

RPIII.44.5.2022.AH

Departament
ds. Regionalnego Programu Operacyjnego
Wydział Kontroli Zamówień Publicznych

Informacja pokontrolna nr RPIII.44.5.2022

I.	Podstawa prawna kontroli	Na podstawie zapisów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 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 lipca 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) oraz na podstawie postanowień umowy o dofinansowanie projektu nr UDA-RPLD.04.03.02-10-0004/18-00 z dnia 17 stycznia 2019 r. z późniejszymi aneksami
II.	Imiona i nazwiska osób przeprowadzających kontrolę	<i>[dane zanonimizowano]</i>
III.	Termin kontroli	20-21 stycznia 2022 r.
IV.	Rodzaj kontroli	doraźna
V.	Nazwa Podmiotu kontrolowanego	Gmina Sędziejowice
VI.	Adres Podmiotu kontrolowanego i miejsca, w którym przeprowadzono czynności kontrolne	- ul. Wieluńska 6, 98-160 Sędziejowice - kontrola w siedzibie IZ RPO WŁ
VII.	NIP Podmiotu kontrolowanego	8311576640

VIII.	Imię i nazwisko kierownika Podmiotu kontrolowanego	[dane zanonimizowano]
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	[dane zanonimizowano] (pismo z dnia 17 lutego 2022 r.)
XI.	Osoby składające wyjaśnienia lub udzielające informacji w imieniu Podmiotu kontrolowanego	nie dotyczy
XII.	Nr umowy o dofinansowanie	UDA-RPLD.04.03.02-10-0004/18-00 z dnia 17 stycznia 2019 r. z późniejszymi aneksami
XIII.	Tytuł kontrolowanego projektu	„Budowa przedszkola w Sędziejowicach”
XIV.	Wartość projektu (wg umowy/aneksu)	12 036 676,83 zł
XV.	Zakres kontroli	Sprawdzenie prawidłowości przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: <i>Wybudowanie budynku przedszkola w systemie budynku pasywnego w miejscowości Sędziejowice - Kolonia, gm. Sędziejowice dz. nr 48 obr. 21 w ramach projektu: „Budowa przedszkola w Sędziejowicach” - znak sprawy: RW.VI.271.1.2020.</i>
XVI.	Data sporządzenia informacji pokontrolnej	1 marca 2022 r.

XVII. Opis kontrolowanych obszarów i ustalenia kontroli

Postępowanie pn. Wybudowanie budynku przedszkola w systemie budynku pasywnego w miejscowości Sędziejowice - Kolonia, gm. Sędziejowice dz. nr 48 obr. 21 w ramach Projektu: „Budowa przedszkola w Sędziejowicach” - znak sprawy: RW.VI.271.1.2020

Niniejsza kontrola zamówienia publicznego została przeprowadzona w związku z ustaleniami dokonanymi przez Izbę Administracji Skarbowej w Łodzi (Wydział Audytu Środków Pochodzących z Budżetu Unii Europejskiej oraz Niepodlegających Zwrotowi Środków z Pomocy Udzielanej przez Państwa Członkowskie EFTA), opisanymi w *Podsumowaniu ustaleń z audytu w zakresie gospodarowania środkami pochodzącymi z budżetu Unii Europejskiej, dotyczącym projektu nr RPLD.04.03.02-10-0004/18 pn. "Budowa przedszkola w Sędziejowicach", znak 1001-ICE.52.49.2021.4 z dnia 26.11.2021 r. oraz podtrzymanymi w piśmie znak DAS3.9011.8.2021.4.AJSA z dnia 20.12.2021 r.*

Przedmiotowe postępowanie przeprowadzono w trybie **przetargu nieograniczonego** o wartości nieprzekraczającej kwot określonych 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.

Przedmiotem zamówienia było wybudowanie budynku przedszkola w systemie budynku pasywnego w miejscowości Sędziejowice-Kolonia, gm. Sędziejowice dz. Nr 48 obr. 21 w ramach projektu „Budowa przedszkola w Sędziejowicach”. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Załączniku nr 10 do SIWZ.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona w dniu 03.09.2019 r. na podstawie kosztorysów inwestorskich zaktualizowanych we wrześniu 2019 r. na kwotę 10 255 078,29 netto, co wg kursu euro 4,3117 zł. stanowi równowartość 2 378 430,38 euro.

