



Województwo  
Śląskie



100-LECIE  
POWSTAŃ ŚLĄSKICH  
1919-1920-1921



Województwo Śląskie  
Europejski Region Przedsiębiorczości 2021-2022

Katowice, 15 lutego 2022 r.  
FR-RKPR.44.18.1.2022 KPr  
Dotyczy projektu nr 09E2/16

Pani  
Sława Umińska-Duraj  
Prezydent Miasta Piekary Śląskie  
Urząd Miasta Piekary Śląskie  
ul. Bytomska 84  
41-940 Piekary Śląskie

**Dotyczy kontroli projektu pn. Budowa zintegrowanego węzła przesiadkowego wraz ze ścieżkami rowerowymi w Piekarach Śląskich.**

Szanowna Pani Prezydent,

W załączeniu do niniejszego pisma przekazuję ostateczną informację pokontrolną z przeprowadzonej w dniach 5- 26 stycznia 2022 r. kontroli projektu: *Budowa zintegrowanego węzła przesiadkowego wraz ze ścieżkami rowerowymi w Piekarach Śląskich*, 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 ww. projektu.



Fundusze Europejskie  
Program Regionalny



Rzeczpospolita  
Polska



Śląskie.

Unia Europejska  
Europejski Fundusz  
Rozwoju Regionalnego



Katowice, 15 lutego 2022 r.  
FR-RKPR.44.18.1.2022 KPr  
Dotyczy projektu nr 09E2/16

## OSTATECZNA INFORMACJA POKONTROLNA

**Nazwa jednostki kontrolowanej:** Gmina Piekary Śląskie

**Tytuł projektu:** Budowa zintegrowanego węzła przesiadkowego wraz ze ścieżkami rowerowymi w Piekarach Śląskich

**Nr umowy o dofinansowanie:** UDA-RPSL.04.05.01-24-09E2/16-00

### 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.04.05.01-24-09E2/16-00 z 29.12.2017 r. w sprawie dofinansowania projektu pn. Budowa zintegrowanego węzła przesiadkowego wraz ze ścieżkami rowerowymi w Piekarach Śląskich.

Rodzaj kontroli:

- W trakcie realizacji projektu

Tryb kontroli:

- planowa

### 1. Skład Zespołu Kontrolującego:

Imię i nazwisko	Stanowisko służbowe	Funkcja w zespole kontrolującym
Karolina Proszowska	Główny Specjalista	Kierownik Zespołu Kontrolującego
Kinga Powroźnik	Główny Specjalista	Członek Zespołu Kontrolującego

### 2. Data przeprowadzenia kontroli: od 5 do 26 stycznia 2022 r.

Kontrola w siedzibie IZ RPO (analiza dokumentacji):

- e-mail z dnia 11.01.2022 r. (konto: karolina.proszowska@slaskie.pl) z prośbą o przekazanie dokumentów oraz wyjaśnień dotyczących zamówień objętych kontrolą.
- e-mail przedstawiciela Beneficjenta z 14.01.2022 r. z prośbą o przedłużenie terminu na złożenie dokumentów oraz wyjaśnień dotyczących zamówień objętych kontrolą.
- e-mail z dnia 14.01.2022 r. (konto: karolina.proszowska@slaskie.pl) ze zgodą na przedłużenie terminu na złożenie dokumentów oraz wyjaśnień dotyczących zamówień objętych kontrolą.
- e-maile przedstawicieli Beneficjenta z 18 i 19.01.2022 r. przekazujące dokumenty i wyjaśnienia dotyczące zamówień objętych kontrolą.
- pismo Beneficjenta z 08.02.2022 r. o sygn. PGf.042.12.2018 (wpływ do Kancelarii Ogólnej: 09.02.2022 r.) przekazujące zastrzeżenia do wyniku przedmiotowej kontroli.

**3. Miejsce przeprowadzenia kontroli:** siedziba IZ RPO WSL (w tym 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 jeden przetarg nieograniczony oraz jedno postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez możliwości negocjacji zgodnie z art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. 2021 poz. 1129 ze zmianami – dalej: „ustawa Pzp”).

##### **5.1.1**

Nazwa i przedmiot zamówienia: Pełnienie kompleksowego nadzoru inwestorskiego - Trasa nr 3 A3 Trasa 23 A2

Część nr 1: Trasa nr 3 odcinek A3 - od Ronda Kopalni "Andaluzja" do skrzyżowania ul. Prymasa St. Wyszyńskiego z ul. Czołgistów (rejon działki nr 984/8)

Część nr 12: Trasa nr 23 odcinek A2 - od połączenia z Trasą nr 1 (ul. Olimpijska) do ul. Bytomskiej  
Rodzaj zamówienia: usługa

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: BZP.271-38/IG/21

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: Ogłoszenie nr 2021/BZP 00188977/01 z dnia 22.09.2021 r.

Tryb udzielenia zamówienia: tryb podstawowy bez możliwości negocjacji zgodnie z art. 275 pkt 1 ustawy Pzp

Szacunkowa wartość zamówienia: 62 533,13 zł, co stanowi równowartość 14 647,17 euro, w tym:

Część nr 1: 48 108,10 zł, co stanowi równowartość 11 268,39 euro

Część nr 2: 14 425,03 zł, co stanowi równowartość 3 378,79 euro

w tym wartość przewidywanych zamówień, o których mowa odpowiednio w art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, została ustalona z podziałem na części na kwotę:

Część nr 1: 8 018,02 zł, co stanowi równowartość 1 878,07 euro

Część nr 2: 2 404,17 zł, co stanowi równowartość 563,13 euro

Umowa z wykonawcą:

Część nr 1: Umowa nr BZP.272-90/21 z 25.10.2021 r. zawarta z Kierownik Budowy Wojciech Ciejka na kwotę: 29 520,00 zł brutto.

Część nr 2: Umowa nr BZP.271-91/21 z 25.10.2021 r. zawarta z Kierownik Budowy Wojciech Ciejka na kwotę: 25 830,00 zł brutto.

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

Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, o którym mowa w art. 272 ust. 2 ustawy Pzp, ogłoszenie o zamówieniu powinno zawierać m.in. informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej, w tym informacje dotyczące wymogu użycia podpisu elektronicznego.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu nr 2021/BZP 00188977/01 z dnia 22.09.2021 r. zawarł wprawdzie informacje o wymogach technicznych związanych z prowadzeniem korespondencji elektronicznej, niemniej pominął zapisy dotyczące sposobu prawidłowego podpisu oferty oraz rodzajów podpisów dopuszczalnych w ramach niniejszego postępowania (podpis w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym).

