



Województwo
Śląskie

Katowice, 18 listopada 2021 r.
FR-RKPR.44.87.2.2021.PP
Dotyczy projektu nr 0399/19



Pani
Anna Wasilewska
Wójt Gminy Jeleśnia
Urząd Gminy w Jeleśni
ul. Plebańska 1
34-340 Jeleśnia

Dotyczy kontroli projektu pn. „Budowa parkingu wraz z zagospodarowaniem terenu obok dworca PKP w Jeleśni”

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

Szanowna Pani Wójt,

W załączeniu do niniejszego pisma przekazuję ostateczną informację pokontrolną z przeprowadzonej w dniach 14-27.10.2021 r. kontroli projektu pn. *Budowa parkingu wraz z zagospodarowaniem terenu obok dworca PKP w Jeleśni*, dofinansowanego z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2014 – 2020.

Do ostatecznej informacji pokontrolnej nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń.

Z poważaniem,

Monika Duda-Szmyd

Zastępca Dyrektora Departamentu Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym

Załączniki: Informacja pokontrolna z kontroli projektu jak wyżej.



Fundusze
Europejskie
Program Regionalny



Rzeczpospolita
Polska



Śląskie.

Unia Europejska
Europejski Fundusz
Rozwoju Regionalnego



Katowice, 18 listopada 2021 r.
FR-RKPR.44.87.2.2021.PP
Dot. projektu nr 0399/19

OSTATECZNA INFORMACJA POKONTROLNA

Nazwa jednostki kontrolowanej: Gmina Jeleśnia

Tytuł projektu: Budowa parkingu wraz z zagospodarowaniem terenu obok dworca PKP w Jeleśni

Nr umowy o dofinansowanie: UDA-RPSL.04.05.02-24-0399/19-00

Podstawa prawna do przeprowadzenia kontroli:

- 1) Art. 23 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (Dz. U. z 2020 poz. 818 z późn. zm. - dalej „ustawa wdrożeniowa”),
- 2) § 17 Umowy nr UDA-RPSL.04.05.02-24-0399/19-00 z 20.08.2020 r. w sprawie dofinansowania projektu pn. *Budowa parkingu wraz z zagospodarowaniem terenu obok dworca PKP w Jeleśni.*

Rodzaj kontroli:

- w trakcie realizacji projektu

Tryb kontroli:

- planowa

1. Skład Zespołu Kontrolującego:

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

2. Data przeprowadzenia kontroli: 14-27.10.2021 r.

Kontrola w siedzibie IZ RPO (analiza dokumentacji):

- e-mail z dnia 14.10.2021 r. (konto: piotr.piszcz@slaskie.pl) - prośba o uzupełnienie dokumentacji kontrolowanych zamówień (termin do 15.10),
- e-mail przedstawiciela Beneficjenta z 14.10.2021 r. – informacja o uzupełnieniu dokumentacji,
- e-mail z dnia 15.10.2021 r. (konto: piotr.piszcz@slaskie.pl) - prośba o złożenie wyjaśnień oraz uzupełnienie dokumentów (termin do 20.10),
- e-mail przedstawiciela Beneficjenta z dnia 19.10.2021 r. – prośba o przesunięcie do 22.10 terminu na złożenie wyjaśnień i uzupełnienie dokumentacji,
- e-mail z dnia 19.10.2021 r. (konto: piotr.piszcz@slaskie.pl) – zgoda na złożenie wyjaśnień oraz uzupełnienie dokumentów do dnia 22.10.2021 r.,
- e-mail przedstawiciela Beneficjenta z dnia 21.10.2021 r. – przekazanie wyjaśnień w odpowiedzi na e-mail z dnia 15.10.2021 r.,
- pismo Beneficjenta z dnia 09.11.2021 r. (sygn. RLiFE.7013.50.2021) przekazujące zastrzeżenia do informacji pokontrolnej z dnia 27.10.2021 r.

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 1 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”) oraz 2 zamówienia poniżej kwoty 50 tys. zł netto.

5.1.1

Nazwa i przedmiot zamówienia: Budowa parkingu wraz z zagospodarowaniem terenu obok dworca PKP w Jelesni

Rodzaj zamówienia: roboty budowlane

Nr zamówienia: PN.271.07.2020

Nr ogłoszenia oraz data publikacji: BZP, Ogłoszenie nr 596880-N-2020 z dnia 13.10.2020 r.

