



Województwo  
Śląskie

Katowice, 08 lipca 2021 r.  
FR-RKPR.44.340.1.2021.PP  
Dotyczy projektu nr 0152/19



Pan  
Mieczysław Kieca  
Prezydent Miasta Wodzisławia  
Śląskiego  
Urząd Miasta Wodzisławia Śląskiego  
ul. Bogumińska 4  
44-300 Wodzisław Śląski

**Dotyczy kontroli projektu pn. „Budowa dróg na terenach po KWK 1 Maja w Wodzisławiu Śląskim”**

URZĄD MARSZAŁKOWSKI  
WOJEWÓDZTWA ŚLĄSKIEGO

DEPARTAMENT  
EUROPEJSKIEGO FUNDUSZU  
ROZWOJU REGIONALNEGO

ul. Ligonia 46,  
40-037 Katowice

TELEFON +48 32 77 40 130  
FAKS +48 32 77 40 196

efrr@slaskie.pl  
slaskie.pl  
powstania.slaskie.pl

Szanowny Panie Prezydencie,

W załączeniu do niniejszego pisma przekazuję ostateczną informację pokontrolną z przeprowadzonej w dniach 28.05-11.06.2021 r. kontroli projektu pn. *Budowa dróg na terenach po KWK 1 Maja w Wodzisławiu Śląskim*, dofinansowanego z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2014 – 2020.

Do ostatecznej informacji pokontrolnej nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń.

Z poważaniem,

Monika Duda-Szmyd

Zastępca Dyrektora Departamentu Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

*Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym*

Załączniki: Ostateczna informacja pokontrolna z kontroli projektu jak wyżej.



Unia Europejska  
Europejski Fundusz  
Rozwoju Regionalnego



## OSTATECZNA INFORMACJA POKONTROLNA

**Nazwa jednostki kontrolowanej:** Miasto Wodzisław Śląski

[Podmiot realizujący projekt – Zarząd Dróg Miejskich w Wodzisławiu Śląskim]

**Tytuł projektu:** Budowa dróg na terenach po KWK 1 Maja w Wodzisławiu Śląskim

**Nr umowy o dofinansowanie:** UDA-RPSL.06.01.00-24-0152/19-00

**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.06.01.00-24-0152/19-00 z 29.04.2020 r. w sprawie dofinansowania projektu pn. *Budowa dróg na terenach po KWK 1 Maja w Wodzisławiu Śląskim.*

**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:** 28.05-11.06.2021 r.

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

- e-mail z dnia 01.06.2021 r. (konto: piotr.piszcz@slaskie.pl) - prośba o wyjaśnienia oraz uzupełnienie dokumentacji kontrolowanego postępowania (termin do 04.06),
- e-mail przedstawiciela Beneficjenta z dnia 01.06.2021 r. – prośba o wydłużenie terminu na wyjaśnienia do dnia 08.06.2021 r.,
- e-mail z dnia 01.06.2021 r. (konto: piotr.piszcz@slaskie.pl) – zgoda na wydłużenie terminu na złożenie wyjaśnień oraz uzupełnienie dokumentacji do 07.06.,
- e-mail przedstawiciela Beneficjenta z dnia 08.06.2021 r. – przekazanie wyjaśnień w odpowiedzi na e-mail z dnia 01.06.2021 r.,
- pismo Beneficjenta z dnia 25.06.2021 r. przekazujące zastrzeżenia do informacji pokontrolnej z dnia 11.06.2021 r.

**3. Miejsce przeprowadzenia kontroli:** siedziba IZ RPO WSL – kontrola w trybie pracy zdalnej

**4. Zakres oraz przedmiot kontroli:**

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

Opis skontrolowanych procesów:

Zgodność postępowań w zakresie zamówień z przepisami prawa krajowego i wspólnotowego.

## 5. Opis stwierdzonego w wyniku kontroli stanu faktycznego:

### 5.1 Zamówienia

W ramach prowadzonej kontroli zweryfikowano 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 1 zamówienie poniżej kwoty 50 tys. zł netto.