Z uwagi na fakt, iż pełne informacje zostały zawarte w SWZ oraz częściowo w regulaminie platformy zakupowej Zamawiającego, niniejsze uchybienie ma charakter formalny, niewywołujący skutków finansowych.

### 5.1.1.b

Zgodnie z art. 222 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający, najpóźniej przed otwarciem ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Przepis ten wskazuje końcowy termin na realizację obowiązku związanego z udostępnieniem przedmiotowej informacji.

Ustawodawca w ww. przepisie nie podaje natomiast terminu początkowego, co oznacza, że decyzję w tym zakresie pozostawia Zamawiającemu.

A zatem, zgodnie z opinią Uzp<sup>1</sup>, gospodarz postępowania może udostępnić tę informację przed terminem składania ofert lub po tej dacie, jednakże nie później niż moment otwarcia ofert.

Termin otwarcia ofert w ramach niniejszego postępowania został ustalony na 30.09.2021 r. godz. 12.00, ~~natomiast informacja o kwocie, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia została umieszczona na platformie zakupowej Beneficjenta 30.09.2021 r. o godz. 13:01:16.~~

~~W konsekwencji stwierdza się, iż Zamawiający w sposób niewłaściwy zastosował dyspozycję art. 222 ust. 4 ustawy Pzp, co stanowi uchybienie formalne, niewywołujące skutków finansowych.~~

Pismem z dnia 08.02.2022 r. o sygn. PGf.042.12.2018 Beneficjent wniósł zastrzeżenia, co do ww. ustaleń wskazując, iż: „*informacja dot. kwoty została zamieszczona na platformie przetargowej Zamawiającego o godz. 11:42 (otwarcie ofert o godz. 12.00). O godz. 13:01:16 dodatkowo została przekazana ta wiadomość do uczestników postępowania*”.

Bazując na oświadczeniu Beneficjenta oraz dokumentach przedstawionych w toku kontroli, w tym historii administracji na platformie zakupowej Josephine, Instytucja Zarządzająca odstępuje od stwierdzenia ww. uchybienia i wykreśla zapisy z nim związane, bowiem Zamawiający udowodnił, iż przed otwarciem ofert, udostępnił na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie niniejszego zamówienia.

### 5.1.1.c

W toku czynności kontrolnych ustalono, iż Zamawiający ustanowił następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej Wykonawcy:

#### Część 1:

Wymóg wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności krótszy w tym okresie: co najmniej jednej usługi polegającej na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego wraz z kontrolowaniem rozliczeń budowy lub inżyniera kontraktu lub inwestora zastępczego, o wartości usługi nie mniejszej niż 20 000,00 zł brutto,

<sup>1</sup> <https://www.uzp.gov.pl/nowe-pzp/interpretacje/pytania-instytucji-kontrolujacych/zgodnie-z-art.-222-ust-4-pzp-zamawiaczy-najpозniej-przed-otwarcieniem-ofert-udostepni-na-stronie-internetowej-prowadzonego-postepowania-informacje-o-kwocie,-jaka-zamierza-przeznaczc-na-sfinansowanie-zamowienia.-czy-zrobic-to-przed-terminem-skladania-o>

wykonaną, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaną, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

#### Część 2:

Wymóg wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie: co najmniej jednej usługi polegającej na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego wraz z kontrolowaniem rozliczeń budowy lub inżyniera kontraktu lub inwestora zastępczego, o wartości usługi nie mniejszej niż 8 000,00 zł, wykonanej, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaną, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (...).

W przypadku, gdy Wykonawca będzie składał ofertę na dwie części warunki sumują się. Wykonawca musi wykazać się co najmniej jedną usługą polegającą na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego wraz z kontrolowaniem rozliczeń budowy lub inżyniera kontraktu lub inwestora zastępczego, o wartości usługi nie mniejszej niż 28 000,00 zł brutto.

Wykonawca powinien także dysponować:

#### Część 1:

- co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej;
- co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych;
- co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych;

lub odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Zamawiający dopuszcza łączenia ww. funkcji.

#### Część 2:

- co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej;
- co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych;
- co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych;

lub odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Zamawiający dopuszcza łączenia ww. funkcji.

W przypadku, gdy Wykonawca będzie składał ofertę na dwie części warunki sumują się.

Instytucja Zarządzająca po analizie ww. wymogów zwróciła się do Beneficjenta z prośbą o wyjaśnienie, dlaczego Zamawiający żądał sumowania warunków udziału w postępowaniu w przypadku złożenia przez Wykonawcę oferty na dwie części niniejszego zamówienia.

W odpowiedzi wskazano, iż: *„Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, w związku z czym dla zabezpieczenia jego prawidłowego przebiegu, zagwarantowania wykonania zamówienia w sposób należyty, zobowiązany jest do wymagania od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego, spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu: jego charakteru, skali, stopnia skomplikowania, okresu trwania, ryzyka związanego z prowadzeniem inwestycji. Zamówienie było podzielone na dwie odrębne części z których każde stanowi odrębne postępowanie. Każda część realizowanego zadania zlokalizowana jest w różnych, odległych częściach miasta. Postawione warunki dla wykonawcy składającego ofertę na obydwie części miały zapewnić bezkolizyjne, prawidłowe prowadzenie inwestycji, realizowanej równoległe w tym samym terminie”*. Na wstępie podkreślić należy, iż w przypadku gdy Zamawiający decyduje się na podział danego zamówienia na części każdą część winien traktować jako odrębne, autonomiczne postępowanie. Powyższe potwierdza jednolita i obowiązująca (również po wejściu w życie aktualnej ustawy Pzp) linia orzecznicza.

Przykładowo, zgodnie z wyrokiem z dnia 7 czerwca 2011 r. Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) o sygn. akt: KIO1104/11, postępowanie z możliwością składania ofert częściowych charakteryzuje się autonomicznością każdej części, tak samo, jak odrębne (autonomiczne) byłyby postępowania prowadzone osobno dla poszczególnych części zamówienia. (...) Nic nie stoi na przeszkodzie, aby warunki udziału w postępowaniu ustalić odrębnie dla każdej części postępowania, w którym dopuszczono możliwość składania ofert częściowych – w takim wypadku również należy wykluczyć wykonawcę z powodu niespełnienia warunków tylko w określonej części.

Z kolei w wyroku z dnia 20 sierpnia 2014 r. o sygn. akt: KIO 1584/14, KIO stoi na stanowisku, że choć Zamawiający prowadzi jedną procedurę, to każda z części zamówienia traktowana jest oddzielnie, wobec czego dotyczące jej postępowanie może zakończyć w odmienny sposób (przykładowo – wyborem najkorzystniejszej oferty na jedną część zamówienia, a unieważnieniem postępowania na inną część zamówienia), podobnie jak w różny sposób mogą zostać przez zamawiającego potraktowane oferty częściowe jednego Wykonawcy (może on uzyskać daną część zamówienia w wyniku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy jego oferta, złożona na inną część zamówienia, może zostać odrzucona).

