierał kwotę 1 mln zł brutto, a wartość zawartej umowy wynosiła 2.843.449,29 zł brutto. Wartość szacunkowa wynosiła 2.483.837,56 zł netto, co daje kwotę 3.055.120,20 zł brutto.

Zamawiający zdając sobie sprawę, że teoretycznie mogłaby zdarzyć się sytuacja, że wartość występująca w warunku udziału w postępowaniu mogłaby być wyższa od wartości najkorzystniejszej oferty, ustalał wartość warunku poniżej 50% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT. Nie mogła więc wystąpić sytuacja, że minimalny poziom wartości umowy o podwykonawstwo mógł być nieadekwatny do realnej wartości robót”.

W świetle powyższego IZ RPO WSL wskazuje, że każda, nadmierna ingerencja w sposób określenia współpracy pomiędzy wykonawcą, a podmiotem udostępniającym zasoby jest działaniem nieprawidłowym. Kwotowe określenie granic współpracy ww. podmiotów nie ma przełożenia na faktyczną realizację określonych zadań, wymagających odpowiedniego doświadczenia, przez podwykonawcę. Gwarancję bezpośredniej i osobistej realizacji niektórych zadań przez podmiot udostępniający zasoby mogłoby dać jedynie zastrzeżenie wykonania przez niego określonych czynności (wskazanie zakresu robót budowlanych). Potwierdzeniem czego jest przytoczony przez Beneficjenta fragment wyroku TSUE: „art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 jest sformułowany ogólnie i nie wskazuje wyraźnie w jaki sposób wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. (...) Natomiast art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24 przewiduje obecnie, że wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów „tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne”.

Jednocześnie, Beneficjent w zastrzeżeniach wyraził opinię, że »(...) nie można, jak sugeruje to Zespół Kontrolujący, spełnić warunku „doświadczenia wykonawcy” poprzez delegowanie pracowników podmiotu trzeciego do realizacji zamówienia, ponieważ to nie pracownicy tego podmiotu spełnili warunek „doświadczenia”, a sam podmiot trzeci”. (...) delegowanie pracowników podmiotu trzeciego do realizacji zamówienia może mieć miejsce tylko w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osób, które będą realizowały zamówienie, a nie do warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy.«

Należy ponownie podkreślić, iż zgodnie z art. 353¹ ustawy Kodeks Cywilny (Dz.U. 1964 Nr 16, poz. 93, t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1740) wykonawca i podwykonawca użyczający zasobu mogą ustalić warunki łączącego ich stosunku w sposób dowolny w ramach swobody umów, tzn. mogą się umówić, np. że wykonawca dostarczy materiały i maszyny niezbędne do wykonania umowy, zaś na podwykonawcy spoczywać będzie obowiązek samego wykonania tej części robót, za co wynagrodzenie będzie ustalone odmiennie niż przewidziana w kosztorysie wartość tych robót. Tym samym, jak wskazano już wcześniej, opisanie części przedmiotu jaką ma zrealizować podwykonawca użyczający zasobu wartością wskazaną w warunku udziału w postępowaniu, odnoszącą się zawsze do szacunkowej wartości zamówienia) może być nieadekwatna, a nawet nadmierna w stosunku do realnej wartości świadczenia wykonanego przez wykonawcę. Powyższe może natomiast powodować zniechęcić do udziału w postępowaniu podmioty zmuszone do skorzystania z zasobów podmiotów trzecich.

Jednocześnie, przytoczone przez Beneficjenta w tej części zastrzeżeń wyroki KIO (KIO 123/20, KIO 127/20 i KIO 141/20, KIO 201/20, KIO 550/20, 597/20, KIO 2163/20) nie wykluczają, zdaniem IZ RPO WSL, realizacji części zamówienia, do wykonania której niezbędne są użyczone wykonawcy zasoby poprzez oddelegowanie do wykonania do tej części zamówienia personelu wykonawcy. W szczególności, że w wyrokach tych wskazano, że „(...) wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania tej części zamówienia (co do zasady w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą składającym ofertę)”. Należy bowiem zauważyć, że roboty czy usługi składające się na przedmiot zamówienia, co do zasady, będą faktycznie wykonywane przez personel, natomiast z dyspozycji art. 22a ust. wynika jedynie, że winien być to personel tego konkretnie podmiotu, który na etapie postępowania o udzielenie zamówienia użyczył wykonawcy zasobów dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia.

Podsumowując, należy podkreślić, że celem określenia warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu ich spełnienia jest wybranie oferty wykonawcy dającego rękojmię należytej realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca, w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, może podjąć współpracę z podmiotem udostępniającym zasoby, zapewniając jednocześnie bezpośredni udział tego podmiotu w realizacji zamówienia, rozumiany jako wykonanie części przedmiotu zamówienia, do realizacji której niezbędne są użyczone wykonawcy zasoby dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia. Dodatkowo, to w interesie podmiotu udostępniającego zasoby jest bezpośrednie i aktywne uczestnictwo w realizacji przedmiotu zamówienia, bowiem art. 22a ust. 5 Pzp podmiot ten ponosi solidarną odpowiedzialność za szkodę poniesioną przez zamawiającego, powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy. Wobec czego, Beneficjent na mocy przepisów PZP posiada wystarczające instrumenty, zapewniające mu należytą realizację przedmiotu zamówienia. Dlatego też nadmierne ingerowanie w stosunek zobowiązaniowy pomiędzy wykonawcą a podmiotem udostępniającym zasoby wydaje się zbędne. Dlatego też działanie Beneficjenta stanowi **naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, w związku z nieprawidłowym zastosowaniem art. 22a ust. 3 Pzp** w powiązaniu z art. 22a ust. 1 i 4 Pzp

Jednocześnie IZ RPO WSL, zgadza się z Beneficjentem, że powyższe naruszenie przepisów prawa nie doprowadziło do powstania faktycznej. Opisane naruszenie przepisów prawa, na skutek działania Beneficjenta doprowadziło do powstania potencjalnej szkody finansowej, co stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia ogólnego.

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.b	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.

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 (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 (Dz.U. z 2021 r. poz. 408).

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

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

Pouczenie:

Kierownikowi jednostki kontrolowanej przysługuje prawo do zgłoszenia, na piśmie uzasadnionych zastrzeżeń do ustaleń zawartych w informacji pokontrolnej, w terminie 14 dni od dnia otrzymania informacji pokontrolnej zgodnie z art. 24 ust. 10 oraz 25 ust. 2 ustawy wdrożeniowej. Zgłoszenie

*zastrzeżeń dotyczących informacji pokontrolnej przysługuje Kierownikowi jednostki kontrolowanej **jednorazowo (tzn. tylko raz dla danej kontroli)**.*

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

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

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

Członkowie zespołu kontrolującego

Katarzyna Pacholek-Malec

Iwona Silva

Marta Kurek

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