#### 5.1.1

**Nazwa i przedmiot zamówienia:** Budowa dróg na terenach po KWK 1 Maja w Wodzisławiu Śląskim wraz z oświetleniem i odwodnieniem, w podziale na części (wielkości zgodne z przedmiarem robót):

Część I – zadanie 1a (część drogowa - 475,94 m; kanalizacja deszczowa 420 m) i zadanie 1b (część drogowa 295,54 m; kanalizacja deszczowa 376 m)

Część II – zadanie 3 (część drogowa – 935,7 m; kanalizacja deszczowa 552,8 m)

**Rodzaj zamówienia:** roboty budowlane

**Nr zamówienia:** IZ.27.9.2020

**Nr ogłoszenia oraz data publikacji:** BZP,

Ogłoszenie o zamówieniu nr 537201-N-2020 z dnia 08.05.2020 r.

Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia nr 540096876-N-2020 z dnia 03.06.2020 r.

**Tryb udzielenia zamówienia:** przetarg nieograniczony

**Szacunkowa wartość zamówienia:** 4.053.736,82 zł netto (949.508,54 euro), w tym:

*Część I – 2.095.092,97 zł netto*

*Część II – 1.958.643,85 zł netto*

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

Dla części 1 i 2 - Umowa nr UM/13/2020 / 13.08.2020 r. / Zakład Usług Budowlanych MARBUD Mariusz Ogrodowski, ul. Miodowa 5, 44-207 Rybnik / 4.121.621,00 zł

*(z tego: część I – 2.192.226,27 zł; część II – 1.929.394,73 zł)*

#### 5.1.1.a

W trakcie czynności kontrolnych ustalono, że informacja o wyborze najkorzystniejszych została zawarta w piśmie z dnia 22.07.2020 r., które w tym samym dniu zostało udostępnione na stronie internetowej Zamawiającego.

Podobnie, informacja o odrzuceniu oferty firmy EKOLAND na podst. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, została zawarta w piśmie z 22.07.2020 r. informującym o wyborze najkorzystniejszej oferty – udostępnionym jedynie na stronie internetowej.

Zamawiający poproszony o wyjaśnienie – czy i w jaki sposób przekazał wykonawcom powyższe informacje, w piśmie z dnia 07.06.2021 r. stwierdził, że „wszyscy oferenci zostali poinformowani o wyborze oferty najkorzystniejszej poprzez ogłoszenie na BIP zawiadomienia o wyborze”. Podobnie w kwestii oferty odrzuconej, Zamawiający wyjaśnił w tymże piśmie, iż „nie informował w sposób dodatkowy firmy EKOLAND o odrzuceniu oferty, została ona poinformowana wraz z resztą oferentów w dokumencie Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej”, która została zamieszczona na BIP w dniu 22.07.2020 r.

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 1 pkt 1 i 3 – „Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, (...), 3) wykonawcach, których oferty zostały

*odrzucone, powodach odrzucenia oferty (...)*”.

Ponadto zapis art. 92 ust. 2 wskazuje, że „Zamawiający udostępnia informacje, o których mowa w ust. 1 pkt 1 (...), na stronie internetowej”, zaś art. 94 ust. 1 pkt 2 określa, iż „Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego (...), w terminie: 2) nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 10 dni – jeżeli zostało przesłane w inny sposób – w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8”.

Pierwszy z powyższych dwóch zacytowanych przepisów ustawy Pzp pośrednio, natomiast drugi z nich – już w bezpośredni sposób wskazuje, że informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty powinna zostać do wszystkich wykonawców przesłana, nie zaś tylko udostępniona przez Zamawiającego na stronie internetowej. Analogicznie rzecz ma się z poinformowaniem wykonawcy o odrzuceniu jego oferty, które również powinno odbyć się poprzez przesłanie stosownej informacji. Należy również odnotować, że Zamawiający przy okazji zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, poinformował o odrzuceniu oferty złożonej przez firmę EKOLAND, podając jedynie podstawę prawną - bez przedstawienia faktycznego uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty.