W przypadku podziału zamówienia na części ani w stosunku do samego postępowania o udzielenie zamówienia, ani złożonych w nim przez jednego Wykonawcę ofert częściowych nie można mówić o automatycznym przenoszeniu rozstrzygnięć z jednej części postępowania na drugą.

Jednocześnie, ustalając warunki udziału w postępowaniu (w tym sposób ich spełnienia) Zamawiający powinien postępować zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, a więc określać je w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności do należytego wykonania zamówienia wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Jednakże oczekiwania Beneficjenta nie mogą zostać określone w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, bowiem w okolicznościach konkretnej sprawy działanie Zamawiającego może zostać uznane za nieproporcjonalne (nieadekwatne) do celu, jakiego osiągnięciu działanie takie służy.

Wskazane przez gospodarza postępowania wymagania powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności danego podmiotu do wykonania zamówienia, bez nieuzasadnionego preferowania jednych i tym samym dyskryminacji innych oferentów.

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może zatem ograniczać dostępu do zamówienia Wykonawcom zdolnym do jego wykonania.

Przyjmuje się, że niezbędne doświadczenie wykonawcy należy rozumieć jako potwierdzone w praktyce posiadanie umiejętności w zakresie wykonywania zamówień określonego rodzaju (uchwała KIO z dnia 14.11.2019 r.).

W ocenie Instytucji Zarządzającej Zamawiający ustalił w sposób proporcjonalny warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do każdej z części, niemniej sposób ich oceny w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedną część narusza zasadę równego traktowania Wykonawców określoną w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Wykonawca, który składa ofertę na więcej niż jedną część postępowania powinien być traktowany w ten sam sposób jak podmiot składający ofertę na jedną z części, przy zastrzeżeniu, iż spełni wymogi określone w SWZ dla każdej z tych części.

W konsekwencji ww. Wykonawca powinien mieć możliwość w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu korzystać z tego samego doświadczenia w ramach kilku części, pod warunkiem, że doświadczenie to spełnia warunki określone w SIWZ odrębnie dla każdej z tych części.

Odnosząc powyższe do badanego stanu faktycznego należy wskazać, iż w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedną część zamówienia Wykonawca winien legitymować się realizacją usługi na najwyższą kwotę części oferowanej, tj. składając ofertę na wszystkie (dwie) części niniejszego zamówienia winien wykazać się doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności krótszy w tym okresie: co najmniej jednej usługi polegającej na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego wraz z kontrolowaniem rozliczeń budowy lub inżyniera kontraktu lub inwestora zastępczego, o wartości usługi nie mniejszej niż 20 000,00 zł brutto, wykonaną, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaną, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Zgodnie z treścią wyroku KIO z dnia 4 marca 2021 r. o sygn. KIO 356/21 zasada równego traktowania, sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich Wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna. Nie oznacza ona natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek.

Wobec powyższego podkreślić należy, iż Beneficjent miał prawo jako gospodarz postępowania ustalić warunku udziału w sposób adekwatny do rodzaju i przedmiotu zamówienia, eliminując przy tym Wykonawców niedających rękojmi należytego wykonania usługi z uwagi na np. brak doświadczenia w realizacji podobnego zamówienia.

Niemniej, Zamawiający nie jest uprawniony do nierównego traktowania Wykonawców spełniających wymogi określonej zdolności technicznej i zawodowej względem każdej z części niniejszego zamówienia.

Analogicznie należy podejść do kwestii osób, którymi winien dysponować potencjalny oferent.

W przypadku gdy Wykonawca składa ofertę na więcej niż jedną część postępowania, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w zakresie personelu powinien mieć możliwość wykazać te same osoby w ramach kilku części, pod warunkiem, że osoby te spełnią wymogi określone w SWZ dla każdej z tych części.

Podkreślić przy tym należy, iż zapis warunku dotyczący personelu Wykonawcy wskazuje minimalną liczbę osób, którymi oferent winien dysponować na moment realizacji zadania, zatem zwycięski Wykonawca każdorazowo dostosowuje ją do możliwości zespołu oraz rozmiaru inwestycji celem realizacji zamówienia w sposób należyty.

Zamawiający zaznaczył w SWZ, iż wymaga obecności inspektorów nadzoru inwestorskiego poszczególnych branż na terenie budowy, w niezbędnym czasie wykonywania podlegających im robót budowlanych, a także w dni odbiorów, prób, badań, sprawdzeń, obmiarów lub w dni dokonywania innych istotnych czynności na budowie, z zastrzeżeniem, że pobyty tych nie może być mniej niż trzy w ciągu każdego tygodnia w całym okresie realizacji, oddzielnie dla robót budowlanych każdej określonej branży.

Ww. minimalny czas pobyty na budowie, a także realia rynku, które wskazują, iż wielu inspektorów sprawuje należyty nadzór na kilku inwestycjach jednocześnie, nie potwierdzają konieczności ustalenia bardziej rygorystycznych wymogów względem Wykonawców składających ofertę na dwie części niniejszego zamówienia.

Zauważyć należy, iż zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz.U. 2020 poz. 1333 ze zm.) samodzielne funkcje techniczne w budownictwie mogą sprawować tylko osoby posiadające techniczne wykształcenie, szeroką wiedzę, umiejętności i doświadczenie zdobyte w czasie praktyki zawodowej co potwierdza właściwy, wskazany w ustawie organ.

Za nieprawidłową realizację swoich obowiązków ww. osoby ponoszą odpowiedzialność zawodową, cywilną, karną i/lub finansową.

Wobec powyższego nie sposób zakładać, iż Wykonawca, który dysponuje inspektorami wszystkich branż, posiadającymi uprawnienia budowlane zgodne z wymaganiami inwestora (odrębnie dla każdej części postępowania) nie będzie zdolny do prawidłowej realizacji niniejszego zamówienia.

Dodatkowo na podkreślenie zasługuje fakt, iż przepisy art. 91 ust. 3 i 4 ustawy Pzp stanowią transpozycję art. 46 ust. 2 dyrektywy Parlamentu i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. L Nr 94, str. 65, dalej: „dyrektywa klasyczna”), zgodnie z którą w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania instytucje zamawiające wskazują, czy oferty można składać w odniesieniu do jednej, kilku czy wszystkich części.

