



Dotyczy: odpowiedzi na zgłoszone pisemne zastrzeżenia w zakresie stwierdzonych nieprawidłowości w ramach wniosku o płatność nr WNP-RPSL.11.01.04-24-0258/20-005

URZĄD MARSZAŁKOWSKI
WOJEWÓDZTWA ŚLĄSKIEGO

DEPARTAMENT EUROPEJSKIEGO
FUNDUSZU SPOŁECZNEGO

ul. Ligonja 46
40-037 Katowice

TELEFON +48 32 77 44 948

efs@slaskie.pl
slaskie.pl

Instytucja Zarządzająca RPO WSL (dalej IZ RPO WSL) pismem nr FS-ZPO.KW-01402/22, FS-ZPO.433.429.2022 z dnia 14.11.2022 r. Przekazała Beneficjentowi wynik kontroli postępowania pn.: *Dostawa sprzętu multimedialnego i oprogramowania do placówek oświatowych oraz sprzętu komputerowego dla Urzędu Miasta Żory* (ID LSI:75476). W powyższym postępowaniu IZ RPO WSL wskazała istotne zastrzeżenia.

W opinii IZ RPO WSL Zamawiający naruszył zapisy art. 455 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione wydłużenie terminu realizacji zamówienia w ramach części 2, które doprowadziły do sytuacji, w której gdyby taka zmiana została dopuszczona w SWZ, niezależnie od jej przyczyn, w postępowaniu mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści.

Konsekwencją naruszenia art. 455 Pzp jest:

- pomniejszenie w wysokości 25 % wartości wydatków kwalifikowanych w ramach zawartej umowy na część 2 zamówienia z MOREDU Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 74/320, 50-020 Wrocław, zawartej na kwotę 115 018,00 zł brutto zł.

Beneficjent pismem z dnia 24.11.2022 r. nr, SiR.042.4.2021.EK, wniósł zastrzeżenia do przedstawionych ustaleń dotyczących ww. postępowania. **IZ RPO WSL, po zapoznaniu się z zastrzeżeniami Beneficjenta, podtrzymuje wcześniejsze ustalenia dot. uznania części wydatków za niekwalifikowalne w ramach zamówienia publicznego pn.: *Dostawa sprzętu multimedialnego i oprogramowania do placówek oświatowych oraz sprzętu komputerowego dla Urzędu Miasta Żory* (nr nadany przez Zamawiającego: ZP.271.2.13.2021) w wysokości ustalonej w Liście sprawdzającej do kontroli dokumentów mających związek z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej na etapie pogłębionej analizy wniosku o płatność nr WNP-RPSL.11.01.04-24-0258/20-005-03.**



W treści zastrzeżeń przesłanych do IZ RPO WSL Zamawiający wskazuje, iż :

1. „nie naruszył zapisów art. 455 ustawy pzp, gdyż ww. zmiany zostały dopuszczone w SWZ („Specyfikacja warunków zamówienia”, strona 5), dokument zamieszczony w systemie LSI na etapie sporządzania wniosku o płatność nr WNP-RPSL.11.01.04-24-0258/20-005-02 ID - 1732172 pod nazwą - „2 SWZ z załącznikami zamówienia”. W ten sposób zdaniem Beneficjenta wydłużenie terminu nie miało wpływu na to, czy inni Wykonawcy wzięliby udział w postępowaniu.

Ponadto możliwość dokonania zmian w umowie zgodnie z art. 455 ustawy pzp została przewidziana również w ogłoszeniu o zamówieniu pn. „Dostawa sprzętu multimedialnego i oprogramowania do placówek oświatowych oraz sprzętu komputerowego dla Urzędu Miasta Żory” w SEKCJI VII pod nazwą „PROJEKTOWANE POSTANOWIENIA UMOWY”, w punkcie 7.3.) - Zamawiający przewiduje zmiany umowy: Tak oraz w punkcie 7.4.) Rodzaj i zakres zmian umowy oraz warunki ich wprowadzenia: Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmian postanowień zawartej umowy w sposób przewidziany przepisami art. 455 ustawy pzp. Dokument zamieszczony został w systemie LSI na etapie sporządzania wniosku o płatność nr WNP-RPSL.11.01.04-24-0258/20-005-02 ID - 1732198 pod nazwą - „7 ogłoszenie o zamówieniu zamówienia”, tym samym wszyscy potencjalni Wykonawcy mieli równy dostęp do informacji i mogli wziąć udział w postępowaniu.