W związku z powyższym zespół kontrolny stwierdził naruszenie przez Zamawiającego zapisów art. 92 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez brak przesłania do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o ofertach odrzuconych.

Zważywszy jednakże na fakt, że umowa z Wykonawcą na realizację całości przedmiotu zamówienia została podpisana dopiero 21 dni po dokonaniu przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty (do tego czasu żaden z wykonawców nie wniósł odwołania) – zespół kontrolny uznaje opisane uchybienie za formalne.

#### **5.1.1.b**

Ogłoszenie o zamówieniu nr 537201-N-2020 zostało zamieszczone w BZP w dniu 08.05.2020 r. W treści ogłoszenia stwierdzono brak informacji o warunkach udziału w postępowaniu oraz dokumentach, które należy złożyć na potwierdzenie spełniania warunków. Jednocześnie w treści SIWZ (pkt 8.1.2) zapisana została informacja o wymaganych warunkach udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej oraz o dokumentach potwierdzających spełnianie tych warunków, które należy złożyć na wezwanie Zamawiającego.

Poproszony o wyjaśnienie powyższego Zamawiający stwierdził, iż brak w treści ogłoszenia o zamówieniu informacji o warunkach udziału w postępowaniu oraz o dokumentach potwierdzających spełnianie tych warunków, jest wynikiem omyłkowego omińnięcia tej pozycji w trakcie tworzenia ogłoszenia.

Instytucja Zarządzająca podkreśla, iż kwestię obowiązków Zamawiającego, odnośnie publikacji treści warunków udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, jak również dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania tych warunków, rozstrzygają przepisy art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 oraz art. 41 pkt 7 i 7a ustawy Pzp, zgodnie, z którymi opis warunków udziału w postępowaniu oraz wykaz dokumentów muszą być jednakowe zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w treści SIWZ.

Wobec tego trzeba podkreślić, że już w treści ogłoszeniu o zamówieniu należy wskazać wszystkie warunki, jakie muszą spełnić Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, a następnie przedmiotowe informacje powielić w treści pozostałej dokumentacji przetargowej (SIWZ, załączniki do SIWZ). Jednocześnie należy zauważyć, iż w przedmiotowym postępowaniu mimo obowiązku wskazanego w art. 41 pkt 7 i 7a ustawy Pzp (zgodnie z którym obligatoryjnymi elementami ogłoszenia o zamówieniu są: informacja na temat warunków udziału w postępowaniu oraz

dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków), Zamawiający nie zawarł w treści ogłoszenia żadnej z tych informacji.

Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem judykatury celem ustawodawcy (w zakresie ustanowienia ww. przepisu) było zobligowanie Zamawiającego do wskazania w ogłoszeniu najistotniejszych informacji o zamówieniu tak, aby m.in. warunki udziału w postępowaniu były znane wszystkim potencjalnym Wykonawcom już na etapie zapoznania się z treścią wskazanego dokumentu. Warto też zauważyć, że na gruncie ustawy Pzp nie sposób uznać któregokolwiek z dokumentów dot. prowadzonego postępowania (ogłoszenie, SIWZ) za istotniejszy.