Nawet jeżeli możliwe jest złożenie ofert w odniesieniu do kilku lub wszystkich części zamówienia, instytucje zamawiające mogą ograniczyć liczbę części zamówienia, które można udzielić jednemu oferentowi, pod warunkiem że maksymalna liczba części, jaka może być udzielona jednemu oferentowi, jest określona w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

Instytucje zamawiające wskazują w dokumentach zamówienia obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria lub zasady, które zamierzają zastosować w celu ustalenia, które części zostaną udzielone, gdyby zastosowanie kryteriów udzielenia zamówienia prowadziło do udzielenia jednemu oferentowi większej liczby części niż wynosi maksymalna liczba.

Mając powyższe na uwadze, Instytucja Zarządzająca podkreśla, iż zgodnie z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający miał możliwość ograniczenia liczby części, którą można udzielić jednemu Wykonawcy.

Celem takiego działania jest m. in. ochrona konkurencji lub zagwarantowanie Zamawiającemu niezawodności realizacji zamówienia.



Ponadto jedną z podstawowych przyczyn wprowadzenia powyższych zapisów jest zachęcenie do udziału w postępowaniu wykonawców z sektora małych i średnich przedsiębiorstw, co z kolei pozwala na uniknięcie monopolizacji określonej sfery gospodarki przez największe podmioty, jak również utrzymania konkurencyjności po stronie wykonawców, a tym samym chronić w wyższym stopniu interes Zamawiającego.

Jednakże w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie skorzystał z powyższego przywileju. W konsekwencji stwierdza się, iż Zamawiający stawiając wymóg, aby Wykonawcy składający ofertę na więcej niż jedną część, mieli obowiązek wykazania się zsumowanym doświadczeniem i personelem na każdym z zadań w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie zastosował się do dyspozycji ww. przepisów i naruszył zasadę równego traktowania wykonawców.

Skutkiem tego, powyższy wymóg, uniemożliwił składanie ofert na więcej niż jedną część zamówienia Wykonawcom, którzy posiadają niezbędne doświadczenie w wymaganym charakterze prac oraz doświadczony i odpowiednio wykwalifikowany personel (odrębnie dla danej części postępowania), lecz nie są w stanie legitymować się zsumowanymi wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, co stanowi naruszenie art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Do powyższych ustaleń Beneficjent wniósł zastrzeżenia pismem z dnia 08.02.2022 r. o sygn. PGf.042.12.2018.

Po przeanalizowaniu wszystkich argumentów przedstawionych przez Zamawiającego, Instytucja Zarządzająca RPO WSL podtrzymuje kwalifikację naruszenia.

W piśmie z 08.02.2022 r. Zamawiający wskazuje m.in., iż: „postępowanie przetargowe, nawet jeżeli dopuszczone zostanie w nim składanie ofert częściowych, wskazuje jasno, że mamy do czynienia w łącznym przedziale czasowym - co do określonego z góry łącznego zakresu zamówienia – z tożsamością rodzajową, przedmiotową, podmiotową oraz tożsamością czasu, w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia. Całkowicie inaczej niż zamówienie w częściach realizowane poprzez różne postępowania przetargowe. Oznacza to de facto, że z punktu widzenia realizacji zakresu zamówienia nadal mamy do czynienia z jednym większym zakresem rzeczowym zadania. Jeżeli ma on być realizowany przez jednego wykonawcę, który złożył ofertę na wszystkie części zamówienia i oferta ta została we wszystkich częściach wybrana jako najkorzystniejsza, sytuacja realizacyjna zadania zmienia się diametralnie. Nie można w takim przypadku nie zauważyć, że zakres zamówienia w poszczególnych częściach jest o wiele mniejszy niż zakres całego zamówienia.

Konsekwentnie oznacza to, że mniejsze części mogą realizować inni wykonawcy niż wykonawca, który podjąłby się realizacji całego zakresu zamówienia. Zatem inaczej w takim przypadku, powinna być też oceniana zdolność takiego wykonawcy co do realizacji całego zamówienia, a inaczej powinna być oceniana zdolność wykonawcy do realizacji poszczególnych części zamówienia. Jako przykład i dla zobrazowania sprawy należy wskazać sytuację, w której mielibyśmy np. dziesięć części zamówienia lub więcej, dla których w każdej części warunek doświadczenia opiewałby na 10 jednostek i w każdej z tych części byłby on proporcjonalny do danej części. W przypadku gdyby jeden wykonawca wyłoniony został do wszystkich tych części, to wg interpretacji wskazanej w informacji pokontrolnej, wystarczyłaby dla weryfikacji doświadczenia jedna wykonana usługa na 10 jednostek, którą wykonawca mógłby się legitymować przy wszystkich częściach.

Taka sytuacja spowodowałaby, że po pierwsze Zamawiający uzyskałby wykonawcę, który nie posiada wymaganego doświadczenia i uzyskał zamówienie w sposób nieprawidłowy oraz co najważniejsze nie gwarantuje należytego wykonania umowy (można by wskazać, że doszło do obejścia przepisów Ustawy Prawo zamówień publicznych - zwanej dalej u.p.z.p.), po drugie tak wskazany warunek udziału w postępowaniu byłby skrajnie nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. W naszej ocenie takie działanie Zamawiającego mogłoby być uznane za niewłaściwe z punktu widzenia dyscypliny finansów publicznych”.

Instytucja Zarządzająca podziela opinię Beneficjenta, iż przedmiot niniejszego postępowania z uwagi na m.in. tożsamość podmiotową, przedmiotową i czasową stanowi jeden większy zakres zadania.

Niemniej, Zamawiający jako gospodarz postępowania skorzystał z możliwości podziału niniejszego zamówienia na części.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09.07.2020 r. o sygn. KIO 784/20 ponownie zaznaczyć należy, iż w przypadku postępowania z podziałem na części, poszczególne części stanowią w istocie swoiste, niezależne od siebie postępowania.

Wobec powyższego, co do zasady, wymagania stawiane Wykonawcom względem danej części postępowania powinny odnosić się tylko do niej.

Jak wskazano uprzednio, w przypadku gdy Wykonawca składa ofertę na więcej niż jedną część postępowania powinien być traktowany w ten sam sposób jak podmiot składający ofertę na jedną z części, przy zastrzeżeniu, iż spełni wymogi określone w SWZ dla każdej z tych części.

W konsekwencji, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w niniejszym postępowaniu, oferent powinien mieć możliwość korzystania z tego samego doświadczenia i personelu w ramach każdej części, jeżeli spełni wymagania ustalone dla każdego z zadań – oczywiście z zastrzeżeniem, że zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze nie będzie miało negatywnego wpływu na realizację zamówienia (art. 116 ust. 2 Pzp). Art. 116 ust. 2 ustawy Pzp przyznaje Zamawiającemu prawo do zakwestionowania, na każdym etapie postępowania (już w jego toku), zdolności technicznych lub zawodowych wykonawcy, jeżeli Wykonawca ma sprzeczne interesy, które mogą mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Zgodnie z komentarzem do ww. artykułu<sup>2</sup> : „jako jedną z okoliczności, które może potencjalnie wskazywać na posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, ustawodawca wskazuje na zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze.