Postępowanie przeprowadziła **komisja przetargowa** powołana Zarządzeniem Nr 125/20 z dnia 10.02.2020 r. w sprawie powołania komisji przetargowej w celu realizacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych (powody niepodzielenia zamówienia na części wskazano w *Protokole postępowania*) oraz nie przewidział udzielenia zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zamawiający wymagał wniesienia **wadium** w kwocie nie większej niż 3% szacunkowej wartości zamówienia, zgodnie z art. 45 ust. 4 Ustawy Pzp, w wysokości 200 000,00 zł oraz w formie wynikającej z art. 45 ust. 6 ustawy Pzp.

Termin składania ofert został pierwotnie wyznaczony na dzień 04.02.2020 r. do godz. 10:00.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych (dalej: BZP) w dniu 16.01.2020 r. pod numerem 503452-N-2020. Jednocześnie tego samego dnia ww. ogłoszenie zostało zamieszczone na stronie internetowej oraz na tablicy ogłoszeń Zamawiającego.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) została zatwierdzona przez Wójta Gminy Sędziejowice oraz w dniu 16.01.2020 r. wraz z załącznikami została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W trakcie postępowania wpłynęły zapytania od Wykonawców do treści SIWZ, na które Zamawiający w dniu 31.01.2020 r. udzielił odpowiedzi na swojej stronie internetowej, zgodnie z art. 38 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W dniu 22.01.2020 r. Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ a także zmiany ogłoszenia (**ogłoszenie o zmianie ogłoszenia** nr 540012690-N-2020) – w zakresie zmiany terminu zakończenia realizacji projektu z dnia 30.04.2021 r. na dzień 31.05.2021 r.

W dniu 31.01.2020 r. Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ w zakresie zmiany załączników: formularza oferty oraz wzoru umowy, a także zmiany terminu składania ofert z dnia 04.02.2020 r. na dzień

11.02.2020 r. Jednocześnie w tym samym dniu Zamawiający zamieścił w BZP **ogłoszenie o zmianie ogłoszenia** nr 540019048-N-2020 w zakresie zmiany terminu składania ofert.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert, które nastąpiło w dniu 11.02.2020 r. o godz. 10:30 Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 11 868 024,00 zł brutto.

Do siedziby Zamawiającego w wyznaczonym terminie wpłynęły 3 **oferty**:

- **Oferta nr 1** złożona przez Wykonawcę - GRUPA EKOENERGIA Sp. z o.o., Sierakowice Prawe 141D, 96-100 Skierniewice, z ceną oferty 12 332 517,57 zł brutto, doświadczeniem kierownika budowy – 2 zamówienia, doświadczeniem kierownika robót sanitarnych – 2 zamówienia, doświadczeniem kierownika robót elektrycznych – 2 zamówienia;
- **Oferta nr 2** złożona przez Konsorcjum firm – Lider: Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD Damian Świącik, al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa, Partner: Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o., ul. Starowiejska 5, 42-244 Jaskrów, z ceną wykonania 13 255 710,00 zł brutto, doświadczeniem kierownika budowy - 5 zamówień, doświadczeniem kierownika robót sanitarnych – 5 zamówień, doświadczeniem kierownika robót elektrycznych – 5 zamówień;
- **Oferta nr 3** złożona przez Wykonawcę – Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A., ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów, z ceną wykonania 13 072 530,00 zł brutto, doświadczeniem kierownika budowy - 2 zamówienia, doświadczeniem kierownika robót sanitarnych – 2 zamówienia, doświadczeniem kierownika robót elektrycznych – 2 zamówienia.

Zamawiający niezwłocznie, tj. w dniu 11.02.2020 r. zamieścił na swojej stronie internetowej informacje z otwarcia ofert, o których mowa w art. 86 ust. 5 ustawy Pzp.

Kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty były:

- cena oferty - 60 %,
- doświadczenie personelu kluczowego – kierownika budowy lub inspektora nadzoru budowy skierowanego przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego – 20%;
- doświadczenie personelu kluczowego – kierownika robót sanitarnych skierowanego przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego – 10%;
- doświadczenie personelu kluczowego – kierownika robót elektrycznych skierowanego przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego – 10%.

Termin związania ofertą wynosił 30 dni.

Zamawiający zastosował w postępowaniu tzw. procedurę odwróconą z art. 24aa ustawy Pzp, co zostało przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ.

Wykonawcy złożyli oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej zgodnie z art. 24 ust. 11 ustawy Pzp.

W dniu 27.02.2020 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę najwyższej ocenionego, t.j. GRUPA EKOENERGIA Sp. z o.o. do złożenia, w terminie nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca złożył dokumenty i oświadczenia we wskazanym terminie.