Warto w tym miejscu przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29.01.2014 r. (sygn. KIO 49/14), w treści którego, w kontekście zachowania zasad postępowania, w tym szczególnie równego traktowania wykonawców oraz zasady jawności postępowania, możemy przeczytać, iż *„podkreślenia wymaga, że Wykonawcy zapoznając się tylko z ogłoszeniem o zamówieniu mogą podjąć decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu albo – widząc zbyt małe szanse na wygranie postępowania – mogą podjąć decyzję o nie braniu udziału w postępowaniu. Analogicznie mogą postąpić Wykonawcy, którzy swą decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu podejmować będą wyłącznie na podstawie treści siwz wychodząc z założenia, że przepisy nakładają na Zamawiającego obowiązek zachowania jej zgodności z brzmieniem ogłoszenia o zamówieniu. Nie ulega również wątpliwości, że informacje o warunkach udziału w postępowaniu należy uznać za jedną z najbardziej istotnych z punktu widzenia Wykonawców. Zamawiający określa bowiem w ten sposób krąg potencjalnych Wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia. W związku z tym rozbieżność między ogłoszeniem o zamówieniu a specyfikacją w zakresie opisu warunków udziału w postępowaniu polegająca na tym, że w ogłoszeniu takiego opisu brak, a znajduje się on w siwz, nie może być uznana za niemającą wpływu na wynik postępowania”*.

Należy również podkreślić, że treść warunków udziału w postępowaniu stanowi jedną z decydujących informacji o danym zamówieniu, mającą wpływa na możliwość udziału Wykonawcy w danej procedurze, dlatego powinna być ona wskazana już w ogłoszeniu w sposób pełny, konkretny i jednoznaczny.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp: *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości”*. Obowiązek równego traktowania wykonawców w niniejszym stanie faktycznym, polega na zagwarantowaniu wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu upublicznienia informacji, jednocześnie umożliwiając jak najszerszy dostęp do zamówienia. Zasada przejrzystości oznacza natomiast, iż każdy przedsiębiorca bez względu na miejsce swojej siedziby, zarówno w kraju, jak również w każdym z państw członkowskich, ma pełny dostęp do stosownych informacji odnoszących się do zamówienia przed jego udzieleniem i w konsekwencji jest w stanie wyrazić swoje ewentualne zainteresowanie wzięciem udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze należy skonstatować, iż zapisy w ogłoszeniu oraz SIWZ winny być tożsame, ponadto w ocenie kontrolujących, Zamawiający bezsprzecznie nie wypełnił ustawowych wymogów dotyczących minimalnego zakresu informacji, który należy umieścić w treści ogłoszenia o zamówieniu, czym **naruszył art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 41 pkt 7 i 7a Pzp**.

Do powyższych ustaleń wniesiono zastrzeżenia pismem z dnia 25.06.2021 r.

Głównym argumentem przeciwko ustaleniom kontrolnym jest zdaniem Beneficjenta to, iż opisane uchybienie ma jedynie charakter potencjalny i nie sposób dowieść, że przyniosło one realne szkody. Wywodzi on, że skoro w postępowaniu złożonych zostało po 10 ofert na każde zadanie, to nie sposób uznać, że krąg wykonawców został ograniczony, a co za tym idzie, że naruszona została zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do powyższych argumentów należy stwierdzić, iż fakt potencjalności opisanego



uchylenia był przywołany przez IZ, jedynie jako okoliczność umożliwiającą obniżenie do poziomu 5% stawki pomniejszenia za opisanie naruszenie przewidzianej rozporządzeniem.

W tej kwestii należy wskazać na wyrok NSA z 3 grudnia 2019 r. (sygn. I GSK 1515/18), w którym czytamy, że „nie ma (...) podstaw prawnych do twierdzenia o obowiązku wykazania przez organ nakładający korektę faktycznej straty w środkach publicznych”.