W sytuacji zatem, gdy ze złożonych przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych wynika, że dysponuje on wymaganymi przez zamawiającego zasobami technicznymi oraz zawodowymi, mimo wszystko zamawiający może stwierdzić, że potencjał ten jest niewystarczający. Sytuacja taka wystąpi, gdy zamawiający poweźmie wiedzę, że dany wykonawca, przy pomocy tego samego potencjału, którego posiadanie wykazał w prowadzonym aktualnie postępowaniu, wykonuje albo będzie wykonywał inne przedsięwzięcia gospodarcze. Kolidacja interesów będzie miała miejsce jednak dopiero wtedy, gdy okaże się, że nie będzie możliwe pogodzenie użycia tego potencjału równocześnie przy realizacji zamówienia, odnośnie do którego aktualnie prowadzone jest postępowanie, z tymi innymi przedsięwzięciami gospodarczymi”.

Niniejsza możliwość zastosowania art.116 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy, co do zasady, jedynie sytuacji, gdy Wykonawca, dysponując ograniczonymi zasobami techniczno-zawodowymi, nie angażuje ich w wykonanie zamówienia, którego dotyczy dane postępowanie, tylko skieruje je do realizacji przedsięwzięcia wykonywanego na rzecz innego Zamawiającego.

Beneficjent w piśmie z dnia 08.02.2022 r. o sygn. PGf.042.12.2018 podnosi, iż: „o prawidłowości przyjętego przez Beneficjenta sposobu łączenia wymogów w przypadku, gdy Wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia dla większej niż jedna część zamówienia świadczy praktyka zamawiających oraz orzecznictwo - wydane w analogicznych co w niniejszej sprawie - stanach faktycznych m.in. w wyroku KIO 349/18”.

Instytucja Zarządzająca nie podziela ww. argumentacji i jednoznacznie wskazuje, iż sama treść warunku udziału oraz kwestia jego sumowania przy składaniu oferty na dwie części postępowania nie była przedmiotem rozważań KIO.

<sup>2</sup> Komentarz do art. 116 PZP red. Jaworska 2021, wyd. 2/D. Grześkowiak-Stojek

W ww. wyroku zaznaczono, iż żaden z Wykonawców - mimo istnienia takiej możliwości - nie zaskarżył tak skonstruowanego SIWZ, a przeciwnie - obaj Wykonawcy w swoich ofertach wyraźnie wskazali, że w pełni akceptują warunki w nim określone.

Istotą sporu była natomiast ocena tego, czy Zamawiający prawidłowo zinterpretował postanowienia SIWZ i zbadał ofertę zgodnie z ustanowionymi w postępowaniu wymogami.

W opinii KIO: „Zamawiający odstępując od badania oferty TAMAX w części I zamówienia błędnie przyjął, że takiego badania nie musiał przeprowadzać, w efekcie doprowadził do sytuacji, w której nie zastosował się do własnej treści siwz i jednocześnie zmienił wymagania dotyczące sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w toku badania ofert po upływie terminu składania ofert, co jest sprzeczne z normą art. 38 ust. 4a ustawy.

Gdyby bowiem zamawiający prawidłowo zastosował art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy i ustalił, że przepis ten może mieć zastosowanie tylko w przypadku wyboru oferty najkorzystniejszej, której wartość przewyższa kwotę, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, to przeprowadziłby badanie obu ofert firmy TAMAX i sprawdził czy ten wykonawca spełniał zsumowane wymogi dla obu części zamówienia.

W ocenie Izby zamawiający nie mógł zachować się tak jakby oferta dla części I zamówienia nie została w ogóle złożona, albo nie była najkorzystniejsza, gdyż inaczej w tym zakresie w siwz ukształtował warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający do zastosowania sumowania zobowiązany był zawsze w przypadku złożenia dwóch ofert od tego samego wykonawcy po jednej na każdą część zamówienia, które zostałyby ocenione jako najkorzystniejsze”.

W wyroku KIO 2277/19 z dnia 28 listopada 2019 r. oraz KIO 2304/20 z dnia 19.10.2020 r., również nie rozstrzygano kwestii wymogów ustanowionych w SIWZ, bowiem przedmiotem rozważań Izby był sam proces badania i oceny ofert przez Zamawiającego.

Jednocześnie zaznaczyć należy, iż Instytucja Zarządzająca częściowo podziela argumentację przytoczoną przez Beneficjenta w oparciu o wyrok KIO 2304/20 z dnia 19.10.2020 r., na mocy którego KIO niejako potwierdziła, iż w określonych okolicznościach, ocena zdolności finansowej lub kredytowej Wykonawcy w przypadku ubiegania się o kilka części zamówienia może być przeprowadzona w sposób kumulatywny.

Jak podniesiono w ww. wyroku: „takie ustalenie i interpretacja warunku udziału w postępowaniu zgodna jest z treścią artykułu 58 (Kryteria kwalifikacji) ustęp 3 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, gdzie wpisano zasadę, iż jeżeli zamówienie jest podzielone na części, artykuł ma zastosowanie do każdej poszczególnej części. Instytucja zamawiająca może jednak określić minimalny roczny obrót, który muszą wykazać wykonawcy, poprzez odniesienie do grup części na wypadek, gdyby zwycięskiemu oferentowi przyznano kilka części zamówienia do realizacji w tym samym czasie”.

Co więcej, niniejsza kwestia została przeniesiona także do polskiego porządku prawnego, bowiem zgodnie z art. 115 ust. 4 ustawy Pzp jeżeli zamówienie jest podzielone na części, wymagania w zakresie zdolności ekonomiczno-finansowej należy określić osobno dla każdej części i odpowiednio do jej wartości.

Jednakże Zamawiający może dodatkowo określić wartość minimalnego rocznego przychodu w odniesieniu do więcej niż jednej części zamówienia (czyli łącznie dla kilku części), na wypadek gdyby Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, przyznano kilka części zamówienia do realizacji w tym samym czasie.

Zgodnie z komentarzem<sup>3</sup> do art. 115 ust. 4 ustawy Pzp: „W przypadku zamówienia podzielonego na części i dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych przyjmuje się, że należy dostosować warunki udziału w postępowaniu do każdej z części odrębnie – w myśl zasady proporcjonalności do przedmiotu zamówienia.