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony

Wartość zamówienia: 1.702.283,20 zł netto (398.726,53 euro)

Umowa z wykonawcą:

Umowa nr 272/07/2020 / 30.12.2020 r. / BRUKARSTWO JARCO Przemysław Jarco,
ul. Morwowa 2, 34-350 Cisiec / 1.595.383,21 zł

5.1.1.a

W dokumentach postępowania (STWiORB) Zamawiający kilkakrotnie powoływał się na normy bez dopisku „lub równoważne”, jednakże zostały one wskazane, jako dokumenty odniesienia w kwestii należytego wykonania robót budowlanych oraz realizacji pozostałych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

Ponadto, w treści SIWZ Zamawiający nie zamieścił zapisu dotyczącego dopuszczenia rozwiązań równoważnych odnoszącego się do treści art. 30 ust. 4 Pzp.

Zapis znajdujący się w punkcie 3.1 SIWZ:

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. 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.

Poproszony o wyjaśnienie kwestii braku zapisu dopuszczającego rozwiązania równoważne odnoszącego się do wymogów art. 30 ust. 4 Pzp, Zamawiający w wyjaśnieniach z 21.10.2021 r. poinformował, iż „w przedmiotowym postępowaniu dopuścić zastosowanie rozwiązań

równoważnych umieszczając stosowny zapis w pkt 3.1 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Wskazany przez Zamawiającego zapis dopuszczający równoważność nie odnosi się jednak do norm. Poza tym, 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 **dopuszcza rozwiązania 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”.

Biorąc jednakże pod uwagę, iż analiza przywołanych norm dokonana przez zespół kontrolujący pozwoliła na ocenę, że nie doszło do ograniczenia konkurencji, opisane uchybienie zostało zakwalifikowane, jako formalne.

5.1.1.b

W treści punktu 8.3 SIWZ dotyczącego warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający zamieścił następujący zapis:

„8.3 Udokumentuj wykonanie tj. zakończenie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenie działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie, przebudowie lub remoncie parkingu o wartości robót min. 1 200 000,00 zł brutto.

UWAGA: W związku z art. 22a ust. 4 „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 robót co najmniej 1 200 000,00 zł brutto”.

Poproszony o odniesienie się do powyższego zapisu, Zamawiający w wyjaśnieniach przekazanych drogą elektroniczną dnia 21.10.2021 r. stwierdził, iż przytoczony zapis jest zasadny, gdyż w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy już od samego początku wiedzieli, że formą udostępnienia przez podmiot trzeci swoich zasobów w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy ma być podwykonawstwo.

Na potwierdzenie swojej tezy, Zamawiający przytoczył m.in. wyjątek z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02.10.2020 r. (sygn. akt KIO 2163/20), w którym możemy przeczytać, że „Określony przepisem art. 22a ust. 4 Prawa zamówień publicznych wymóg realizacji usług przez podmioty, na zasobach których polega wykonawca w odniesieniu do warunku dotyczącego doświadczenia należy rozumieć jako **obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy** lub wspólnie z wykonawcą składającym ofertę. Innymi słowy ustawa Prawo zamówień publicznych wymaga **bezpośredniego uczestnictwa w realizacji usługi przez podmiot, na którego zdolnościach polega dany wykonawca**”.

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 orzecnictwa. W wyroku KIO z dnia 08.01.2019 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 20.07.2018 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 TSUE z 07.04.2016 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.

Do powyższych ustaleń Beneficjent wniósł zastrzeżenia pismem z dnia 09.11.2021 r.

Zdaniem Beneficjenta, z opisu nieprawidłowości zawartego w informacji pokontrolnej z dnia 27.10.2021 r. 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 1,2 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 dalszej części wniesionych zastrzeżeń Beneficjent rozwinął wysnute przez siebie na wstępie wnioski.

I tak, odnośnie wniosku nr 1 stwierdził, że jest on sprzeczny z treścią art. 22a ust. 4 Pzp, „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 orzecnictwem. 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”.

Na potwierdzenie swojego stanowiska Beneficjent powołał się na wydany przez Urząd Zamówień Publicznych (UZP) w 2021 r. komentarz do ustawy Pzp z 2019 r. Przepisy nowej ustawy Pzp odnośnie omawianych kwestii nie uległy zmianie (art. 22a został zastąpiony art. 118). Jedyna różnica występuje w omawianym art. 22a ust. 4, który został zastąpiony art. 118 ust. 2, w którym słowo „zrealizują” zostało zastąpione słowem „wykonają”, co nie zmieniło jednak istoty sprawy. Beneficjent przytacza fragment komentarza zawartego na stronach 453-454, gdzie UZP stwierdza: „6. Rzeczywiste dysponowanie zasobami. Powoływanie się na cudzy potencjał **nie może mieć charakteru fasadowego**. Zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa TSUE dyrektywy przyznają każdemu wykonawcy prawo polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z nimi powiązań, jeśli zamawiającemu zostanie wykazane, że wykonawca będzie rzeczywiście dysponował zasobami tych podmiotów, które są niezbędne do wykonania zamówienia¹³³. Dlatego zgodnie z art. 118 ust. 1 Pzp możliwość polegania na zdolnościach innych podmiotów jest ograniczona do „stosownych sytuacji” oraz „do