Powyższe znajduje potwierdzenie również w wyroku WSA w Gliwicach z dnia 19 grudnia 2018 r. (sygn. III SA/GI 695/18) gdzie jednoznacznie wskazano, iż dla uznania, że doszło do powstania „nieprawidłowości” wystarczy ustalenie, że wskutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE: „szkodą, bowiem w interesach finansowych Unii Europejskiej jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, a nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa unijnego lub krajowego, w tym zasad określonych w Pzp; wystarczy stwierdzenie możliwości wystąpienia „potencjalnej” szkody w budżecie Unii Europejskiej. Stwierdzenie wystąpienia szkody „rzeczywistej” nie ma podstawowego znaczenia (...). Nie jest przy tym sporne, że przy braku możliwości ustalenia wysokości szkody, w przypadku naruszenia Pzp, stosuje się odpowiednie wytyczne i taryfikatory. Owe wytyczne i taryfikatory odzwierciedlają nabyte doświadczenia w zakresie naruszeń prawa szacowania szkody i mają na celu dostarczenie wyjaśnień dotyczących poziomu korekt, które mają być stosowane zgodnie z zasadą proporcjonalności oraz z uwzględnieniem orzecznictwa TSUE. Wytyczne wraz z taryfikatorami mają - w razie trudności z ustaleniem szkody - umożliwić określenie jej wysokości w jak najbardziej zbliżonej wysokości do potencjalnej szkody.

Ponadto, jak podkreśla Wojewódzki Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 11 lipca 2019 r. (sygn. III SA/GI 12/19, „(...) „nieprawidłowość” w rozumieniu art. 2 pkt 36 ww. rozporządzenia - oznacza jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Za śledzenie tak rozumianych nieprawidłowości odpowiedzialność ponosi państwo członkowskie i w związku z nieprawidłowościami (pojedynczymi lub systemowymi) dokonuje korekt finansowych. Zatem wymieniona „nieprawidłowość” ma miejsce w sytuacji, gdy wskutek naruszenia procedur doszło do powstania szkody lub mogłoby dojść do jej powstania w budżecie ogólnym UE. Możliwość powstania szkody należy rozumieć, jako możliwość uszczuplenia środków unijnych. Dla uznania, zatem, że doszło do powstania „nieprawidłowość” w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia nr 1303/2013 wystarczy ustalenie, że wskutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE.”

Biorąc pod uwagę powyższe, zespół kontrolujący podtrzymuje ustalenia z kontroli oraz kwalifikację naruszenia.

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

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

dalej „rozporządzenie”) wartość stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej w przypadku korekty finansowej jest równa kwocie wydatków poniesionych nieprawidłowo w części odpowiadającej kwocie współfinansowania UE, natomiast w przypadku pomniejszenia jest równa kwocie wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach tego zamówienia.

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

Za powyższe naruszenie przewidziana jest stawka procentowa 25% odpowiadająca kategorii nieprawidłowości indywidualnej nr 11 pn. *Brak pełnej informacji o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zawarcia umowy koncesji, kryteriach kwalifikacji, kryteriach selekcji, fakultatywnych podstawach wykluczenia z postępowania lub kryteriach oceny ofert.*

Z uwagi na charakter i wagę stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej zastosowanie ma stawka procentowa o niższej niż maksymalna wysokość przewidziana dla danej kategorii nieprawidłowości. Zamawiający bezsprzecznie dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 41 pkt 7 i 7a ustawy Pzp, aczkolwiek należy stwierdzić, iż uchybienie ma jedynie charakter potencjalny.

W ogłoszeniu o zamówieniu nie zawarto treści warunków udziału w postępowaniu oraz informacji o dokumentach, które należy złożyć na potwierdzenie spełniania tych warunków. Całość informacji w tym temacie została zawarta jedynie treści w SIWZ, tym samym Zamawiający nie ograniczył w istotny sposób kręgu oferentów, gdyż nie doszło do efektu zniechęcającego potencjalnych Wykonawców do wzięcia udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Upublicznienie zarówno ogłoszenia o zamówieniu, jak i treści SIWZ nastąpiło równocześnie, więc potencjalni wykonawcy mogli zapoznać się w tym samym czasie ze wszystkimi wymogami mającymi wpływ na skonstruowanie oferty. W rezultacie Zamawiający w jakimś stopniu zmniejszył ryzyko niedoinformowania wykonawców o ustanowionych w ramach niniejszego zamówienia warunkach udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentach na potwierdzenie ich spełniania.