<sup>3</sup> Komentarz do art. 115 PZP red. Jaworska 2021, wyd. 2/D. Grześkowiak-Stojek

*Dlatego też warunki mogą zostać określone dla każdej z części podobnie, jednak przynajmniej poziom zdolności powinien zostać ustalony odpowiednio do wartości danej części, a także przy uwzględnieniu przedmiotu tej części.*

*Zamawiający dodatkowo ma prawo ukształtować odmiennie warunek dotyczący minimalnego rocznego przychodu odnoszący się do więcej niż jednej części zamówienia na wypadek, gdyby wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, przyznano kilka części zamówienia do realizacji w tym samym czasie. Realizacja zamówienia obejmująca jednocześnie kilka części najczęściej będzie wymagała posiadania zdolności finansowej i ekonomicznej na wyższym poziomie niż w sytuacji realizacji tylko jednej części.*

*Adekwatnie do konkretnego przedmiotu zamówienia, w niektórych przypadkach ustalenie specjalnego poziomu zdolności może polegać na prostym zsumowaniu poziomów zdolności przewidzianych dla warunku ustalonego osobno dla każdej z części, jednak nie zawsze takie działanie będzie właściwe”.*

Jednakże powyższe rozwiązania nie zwalniają Beneficjenta z obowiązku równego traktowania Wykonawców w toku postępowania oraz określenia warunków udziału oraz sposobu ich oceny zgodnie z ogólnymi wytycznymi wynikającymi z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp tj. proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia, oraz w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Jednocześnie zauważyć należy, iż regulacja zawarta w art. 115 ust 4 ustawy Pzp nie stanowi uniwersalnej zasady sumowania wymagań stawianych Wykonawcom w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedną część postępowania i nie powinno się jej przekładać bezpośrednio na wymogi ustanowione w ramach niniejszej procedury.

Także kwestia konieczności sumowania zasobów sprzętowych, o której mowa w orzecznictwie przytoczonym przez Beneficjenta, nie może być porównywana z wymogiem posiadania przez Wykonawcę określonego doświadczenia lub personelu.

Warunki udziału w postępowaniu należy bowiem stawiać każdorazowo w ścisłej korelacji z przedmiotem zamówienia.

Wymagania ustanowione w celu prawidłowej realizacji usług nadzoru nad budową ścieżek rowerowych na pobliskich inwestycjach, w tym konieczność odbycia nie mniej niż trzech wizyt na budowie w ciągu każdego tygodnia w całym okresie trwania umowy (oddzielnie dla robót budowlanych każdej określonej branży), nie powinny być traktowane równorzędnie z obowiązkiem posiadania przez oferenta zdolności finansowej do płynnego prowadzenia kilku inwestycji równocześnie, czy dysponowaniem niewielką ilością specjalistycznego sprzętu, za pomocą którego Wykonawca winien obsłużyć w tym samym czasie kilka zadań.

Ponownie podkreślić należy, iż Zamawiający miał prawo jako gospodarz postępowania ustalić warunki udziału w sposób adekwatny do rodzaju i przedmiotu zamówienia, eliminując przy tym Wykonawców niedających rękojmi należytego wykonania usługi z uwagi na brak wymaganego doświadczenia lub określonego personelu.

Niemniej, jeśli dany Wykonawca posiadał wymagane doświadczenie i personel legitymujący się odpowiednimi uprawnieniami- odrębnie dla każdej części postępowania- nie sposób uznać, iż nie dawał rękojmi należytego wykonania zamówienia.

W opinii Instytucji Zarządzającej możliwość skorzystania przez Wykonawcę z tego samego doświadczenia czy personelu w przypadku składania oferty na więcej niż jedną część postępowania nie świadczy o uzyskaniu zamówienia w sposób nieprawidłowy i nie powoduje obejścia przepisów ustawy Pzp, na co wskazuje w zastrzeżeniach Zamawiający, lecz stanowi przejaw równego traktowania Wykonawców.

Co więcej, niewielka odległość pomiędzy inwestycjami, brak konieczności stałego oddelegowania inspektorów nadzoru, a także praktyka rynku, zgodnie z którą wielu inspektorów sprawuje należyty nadzór na kilku przedsięwzięciach jednocześnie, nie potwierdzają konieczności ustalenia bardziej rygorystycznych wymogów względem Wykonawców składających ofertę na dwie części niniejszego zamówienia.

W konsekwencji stwierdza się, iż w okolicznościach niniejszej sprawy, przedmiot zamówienia oraz rodzaj ustanowionych warunków nie dają Zamawiającemu uprawnienia do określenia wymogu sumowania doświadczenia i zasobów kadrowych.

Reasumując, Instytucja Zarządzająca po analizie złożonych zastrzeżeń podtrzymuje swoje stanowisko, iż określony przez Zamawiającego wymóg, aby Wykonawcy składający ofertę na więcej niż jedną część, mieli obowiązek wykazania się zsumowanym doświadczeniem i personelem na każdym z zadań w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, narusza dyspozycję art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

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

Zgodnie z art. 24 ust. 5 i 9 ustawy wdrożeniowej oraz §2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U. 2021 poz. 2179 ze 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 przewidziano stawkę w wysokości **10%** odpowiadającą kategorii nieprawidłowości indywidualnej nr 11 pn.:

Rodzaj nieprawidłowości:

Zastosowanie:

- kryteriów wykluczenia, kwalifikacji, udzielenia zamówienia

lub

- warunków realizacji zamówień

lub

- specyfikacji technicznej;

- które nie są dyskryminacyjne w rozumieniu poprzedniego rodzaju nieprawidłowości, ale w inny sposób ograniczają dostęp dla wykonawców.

Za nieprawidłowość stwierdzoną w ramach niniejszej kontroli, a odnoszącą się to do warunków udziału w postępowaniu, które mimo, że nie są dyskryminujące ze względu na preferencje krajowe, regionalne lub lokalne – prowadzą jednak do ograniczenia Wykonawcom dostępu do konkretnego postępowania, nie przewidziano możliwości dalszego obniżenia stawki pomniejszenia.

Opis uchybienia dotyczy wszystkich części zamówienia.

Podsumowanie dla zamówienia:

Uchybienie nr	Numer kategorii nieprawidłowości indywidualnej	Wartość % pomniejszenia
5.1.1.c	11	10 %

### 5.1.2.

Nazwa i przedmiot zamówienia: Przetarg na budowę ścieżek rowerowych i węzła przesiadkowego - Trasa nr 3 A3 oraz Trasa nr 23 A2

Część nr 1: Trasa nr 3 odcinek A3 - od Ronda Kopalni „Andaluzja” do skrzyżowania ul. Prymasa St. Wyszyńskiego z ul. Czolgistów (rejon działki nr 984/8)

Część nr 2: Trasa nr 23 odcinek A2 - od połączenia z Trasą nr 1 (ul. Olimpijska) do ul. Bytomskiej

Rodzaj zamówienia: robota budowlana

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: BZP.271-23/IG/21

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: 2021 / S 148 - 392846 z dnia 03.08.2021 r.