W dniu 02.03.2020 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, wystąpił do Wykonawców biorących udział w postępowaniu z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 30 dni, wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium. Wykonawcy: GRUPA EKOENERGIA Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A. wyrazili zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą. Konsorcjum firm: – Lider: Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD Damian Świącik, Partner: Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, w związku z czym Zamawiający, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a), ustawy Pzp odrzucił ofertę ww. Wykonawcy.

W dniu 10.03.2020 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp, wezwał wykonawcę GRUPA EKOENERGIA Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia brakujących dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca złożył dokumenty we wskazanym terminie.

W dniu 13.03.2020 r. Zamawiający dokonał **wyboru najkorzystniejszej oferty** złożonej przez Wykonawcę: GRUPA EKOENERGIA Sp. z o.o., Sierakowice Prawe 141D, 96-100 Skierniewice, z ceną oferty 12 332 517,57 zł brutto. W tym samym dniu zawiadomienie o wyniku postępowania zostało przesłane Wykonawcom drogą elektroniczną i pocztową.

W trakcie postępowania Wykonawcy nie korzystali z przysługujących im środków ochrony prawnej.

Zamawiający wymagał złożenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5% ceny całkowitej podanej w ofercie złożonej przez Wykonawcę. Wykonawca wniósł ww. zabezpieczenie w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

W dniu 26.03.2020 r. Zamawiający zawarł **umowę nr 31/2020** z wyłonionym Wykonawcą za wynagrodzeniem wskazanym w ofercie.

Do ww. umowy zawarte zostały następujące **aneksy**:

- **aneks nr 1** z dnia 28.04.2020 r., dotyczący zmiany rachunku bankowego;
- **aneks nr 2** z dnia 05.11.2020 r. dotyczący zmiany reprezentacji Wykonawcy oraz zmiany wynagrodzenia na 12 455 610,15 zł brutto, wynikającej z konieczności wykonania robót dodatkowych;
- **aneks nr 3** z dnia 30.04.2021 r., dotyczący przesunięcia terminu realizacji zamówienia na dzień 31.07.2021 r. oraz zmiany wynagrodzenia na 12 541 698,06 zł brutto, wynikającej z konieczności wykonania robót dodatkowych;
- **aneks nr 4** z dnia 29.07.2021 r., w zakresie przesunięcia terminu realizacji zamówienia na dzień 04.08.2021 r.;

- **aneks nr 5** z dnia 04.08.2021 r., w zakresie przesunięcia terminu realizacji zamówienia na dzień 24.08.2021 r.;

- **aneks nr 6** z dnia 01.09.2021 r., w zakresie przesunięcia terminu realizacji zamówienia na dzień 17.09.2021 r.

Ww. aneksy zawarte zostały zgodnie z art. 144 Ustawy Pzp.

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało opublikowane w BZP w dniu 14.04.2020 r. pod nr 510064057-N-2020.

Kontrola wykazała:

Zamawiający naruszył art. 22 ust. 1a oraz art. 7 ust. 1 w związku z art. 23 ust. 5 oraz art. 22a ust. 1 ustawy Pzp. poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nieuzasadniony charakterem zamówienia oraz niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w rozdz. 5.1.2 c) SIWZ oraz w pkt III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu zawarł następujący zapis:

Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej 2 roboty budowlane o wartości zamówienia co najmniej 3 000 000,00 zł brutto każda, polegające na budowie, przebudowie, rozbudowie, remoncie budynku użyteczności publicznej oraz wykonał co najmniej 2 roboty budowlane polegające na budowie pompy ciepła o mocy znamionowej co najmniej 60 kW każda.

UWAGA! Mając na uwadze art. 23 ust. 5 Ustawy Zamawiający zastrzega, że w sytuacji składania oferty przez dwa lub więcej podmiotów (Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia) oraz analogicznie w sytuacji, gdy Wykonawca będzie polegał na zasobach innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 22a Ustawy, warunek o którym wyżej mowa musi zostać spełniony w całości przez Wykonawcę, jednego z Wykonawców wspólnie składającego ofertę lub podmiot, na którego zdolności w tym zakresie powołuje się Wykonawca – brak możliwości tzw. sumowania doświadczenia.

Dodatkowo w rozdz. 5.3 b) SIWZ Zamawiający zastrzegł, iż w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunki, o których mowa w rozdz. V.1.2 niniejszej SIWZ zostaną spełnione wyłącznie, jeżeli: (...) co najmniej jeden z Wykonawców spełnia samodzielnie warunek określony w rozdz. 5.1.2 pkt c) ppkt. i.

Warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z którym zarówno: Wykonawca osobiście, jak i jego konsorcjant, lub podmiot, na którego zasobach Wykonawca zamierza polegać, musi wykazać się doświadczeniem w realizacji obu rodzajów robót (zarówno dwóch robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie, rozbudowie, remoncie budynku użyteczności publicznej, jak i dwóch robót polegających na budowie pomp ciepła) został, zdaniem Zespołu kontrolnego, określony w sposób nieproporcjonalny i nieuzasadniony



charakterem zamówienia. Zastrzeżenie braku możliwości tzw. sumowania doświadczenia stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców.

Ponadto sformułowanie przez Zamawiającego wymagania w zakresie pomp ciepła, tj. żądanie wykonania co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na budowie pompy ciepła (zamiast: dostawy/montażu pomp) mogło wprowadzić potencjalnych Wykonawców w błąd i dodatkowo ograniczać dostęp do zamówienia, gdyż sugerowało, że oferty mogą złożyć jedynie producenci lub konstruktorzy pomp ciepła.

Zamawiający, na podstawie art. 23 ust. 5 ustawy Pzp, może dla podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia określić warunki realizacji zamówienia w inny sposób, niż w przypadku pojedynczych Wykonawców. Jednakże wykluczenie możliwości polegania na doświadczeniu innych podmiotów stanowi wyjątek – jeżeli Zamawiający decyduje się na odejście od zasady łączenia doświadczenia kilku podmiotów, musi uzasadnić, iż tego rodzaju ograniczenie ma związek z przedmiotem zamówienia i jest w stosunku do niego proporcjonalne.

Tymczasem postawiony przez Zamawiającego warunek nie jest niczym uzasadniony. Zakres budowy przedszkola był dominujący i stanowił zdecydowaną większość wartości zamówienia, a pompy ciepła były elementem wyposażenia, podobnie jak instalacje i kotły ciepła w każdym budynku. Zamówienie miało charakter powszechnie występujący na rynku i wiele firm budowlanych było w stanie zapewnić prawidłowe wykonanie zamówienia w zakresie budowy budynku przedszkola i jednocześnie mogło zamontować pomy ciepła, które są jedynie wyposażeniem budynku. Ponadto element zamówienia dotyczący pomp ciepła był możliwy do wykonania odrębnie przez wielu Wykonawców, którzy mogli zapewnić prawidłowe wykonanie zamówienia w zakresie budynku przedszkola, wykorzystując do montażu pomp ciepła zarówno potencjał konsorcjanta, jak również podmiotu trzeciego, na którego zasobach mieli zamiar polegać. Określając w ten sposób warunek udziału w postępowaniu, Zamawiający naruszył nie tylko art. 23 ust. 5 ustawy Pzp dotyczący konsorcjum, ale również art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, wyrażający generalną zasadę, iż w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu Wykonawca ma prawo polegać na zdolnościach technicznych i zawodowych innych podmiotów.

Reasumując, wymóg, by ten sam podmiot posiadał doświadczenie w obu rodzajach robót, jest w opinii Zespołu kontrolnego nieuzasadniony.

Podobne wątpliwości miał jeden z potencjalnych Wykonawców, który zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie treści SIWZ (i który ostatecznie nie złożył oferty w przedmiotowym postępowaniu): „Każda profesjonalna firma budowlana może wybudować przedszkole wg Państwa projektu, a wymaganie by taka firma posiadała również doświadczenie w wybudowaniu pompy ciepła jest niczym nieuzasadnione, a co więcej ogranicza uczciwą konkurencję i dostęp firm do zamówienia publicznego”.

Nie można zatem wykluczyć, że przy prawidłowym sformułowaniu przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, krąg Wykonawców byłby szerszy - część Wykonawców, z uwagi na dyskryminujący warunek, mogła zrezygnować z udziału w postępowaniu, a być może złożyliby oni korzystniejsze oferty.

Opisane powyżej naruszenie art. 22 ust. 1a oraz art. 7 ust. 1 w związku z art. 23 ust. 5 oraz art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, polegające na określeniu warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nieuzasadniony charakterem zamówienia oraz niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wpisuje się wprost w kategorię nieprawidłowości indywidualnej, wskazaną w pozycji nr 12 (*Określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia...*) dokumentu pn. *Stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych*, stanowiącego Załącznik do 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), zwanego dalej *Taryfikatorem*.