Potwierdza to fakt, że w ramach niniejszego postępowania do Zamawiającego wpłynęło po 10 ofert w zakresie obydwu części przedmiotu zamówienia, zatem nie sposób uznać, iż krąg wykonawców został istotnie ograniczony.

W związku z powyższym stawkę pomniejszenia obniżono do poziomu 5%.

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

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

### 5.1.1.c

W treści pkt 8.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł warunki udziału w niniejszym postępowaniu:

*„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy (...) spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej.*

**Wykonawca składając ofertę spełni warunek jeżeli wykaze, że:** *wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie:*

- a) *Dwie roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie lub rozbudowie drogi z nawierzchni bitumicznej o powierzchni min. 5 000,00 m<sup>2</sup>;*

- b) Dwie roboty budowlane której przedmiotem była budowa lub przebudowa lub rozbudowa kanalizacji sanitarnej lub deszczowej min. fi 200 0 długości min. 500,00 mb;
- c) Dwie roboty budowlane polegająca na budowie lub przebudowie lub rozbudowie oświetlenia ulicznego lub parkingu o wartości min. 50 000 zł netto.

**Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że:**

- d) Dysponuje osobą **Kierownika Budowy** posiadającą uprawnienia zawodowe w zakresie kierowania robotami budowlanymi obejmującymi specjalność inżynieryjno-drogową;
- e) Dysponuje osobą **Kierownika Robót**, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych;
- f) Dysponuje osobą **Kierownika Robót**, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych”.

Ponadto w dniu 04.06.2020 r. na swojej stronie internetowej Zamawiający zamieścił pytania złożone przez potencjalnych wykonawców do treści SIWZ wraz z odpowiedziami. Pytanie nr 2, które znalazło się w treści tej informacji brzmiało: „Czy wymagania dotyczące spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej (czyli wykonania robót wg pkt 8.1.2), firmy tworzące Konsorcjum mogą spełniać wspólnie czy warunek musi spełnić jedna z firm będących w tym Konsorcjum?”. Zamawiający odpowiedział na to w następujący sposób – „Warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które określił Zamawiający w punkcie 8.1.2 (zdolność techniczna lub zawodowa) **musi spełniać przynajmniej jeden z członków konsorcjum**”.

Poproszony o wyjaśnienia Zamawiający stwierdził, iż określając, że przynajmniej jeden z konsorcjantów musi posiadać wskazane w SIWZ doświadczenie, jednocześnie tym zapisem „nie wykluczył posiadania doświadczeń przez pozostałych członków konsorcjum i łączenia go przy ocenie spełnienia warunków”. Ponadto Zamawiający podkreślił, że w odpowiedzi nie padło sformułowanie „wszystkich dziedzin”, więc jego intencją nie było wykluczenie z postępowania podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Tymczasem zgodnie z treścią art. 23 ust. 5 Pzp „Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełnienia przez wykonawców, o których mowa w ust. 1, warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne”. Z założenia konsorcja tworzone są właśnie w celu łączenia doświadczenia, potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego. Dlatego też, co do zasady, potencjały te podlegają sumowaniu.

W postępowaniu doszło do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji poprzez wymaganie, aby w przypadku podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przynajmniej jeden z nich spełniał warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu. Trzeba bowiem zauważyć, iż w odpowiedzi na pytanie potencjalnego wykonawcy, znalazło się stwierdzenie, „który określił Zamawiający w punkcie 8.1.2”, w którym to punkcie SIWZ zostały zapisane warunki udziału dotyczące zarówno doświadczenia wykonawcy, jak również jego potencjału kadrowego. Stąd wniosek, iż poprzez takie sformułowanie odpowiedzi Zamawiający ograniczył literalnie możliwość sumowania doświadczeń podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia, jako konsorcjum.

Poza tym, zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je, jako minimalne poziomy zdolności. Natomiast zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp, Zamawiający zobowiązany jest przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.