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony

Szacunkowa wartość zamówienia: 1 872 736,85 zł, co stanowi równowartość 438 651,97 euro, w tym:

Część nr 1: 1 440 737,31 zł, co stanowi równowartość 337 464,53 euro

Część nr 2: 431 999,54 zł, co stanowi równowartość 101 187,44 euro

w tym wartość przewidywanych zamówień, o których mowa odpowiednio w art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp została ustalona na kwotę 244 270,03 zł, co stanowi równowartość 57 215,47 euro:

Część 1 -187 922,26 zł, co stanowi równowartość 44 017,11 euro

Część 2- 56 347,77 zł, co stanowi równowartość 13 198,36 euro

Umowa z wykonawcą:

Część nr 1: Umowa nr BZP.272-88/21 z 25.10.2021 r. z HYDROGOP Sp. z o.o. na kwotę: 1 079 219,96 zł brutto.

Część nr 2: Umowa nr BZP.272-89/21 z 25.10.2021 r. z HYDROGOP Sp. z o.o. na kwotę: 323 663,56 zł brutto

### 5.1.2.a

Zgodnie z art. 131 ust. 1 ustawy Pzp: Zamawiający wyznacza terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofert wstępnych oraz ofert, z uwzględnieniem złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do ich przygotowania i złożenia, z tym że terminy te nie mogą być krótsze niż ustawowe terminy minimalne, o ile są one określone.

W przypadku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego (art.129 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp) Beneficjent winien wyznaczyć termin składania ofert zgodnie z art.138 ust. 1 ustawy Pzp, a więc ww. termin nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Zamawiający przekazał niniejsze ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej 29.07.2021 r., natomiast termin składania wyznaczył na 30.08.2021 r. g.11.30.

~~Wobec powyższego termin składania ofert był krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej co stanowi naruszenie art.138 ust.1 ustawy Pzp.~~

~~Niemniej z uwagi na fakt, iż Zamawiający w związku ze zmianą ogłoszenia o zamówieniu wydłużył termin składania ofert do 06.09.2021 r. g.11.30, niniejsze uchybienie ma charakter formalny, niewywołujący skutków finansowych.~~

Pismem z dnia 08.02.2022 r. o sygn. PGf.042.12.2018 Beneficjent wniósł zastrzeżenia, co do ww. ustaleń wskazując m.in., iż był uprawniony do skrócenia terminu składania ofert do 30 dni na podstawie art. 138 ust. 4 ustawy Pzp.

Z uwagi na fakt, iż Zamawiający prowadził postępowanie w sposób określony w art. 63 ust.1 ustawy Pzp tj. w całości przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, a więc spełnił warunek określony w art.138 ust. 4 ustawy Pzp, Instytucja Zarządzająca odstępuje od stwierdzenia ww. uchybienia i wykreśla zapisy z nim związane.

### 5.1.2.b

Zgodnie z art. 87 ust.1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje ogłoszenia zgodnie z wzorami standardowych formularzy, określonymi w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającym rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz. Urz. UE L 296 z 12.11.2015, str. 1, z późn. zm.).

Zgodnie ze wzorem standardowego formularza ogłoszeniu o zamówieniu i treścią art. 49 oraz załącznika nr V część C pkt 11 lit. c Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94/65 z 28.3.2014r, z późn. zm.) określających obligatoryjną zawartość ogłoszenia o zamówieniu publikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wskazuje się, iż Zamawiający winien podać w ogłoszeniu o zamówieniu listę i krótki opis kryteriów dotyczących podmiotowej sytuacji wykonawców, które mogą prowadzić do ich wykluczenia, kryteriów kwalifikacji, minimalnych poziomów ewentualnie wymaganych standardów wraz ze wskazaniem wymaganych informacji (oświadczenia własne, dokumentacja).

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu nie zawarł informacji o JEDZ oraz podmiotowych środkach dowodowych dotyczących zarówno potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania jak i poświadczenia spełnienia warunków udziału, co stanowi naruszenie ww. przepisów.

Niemniej jednak, biorąc pod uwagę, iż Zamawiający w SWZ zamieścił wskazane informacje, a dokumenty dot. niniejszego zamówienia można było uzyskać bezpłatnie na stronie Beneficjenta w sposób nieograniczony, pełny i bezpośredni, IZ RPO WSL stwierdza, iż przedmiotowe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania i tym samym stanowi uchybienie formalne, niewywołujące skutków finansowych.

### 5.1.2.c

W toku czynności kontrolnych zwrócono się do Beneficjenta z prośbą o wyjaśnienie dlaczego Zamawiający nie zwrócił się do firmy HYDROGOP Sp. z o.o. o wyjaśnienie kwoty istotnych elementów składowych oferty w kontekście pisma Drogomax Sp. z o.o. z 15.09.2021 r.

Beneficjent w odpowiedzi wskazał, iż: *oferta firmy HYDROGOP sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach przy ulicy Tartacznej 20, była badana (zgodnie z paragrafem 224 ustawy PZP) pod względem rażąco niskiej ceny. Zaproponowana cena ofertowa, zarówno w Części 1 jak i 2, nie jest niższa niż o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie*

*art. 226 ust. 1 i 10, tym samym nie nosi znamion rażąco niskiej ceny. Należy zauważyć, że o rażąco niskiej cenie nie decydują poszczególne ceny jednostkowe, lecz cena jako wartość całkowita - Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2015 r. (KIO 2634/14) ”.*

Zgodnie z komentarzem UZP<sup>4</sup> w świetle art. 224 ust. 1 Pzp wezwanie do złożenia wyjaśnień może dotyczyć również istotnych części składowych ceny lub kosztu. Pojęcie „istotnej części składowej ceny lub kosztu” należy rozumieć jako część, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy (...).

W odróżnieniu od ceny całkowitej nie ma jednak zastosowania przepis o 30-procentowej różnicy od takich wartości w ofertach innych wykonawców”.

Ustawodawca użył również sformułowania „Zamawiający żąda”, czym podkreśla, że na Zamawiającym spoczywa obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień w omawianym zakresie.

Dla aktywizacji obowiązku Zamawiającego wszczęcia postępowania wyjaśniającego wystarczające będzie już samo podejrzenie rażąco niskiego zniżenia, jak również tylko obawa o brak możliwości wykonania zamówienia, a także sytuacja, gdy te dwa czynniki wystąpią łącznie. Aby wątpliwości mogły powstać, muszą zaistnieć określone okoliczności, które te wątpliwości wywołują. Nie chodzi zatem o sytuację, w której Zamawiający według swobodnego uznania stwierdza, że "ma/lub nie ma wątpliwości", ale o sytuację, w której Zamawiający wywodzi swoje wątpliwości z obiektywnych okoliczności.