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. 22 ust. 1a oraz art. 7 ust. 1 w związku z art. 23 ust. 5 oraz art. 22a ust. 1 ustawy Pzp**, polegające na określeniu warunku udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nieuzasadniony charakterem zamówienia oraz niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

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 12 (*Określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia...*)** stawkę procentową stosowaną przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń w wysokości 25% wydatków kwalifikowalnych, z możliwością obniżenia do 10% lub 5%.

Maksymalną stawkę procentową 25% obniża się do 10%.

Uzasadnienie obniżenia stawki procentowej z 25% do 10%:

W ocenie Zespołu kontrolnego zastosowanie stawki procentowej w maksymalnej wysokości byłoby niewspółmierne do charakteru i wagi nieprawidłowości indywidualnej. Za zastosowaniem 10% stawki procentowej przemawia fakt, iż :

- zamówienie nie miało transgranicznego charakteru, co potwierdza jego szacowana wartość nieprzekraczająca kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, a co za tym idzie brak obowiązku publikacji ogłoszenia o zamówieniu

w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej; lokalizacja miejsca wykonania zamówienia, a także fakt, iż kontrolowane postępowanie faktycznie nie stanowiło przedmiotu zainteresowania podmiotów mających siedzibę w innym państwie członkowskim UE, co potwierdza brak zapytań do treści SIWZ od podmiotów zagranicznych oraz brak złożonych przez te podmioty ofert.

- okoliczność, iż pomimo określenia dyskryminacyjnego warunku udziału w postępowaniu, zapewniono minimalny poziom konkurencji, tj. otrzymano w przedmiotowym postępowaniu oferty od trzech wykonawców.

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”.

W związku z powyższym Zespół kontrolny zastosował stawkę korekty w wysokości 10%.

Identyczne ustalenia w zakresie naruszenia ustawy Pzp poczyniła Izba Administracji Skarbowej w Łodzi podczas audytu w zakresie gospodarowania środkami pochodzącymi z budżetu Unii Europejskiej, przeprowadzonego w okresie od 09.04.2021 r. do 23.11.2021 r. (*Podsumowanie ustaleń dokonanych w projekcie nr RPLD.04.03.02-10-0004/18 pn. "Budowa przedszkola w Sędziejowicach" znak 1001-ICE.52.49.2021.4 z dnia 26.11.2021 r.*). Instytucja Audytowa zastosowała stawkę korekty w wysokości 10%, przewidzianą wprost w poz. 11 tzw. Taryfikatora KE (tj. Załącznika do *Decyzji Komisji Europejskiej nr C(2019)3452 z dnia 14.05.2019 r. ustanawiającej wytyczne dotyczące określania korekt finansowych w odniesieniu do wydatków finansowanych przez Unię w przypadku nieprzestrzegania obowiązujących przepisów dotyczących zamówień publicznych*) dla analogicznego rodzaju nieprawidłowości indywidualnej - *Odnosi się to do kryteriów lub warunków, które – mimo że nie są dyskryminujące ze względu na preferencje krajowe, regionalne lub lokalne – prowadzą jednak do ograniczenia wykonawcom dostępu do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, na przykład: 1) przypadki, w których minimalne wymagane poziomy zdolności w odniesieniu do konkretnego zamówienia są związane z przedmiotem zamówienia, ale nie są proporcjonalne.*

XIX. Zalecenia pokontrolne/rekomendacje (ze wskazaniem terminu na ich wykonanie oraz terminu na przekazanie informacji o sposobie ich wdrożenia):

Wartość korekty finansowej wynosi **10% wydatków kwalifikowalnych** 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 znaczenie poszczególnych symboli jest następujące:

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) Łącznie	Niekwalifikowalne (z uwzględnieniem wskaźnika korekty)	Korekta po uwzględnieniu wysokości dofinansowania – do zwrotu	Numer Wniosku o płatność	Data naliczania odsetek
FV/0068/20/06	30.06.2020	1 044 533,44 zł	849 214,18 zł	84 921,42 zł	84 921,42 zł	70 484,78 zł	WNP-RPLD.04.03.0 2-10-0004/18-008 (zatwierdzony)	20.07.2020
FV/0002/20/10	01.10.2020	2 115 097,05 zł	1 573 529,10 zł	157 352,91 zł	157 352,91 zł	130 602,92 zł	WNP-RPLD.04.03.0 2-10-0004/18-010 (zatwierdzony)	19.10.2020
FV/0017/20/12	22.12.2020	2 642 765,74 zł	2 031 439,94 zł	203 143,99 zł	203 143,99 zł	168 609,52 zł	WNP-RPLD.04.03.0 2-10-0004/18-012 (zatwierdzony)	22.12.2020
FV/0032/21/10	27.10.2021	6 739 301,83 zł	3 659 415,25 zł	365 941,53 zł	247 920,27 zł	205 773,82 zł	WNP-RPLD.04.03.0 2-10-0004/18-017-03 (niezatwierdzony)	05.10.2021
Pozostałe wydatki niekwalifikowalne w wysokości 118 021,26 z faktury VAT FV/0032/21/10 (nieobjęte zaliczką) należy pomniejszyć w kwocie płatności końcowej w poprawionym wniosku o płatność.								