konkretnego zamówienia”. Wyklucza to wszelki automatyzm. Skuteczność powołania się na potencjał innych podmiotów powinna być oceniana w konkretnym wypadku i na tle konkretnego stanu faktycznego. TSUE trafnie uznał¹³⁴, iż „nie można wykluczyć, że w szczególnych okolicznościach z uwagi na charakter i cele danego zamówienia wykonawca nie może polegać na zdolnościach podmiotu trzeciego niezbędnych do wykonania danego zamówienia. W rezultacie w takich okolicznościach oferent może powołać się na wskazane zdolności wyłącznie wtedy, gdy podmiot trzeci **osobiście i bezpośrednio** uczestniczy w wykonaniu danego zamówienia”.

Odnosząc się do wniosku nr 2 Beneficjent stwierdza, iż 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. Formułowanie 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.

Natomiast w kwestii wniosku nr 3 w swoich wyjaśnieniach Beneficjent zapisał, iż „narusza on 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 posługują się podmiotem trzecim”.

Zamawiający w złożonych zastrzeżeniach odniósł się również do konkretnych fragmentów treści informacji pokontrolnej z 27.10.2021 r.

Zamawiający stwierdził m.in., 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”.

Beneficjent wywodzi, iż powyższe stwierdzenie znajduje potwierdzenie w treści art. 22d ust. 1 ustawy Pzp określającego, że „oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego **wykonawcy lub osób** skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości”, jak również 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.

Zdaniem Zamawiającego art. 22d ust. 1 Pzp określa, że warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć wykonawcy (firmy) lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, zaś rozróżnienie to znajduje potwierdzenie w § 2 ust. 4 pkt 1 i 10 ww. Rozporządzenia.

Punkt nr 1 dotyczy „doświadczenia” **wykonawcy** (wykaz robót budowlanych, które wykonawca wykonał, spełniających warunki udziału w postępowaniu określone w SIWZ).

Punkt nr 10 dotyczy kwalifikacji, uprawnień, doświadczenia, wykształcenia **osób**, które będą realizowały zamówienie (wykaz osób spełniających wymagania postawione w SIWZ skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia).

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Beneficjenta „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”.

Poza tym, w odniesieniu do treści informacji pokontrolnej, Zamawiający w swoich zastrzeżeniach zawarł konkluzję, że

- zarzut, że naruszeniem art. 22a ust. 4 Pzp jest żądanie, aby podmiot trzeci wykonał część zamówienia wynikającą z warunku – nie znajduje uzasadnienia w przepisach Pzp.

„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. Warunki udziału w postępowaniu nie są po to, aby wykonawca wygrał przetarg, ale po to, aby dobrze wykonał przedmiot zamówienia”.

Podsumowując powyższe stwierdzenia oraz tezy zawarte w piśmie z 09.11.2021 r., jako konkluzję złożonych zastrzeżeń Beneficjent wyraził stanowisko, iż w przedmiotowym postępowaniu nie naruszył żadnego przepisu Pzp, w tym zwłaszcza przepisu art. 22a. Jego zdaniem „miał prawo w ogłoszeniu i SIWZ skonkretyzować, w jaki sposób podmiot trzeci ma spełnić warunek postawiony w punkcie 8.3 SIWZ na etapie wykonywania zamówienia. Postawienie takiego wymogu przyczyniło się do przejrzystości procedury udzielenia zamówienia, jak również do złożenia aż 8 ofert w sytuacji, gdy zgodnie ze sprawozdaniem UZP, średnia liczba ofert składanych w przetargach na roboty budowlane w roku 2019 wynosiła 3,33 oferty”.

Odnosząc się do zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego IZ RPO WSL wskazuje przede wszystkim, 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.

Mając na uwadze powyższe, należy podkreślić, że 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 jakiemu 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 12.04.2018 r. (sygn. akt: 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”.