Sformułowanie „określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” oznacza, że określone warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe powinny być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia oraz nie powinny ograniczać one dostępu do zamówienia takim wykonawcom (zob. wyrok z dnia 14 grudnia 2012 r., KIO 2636/12).

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie musi zapewniać ubiegania się o udzielenie zamówienia każdemu zainteresowanemu wykonawcy. Nie będzie utrudnianiem uczciwej konkurencji fakt, że określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu będą mogli spełnić niektórzy wykonawcy. Zamawiający może zatem określać warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego potrzebom, jednakże pod warunkiem, że nie spowoduje to wyeliminowania z ubiegania się o zamówienie wykonawców, którzy mogą to zamówienie wykonać. Przestrzeganie zasady zachowania uczciwej konkurencji nie może być zatem utożsamiane z dopuszczeniem do udziału w postępowaniu wykonawców niezdolnych do należytego wykonania zamówienia publicznego.

Dlatego w art. 22 ust. 1a zostało zapisane sformułowanie „*minimalne poziomy zdolności*”, które oznacza, że określone w warunkach udziału w postępowaniu wartości, wielkości lub wymagania nie mogą utrudniać uczciwej konkurencji, tj. umożliwiać ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego tylko jednemu wykonawcy lub wąskiemu gronu wykonawców, podczas gdy zamówienie mogłoby należycie wykonać także inni wykonawcy.

Z przedmiotowego postępowania (poprzez odpowiedź na pytanie dotyczące treści SIWZ) hipotetycznie wykluczona została grupa wykonawców, którzy posiadając doświadczenie w robotach budowlanych wskazanych przez Zamawiającego jako warunek, nie dysponowała jednocześnie wymaganym potencjałem kadrowym także stanowiącym warunek udziału w postępowaniu. Ponadto możliwość złożenia oferty wspólnie z innym podmiotem w celu zsumowania potencjału, została przez Zamawiającego ograniczona, poprzez wymóg zawarty w jego odpowiedzi, wskazujący na konieczność posiadania przez jednego z konsorcjantów doświadczenia w realizacji każdej z robót opisanych w punkcie 8.1.2 ppkt a, b i c SIWZ.

Poza tym należy podkreślić, posilując się wyrokiem KIO o sygn. 371/2017 z 14 marca 2017 r., że „*formułując warunki udziału Zamawiający powinien dopuścić do udziału w realizacji zamówienia każdego wykonawcę należycie przygotowanego i obiektywnie zdolnego do jego realizacji. (...) Zamawiający winien móc udowodnić, że postawienie określonego warunku jest uzasadnione z uwagi na konieczność zabezpieczenia interesu Zamawiającego polegającego na właściwym wykonaniu umowy o zamówienie publiczne. Każdy nadmiarowy, nieproporcjonalny i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia warunek jest niezgodny z przepisami ustawy*”.

W związku z powyższym w ocenie kontrolujących, Zamawiający nie zapewnił w przedmiotowym postępowaniu równego oraz zgodnego z zasadami proporcjonalności traktowania wykonawców, czym **naruszył art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 22 ust 1a oraz naruszeniem art. 23 ust. 3 i 5 Pzp.**

Do powyższych ustaleń wniesiono zastrzeżenia pismem z dnia 25.06.2021 r.

Swoją argumentację przeciwko ustaleniom kontrolnym Beneficjent oparł na stwierdzeniu, iż odpowiadając na pytanie złożone przez potencjalnego wykonawcę, nie było jego intencją ograniczenie kręgu oferentów mogących wziąć udział w postępowaniu, zaś wykluczenie grupy wykonawców w wyniku tej odpowiedzi, miało jedynie hipotetyczny charakter.

Ponadto wywodzi on, że liczba złożonych ofert, wśród których była oferta konsorcjum firm, powoduje, iż nie sposób wykazać faktycznie poniesionej szkody wynikającej z ograniczenia kręgu wykonawców, w związku z czym opisane uchybienie ma jedynie charakter potencjalny.