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

WNP- RPLD.04.03.02-10-0004/18-008 (zatwierdzony)

- **Faktura VAT FV/0068/20/06** wystawiona w dniu 30.06.2020 r. na kwotę **1 044 533,44 zł brutto**, w tym kwota wydatków kwalifikowalnych **849 214,18 zł**;

WNP- RPLD.04.03.02-10-0004/18-010 (zatwierdzony)

- **Faktura VAT FV/0002/20/10** wystawiona w dniu 01.10.2020 r. na kwotę **2 115 097,05 zł brutto**, w tym kwota wydatków kwalifikowalnych **1 573 529,10 zł**;

WNP- RPLD.04.03.02-10-0004/18-012 (zatwierdzony)

- **Faktura VAT FV/0017/20/12** wystawiona w dniu 22.12.2020 r. na kwotę **2 642 765,74 zł brutto**, w tym kwota wydatków kwalifikowalnych **2 031 439,94 zł**;

WNP- RPLD.04.03.02-10-0004/18-017-03 (niezatwierdzony)

- **Faktura VAT FV/0032/21/10** wystawiona w dniu 27.10.2021 r. na kwotę **6 739 301,83 zł brutto**, w tym kwota wydatków kwalifikowalnych **3 659 415,25 zł**.

Zobowiązuje się Beneficjenta do zwrotu kwot:

- **70 484,78 zł** wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków tj. od dnia **20.07.2020 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;
- **130 602,92 zł** wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków tj. od dnia **19.10.2020 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;
- **168 609,52 zł** wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków tj. od dnia **22.12.2020 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;
- **205 773,82 zł** wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków tj. od dnia **05.10.2021 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 faktury VAT FV/0032/21/10 (nieobjęte zaliczką),

tj. w kwocie 1 180 212,60 zł, wystawionej w dniu 27.10.2021 r. w ramach umowy nr 31/2020 zawartej z Wykonawcą: GRUPA EKOENERGIA Sp. z o.o. należy pomniejszyć o 10%, 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 Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Łódzkiego na lata 2014 – 2020 dochował należytej staranności podczas przygotowania oraz prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w zakresie określania warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i uzasadniony charakterem zamówienia oraz zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

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:

Zespół kontrolny nie uznaje zastrzeżeń Beneficjenta do ustaleń pierwszej informacji pokontrolnej, złożonych pismem z dnia 17 lutego 2022 r.

W złożonych zastrzeżeniach Beneficjent podniósł, iż „przedmiotowe zamówienie publiczne nie było zwykłą robotą budowlaną, natomiast stanowiło inwestycję publiczną, która (...) została zaprojektowana w standardach budynku pasywnego”, jak również, iż „budowa przedszkola stanowiła innowacyjny projekt,