Stanowisko IZ RPO WSL:

Zamawiający w zamieszczonych w systemie LSI dokumentach (ID LSI :1732172): Specyfikacji warunków zamówienia (dalej SWZ) oraz wzorze umowy, jak i w ogłoszeniu o zamówieniu zawarł jedynie zapis: „Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmian postanowień zawartej umowy w sposób przewidziany przepisami art. 455 ustawy pzp”. Zgodnie z art.455 pzp zmiany do umowy mogą być wprowadzone jeżeli **łącznie** spełniają następujące warunki: określono rodzaj i zakres zmian, określono warunki wprowadzenia zmian, nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy. W żadnym dokumencie będącym integralną częścią zamówienia tj. w ogłoszeniu o zamówieniu, w SWZ, we wzorze umowy, Zamawiający nie określił rodzaju i zakresu zmian. Nigdzie nie wskazano, że istnieje możliwość wydłużenia okresu realizacji umowy oraz nie opisano dokładnych okoliczności w jakich ta zmiana może nastąpić. Biorąc pod uwagę występującą w tamtym czasie sytuację pandemiczną w kraju oraz okres ferii zimowych w szkole, Zamawiający powinien uwzględnić wszystkie okoliczności które mogą temu towarzyszyć i wpłynąć na wydłużenie terminu realizacji umowy. Zamawiający wskazał jedynie warunki wprowadzenia zmian do umowy.

Urząd Zamówień Publicznych w komentarzu do art. 455 ustawy pzp. „*podkreśla, że zbyt ogólne sformułowanie zakresu i warunków zmian umowy wyklucza możliwość skorzystania ze zmiany umowy na podstawie takiego postanowienia. Prawo do modyfikacji przysługuje jedynie w przypadku precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę umowy.*” Dodatkowo „*pewne wskazówki co do treści klauzul zmiany umowy można także znaleźć w regulacji art. 436 pkt 4 lit. b ustawy, w którym mowa o obligatoryjnych klauzulach waloryzacyjnych, jakie zamawiający muszą zawrzeć w umowie o zamówienie publiczne zawieranej na więcej niż 12 miesięcy. Na podstawie tego przepisu klauzula powinna zawierać: (1) wskazanie zdarzenia będącego przyczyną modyfikacji umowy (zmiany prawne), (2) konsekwencje, jakie to zdarzenie ma dla stron umowy, uzasadniające dokonanie zmiany (np. wzrost kosztów wykonania zamówienia), (3) skutki zaistnienia tego zdarzenia dla uprawnień oraz obowiązków stron umowy (np. zmiana wynagrodzenia wykonawcy).*” Zapisy zawarte w SWZ czy wzorze umowy w żaden sposób nie spełniają przedstawionych powyżej warunków, a zatem nie dają one możliwości wprowadzenia zmian do umowy w tym wypadku wydłużenia okresu jego realizacji.

Po raz kolejny podkreślić należy fakt, że zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem KIO i sądów zmiana (terminu realizacji zamówienia) z punktu przepisów Pzp jest zmianą istotną, gdyż gdyby taka możliwość zmiany została wskazana w SWZ, zgodnie ze wskazanym art. 455, niezależnie od jej przyczyn, w postępowaniu mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści, a nie można wykluczyć, iż byłyby one korzystniejsze. IZ RPO WSL stoi na stanowisku, iż żaden z wymienionych wyżej dokumentów nie spełnia **wszystkich** przesłanek wymienionych w art. 455 ust. 1 lit. a-c Pzp na podstawie których możliwe było aneksowanie umowy i wydłużenie terminu jej realizacji.