Odnosząc się do powyższych argumentów należy stwierdzić, iż fakt potencjalności opisanego

uchybień był przywołany przez IZ, jako jedna z okoliczności umożliwiających obniżenie do poziomu 5% stawki pomniejszenia za opisanie naruszenie przewidzianej rozporządzeniem (*patrz - argumentacja zawarta w punkcie 5.1.1.b*).

Reasumując, zdaniem IZ w złożonych wyjaśnieniach Beneficjent w żaden sposób nie wykazał, że warunek udziału w postępowaniu został przez niego sformułowany w sposób, który nie miał wpływu na ograniczenie konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców.

Tym samym IZ nie znalazła podstaw do odstąpienia od stwierdzonego uchybień, w związku z czym podtrzymuje ustalenia kontroli oraz kwalifikację naruszenia.

Powyższe naruszenie przepisów prawa, które na skutek działania Beneficjenta doprowadziło do powstania potencjalnej szkody finansowej stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia ogólnego.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 i 9 ustawy wdrożeniowej oraz § 2 rozporządzenia wartość stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej w przypadku korekty finansowej jest równa kwocie wydatków poniesionych nieprawidłowo w części odpowiadającej kwocie współfinansowania UE, natomiast w przypadku pomniejszenia jest równa kwocie wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach tego zamówienia.

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

Za powyższe naruszenie przewidziana jest stawka procentowa 25% odpowiadająca kategorii nieprawidłowości indywidualnej nr 12 pn. *Określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zawarcia umowy koncesji, kryteriów kwalifikacji, kryteriów selekcji lub kryteriów oceny ofert.*

Z uwagi na charakter i wagę stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej zastosowanie ma stawka procentowa o niższej niż maksymalna wysokość przewidziana dla danej kategorii nieprawidłowości. Zamawiający bezspornie dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 22 ust. 1a oraz naruszeniem art. 23 ust. 3 i 5 Pzp, jakkolwiek należy stwierdzić, iż nie sposób wykazać faktycznie poniesionej szkody z tego tytułu, zaś samo uchybień ma jedynie charakter potencjalny. Zamawiający podkreślił w wyjaśnieniach, że jego intencją nie było wykluczenie z postępowania podmiotów występujących wspólnie, jak również w założeniu nie zamierzał ograniczać możliwości łączenia doświadczenia ewentualnych konsorcjantów przy ocenie spełniania przez nich warunków udziału w postępowaniu.

Potwierdzeniem tego może być fakt, że w ramach niniejszego postępowania do Zamawiającego wpłynęło po 10 ofert w zakresie obydwu części przedmiotu zamówienia (w tym 1 oferta złożona przez konsorcjum), zatem nie sposób uznać, iż krąg wykonawców jako takich został w istotny sposób ograniczony oraz, że wystąpił efekt zniechęcenia podmiotów, które wspólnie zamierzały ubiegać się o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższym stawkę pomniejszenia obniżono do poziomu 5%.

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

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

Podsumowanie dla zamówienia:

| Uchybienie nr | Numer kategorii nieprawidłowości indywidualnej | Wartość % pomniejszenia |
|---------------|--|-------------------------|
| 5.1.1.b       | 11   | 5%                      |
| 5.1.1.c       | 12   | 5%                      |

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

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

### 5.1.2

**Nazwa i przedmiot zamówienia:** Wykonanie 2 tablic promocyjnych dla zadania „Budowa dróg na terenach po KWK 1 Maja wraz z oświetleniem i odwodnieniem”

**Nr zamówienia:** IZ.27.14.2020

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

Zlecenie nr IZ.27.14.2020 / 02.10.2020 r. / Studio Reklamy EFEKT S.C., ul. Marklowicka 23a, 44-300 Wodzisław Śląski / 1.451,41 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%                      |
| 5.1    | 5.1.1.c       | 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 (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 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:

Aleksandra Kozera  
wz. Kierownika 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*