który wymagała specjalistycznej wiedzy oraz szerszego doświadczenia wykonawcy, których spełnienie było możliwe jedynie za pomocą postawionego w taki sposób warunku udziału w postępowaniu”. Zespół kontrolny pragnie podkreślić, iż bezsporne w sprawie jest, że budowa budynku w technologii pasywnej charakteryzuje się specyfiką odróżniającą ją od budowy budynku opartej na tradycyjnej technologii. Dotyczy to wszystkich faz procesu budowy, począwszy od projektu, odpowiedniej lokalizacji, zastosowanych materiałów i technologii. Skoro zatem – jak podkreśla Zamawiający – ustanowione w postępowaniu kryteria kwalifikacji powinny być związane z charakterem budynku (przedszkole jako budynek użyteczności publicznej), jak również jego specyfiką – wyróżnikiem (technologią pasywną), Zamawiający mógł wymagać od Wykonawców wykazania się wykonaniem robót budowlanych w ramach budynku użyteczności publicznej w technologii pasywnej. Tymczasem, w kontrolowanym postępowaniu Zamawiający nie wymagał doświadczenia w zakresie budowy budynku pasywnego. Wymagał natomiast, aby jeden z Wykonawców wykazał się realizacją zarówno dwóch robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie, rozbudowie, remoncie budynku użyteczności publicznej, jak i dwóch robót polegających na budowie pomp ciepła. W odniesieniu do tak postawionego warunku, niedopuszczającego możliwości łączenia potencjału Wykonawców w celu jego spełnienia, Zespół kontrolny podtrzymuje swoje stanowisko, iż został on określony w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz nieuzasadniony charakterem zamówienia, co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Beneficjenta, iż „sformułowane przez Instytucję Kontrolującą zarzuty opierają się na błędnym przekonaniu o bezgranicznej i absolutnej otwartości zamówień publicznych na konkurencję”. Ustalenia Zespołu kontrolnego w zakresie przedmiotowego naruszenia ustawy Pzp opierają się na jednej z podstawowych zasad systemu zamówień publicznych, zgodnie z którą Zamawiający zobligowany jest do obiektywnego kształtowania warunków udziału zamówienia w postępowaniu w taki sposób, aby nie wprowadzać warunków nadmiernych, prowadzących do dyskryminacji podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.

Zgodnie bowiem z utrwalonym stanowiskiem uwzględniającym dorobek prawa wspólnotowego i orzeczeń TSUE, przez proporcjonalność warunku w stosunku do przedmiotu zamówienia należy rozumieć zachowanie właściwej proporcji, brak nadmierności. Wszelkie działania Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinny mieć charakter proporcjonalny, co oznacza, że powinny być adekwatne dla osiągnięcia zakładanych celów. Na gruncie unijnego prawa zamówień publicznych stwierdza się wręcz, że w świetle zasady proporcjonalności, będącej ogólną zasadą prawa wspólnotowego, wszelkie podejmowane przez Zamawiających środki nie mogą wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia ich celów. Tym samym Zamawiającym nie wolno podejmować działań i formułować wymagań, które byłyby obiektywnie nadmiernie rygorystyczne, a przez to ograniczałyby w sposób nieuzasadniony dostęp do postępowania. Reasumując, zdecydowanie największe znaczenie praktyczne zasada proporcjonalności ma w odniesieniu do reguł ustalania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż określają one warunki przystąpienia do postępowania, których spełnienie jest konieczne, aby wykonawca w ogóle mógł złożyć ofertę – tym samym ich wpływ na realizację zasady uczciwej konkurencji jest szczególnie duży.



Zamawiający na podstawie art. 23 ustawy Pzp mogą określić warunki uniemożliwiające tzw. sumowanie doświadczenia. Niemniej jednak każdorazowo korzystając z art. 23 ust. 5 ustawy Pzp, Zamawiający winien posiadać uzasadnienie wykluczenia możliwości polegania na doświadczeniu większej liczby podmiotów, a samo wykluczenie musi być związane z przedmiotem zamówienia oraz w stosunku do niego proporcjonalne. Powyższe potwierdza wyrok KIO z dnia 31.01.2020 r., sygn. akt KIO 10/20, KIO 16/29: *Jeżeli zatem zamawiający decyduje się na odejście od ww. zasady łączenia doświadczenia kilku podmiotów, powinien dać temu jasny wyraz w treści postanowień SIWZ, mając jednocześnie na względzie, że wszelkie tego rodzaju ograniczenia powinny mieć związek z przedmiotem zamówienia i być do niego proporcjonalne*.

Nie sposób zatem zgodzić się z argumentacją Podmiotu kontrolowanego, iż „cel budowy można osiągnąć jedynie dzięki wyspecjalizowanemu wykonawcy, który posiada wiedzę oraz doświadczenie, zarówno w zakresie wykonania kompleksowych robót ogólnobudowlanych, jak i instalacji pomp ciepła”. Wielu Wykonawców / firm budowlanych mogło bowiem zapewnić prawidłowe wykonanie zamówienia w zakresie wznoszenia budynku przedszkola, wykorzystując do montażu pomp ciepła potencjał konsorcjanta lub podmiotu trzeciego.

Odnosząc się do zarzutu Beneficjenta, iż „Instytucja Kontrolująca nie sprecyzowała, który z ustępów art. 22a P.z.p. miałby zostać naruszony przez kontrolowanego”, Zespół kontrolny doprecyzowuje, iż chodzi o naruszenie art. 22a ust. 1 ustawy Pzp. Zespół kontrolny nie kwestionuje przy tym faktu, iż „niezbędne jest zapewnienie, aby podmiot trzeci rzeczywiście uczestniczył w realizacji zamówienia w taki sposób, aby posiadane przez niego doświadczenie przekładało się na realizację zamówienia”. Z ww. art. 22a ust. 1 ustawy Pzp wynika natomiast generalna zasada, iż Wykonawca - w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu - ma prawo do powołania się na tzw. zasoby podmiotów trzecich oraz korzystania z ich zdolności technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej.

Zespół kontrolny podtrzymuje również swoje stanowisko, iż warunek w zakresie posiadania doświadczenia polegającego na budowie pompy ciepła został sformułowany w sposób nieprecyzyjny, tj. sugerujący, iż o zamówienie mogą się ubiegać jedynie producenci lub konstruktorzy pomp ciepła. Z literalnego brzmienia ww. warunku bynajmniej nie wynika, jak twierdzi Beneficjent, iż budowa pompy ciepła miała być „elementem roboty budowlanej w ramach projektu, która nie sprowadza się do dostarczenia i zamontowania pompy ciepła”. Zapis ten mógł zatem budzić wątpliwości i być powodem niezłożenia ofert przez szerszy krąg Wykonawców.

W złożonych zastrzeżeniach Beneficjent podniósł również, iż „niewątpliwie potwierdzeniem sformułowania warunku w sposób konkurencyjny jest ilość ofert, która została złożona w postępowaniu”. Fakt złożenia ofert w przedmiotowym postępowaniu nie dowodzi, że postawiony warunek nie utrudniał uczciwej konkurencji. Mógł on bowiem stanowić barierę dostępu do zamówienia dla Wykonawców, którzy mogli zapewnić prawidłowe wykonanie zamówienia, wykorzystując w tym celu potencjał konsorcjanta lub podmiotu trzeciego. Ponadto należy podkreślić, iż wskazana przez Beneficjenta okoliczność, czyli fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu otrzymano oferty od trzech Wykonawców, została wzięta przez Zespół kontrolny pod uwagę jako jedna z przesłanek obniżenia korekty z 25% na 10%.

W ocenie Zespołu kontrolnego nietrafiony jest również argument, że na korzyść Zamawiającego przemawia brak skorzystania przez Wykonawców z „przysługującego im środka ochrony prawnej, którym jest instytucja odwołania wobec treści SIWZ, w tym postawionych warunków udziału w postępowaniu”. Wniesienie odwołania jest bowiem prawem Wykonawcy, a nie jego obowiązkiem. Ponadto Wykonawca, który zdecyduje się skorzystać z tego prawa, jest zobowiązany uiścić wpis, którego wysokość może stanowić barierę finansową dla części wykonawców.

Podsumowując, Zespół kontrolny pragnie przypomnieć, iż projekt nr RPLD.04.03.02-10-0004/18 pn. "Budowa przedszkola w Sędziejowicach" był przedmiotem audytu w zakresie gospodarowania środkami pochodzącymi z budżetu Unii Europejskiej, przeprowadzonego przez Izbę Administracji Skarbowej w Łodzi w okresie od 09.04.2021 r. do 23.11.2021 r. W przekazanym Instytucji Zarządzającej *Podsumowaniu ustaleń w ramach przeprowadzonego audytu operacji* (znak 1001-ICE.52.49.2021.4 z dnia 26.11.2021 r.) w odniesieniu do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Instytucja Audytowa poczyniła identyczne ustalenia w zakresie naruszenia ustawy Pzp, stwierdzając – „z uwagi na ograniczenie wykonawcom dostępu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzez postawione wymogi, które są związane z przedmiotem zamówienia, ale nie są proporcjonalne” - nieprawidłowość skutkującą ustaleniem 10% wydatków niekwalifikowalnych (poz. 11 tzw. Taryfikatora KE). W odpowiedzi na ww. ustalenia Instytucja Zarządzająca podjęła decyzję o przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego zamówienia publicznego.

W świetle powyższego nie można zgodzić się ze stanowiskiem Podmiotu kontrolowanego, iż „określony przez zamawiającego warunek należy uznać za w pełni zasadny oraz zgodny z obowiązującymi przepisami prawa”. Reasumując, Zespół kontrolny podtrzymuje w całości ustalenia pokontrolne, zawarte w pierwszej informacji pokontrolnej.

Jednostka kontrolująca przekazuje dwa egzemplarze ostatecznej 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 ostatecznej 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:

Podmiot kontrolowany:

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

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

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