Podobnie, w wyroku z dnia 24.09.2020 r. (sygn. akt: KIO 2107/20) Krajowa Izba Odwoławcza 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.”

Poza tym, trzeba powołać się na przytoczony przez Beneficjenta Komentarzem UZP, w którym zawarto stwierdzenie, iż „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”. Wynika z tego, 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 użyczył 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 miałooby 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.

Ponadto należy podkreślić, że przykłady orzecznictwa i stanowiska doktryny przytoczone przez Beneficjenta w złożonych zastrzeżeniach 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.

Trzeba również odnieść się do polemiki Beneficjenta wobec konkretnych zapisów informacji pokontrolnej, a konkretnie do stwierdzenia opisanego w piśmie z 09.11.2021 r., w którym podnosi on, że zarzut naruszenia art. 22a ust. 4 Pzp poprzez żądanie, aby podmiot trzeci wykonał część zamówienia wynikającą z warunku – nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy Pzp. Mając na uwadze takie 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 udzielający 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 się 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 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**”.

Poza wszystkim należy także ponownie podkreślić, iż zgodnie z art. 353¹ ustawy Kodeks Cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 t.j.) wykonawca i podwykonawca udzielający 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 udzielający 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 zniechęć do udziału w postępowaniu podmioty zmuszone do skorzystania z zasobów podmiotów trzecich.

W złożonych zastrzeżeniach Beneficjent postawił również tezę, że w jego przekonaniu nie da się 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”.

Trzeba stwierdzić, iż przytoczone przez Beneficjenta w tej kwestii wyroki Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO 123/20, KIO 127/20, KIO 141/20, KIO 201/20, KIO 550/20, 597/20 oraz KIO 2163/20) nie wykluczają, zdaniem IZ RPO WSL, realizacji części zamówienia, do wykonania której niezbędne są użyczane wykonawcy zasoby, poprzez oddelegowanie do wykonania do tej części zamówienia personelu wykonawcy. W szczególności, 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 użyczane 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 zgodnie z 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 należyłą 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.

Ostatecznie, po przeprowadzonej analizie złożonych zastrzeżeń oraz argumentów Zamawiającego, Instytucja Zarządzająca RPO WSL podtrzymuje swoje stanowisko względem kwalifikacji i rodzaju uchybienia.

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

i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz.U.UE.L.2013.347.320 – dalej „rozporządzenie ogólne”).

Zgodnie z art. 24 ust. 5 i 9 ustawy wdrożeniowej oraz §2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U.2018.971 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 **5%** 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.

We wskazanym zamówieniu za nieprawidłowość, polegającą na zastosowaniu ograniczających kryteriów/warunków/specyfikacji, ale mimo to zapewniono minimalny poziom konkurencji, tj. otrzymano i przyjęto od pewnej liczby wykonawców oferty spełniające kryteria kwalifikacji, nie przewidziano możliwości dalszego obniżenia stawki pomniejszenia.

Podsumowanie dla zamówienia:

Uchybienie nr	Numer kategorii nieprawidłowości indywidualnej	Wartość pomniejszenia
5.1.1.b	11	5%

5.1.2

Nazwa i przedmiot zamówienia: Opracowanie i wydruk tablicy informacyjnej na potrzeby projektu „Budowa parkingu wraz z zagospodarowaniem terenu obok dworca PKP w Jelesni”

Nr zamówienia: SSFE.7021-01.11.03.20.PO

Umowa z wykonawcą:

Zlecenie z dnia 03.11.2020 r. / SEE EFFECT Szymon Gołek, 34-382 Bystra 20 / 1.107,00 zł

Brak uchybień formalnych oraz uchybień mających skutki finansowe stwierdzonych w wyniku czynności kontroli.

5.1.3

Nazwa i przedmiot zamówienia: Sprawowanie nadzoru inwestorskiego nad budową parkingu wraz z zagospodarowaniem terenu obok dworca PKP w Jeleśni realizowanych w ramach projektu pn. „Budowa parkingu wraz z zagospodarowaniem terenu obok dworca PKP w Jeleśni”

Nr zamówienia: RPO.04.05.02.RC4.2020

Umowa z wykonawcą:

Umowa nr RPO.4.5.2.N1.2020 / 18.12.2020 r. / Biuro Obsługi Inwestycyjnej Marcin Bury,
ul. Sienkiewicza 48, 34-300 Żywiec / 22.000,00 zł

Brak uchybień formalnych oraz uchybień mających skutki finansowe stwierdzonych w wyniku czynności kontroli.

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. 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 art. 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 kontrolnego:

Piotr Piszcz
Kinga Powroźnik

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