2. Zamawiający podtrzymuje, iż pierwotnie wyznaczony termin realizacji przedmiotowej umowy był realny i racjonalny, wystąpiły nieprzewidywalne okoliczności, które wpłynęły na konieczność jego wydłużenia. Głównym czynnikiem, który wpłynął na brak możliwości dotrzymania terminu realizacji umowy, była trwająca pandemia Covid - 19 oraz nagły wzrost zachorowań, który doprowadził do wprowadzenia w dniu „26 stycznia 2022 r. przez Ministerstwo Edukacji i Nauki rozporządzenia w sprawie czasowego ograniczenia funkcjonowania jednostek systemu oświaty w związku z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19 (Dz. U. z 26 stycznia 2022 r. poz. 186, dokument zamieszczono w systemie LSI Rejestr postępowań / zamówień i dokumentów, ID postępowania 83442), z którego wynikało ograniczenie funkcjonowania jednostek systemu oświaty w terminie od 27 stycznia do 27 lutego 2022 r., co również miało istotny wpływ na przeprowadzenie szkoleń z okularów VR, które zostały przewidziane wyłącznie w formie stacjonarnej”.

W dalszej części wskazano: „Ponadto zarówno w Szkole Podstawowej nr 4 z Oddziałami Sportowymi i Mistrzostwa Sportowego w Żorach, jak i w Szkole Podstawowej nr 6 im. Tadeusza Kościuszki w Żorach zarządzeniami dyrektorów oraz decyzjami Sanepidu w okresie realizacji przedmiotowej umowy zawieszono zajęcia w formie stacjonarnej w poszczególnych klasach w związku z pozytywnymi wynikami COVID uczniów oraz pracowników ww. szkół.

Również w Szkole Podstawowej nr 15 z Oddziałami Sportowymi w Żorach zajęcia w okresie od 20 stycznia do 11 lutego 2022 r. odbywały się zdalnie lub w trybie hybrydowym, tym samym nie było możliwości przeprowadzenia szkoleń dla nauczycieli w formie stacjonarnej.

Dokumenty potwierdzające powyższe Beneficjent umieścił w systemie LSI: Rejestr postępowań / zamówień i dokumentów, ID postępowania 83442)”.

Zamawiający w przesłanych wyjaśnieniach zwraca również uwagę, iż w terminie realizacji umowy wielu spośród nauczycieli mających uczestniczyć w szkoleniach przebywało na zwolnieniach lekarskich, co w znacznym stopniu uniemożliwiło ich realizację z uwagi na przewidzianą formę stacjonarną.

Stanowisko IZ RPO WSL:

Zamawiający wielokrotnie podkreśla, iż określenie terminu realizacji umowy nr SiR.042.4.2021/29 na dzień 28.02.2022 r. było zamierzone i celowe, a gwarancją jej realizacji miała być dostępność okularów VR na rynku w momencie prowadzenia rozeznania rynku. W wyznaczonym terminie 34 dni kalendarzowych wykonawca miał dostarczyć okulary VR oraz przeprowadzić 5-godzinne szkolenie dla 117 nauczycieli. W terminie 14-28.02.2022 r. zaplanowana była przerwa zimowa w szkołach tzw. ferie co znacząco skracało rzeczywisty termin realizacji umowy. Na moment ogłoszenia przetargu tj. 17.12.2021 r. w Polsce od prawie dwóch lat panowała pandemia Covid-19, dodatkowo okres zimowy w którym co roku występuje zwiększone zachorowanie na choroby sezonowe np. takie jak grypa, powoduje wzmożoną absencje wśród pracowników wszystkich branż. Biorąc pod uwagę powyższe przesłanki, oraz doświadczenie Zamawiającego w realizacji projektów powinien mieć on świadomość, iż realizacja umowy polegająca nie tylko na dostawie sprzętu ale również przeszkoleniu grupy 117 nauczycieli może napotkać przeszkody prowadzące do opóźnienia w jej realizacji. Dlatego na etapie planowania zapisów SWZ powinien wziąć pod uwagę powyższe przesłanki w zakresie terminu realizacji zamówienia. Zamawiający świadomie podjął ryzyko realizacji umowy w tak krótkim okresie. Jako główną przyczynę wydłużenia realizacji umowy wskazuje się występowanie pandemii oraz wzrost zachorowań i wprowadzenie nauczania zdalnego. Jednakże należy zauważyć, iż pandemia nie miała nieprzewidywalnego charakteru, wzrost zachorowań był monitorowany i prognozowany, w związku z czym można było się spodziewać wzrostu zachorowań.

Dokumentacja zamieszczona w systemie LSI potwierdza fakt, że we wszystkich szkołach biorących udział w projekcie w okresie od 27.01.2022 r. do 27.02.2022 r. poszczególne klasy zostały objęte nauczaniem zdalnym w związku z pozytywnymi wynikami testów na Covid uczniów oraz pracowników szkół.

- W Szkole Podstawowej nr 4 nauczaniem zdalnym zostały objęte następujące klasy w terminach:
 - klasa 2b - 3-4 luty 2022 r. – 2 dni;
 - klasa 3d – 1-2 luty 2022 r. – 2 dni;
 - klasa 1b – 26-27 stycznia 2022 r. - 2 dni;
 - klasa 7a, 3b, 8c- 25-28 stycznia 2022 r. -4 dni;
 - klasa 7f- 25-31 stycznia 2022 r. -7 dni;

- klasa 7g -24-28 styczeń 2022 r.- 5 dni;
- W Szkole Podstawowej nr 15 nauczaniem zdalnym zostały objęte następujące klasy w terminach:
 - klasy 4-8 – 7-11 luty 2022 r. – 5 dni;
- W Szkole Podstawowej nr 6 nauczaniem zdalnym zostały objęte następujące klasy w terminach:
 - klasa 1a, 1b, 5a- 24-29 styczeń 2022 r. – 6 dni;
 - klasa 5b, 6a,7a,8b – 24-31 styczeń -8 dni.¹

W żadnej ze szkół nie zostało wprowadzone w 100% nauczania zdalnego, prowadzone było nauczanie hybrydowe, a z nauczania stacjonarnego wykluczone były pojedyncze klasy, dodatkowo w większości przypadków nauczanie zdalne odbywało się pod koniec stycznia czyli w terminie kiedy umowa została podpisana i tworzono harmonogram realizacji szkoleń (faza przygotowawcza do faktycznej realizacji umowy). W związku z tym sytuacja pandemiczna w szkołach, które pracowały co do zasady w normalnym trybie z pewnymi utrudnieniami, nie mogła wpłynąć w sposób który uniemożliwiłby realizację szkoleń.

Zamawiający w systemie LSI załączył wykaz absencji nauczycieli w poszczególnych placówkach w okresie realizacji umowy. Z danych zamieszczonych w wykazie wynika, że w okresie realizacji umowy nieobecnych we wszystkich placówkach było 26 spośród 117 nauczycieli, co stanowi 22%. Powyższe jest jasnym dowodem, iż 78 % nauczycieli mogło wziąć udział w szkoleniu z obsługi okularów VR w terminie do 28.02.2022 r. Powyższe dokumenty nie potwierdzają tezy Zamawiającego, iż pandemia covid-19 uniemożliwiła realizację umowy.

3. Kolejny argument, który podnosi Beneficjent to fakt, że *„wydłużenie terminu realizacji umowy nie dawało Wykonawcy nominalnie dłuższego czasu na zrealizowanie szkoleń wraz z dostawami, gdyż tak naprawdę Wykonawca był uzależniony od Zamawiającego i czekał na informację o możliwości przystąpienia do realizacji przedmiotu umowy. Wykonawca musiał być ciągłej gotowości do świadczenia, co raczej stanowiło utrudnienie dla niego i związanie pewnego potencjału na wypadek, kiedy Beneficjent wezwie go do świadczenia usługi wraz z dostawą.(...) Beneficjent pragnie podkreślić, iż dostawy wraz ze szkoleniami z ich obsługi miały miejsce: 8, 10, 15 i 17 marca 2022 r., stąd główny przedmiot umowy został zrealizowany do 17 marca 2022, czyli tylko nieco ponad dwa tygodnie później niż wynikało to z pierwotnie założonej daty (28 lutego 2022 r.). Było to możliwe dzięki stałej gotowości Wykonawcy do podjęcia realizacji przedmiotu umowy. Powyższe pozwoliło nauczycielom i uczniom na efektywne korzystanie z zakupionego wyposażenia na zajęciach dodatkowych finansowanych w ramach ww. projektu. Natomiast protokół odbioru został podpisany przez Beneficjenta po wywiązaniu się Wykonawcy ze wszystkich zapisów zawartych w § 3 Umowy SiR.042.4.2021/29, a w szczególności punktu 7, tj. „przekazanie uczestnikom szkolenia dokumentu potwierdzającego udział w szkoleniu i nabywaniu kompetencji z zakresu szkolenia/kursu”, na które Beneficjent czekał do 26 kwietnia 2022 r., co było jedynie dokonaniem formalności związanej z wykonaniem umowy.”*

Stanowisko IZ RPO WSL:

Zamawiający wielokrotnie podkreśla fakt, iż opóźnienie w realizacji umowy leżało wyłącznie po stronie Zamawiającego i wynikało z braku możliwości zebrania odpowiedniej ilości nauczycieli w celu przeprowadzenia szkoleń. Zgodnie z Aneksem nr 1 okres realizacji umowy wydłużono z 28.02.2022 r. do 28.04.2022 r., jednak jak twierdzi Zamawiający, realne wykonanie umowy nastąpiło niespełna dwa tygodnie później od pierwotnie zakładanego terminu. Jak wynika z wyjaśnień zamawiającego dostawa okularów VR wraz ze szkoleniami z ich obsługi została przeprowadzona w dniach 8,10,15 i 17 marzec 2022 r. Jednakże dokumentacja zamieszczona w systemie LSI potwierdza jedynie, iż w wyżej wskazanych terminach przeprowadzono szkolenia z obsługi okularów VR. Brak jest podstaw do negowania faktu, iż okulary VR nie zostały dostarczone na szkolenia jednakże zarówno na „*Protokole odbioru towaru*” (ID LSI: 1806109) jak i na fakturze nr 1/04/2022 z dnia 27.04.2022 r. widnieje zapis „*Dostawy dokonano 26.04.2022 r.*”. Wyjaśnienia Zamawiającego w powyższym zakresie są niespójne i budzą uzasadnione wątpliwości co do przedstawionej przez Zamawiającego sytuacji.

¹ Dane na podstawie Zarządzeń Dyrektorów w sprawie czasowego zawieszenia nauki ID LSI: 1969968, 1969968, 1969970.,

Zgodnie z § 5 pkt 2 i 3 umowy SiR.042.4.2021/29 dot. dostawy okularów i przeprowadzenia szkoleń:
„2. Wynagrodzenie będzie płatne z rachunku Zamawiającego po zrealizowaniu przedmiotu umowy w terminie 14 dni od dnia doręczenia Zamawiającemu prawidłowego dokumentu finansowego wystawionego po zakończeniu realizacji przedmiotu umowy i dostarczeniu dokumentacji określonej w §3 ust3 pkt 6-7” tj. „6) sporządzenie listy obecności podpisanej przez uczestników szkolenia, wraz z informacją o wymiarze godzin i tematyce zajęć, 7) przekazanie uczestnikom szkolenia dokumentu potwierdzającego udział w szkoleniu i nabycie kompetencji z zakresu szkoleni./kursu”

Zaświadczenia o uczestnictwie w szkoleniu wystawione zostały z datą jego przeprowadzenia, ostatnie z nich miało miejsce 17.03.2022 r. w związku z czym, Wykonawca w ciągu 14 dni tj. do dnia 31.03.2022 r., miał dostarczyć wszelką dokumentację i do tego dnia powinno nastąpić rozliczenie i zakończenie realizacji umowy. Powyższe nie nastąpiło, protokół odbioru towaru został podpisany z dniem 26.04.2022 r., a fakturę wystawiono w dniu 27.04.2022 r. i to ta data jest ostateczną i rzeczywistą datą zakończenia wykonania umowy. Są to dowody na to, że Wykonawca skorzystał z możliwości jaką niósł za sobą Aneks nr 1 wydłużający okres realizacji umowy. Jest to zatem wzrost okresu realizacji umowy ponad 2,5 krotny a nie jak twierdzi zamawiający raptem dwu tygodniowy.

Tego typu działania Zamawiającego wyraźnie stawiają Wykonawcę w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do innych potencjalnych Wykonawców. Brak szczegółowego zapisy określającego zakres, rodzaj i okoliczności wprowadzenia zmian do umowy, mogło spowodować, iż inni wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu, którzy mogliby złożyć oferty korzystniejsze, nie przystąpili do postępowania.

Podsumowanie:

Instytucja Zarządzająca, po zapoznaniu się z argumentacją Beneficjenta podtrzymuje swoje stanowisko. Jako obowiązujące uznać należy, iż zidentyfikowane uchybienie spełnia wszystkie konstytutywne przesłanki nieprawidłowości, o której mowa w art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1303/2013 z dnia 17.12.2013 r. Zamawiający poprzez wydłużenie terminu realizacji zamówienia w części 2 (działanie lub zaniechanie), naruszył zapisy art. 455 Pzp (naruszenie przepisów krajowych), co mogło doprowadzić do niekorzystnego gospodarowania środkami (szkoda dla budżetu Unii Europejskiej).

Przedmiotowe naruszenie wpisuje się w poz. 23 tabeli (2. Wprowadzono istotną modyfikację elementów zamówienia (m.in. ceny, charakteru robót budowlanych, czasu realizacji, warunków płatności, stosowanych materiałów), jeżeli modyfikacja ta powoduje, że realizowane zamówienie różni się zasadniczo charakterem od pierwotnie udzielonego zamówienia) stanowiącej załącznik do Rozporządzenia Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 14 grudnia 2020 r. zmieniającej rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 2371) pn.: Modyfikacje elementów zamówienia określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezgodne z przepisami dyrektyw.

IZ RPO WSL stwierdza, iż konsekwencją naruszenia art. 455 Pzp jest:

- pomniejszenie w wysokości 25 % wartości wydatków kwalifikowanych w ramach zawartej umowy na część 2 zamówienia z MOREDU Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 74/320, 50-020 Wrocław, na kwotę 115 018,00 zł brutto zł.

Poprawność dokonania rozliczenia zweryfikuje opiekun projektu podczas zatwierdzania wniosku o płatność.

Do ponownych ustaleń kontrolnych nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń.

W związku z ponownymi ustaleniami Beneficjent zobowiązany jest w terminie 3 dni roboczych od dnia otrzymania niniejszego pisma poinformować IZ RPO WSL o możliwości wykazania wydatków nieobarczonych błędem w kolejnych wnioskach o płatność składanych w późniejszym terminie.

W przypadku gdy Beneficjent nie ma możliwości w miejsce wydatków niekwalifikowalnych przedstawić innych wydatków nieobarczonych błędem, wówczas zostanie wezwany do zwrotu kwoty dofinansowania odpowiadającej stwierdzonej nieprawidłowości wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowej na rachunek bankowy wskazany przez IZ RPO WSL, w trybie przewidzianym w art. 207 UFP lub do wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności na podstawie art. 207 ust. 8 UFP. W takim przypadku nieprawidłowość pomniejsza wartość projektu, a kwota nie jest możliwa do wykorzystania na inne nieobarczone błędem.

W przypadku pytań lub wątpliwości w zakresie ponownych ustaleń należy kontaktować się z Panią Justyną Muchą-Szczerbińską pod adresem mailowym justyna.mucha-szczerbinska@slaskie.pl lub pod nr telefonu 32 774 49 05.