Okoliczności te mogą być różne w zależności od charakteru zamówienia i sytuacji zaistniałej w danym postępowaniu<sup>5</sup>.

Źródłem informacji jest analiza treści złożonej oferty przez wykonawcę i/lub odwołanie, a także pismo złożone przez innego uczestnika postępowania, przy czym źródłem powstania wątpliwości może być zarówno przeprowadzona przez Zamawiającego analiza ekonomiczna złożonych ofert, jak i argumentacja przedstawiona przez innego Wykonawcę.

W ramach niniejszego postępowania Zamawiający został zaalarmowany przez innego oferenta o istnieniu podejrzenia wystąpienia rażąco niskiej ceny istotnych elementów zamówienia.

Dodatkowo, istotna różnica wskazanych wartości widoczna jest także w kosztorysie inwestorskim Zamawiającego oraz tożsamych pozycjach kosztorysów złożonych przez pozostałych oferentów biorących udział w niniejszym postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, w opinii Instytucji Zarządzającej zaistniały obiektywne przesłanki do wezwania Hydrogop Sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień w zakresie kwoty istotnych elementów składowych oferty.

Niemniej z uwagi na fakt, iż całkowita wartość oferty nie nosiła znamion rażąco niskiej, niniejsze uchybienie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp Instytucja Zarządzająca klasyfikuje jako formalne, niewywołujące skutków finansowych.

#### **5.1.2.d**

Zgodnie z art. 98 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności:

- 1) upływu terminu związania ofertą;
- 2) zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 3) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

<sup>4</sup> <https://www.uzp.gov.pl/nowe-pzp/repozytorium-dokumentow-nowe-pzp/komentarz-do-nowego-pzp>

<sup>5</sup> Komentarz do art. 224 PrZamPubl Granecki 2021, wyd. 1



Umowy dotyczące niniejszego zamówienia zostały zawarte 25.10.2021 r., natomiast oświadczenie o zwolnieniu wadium firmie: DROGOMAX Sp. z o.o. i HYDROGOP Sp. z o.o. datowane jest na 03.11.2021 r. (wadium zwolniono poręczycielowi odpowiednio: 17.01.2022 r. i 3.11.2021 r.).

Wobec powyższego Zamawiający naruszył dyspozycję art. 98 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem zwrócił wadium po upływie 7 dni od daty zawarcia umowy tj. później niż w dniu 01.11.2021 r. (2.11.2021 r. z uwagi na dzień wolny od pracy).

Powyższe uchybienie Instytucja Zarządzająca klasyfikuje jako formalne, niewywołujące skutków finansowych.

### 5.1.2.e

Instytucja Zarządzająca podkreśla, iż zgodnie z treścią pkt 2 protokołu z postępowania oraz rozdziału V SWZ Zamawiający w ramach niniejszego postępowania przewiduje powtórzenie podobnych robót jak dla zamówienia podstawowego, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zaznaczyć należy, iż zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 7 Zamawiający może udzielić dotychczasowemu wykonawcy robót budowlanych zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych robót w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego, jeżeli takie zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z jego przedmiotem oraz całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy obliczaniu jego wartości.

Beneficjent nie wyartykułował informacji o zamiarze powtórzenia podobnych robót w ogłoszeniu o zamówieniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, w przypadku zaistnienia konieczności zastosowania art. 214 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający winien dokładnie przeanalizować możliwość skorzystania z przedmiotowej regulacji.

### 5.1.2.f

IZ RPO WSL informuje Beneficjenta, iż przepis art. 99 ust. 5 oraz art. 101 ust. 4 ustawy Pzp wprost nakłada na Zamawiającego obowiązek zamieszczenia zwrotu o równoważności przy opisie przedmiotu zamówienia zawierającego odniesienie do m.in. konkretnych norm i znaków towarowych (również w przypadku zawarcia norm i znaków towarowych dokumentacji projektowej, przedmiarach robót, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych itp. stanowiących załącznik do Specyfikacji Warunków Zamówienia).

Celem ww. przepisów jest bowiem umożliwienie ubiegania się o zamówienie publiczne również tym wykonawcom, którzy mogą zaoferować rozwiązania równoważne, spełniające wymogi określone w opisie przedmiotu zamówienia poprzez normy, aprobaty, specyfikacje techniczne i systemów odniesienia, a także nazwy własne.

Na podstawie art. 99 ust. 5 oraz art. 101 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający opisując przedmiot zamówienia za pomocą m.in. norm i nazw własnych przy każdej normie, nazwie własnej itp. jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym.

## 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.c	10%

Sposób usunięcia nieprawidłowości:

W przypadku nieprawidłowości stwierdzonych przed zatwierdzeniem wniosku o płatność (jeżeli w kontrolowanym wniosku o płatność przedstawiono dany wydatek) Instytucja Zarządzająca dokona pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych ujętych we wniosku o płatność złożonym przez beneficjenta o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo.

W przypadku kiedy beneficjent będzie składał kolejne wnioski o płatność oraz w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości przed złożeniem przez beneficjenta wniosku o płatność, we wnioskach o płatność należy ująć wydatki kwalifikowalne pomniejszone o kwotę wynikającą ze stwierdzonych nieprawidłowości.

W przypadku stwierdzenia, że beneficjent nie dokonał odpowiedniego pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych, IZ pomniejszy wydatki kwalifikowane o kwotę wydatków nieprawidłowych.

W sytuacji, gdy beneficjent zawrze we wniosku o płatność wydatek, który wcześniej, w wyniku kontroli, został uznany za nieprawidłowy, instytucja weryfikująca wniosek oceni, czy nie zachodzą przesłanki podejrzenia popełnienia przestępstwa.

Celowe przedstawienie do rozliczenia wydatków niekwalifikowalnych może stanowić próbę popełnienia przestępstwa, o którym mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tj. Dz.U. z 2020 r. poz. 1444) albo przestępstwa skarbowego, o którym mowa w ustawie z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (tj. Dz.U. z 2021 r. poz. 408 z późn. zm.).

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



Rzeczpospolita  
Polska



Unia Europejska  
Europejski Fundusz  
Rozwoju Regionalnego



Członkowie zespołu kontrolującego:

Karolina Proszowska

Kinga Powroźnik

Zaakceptował:

Piotr Ryza

Kierownik Referatu Kontroli Projektów  
Departament Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

*Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym*

Zatwierdziła:

Monika Duda-Szmyd

Zastępca Dyrektora Departamentu Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

*Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym*