

RPIII.44.39.2021.EW

Departament
ds. Regionalnego Programu Operacyjnego
Wydział Kontroli Zamówień Publicznych

Informacja pokontrolna nr RPIII.44.39.2021

I.	Podstawa prawna kontroli	Na podstawie zapisów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17.12.2013 r. ustanawiającego 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, art. 9, art. 22 i art. 23 Ustawy z dnia 11.07.2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 818, późn. zm.) oraz na podstawie postanowień umowy o dofinansowanie nr UDA-RPLD.04.03.02-10-0014/18-00 z dnia 23.01.2019 r., zmienionej aneksami nr UDA-RPLD.04.03.02-10-0014/18-01 z dnia 14.06.2019 r. oraz nr UDA-RPLD.04.03.02-10-0014/18-02 z dnia 24.07.2019 r.
II.	Imiona i nazwiska osób przeprowadzających kontrolę	[dane zanonimizowano]
III.	Termin kontroli	24-25.05.2021 r.
IV.	Rodzaj kontroli	planowa
V.	Nazwa Podmiotu kontrolowanego	Politechnika Łódzka
VI.	Adres Podmiotu kontrolowanego i miejsca, w którym przeprowadzono czynności kontrolne	- ul. Stefana Żeromskiego 116, 90-924 Łódź - kontrola w siedzibie IZ RPO WŁ
VII.	NIP Podmiotu kontrolowanego	7270021895
VIII.	Imię i nazwisko kierownika Podmiotu kontrolowanego	[dane zanonimizowano] – Rektor Politechniki Łódzkiej
IX.	Osoba zastępująca kierownika podczas jego nieobecności, upoważniona do uczestniczenia w czynnościach kontrolnych	nie dotyczy
X.	Pozycja w książce kontroli, pod którą odnotowano przedmiotową kontrolę	nie dotyczy
XI.	Osoby składające wyjaśnienia lub udzielające informacji w imieniu Podmiotu kontrolowanego	[dane zanonimizowano] - Kierownik projektu pismem o sygn. ATR.223.06A.2019.21.136 z dnia 24.06.2021 r.

XII.	Nr umowy o dofinansowanie	UDA-RPLD.04.03.02-10-0014/18
XIII.	Tytuł kontrolowanego projektu	„Budowa pasywnego budynku biurowego na potrzeby administracji i studentów PŁ wraz z wymianą oświetlenia zewnętrznego na energooszczędne”
XIV.	Wartość projektu (wg umowy/aneksu)	9 274 910,71 zł
XV.	Zakres kontroli	„Zaprojektowanie i wykonanie projektu budowlanego zgodnie z przedmiotem projektu pn. Budowa pasywnego budynku biurowego na potrzeby administracji i studentów PŁ wraz z wymianą oświetlenia zewnętrznego na energooszczędne”
XVI.	Data sporządzenia informacji pokontrolnej	13.08.2021 r.

XVII. Opis kontrolowanych obszarów i ustalenia kontroli

Zespół Kontrolny dokonał sprawdzenia jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: **„Zaprojektowanie i wykonanie obiektu budowlanego zgodnie z przedmiotem Projektu pn. Budowa pasywnego budynku biurowego na potrzeby administracji i studentów PŁ wraz z wymianą oświetlenia zewnętrznego na energooszczędne” - nr sprawy: ATR.223.06.2019.19.318,** przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości nie przekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zgodnie z art. 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej ustawą Pzp.

Przedmiot zamówienia obejmował zaprojektowanie i wykonanie obiektu budowlanego zgodnie z przedmiotem projektu pn. „Budowa pasywnego budynku biurowego na potrzeby administracji i studentów PŁ wraz z wymianą oświetlenia zewnętrznego na energooszczędne”, z wyłączeniem wykonania oświetlenia zewnętrznego.

Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została ustalona w dniu 07.10.2019 r. na podstawie Programu Funkcjonalno-Użytkowego, na kwotę 11 742 004,20 zł netto, co według kursu euro 4,3117 zł, stanowi równowartość 2 723 288,77 euro, w tym wartość przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt. 6 została ustalona na kwotę 3 000 000,00 zł, co stanowi równowartość 695 781,25 euro.

Postępowanie przeprowadziła Komisja Przetargowa powołana w dniu 16.10.2019 r. przez Rektora Politechniki Łódzkiej. Zespół, o którym mowa w art. 20a ustawy Pzp, został powołany w dniu 26.02.2020 r. na podstawie pisma Kierownika Zamawiającego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych (dalej: BZP) w dniu 31.10.2019 r. pod nr. 617120-N-2019. W tym samym dniu ogłoszenie zamieszczono na stronie internetowej Zamawiającego <https://zp.p.lodz.pl/> a także w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) została zatwierdzona przez Rektora Politechniki Łódzkiej, a w dniu 31.10.2019 r. wraz z załącznikami zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

Pierwotnie termin składania ofert został wyznaczony do dnia 29.11.2019 r. do godz. 12:00.

Zamawiający wymagał wniesienia wadium w kwocie 100 000,00 zł.

Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych ani wariantowych. Zamawiający przewidział możliwość udzielenia zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W dniu 06.11.2019 r. Zamawiający na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp dokonał zmiany treści SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu, bez zmiany ogłoszenia o zamówieniu.

W dniu 13.11.2019 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej informację o zwołaniu w dniu 14.11.2019 r. zebrania wykonawców w celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści SIWZ.

Do Zamawiającego wpłynęły zapytania do treści SIWZ, na które udzielił odpowiedzi w dniu 02.12.2019 r., zamieszczając je na stronie internetowej.

W dniu 19.11.2019 r. Zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu w zakresie przedłużenia terminu składania ofert do dnia 06.12.2019 r., do godz. 12:00. Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający opublikował w BZP pod nr 540249346-N-2019 w dniu 19.11.2019 r.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert, które nastąpiło w dniu 06.12.2019 r. godz. 13:00, Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 10 752 665,16 zł brutto.

Do siedziby Zamawiającego w wyznaczonym terminie wpłynęła 1 oferta złożona przez New Construction Concept Sp. z o. o. s.k., ul. Konduktorska 33, 40-155 Katowice, z ceną oferty 12 041 700,00 PLN brutto oraz okresem gwarancji 64 m-ce.

Zamawiający w dniu 09.12.2019 r. zamieścił na stronie internetowej informację z otwarcia ofert, o których mowa w art. 86 ust. 5 ustawy Pzp.

Kryteriami wyboru najkorzystniejszej oferty były: cena – 60% oraz okres gwarancji budynku - 40%.

Zamawiający przewidział w SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu zastosowanie tzw. procedury odwróconej, zgodnie z art. 24aa ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 24.12.2019 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę New Construction Concept Sp. z o. o. s. k. do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia. Na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający dokonał poprawy oczywistej omyłki pisarskiej w treści złożonej oferty. Na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do wyjaśnień w zakresie treści złożonego załącznika 2b oraz na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wezwał do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Wykonawca złożył oświadczenia oraz dokumenty w wyznaczonym terminie.

W dniu 15.01.2020 r. Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprawił oczywistą omyłkę pisarską oraz na podstawie art. 26 ust. 3 wezwał ponownie wykonawcę New Construction Concept Sp. z o. o. s. k. do uzupełnienia brakujących oświadczeń dokumentów. Wykonawca złożył dokumenty w wyznaczonym terminie.

W dniu 23.01.2020 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę New Construction Concept Sp. z o. o. s. k. do uzupełnienia w zakresie dokumentu ubezpieczenia OC. Wykonawca przedłożył aneks do polisy OC.

W dniu 29.01.2020 r. wykonawca New Construction Concept Sp. z o. o. s. k. przedłużył termin związania ofertą o kolejne 30 dni, tj. do 09.03.2020 r. i przedłożył stosowne dokumenty.

W dniu 04.02.2020 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez New Construction Concept Sp. z o. o. s. k., ul. Konduktorska 33, 40-155 Katowice. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało opublikowane na stronie internetowej w dniu 13.02.2020 r. oraz przesłane wykonawcy mailem w dniu 07.02.2020 r.

Zamawiający żądał wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 7% ceny ofertowej brutto. Wykonawca wniósł zabezpieczenie w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

W dniu 20.02.2020 r. Zamawiający zawarł umowę nr ATR.223.06A.2020.20.062 z New Construction Concept Sp. z o. o. s. k., ul. Konduktorska 33, 40-155 Katowice, za wynagrodzeniem wskazanym w ofercie.

Zamawiający przedłożył dwa aneksy do przedmiotowej umowy:

- Aneks nr 1 z dnia 07.07.2020 r. w zakresie wydłużenia terminu wykonania zamówienia;
- Aneks nr 2 z dnia 17.12.2020 r. w zakresie zmiany osobowej tj. kierownika budowy.

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zamieszczono w BZP w dniu 04.03.2020 r. pod nr 510040061-N-2020.

Kontrola wykazała:

1. Zamawiający naruszył **art. 25 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez żądanie od wykonawców dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, tj.

- zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 m-ce przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;

- zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 m-ce przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Zamawiający ani w SIWZ, ani w ogłoszeniu o zamówieniu, nie przewidział badania fakultatywnej przesłanki wykluczenia z postępowania, określonej w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, mówiącej o wykluczeniu z postępowania wykonawcy, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności. Brak

określenia w postępowaniu danej fakultatywnej przesłanki wykluczenia czyni niezasadnym żądanie dokumentu dotyczącego tej przesłanki. W przedmiotowym postępowaniu żądanie zaświadczeń potwierdzających, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, nie służyło wykazaniu braku określonych przez Zamawiającego podstaw do wykluczenia.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, a contrario – żądanie dokumentów zbędnych jest niedopuszczalne. Oznacza to, iż żądanie zaświadczeń potwierdzających, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, jest niezbędne jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy na podstawie fakultatywnej przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. W stanie faktycznym sprawy postawiony przez Zamawiającego wymóg przedłożenia ww. dokumentów stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe działanie Zamawiającego wpisuje się wprost w kategorię nieprawidłowości indywidualnej wskazaną **w pozycji nr 19 Taryfikatora**, czyli dokumentu pn. „Stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszych dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych”, stanowiącego Załącznik do Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29.01.2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 971).

2. Zamawiający naruszył art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp poprzez:

A) modyfikację treści SIWZ prowadzącą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu bez zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w BZP. Zamawiający w dniu 06.11.2019 r. na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp dokonał zmiany treści SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu tj. warunków dotyczących zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy, a także w zakresie dokumentów składanych na potwierdzenie ww. warunków. Należy zauważyć, iż treści, które zostały zmodyfikowane w SIWZ znajdują się również w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt. III.1.3, wobec tego Zamawiający był zobowiązany do dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu w powyższym zakresie, czego zaniechał. Zespół kontrolny pragnie zwrócić uwagę, iż zgodnie z dyspozycją art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp, jeżeli zmiana treści SIWZ prowadzi do zmiany ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w BZP. Ponadto, jeżeli zmiana treści ogłoszenia jest istotna i dotyczy w szczególności określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu, powoduje to konieczność przedłużenia terminu składania ofert zgodnie z dyspozycją art.12a ust. 2 ustawy Pzp.

B) brak zmiany ogłoszenia o zamówieniu w zakresie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej oraz fakultatywnych podstaw wykluczenia, ze względu na rozbieżność w powyższym zakresie zapisów w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ. W ogłoszeniu o zamówieniu nr 617120-N-2019 z dnia 31.10.2019 r. Zamawiający w pkt. III.1.3 wskazał dodatkową robotę budowlaną polegającą na *budowie lub remoncie systemu oświetlenia wraz ze sterowaniem za min. 500 tys. zł* na spełnienie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, której nie przewidział w SIWZ. Ponadto w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający w pkt. III.2.2) pominął podstawę wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 1, którą wskazał w SIWZ.

Powyższe działanie Zamawiającego wpisuje się wprost w kategorię nieprawidłowości indywidualnej wskazaną w **pozycji nr 16 Taryfikatora**.

3. Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę, który nie wykazał braku podstaw wykluczenia w zakresie przesłanek obligatoryjnych wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 15-20 i pkt 22 ustawy Pzp. Analogiczna sytuacja miała miejsce odnośnie podmiotów, na których zasobach wykonawca polegał. Zamawiający nie zweryfikował Wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę pod kątem niektórych obligatoryjnych podstaw wykluczenia tj. określonych w art. 24 ust. 1 pkt 15-20 i pkt 22 ustawy Pzp. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (*pkt III.4 Wykaz oświadczeń i dokumentów, składanych przez wykonawcę w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy*) oraz w SIWZ (*Rozdział 5 pkt 5.2*), wymienił dokumenty na potwierdzenie tylko niektórych obligatoryjnych przesłanek wykluczenia. Brakujące podstawy wykluczenia nie zostały uwzględnione również w oświadczeniu wstępnym.

W związku z powyższym Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie został zweryfikowany w zakresie obligatoryjnych przesłanek wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 pkt 15-20 i pkt 22 ustawy Pzp. Dokumenty i oświadczenie wstępne złożone przez ww. wykonawcę dotyczyły tylko niektórych podstaw wykluczenia tj. art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 21 i 23. Należy zauważyć, iż art. 24 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje obligatoryjne podstawy wykluczenia tzn. obowiązujące w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i Zamawiający nie może ich stosować wybiórczo.

Powyższe działanie Zamawiającego wpisuje się wprost w kategorię nieprawidłowości indywidualnej wskazaną w **pozycji nr 24 Taryfikatora**.

4. Zamawiający naruszył art. 26 ust. 2 ustawy Pzp poprzez brak wezwania wykonawcy do złożenia dokumentu podmiotu na zasobach, którego polegał wykonawca, tj. GSBK Biuro konstrukcyjne Sp. z o.o. s. k., na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, czyli odpisu z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej oraz poprzez samodzielne pobranie ww. dokumentu z ogólnodostępnych baz danych. Zgodnie z § 10 pkt. 1 *Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia*, Zamawiający może sam pobrać dokumenty wskazane w §2, §5, §7 ww. rozporządzenia z ogólnie dostępnych baz danych, ale jedynie po bezpośrednim wskazaniu przez wykonawcę dostępności oświadczeń i dokumentów w formie elektronicznej pod określonymi adresami internetowymi czy bezpłatnymi bazami danych. W przedmiotowym postępowaniu takiego wskazania przez wykonawcę nie było.

Powyższe, zdaniem Zespołu Kontrolnego, stanowi uchybienie formalne.

5. Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wezwanie wykonawcy New Construction Concept Sp. z o. o. s. k. do uzupełnienia w zakresie dokumentu ubezpieczenia OC, skoro dokument potwierdzający ubezpieczenie OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej składany na etapie weryfikacji podmiotowej wykonawcy służy jedynie do oceny ogólnej zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy, a nie dotyczy ubezpieczenia przedmiotu zamówienia w prowadzonym przetargu. Wymóg złożenia dokumentu w zakresie ubezpieczenia przedmiotu zamówienia może dotyczyć jedynie

wykonawcy, którego oferta została już uznana za najkorzystniejszą, o ile Zamawiający przewidział to w treści SIWZ.

Powyższe, zdaniem Zespołu Kontrolnego, stanowi uchybienie formalne.

XVIII. Stwierdzone nieprawidłowości/uchybienia, w tym ustalenia w zakresie wartości korekt finansowych (należy wskazać wysokość, podstawę prawną i sposób wyliczenia nieprawidłowego wydatku; w przypadku obniżenia wskaźnika procentowego nakładanej korekty należy wskazać przesłanki jej obniżenia):

Kwalifikacja prawna:

- naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez żądanie od wykonawców dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Ponieważ skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej są pośrednie, rozproszone oraz trudne do oszacowania, wysokość stawki procentowej została ustalona na podstawie Taryfikatora, który w związku z przedmiotowym naruszeniem przewiduje w pozycji nr 19 (Nieprawidłowości w zakresie oświadczeń i dokumentów wymaganych od wykonawców) stawkę procentową stosowaną przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszenia w wysokości **5% wydatków kwalifikowalnych**. Taryfikator nie przewiduje możliwości obniżenia ww. stawki;

- naruszenie art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp, poprzez brak zmiany ogłoszenia o zamówieniu w BZP.

Ponieważ skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej są pośrednie, rozproszone oraz trudne do oszacowania, wysokość stawki procentowej została ustalona na podstawie Taryfikatora, który w związku z przedmiotowym naruszeniem przewiduje w pozycji nr 16 (*Niedozwolona modyfikacja treści SIWZ*) stawkę procentową stosowaną przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń w wysokości 25% wydatków kwalifikowalnych, z możliwością obniżenia do 10% lub 5%. Ustala się stawkę procentową korekty w wysokości 25 %.

Uzasadnienie braku obniżenia stawki procentowej z 25% do 10% lub 5%:

Brak jest możliwości obniżenia stawki korekty do 10% lub 5% ze względu na fakt, iż tzw. Taryfikator KE, czyli *Załącznik do Decyzji Komisji Europejskiej nr C (2019) 3452 z dnia 14 maja 2019 r. ustanawiającej wytyczne dotyczące określania korekt finansowych w odniesieniu do wydatków finansowanych przez Unię w przypadku nieprzestrzegania obowiązujących przepisów dotyczących zamówień publicznych*, w pozycji 9a, tj. dla najbliższego rodzaju nieprawidłowości indywidualnej (*nieopublikowanie w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów kwalifikacji, lub kryteriów udzielenia zamówienia (i ich wagi)*), przewiduje stawkę korekty 25%, bez możliwości dalszego miarkowania. Zgodnie z pismem Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 9 stycznia 2020 r. znak DKF-IV.7518.23.2019.DS: „w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej, dla której w załączniku do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków w poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U. z 2018 r., poz. 971) określono stawkę procentową, jednak charakter i waga tej nieprawidłowości - zgodnie z decyzją KE C(2019)3452 z dnia 14 maja 2019 r. - nie uzasadniają obniżenia stawki, stosuje się przepisy rozporządzenia z uwzględnieniem stawek procentowych wskazanych w ww. decyzji KE”.

- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał braku podstaw wykluczenia w zakresie przesłanek obligatoryjnych wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 15-20 i pkt 22 ustawy Pzp. Ponieważ skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej są pośrednie, rozproszone oraz trudne do oszacowania, wysokość stawki procentowej została ustalona na podstawie Taryfikatora, który związku z przedmiotowym naruszeniem przewiduje w pozycji nr 24 (Nieprawidłowości w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty) stawkę procentową stosowaną przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszenia w wysokości **25% wydatków kwalifikowalnych**, z możliwością obniżenia do 10% lub 5%. Ustala się stawkę procentową korekty w wysokości 25 %.

Uzasadnienie braku obniżenia stawki procentowej z 25% do 10% lub 5%:

Brak jest możliwości obniżenia stawki korekty do 10 lub 5% ze względu na fakt, iż Taryfikator KE w pozycji 14, tj. dla analogicznego rodzaju nieprawidłowości indywidualnej przewiduje stawkę korekty 25%, bez możliwości dalszego miarkowania. Zgodnie z pismem Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 9 stycznia 2020 r. znak DKF-IV.7518.23.2019.DS: „w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej, dla której w załączniku do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków w poniesionych nieprawidłowościach związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U. z 2018 r., poz. 971) określono stawkę procentową, jednak charakter i waga tej nieprawidłowości - zgodnie z decyzją KE C(2019)3452 z dnia 14 maja 2019 r. - nie uzasadniają obniżenia stawki, stosuje się przepisy rozporządzenia z uwzględnieniem stawek procentowych wskazanych w ww. decyzji KE”.

W przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych, wartość korekt finansowych lub pomniejszeń nie ulega sumowaniu, lecz stosuje się jedną korektę finansową lub jedno pomniejszenie o najwyższej wartości. W związku z powyższym dla przedmiotowego postępowania zastosowano stawkę procentową w wysokości 25%.

XIX. Zalecenia pokontrolne/rekomendacje:

Wartość korekty finansowej wynosi **25% wydatków kwalifikowanych** w ramach przedmiotowego zamówienia z uwzględnieniem procentowej wysokości współfinansowania ze środków UE. Obliczenie kwoty korekty następuje wg wzoru:

$Wk = W\% \times Wkw \times Wś$, gdzie:

Wk - wysokość korekty finansowej

W% - wskaźnik procentowy korekty

Wkw - wydatki kwalifikowalne dla danego zamówienia

Wś – procentowa wysokość współfinansowania ze środków funduszy UE.

Faktura nr	Data wystawienia	Brutto	Kwalifikowalne z faktury	Niekwalifikowalne (z uwzględnieniem wskaźnika korekty)	Korekta po uwzględnieniu wysokości dofinansowania – do zwrotu	Numer Wniosku o płatność	Data naliczania odsetek
FV/202009/24	30.09.2020	176 074,50	123 109,00	30 777,25	26 160,66	WNP-RPLD.04.03.02-10-0014/18-008	05.10.2020

Na dzień sporządzenia informacji pokontrolnej Zespół Kontrolny dokonał wyliczenia kwoty korekty finansowej z dowodów księgowych przedstawionych Instytucji Zarządzającej do następujących wniosków o płatność:

1. WNP-RPLD.04.03.02-10-0014/18-008 (wniosek zatwierdzony)

- Faktura VAT FV/202009/24 wystawiona w dniu 30.09.2020 r. na kwotę 176 074,50 zł brutto, w tym kwota wydatków kwalifikowalnych 123 109,00 zł;

Zobowiązuje się Beneficjenta do zwrotu:

- kwoty **26 160,66 zł wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych** liczonymi od dnia przekazania środków tj. **od dnia 05.10.2020 r.** do dnia dokonania zwrotu na rachunek bankowy Instytucji Zarządzającej w Banku Polska Kasa Opieki S.A. **nr 39 1240 3073 1111 0010 6415 6197.**

Jednocześnie pozostałe wydatki kwalifikowalne z faktur VAT, wystawionych w ramach umowy nr ATR.223.06A.2020.20.062 zawartej w dniu 20.02.2020 r. z wykonawcą New Construction Concept Sp. z o. o. s. k., ul. Konduktorska 33, 40-155 Katowice, należy pomniejszyć o 25% wg wzoru:

$Wp = W\% \times Wkw$, gdzie znaczenie poszczególnych symboli jest następujące:

Wp – wartość pomniejszenia,

W% - stawka procentowa,

Wkw – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia.

Zmniejszenie wartości wydatków kwalifikowalnych w wyniku nałożonej korekty finansowej wydatków poniesionych nieprawidłowo może spowodować konieczność ponownego przeliczenia kwot wydatków objętych limitami, w szczególności wydatków na zarządzanie projektem oraz wydatków na przygotowanie dokumentacji, które nie mogą przekraczać limitów ustalonych przez IZ RPO WŁ.

Rekomenduje się, aby Beneficjent w trakcie dalszej realizacji projektów współfinansowanych z RPO WŁ na lata 2014–2020 zachował większą staranność podczas przygotowania oraz prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w zakresie:

- żądania wyłącznie niezbędnych oświadczeń oraz dokumentów;
- dokonywania stosownych zmian ogłoszenia o zamówieniu;
- weryfikowania wykonawców w zakresie wszystkich obligatoryjnych przesłanek wykluczenia;
- wzywania wykonawców do złożenia niezbędnych dokumentów;

- wzywania do uzupełnienia dokumentów w uzasadnionych przypadkach;
- zachowania spójności w dokumentacji w postępowaniu.

Termin na wykonanie zaleceń pokontrolnych/rekomendacji: 14 dni kalendarzowych od dnia otrzymania informacji pokontrolnej. Beneficjent zobowiązany jest powiadomić pisemnie Urząd Marszałkowski Województwa Łódzkiego o sposobie ich wykonania.

XX. Wykaz załączników: *nie dotyczy*

XXI. Uwagi/zastrzeżenia Podmiotu kontrolowanego do ustaleń kontroli oraz odniesienie Zespołu kontrolnego do przedmiotowych uwag:

Beneficjent wniósł zastrzeżenia do informacji pokontrolnej, pismem z dnia 30 lipca 2021 r. – znak pisma: ATR.223.06A.2019.21.177.

1. Odnosnie zarzutu naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez żądanie od wykonawców dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Beneficjent w złożonych zastrzeżeniach wskazał, iż nie przywołał wszystkich fakultatywnych podstaw wykluczenia poprzez wskazanie konkretnej podstawy prawnej, lecz określił je poprzez wskazanie katalogu dokumentów żądanych od wykonawców na ich wykazanie. Zespół Kontrolny pragnie zwrócić uwagę, iż czym innym są podstawy prawne i czym innym dokumenty na ich potwierdzenie. Nie można zatem stosować ich zamiennie. Ponadto w takiej sytuacji ustawodawca nie żądałby obligatoryjnie wskazania przesłanek wykluczenia zarówno w SIWZ, jak i w ogłoszeniu o zamówieniu, co wynika z dyspozycji art. 41 pkt 7 oraz art. 36 ust. 1 pkt 5a ustawy Pzp. Byłaby w tym zakresie dowolność, a ustawodawca żądałby wskazywania jedynie dokumentów, jakie wykonawcy powinni złożyć w postępowaniu. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5a ustawy Pzp, SIWZ zawiera podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 (fakultatywne) oczywiście jeśli zamawiający je przewiduje, natomiast art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wskazuje, iż w SIWZ powinny być wymienione wszystkie oświadczenia lub dokumenty na potwierdzenie przewidzianych w postępowaniu warunków i podstaw wykluczenia. Jest zatem oczywiste, że brak przywołania konkretnej podstawy wynikającej z art. 24 ust. 5 ustawy Pzp jest jednoznaczny z brakiem możliwości żądania dokumentów w tym zakresie. Możliwość badania podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, a co za tym idzie żądanie dokumentów wskazanych w § 5 pkt 2 oraz 3 Rozporządzenia o dokumentach z 2016 r., zachodzi jedynie wtedy, gdy możliwość wykluczenia na tej podstawie została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do negocjacji, co wynika z dyspozycji art. 24 ust. 6 ustawy Pzp. Tak więc przesłanka wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp powinna być wskazana wprost w SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu. Potwierdza to jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym uchwała z 20.04.2017 r., sygn. akt KIO/KU 11/17, wskazując, iż „żądanie przez zamawiającego dokumentu, którego treść nie zawiera takiego rodzaju informacji o wykonawcy, jakie są wymagane w celu potwierdzenia braku istnienia konkretnej podstawy wykluczenia z postępowania jest niezgodne z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na żądanie dokumentu zbędnego do przeprowadzenia postępowania”. Podobnie w uchwale KIO z 29.11.2017 r., sygn. akt KIO/KD 65/17: „Żądanie przez zamawiającego od wykonawcy dokumentów określonych w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia, przy jednoczesnym braku przewidzenia przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie fakultatywnej przesłanki z art. 24

ust. 5 pkt 8 Prawa zamówień publicznych, jest pozbawione podstawy prawnej i w świetle art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, stanowi ono żądanie dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania”. Analogiczne poglądy wyrażono w uchwałach: z 15.12.2017 r., sygn. akt KIO/KU 66/17 oraz z 31.01.2018 r., sygn. akt KIO/KU 3/18. Niezaprzeczalnym jest więc fakt, iż żądanie zaświadczeń właściwego naczelnika US oraz właściwej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS, bez wskazania fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, spowodowało, iż Zamawiający naruszył art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ zażądał dokumentów, które nie były niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Nie można się zgodzić z Beneficjentem, że w związku z zastosowaną procedurą odwróconą w postępowaniu, ewentualna konieczność przedłożenia żądanych dokumentów nie dotyczyłaby wszystkich wykonawców lecz tylko tego którego oferta została oceniona najwyżej a to pozostaje bez wpływu na krąg potencjalnych wykonawców, gdyż wykonawcy potencjalnie zainteresowani zamówieniem, po powzięciu informacji o konieczności złożenia zaświadczenia właściwego naczelnika US oraz właściwej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS, jak również oświadczenia o niezaleganiu z opłaceniem podatków i opłat lokalnych, mogli zrezygnować z udziału w postępowaniu. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, że potencjalny wykonawca, wskutek przejściowej utraty płynności finansowej będzie posiadał zaległości w opłacaniu podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, a jednocześnie nie będzie w stanie zawrzeć wiążącego porozumienia co do spłaty tych zaległości. Reasumując, w ocenie Zespołu kontrolnego nie można wykluczyć, że żądanie złożenia zbędnych dokumentów i oświadczeń, potwierdzających brak zaległości w opłacaniu podatków, opłat i składek na ubezpieczenie, mogło prowadzić do zawężenia konkurencji oraz spowodować ograniczenie liczby potencjalnych wykonawców, którzy być może złożąliby korzystniejszą ofertę. Zażądanie przedmiotowych dokumentów mogło bowiem stanowić barierę dostępu do zamówienia, z uwagi na konieczność ich zgromadzenia, a w konsekwencji mogło być powodem nie złożenia ofert przez szerszy krąg wykonawców. Zespół Kontrolny pragnie zwrócić uwagę na fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu została złożona tylko 1 oferta.

Beneficjent w swoich zastrzeżeniach podniósł również, iż Zespół Kontrolny w swych ustaleniach całkowicie pominął fakt, że na gruncie obecnie obowiązującego załącznika do Rozporządzenia Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 22 czerwca 2020 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U. z 2020 r. poz.1264) naruszenie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp nie zostało uwzględnione i Zespół Kontrolny powinien zastosować względniejsze przepisy dla Beneficjenta. Zespół Kontrolny pragnie zauważyć, iż przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 31.10.2019 r., a więc obowiązującym Zespół Kontrolny rozporządzeniem było i jest Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 29.01.2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 971.) Wskazane przez Beneficjenta rozporządzenie nie ma zatem zastosowania w niniejszej sprawie. Przepisy rozporządzenia jednoznacznie wskazują, który taryfikator ma zastosowanie w zależności od daty wszczęcia postępowania, a Zespół Kontrolny nie ma możliwości wyboru taryfikatora względniejszego dla Beneficjenta.

2. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp, poprzez brak zmiany ogłoszenia o zamówieniu w BZP:

Zespół Kontrolny nie może zgodzić się z Beneficjentem, który podniósł w zastrzeżeniach, iż „*brak opublikowania ogłoszenia o zamianie ogłoszenia o zamówieniu nie skutkowało brakiem wiedzy po stronie potencjalnych wykonawców, zainteresowanych postępowaniem o aktualnej treści SIWZ i nie wpływało na ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców*”, ponieważ wykonawcy, którzy nie spełniali postawionego w pierwotnej wersji warunku mogli już nie śledzić strony internetowej Zamawiającego i dokonywanych zmian w zakresie treści SIWZ. Orzecznictwo w powyższym zakresie jednolicie wskazuje, iż wynikający z art. 38 ust. 4a ustawy Pzp obowiązek publikacji dotyczy każdej zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu i nie może być zastąpiony żadną inną formą ogłoszenia zmienionych informacji, w tym publikacją na stronie internetowej zamawiającego. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 5 maja 2016 r., sygn. akt II GSK 2865/14, podkreślił, że zmiana treści SIWZ, która prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, podlega rygorom z art. 38 ust. 4a ustawy Pzp i dla oceny poprawności prowadzonej procedury z uchybieniem obowiązku wynikającemu z tego przepisu nie ma znaczenia istotność, a więc wpływ tej zmiany na treść ogłoszenia. Tak więc skoro zmiana treści SIWZ prowadziła do zmiany treści ogłoszenia, to na Zamawiającym ciążył obowiązek z art. 38 ust. 4a ustawy Pzp. Musi zachodzić zgodność pomiędzy treścią ogłoszenia a treścią SIWZ. Powyższe wynika przede wszystkim z nakazu równego traktowania wykonawców i zostało w bardzo czytelny sposób wyjaśnione przez Krajową Izbę Odwoławczą w uchwale z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt KIO/KU 5/18: „*Niezależnie od faktu czy dana informacja stanowi obligatoryjną czy fakultatywną treść ogłoszenia, zamawiający publikując daną informację biorą za nią odpowiedzialność. Ustawa z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych w zasadzie nie przesądza, czy istotniejszym elementem postępowania jest ogłoszenie o zamówieniu czy specyfikacja. Niemniej jednak z treści przepisów ustawy Pzp niewątpliwie wynika, iż treść tych dokumentów powinna być ze sobą zgodna. Oba te dokumenty stanowią najistotniejsze elementy procedury zamówieniowej i zamawiający do określania ich treści powinni przywiązywać należyłą staranność*”. Nie można również zgodzić się z Beneficjentem, że dokonana zmiana w zakresie warunku udziału w postępowaniu była zmianą nieistotną, jedynie doprecyzowaniem. Faktem jest co prawda, że „*każdy budynek pasywny jest jednocześnie budynkiem energooszczędnym*”, ale należy zwrócić uwagę, że nie każdy budynek energooszczędny będzie budynkiem pasywnym. Ponadto budownictwo pasywne rządzi się bardziej rygorystycznymi prawami niż budownictwo energooszczędne, zatem wprowadzona zmiana mogła mieć wpływ na krąg potencjalnych wykonawców, a to z kolei jest istotną zmianą w zakresie postępowania. Modyfikacja treści SIWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu umożliwiła uczestnictwo w postępowaniu wykonawcom posiadającym doświadczenie w wykonaniu budynków energooszczędnych, a nie posiadających doświadczenia w wykonaniu budynków pasywnych. W efekcie nie można zgodzić się ze stwierdzeniem, że istotą modyfikacji było jedynie doprecyzowanie intencji zamawiającego zawartych już w SIWZ. Argument Beneficjenta, iż rynek wykonawców budynków pasywnych oraz energooszczędnych jest tożsamy, stanowi jedynie gołosłowne twierdzenie, nie poparte żadnymi dowodami. W ocenie Zespołu Kontrolnego sytuacja, w której zmodyfikowana SIWZ zawierała informacje niezgodne z informacjami zamieszczonymi w ogłoszeniu o zamówieniu, mogła spowodować ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, że potencjalny wykonawca wskutek błędnej informacji w ogłoszeniu o zamówieniu uznał, iż nie spełnia wymaganego warunku, w związku z czym nie złożył w postępowaniu oferty, która mogła okazać się korzystniejsza.

W konsekwencji postępowanie Beneficjenta spowodowało trudne do oszacowania skutki finansowe, związane z możliwością uzyskania potencjalnie korzystniejszych ofert, co w konsekwencji mogło doprowadzić do powstania potencjalnej szkody w budżecie UE.

Zespół Kontrolny zgadza się ze stwierdzeniem Beneficjenta, że *niemożliwym jest złożenie oferty w postępowaniu obejmującym roboty budowlane opierając się wyłącznie na treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonym w BZP bez weryfikacji SIWZ*, ale nie można wykluczyć, iż potencjalny wykonawca po zapoznaniu się z treścią ogłoszenia o zamówieniu i uznaniu, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, zrezygnował z analizy treści SIWZ.

Odnosnie zarzutu Beneficjenta do bezpodstawnego wskazania naruszenia art. 12a ustawy Pzp, należy zauważyć, iż Zespół Kontrolny w informacji pokontrolnej z dnia 16.07.2021 r., jedynie zaznaczył, iż każda zmiana treści ogłoszenia, która jest istotna i dotyczy w szczególności określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu, powoduje konieczność przedłużenia terminu składania ofert zgodnie z dyspozycją art. 12a ust. 2 ustawy Pzp. Natomiast zarzut naruszenia art. 12a ustawy Pzp nie został postawiony Beneficjentowi z uwagi na rzeczywisty termin składania ofert po dokonaniu zmiany warunku udziału w postępowaniu.

Odnosnie zarzutu Beneficjenta do bezpodstawnego zastosowania przez Zespół Kontrolny w przedmiotowym postępowaniu: *„Decyzji Komisji z 14 maja 2019 roku ustanawiającej wytyczne dotyczące określania korekt finansowych w odniesieniu do wydatków finansowanych przez Unię w przypadku nieprzestrzegania obowiązujących przepisów dotyczących zamówień publicznych”*, należy zauważyć, iż w kontrolowanym postępowaniu bezspornie doszło do naruszenia przepisów prawa krajowego, a jak słusznie zauważył sam Beneficjent *„do zamówień krajowych wytyczne zawarte w decyzji KE mają zastosowanie o ile spełniony został przynajmniej jeden z następujących warunków:*

- (i) w danym przypadku stwierdzono istnienie przedmiotu zainteresowania o charakterze transgranicznym w rozumieniu pkt. 1.2.3..., a udzielenie tego rodzaju zamówień nie zapewnia poszanowania zasad przejrzystości i niedyskryminacji ustanowionych w Traktacie;*
- (ii) w danym przypadku doszło do ewidentnego naruszenia przepisów krajowego prawa zamówień publicznych w związku z przedmiotowymi zamówieniami.*

W ocenie Zespołu Kontrolnego warunek wymieniony w pkt. (ii) został spełniony.

3. Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał braku podstaw wykluczenia w zakresie przesłanek obligatoryjnych wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 15-20 i pkt 22 ustawy Pzp

Argumentacja Beneficjenta opiera się na założeniu, że brak przedłożenia dokumentów na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia w zakresie przesłanek obligatoryjnych nie może być utożsamiany z wystąpieniem podstaw wykluczenia i naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zdaniem Zespołu Kontrolnego brak zweryfikowania wykonawcy pod kątem przesłanek obligatoryjnych i wybór takiego wykonawcy doprowadził do zawarcia umowy z wykonawcą, który nie wykazał braku właściwych podstaw do wykluczenia. Co prawda nie można stwierdzić, że ww. wykonawca faktycznie nie spełniał przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt. 15-20 i pkt. 22 ustawy Pzp, ale jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 września 2019 r. (KIO 1744/19): „ Artykuł 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych stanowi, że zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełnienia

warunków udziału w postępowaniu. Z brzmienia tego przepisu wynika, że sam fakt spełniania wymagania zamawiającego jest niewystarczający, gdyż wykonawca musi jeszcze to zamawiającemu wykazać. Aspekt formalny i materialny mają zatem taką samą doniosłość”.

Dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp odnosi się do konieczności wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał m.in. spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie jedynie do wykonawcy, który nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Konieczność wykluczenia wykonawcy uzależniona jest od tego, czy wykazał on spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub brak podstaw do wykluczenia. Konstrukcja omawianego przepisu wskazuje, że to na wykonawców nałożony został ciężar udowodnienia istnienia omawianych okoliczności, tj. wykonawca musi wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz że nie podlega wykluczeniu. Zamawiający nie może się domyślać czy przypuszczać, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu (Wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2020 r. nr 1229/20).

Beneficjent podnosi również, że zgodnie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający nie był zobligowany do wzywania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia z uwagi na fakt, iż w postępowaniach o wartości poniżej progów unijnych, przepis powyższy przewidywał jedynie taką możliwość, ale nie wprowadzał obowiązku. Zespół Kontrolny pragnie wyjaśnić, iż zgodnie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp w postępowaniach poniżej progów unijnych zamawiający nie jest zobligowany do postawienia w treści Siwz wymogu w zakresie żądania dokumentów, ale nie może zrezygnować z żądania tych dokumentów na etapie realizacji postępowania w sytuacji, gdy wskazał w treści SIWZ, że będzie żądał tych dokumentów. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2552/18: „Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy - to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWIZ, a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami zamawiającego, które to zamawiający zdefiniował w dokumentacji postępowania”. Tak więc Zamawiający nie był uprawniony do wyboru oferty wykonawcy, który nie został zweryfikowany pod kątem niektórych obligatoryjnych przesłanek wykluczenia.

Zespół Kontrolny nie podziela zatem stanowiska Beneficjenta, iż nie wystąpił warunek konieczny do zastosowania pozycji nr 24 Taryfikatora, ponieważ nie ziszcila się przesłanka wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Należy w tym miejscu ponownie podkreślić, że wykluczenie wykonawcy następuje nie tylko z powodu zaistnienia wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt. 13-23 lub ust. 5 ustawy Pzp poszczególnych podstaw wykluczenia, ale wykluczenie dotyczyć może również, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, sytuacji, w której wykonawca braku podstaw do wykluczenia na etapie postępowania po prostu nie udowodnił. I z takim właśnie przypadkiem mamy do czynienia w przedmiotowej kontroli.

Z uwagi na powyższe Zespół Kontrolny podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w pierwszej informacji pokontrolnej tj. naruszenie przez Beneficjenta art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu.

W związku z powyższymi naruszeniami, Zespół Kontrolny przyjął, że postępowanie Beneficjenta stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013, gdyż spełnione są wszystkie 3 przesłanki niezbędne do jej stwierdzenia – mamy do czynienia z naruszeniem przepisu ustawy Pzp oraz zaniechaniem Zamawiającego, które mogło mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem. Jak wskazano w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 listopada 2014 r., sygn. akt II GSK 919/13: „szkoda o której mowa w tym przepisie, nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda ta powstanie (por. wyrok NSA z dnia 19 marca 2013 r., sygn. akt II GSK 51/13). Tym samym, odstąpić od nałożenia korekty organ orzekający może wyłącznie w przypadku, jeżeli naruszenie prawa, w tym naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych, miało wyłącznie charakter formalny i nie mogło mieć wpływu na powstanie rzeczywistej czy też potencjalnej szkody, ani też na jej wysokość (por. wyrok NSA z dnia 25 kwietnia 2014 r., sygn. akt II GSK 173/13).” NSA w wyroku z dnia 11 stycznia 2017 r., sygn. akt II GSK 3148/15, uznał, że szkodą w interesach finansowych UE 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 przepisach ustawy Pzp. Wskazał również, że wystarczy stwierdzenie możliwości wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie. Podobnie Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 10 października 2018 r., sygn. akt III SA/Po 409/18, stwierdził, że szkoda nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało zagrożenie, że szkoda powstanie, a brak jest okoliczności, które wykluczyłyby wpływ uchybienia na budżet odnośnego funduszu. Analogicznie Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach w wyroku z dnia 15 kwietnia 2019 r., sygn. akt III SA/Gl 1176/18, zaznaczył, że dla nałożenia sankcji wystarczy ustalenie, że skutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE. Nie jest przy tym sporne, że przy braku możliwości ustalenia wysokości szkody stosuje się odpowiednie wytyczne i taryfikatory. Nie trzeba udowadniać wystąpienia konkretnych skutków finansowych, konieczne jest natomiast uprawdopodobnienie wystąpienia skutków budżetowych, przy czym nie muszą one być sprecyzowane co do wartości. W ocenie Zespołu Kontrolnego takim skutkiem budżetowym jest prawdopodobieństwo pozyskania większej ilości konkurencyjnych i tańszych ofert w kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tak więc Beneficjent potencjalnie naraził budżet Unii Europejskiej na szkodę, bowiem poniósł wydatki, które mogłyby być niższe, a tym samym niższy byłby wkład finansowy z budżetu UE.

Nie sposób również zgodzić się z Beneficjentem, iż w powyższych przypadkach Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 14 maja 2019 r. nie może stanowić uzasadnienia dla braku możliwości odstąpienia od nałożenia korekty, czy zmiarkowania jej wysokości, gdyż przywołana decyzja dotyczy postępowań powyżej tzw. progów unijnych. Jak Zespół Kontrolny wskazał już wcześniej, przywołana decyzja ma zastosowanie również w przypadku postępowań poniżej tzw. progów unijnych, o ile spełniony został przynajmniej jeden ze wskazanych warunków. Ponieważ w danym postępowaniu ewidentnie doszło do naruszeń przepisów prawa krajowego zamówień publicznych zastosowanie ww. decyzji jest uzasadnione.

Ponadto powyższe nie oznacza, że Zespół Kontrolny nie dokonał żadnego miarkowania nałożonych korekt finansowych w powyższym postępowaniu.

Należy zauważyć, iż wyraźnie wskazano, że brak jest możliwości obniżenia stawki korekty poniżej 25% ze względu na Decyzję Komisji Europejskiej nr C (2019) 3452 z dnia 14 maja 2019 r. ustanawiającą wytyczne dotyczące określania korekt finansowych w odniesieniu do wydatków finansowanych przez Unię w przypadku nieprzestrzegania obowiązujących przepisów dotyczących zamówień publicznych. Na jej mocy znaczącemu ograniczeniu uległa możliwość dalszego miarkowania korekty. Dla analogicznego rodzaju nieprawidłowości indywidualnej jak stwierdzone w niniejszej informacji, w pkt 14 i 9a Załącznika do Decyzji tj- *wprowadzenie zmiany w kryteriach kwalifikacji lub specyfikacji technicznej po otwarciu ofert lub kryteria te lub specyfikacja zostały zastosowane nieprawidłowo oraz nieopublikowanie w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów kwalifikacji lub kryteriów udzielenia zamówienia (i ich wagi)*, przewidziano stawkę korekty 25%, bez możliwości dalszego miarkowania. Ponadto Zespół Kontrolny pragnie również wyjaśnić, że co do zasady wydatek dotknięty nieprawidłowością jest niekwalifikowalny w całości, co wynika wprost z § 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 (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 971) - wartość korekty finansowej związanej z nieprawidłowością indywidualną stwierdzoną w danym zamówieniu jest równa wartości wydatków objętych współfinansowaniem UE, a wartość pomniejszenia – kwocie wydatków kwalifikowalnych, poniesionych w ramach tego zamówienia. Rozporządzenie pozwala jednak na obniżenie wartości korekty lub pomniejszenia w sytuacji, gdy anulowanie całości współfinansowania UE lub całości wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach zamówienia jest niewspółmierne do charakteru i wagi nieprawidłowości indywidualnej. Zespół Kontrolny zastosował § 3 Rozporządzenia w odniesieniu do stwierdzonych nieprawidłowości, uznając, iż korekta w wysokości 100% byłaby niewspółmierna do charakteru i wagi tych nieprawidłowości. Wziął tu pod uwagę w szczególności fakt, iż pomimo że Zamawiający nie zweryfikował wykonawcy pod kątem niektórych obligatoryjnych podstaw wykluczenia, to nie jest to równoznaczne z tym, iż wykonawca podlegałby wykluczeniu z postępowania, gdyby przedłożył oświadczenie w tym zakresie oraz fakt, że pomimo braku zmiany ogłoszenia o zamówieniu w zakresie warunków udziału w postępowaniu, dokonane zmiany w warunkach zostały opublikowane na stronie internetowej zamawiającego, a do końca terminu składania ofert pozostało ok. 1 miesiąca czasu.

4. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez brak wezwania wykonawcy do przedłożenia odpisu z KRS lub dokumentu z CEIDG.

Zespół Kontrolny uwzględnił zastrzeżenia Beneficjenta do wskazanego omyłkowo art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamiast art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, ze względu na wartość przedmiotowego zamówienia publicznego poniżej progów unijnych, natomiast podtrzymuje ustalenia merytoryczne w zakresie konieczności interpretacji art. 26 ust. 6 ustawy Pzp w związku z §10 ust. 1 *Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia*. Przepisy te należy odczytywać łącznie, co oznacza, iż zamawiający może samodzielnie pobrać określone dokumenty wyłącznie w przypadku wskazania przez wykonawcę adresów internetowych ogólnodostępnych i bezpłatnych baz danych, z których pobranie ma nastąpić.

5. Odnosnie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez nieuprawnione wezwanie wykonawcy do uzupełnienia w zakresie polisy OC związanej z przedmiotem zamówienia.

Zespół Kontrolny nie ma wątpliwości, że warunek postawiony przez zamawiającego w SIWZ dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej był zgodny z treścią rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126), natomiast nieprawidłowo przeprowadzono weryfikację ww. dokumentu tzn. w szerszym zakresie niż w postawionym warunku. Jak słusznie wskazała KIO w wyroku z dnia 3 marca 2020 r. (KIO/KD 12/20), nieuprawnione jest utożsamianie rodzaju działalności objętej ubezpieczeniem z opisem przedmiotu zamówienia z uwagi na to, że dokument ubezpieczenia służy potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie stanowi dowodu ubezpieczenia danego przedmiotu zamówienia. Polisa OC na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej nie musi być identyczna (tożsama) z opisem przedmiotu zamówienia, ale powinna być w minimalnym zakresie związana z tym przedmiotem zamówienia. Działalność objęta ubezpieczeniem ma być jedynie związana z przedmiotem zamówienia i nie musi pokrywać się z nim w całej rozciągłości.

Jednostka kontrolująca przekazuje dwa egzemplarze Informacji pokontrolnej. Jeden egzemplarz pozostaje w siedzibie Podmiotu kontrolowanego, a drugi jest odsyłany do Jednostki kontrolującej. Wszelkie dokumenty zgromadzone w trakcie kontroli pozostają w aktach kontroli w siedzibie Jednostki kontrolującej i na wniosek Podmiotu kontrolowanego są udostępniane do wglądu w uzgodnionym wcześniej terminie w godzinach pracy Urzędu.

Pouczenie:

Do ostatecznej informacji pokontrolnej nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń.

Kierownik Podmiotu kontrolowanego lub osoba przez niego upoważniona podpisuje dwa egzemplarze Informacji pokontrolnej i w terminie 14 dni od daty ich doręczenia przesyła jeden egzemplarz Jednostce kontrolującej.

W przypadku odmowy podpisania ostatecznej Informacji pokontrolnej Podmiot kontrolowany odsyła Jednostce kontrolującej jeden egzemplarz informacji pokontrolnej w terminie 14 dni od daty jej doręczenia. Odmowa podpisania informacji pokontrolnej nie zwalnia Podmiotu kontrolowanego z realizacji zaleceń pokontrolnych/rekomendacji.

Zespół kontrolny:

.....
(data, podpis członków zespołu kontrolnego)

.....
(data, podpis członków zespołu kontrolnego)

Podmiot kontrolowany:

.....
(data, podpis i pieczęć kierownika podmiotu kontrolowanego)