

RP. III.44.20.2022.MWI

Departament
ds. Regionalnego Programu Operacyjnego
Wydział Kontroli Zamówień Publicznych

Informacja pokontrolna nr RP. III.44.20.2022

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, z późn. zm.) oraz na podstawie postanowień umowy o dofinansowanie nr UDA-RPLD.04.02.02-10-0026/19-00 z dnia 06.11.2020 r., zmienionej aneksem nr UDA-RPLD.04.02.02-10-0026/19-01 z dnia 05.01.2022 r.
II.	Imiona i nazwiska osób przeprowadzających kontrolę	[dane zanonimizowano]
III.	Termin kontroli	22-23 lutego 2022 r.
IV.	Rodzaj kontroli	doraźna
V.	Nazwa Podmiotu kontrolowanego	Powiat Rawski
VI.	Adres Podmiotu kontrolowanego i miejsca, w którym przeprowadzono czynności kontrolne	- Plac Wolności 1, 96-200 Rawa Mazowiecka - kontrola w siedzibie IZ RPO WŁ
VII.	NIP Podmiotu kontrolowanego	8351606519
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	nie dotyczy
XI.	Osoby składające wyjaśnienia lub udzielające informacji w imieniu Podmiotu kontrolowanego	[dane zanonimizowano], pismem z dnia 03.03.2022 r., znak WI.III.7111.1.2.2022
XII.	Nr umowy o dofinansowanie	UDA-RPLD.04.02.02-10-0026/19-00

XIII.	Tytuł kontrolowanego projektu	„Poprawa efektywności energetycznej budynków na terenie powiatu rawskiego”
XIV.	Wartość projektu (wg umowy/aneksu)	6 047 485,99 zł
XV.	Zakres kontroli	Poprawność przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Poprawa efektywności energetycznej budynków na terenie powiatu rawskiego” – znak sprawy: WI.III.7111.2.2020.
XVI.	Data sporządzenia informacji pokontrolnej	14.04.2022 r.

XVII. Opis kontrolowanych obszarów i ustalenia kontroli

Postępowanie pn. „Poprawa efektywności energetycznej budynków na terenie powiatu rawskiego” – znak sprawy: WI.III.7111.2.2020, przeprowadzono 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.

Przedmiotem zamówienia była realizacja projektu pn. „Poprawa efektywności energetycznej budynków na terenie powiatu rawskiego” polegająca na wykonaniu dokumentacji projektowej oraz robót budowlanych z podziałem na trzy zadania częściowe:

- Zadanie nr 1 - Termomodernizacja budynku Internatu i kuchni Zespołu Szkół Ponadpodstawowych w Białej Rawskiej;
- Zadanie nr 2 - Termomodernizacja budynku Zespołu Szkół Ponadpodstawowych w Rawie Mazowieckiej;
- Zadanie nr 3 - Termomodernizacja budynku Zespołu Placówek Specjalnych w Rawie Mazowieckiej.

Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została ustalona w dniu 18.12.2020 r. na podstawie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych na kwotę 5 912 186,00 zł netto, co według kursu euro 4,2693 zł, stanowi równowartość 1 384 813,90 euro.

Postępowanie przeprowadziła stała Komisja Przetargowa powołana w dniu 04.08.2020 r. Uchwałą Nr 241/2020 Zarządu Powiatu Rawskiego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych (dalej: BZP) w dniu 28.12.2020 r. pod numerem 772103-N-2020. W tym samym dniu ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) została zatwierdzona przez Starostę oraz Wicestarostę Powiatu Rawskiego oraz w dniu 28.12.2020 r. wraz z załącznikami została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

Pierwotnie termin składania ofert został wyznaczony do dnia 19.01.2021 r. do godz. 10:00.

Zamawiający wymagał wnieścia wadium w wysokości: dla części 1 – 10 000,00 zł, dla części 2 - 20 000,00 zł oraz dla części 3 – 18 000,00 zł.

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

Do Zamawiającego wpłynęły zapytania do treści SIWZ, na które udzielił odpowiedzi w dniu 14.01.2021 r. W tym samym dniu Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ, w tym w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz wydłużenia terminu składania ofert do dnia 22.01.2021 r. do godz. 10:00, a także zamieścił w BZP ogłoszenie o zmianie ogłoszenia pod nr 540402620-N-2021.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert, które nastąpiło w dniu 22.01.2021 r. o godz. 10:15, Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie poszczególnych części zamówienia: Zadanie nr 1 - 1 202 517,50 zł brutto, Zadanie nr 2 - 2 542 899,30 zł brutto oraz Zadanie nr 3 - 2 166 769,20 zł brutto.

Do siedziby Zamawiającego w wyznaczonym terminie wpłynęło **6 ofert częściowych** złożonych przez 2 wykonawców:

1. Top Construction LTD Sp.k., ul. Grójecka 208, 02-390 Warszawa, z ceną oferty na: Zadanie nr 1 - 1 167 270,00 zł brutto, Zadanie nr 2 - 2 456 310,00 zł brutto oraz Zadanie nr 3 - 2 121 750,00 zł brutto;
2. Konsorcjum firm: WIMAKS Toczyłowski Dariusz, ul. Sadowa 47, 05-410 Józefów oraz AGBUD USŁUGI BUDOWLANE Agnieszka Hińcza, Otwock Wielki, ul. Polna 15, 05-480 Karczew, z ceną oferty na: Zadanie nr 1 - 1 937 563,20 zł brutto, Zadanie nr 2 - 3 221 640,60 zł brutto oraz Zadanie nr 3 - 3 127 398,00 zł brutto.

Zamawiający niezwłocznie, tj. w dniu 22.01.2021 r. zamieścił na swojej stronie internetowej informacje z otwarcia ofert, o których mowa w art. 86 ust. 5 ustawy Pzp.

Kryteriami wyboru najkorzystniejszej oferty były: cena – 60%, doświadczenie zawodowe kierownika budowy – 10%, plan organizacji robót – 30%.

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

W dniu 01.02.2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Top Construction LTD Sp.k. do „uzupełnienia pozostałych dokumentów, zgodnie z zapisami SIWZ”. Wykonawca w odpowiedzi złożył oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

W dniu 01.02.2021 r. Zamawiający przesłał do konsorcjum firm: WIMAKS Toczyłowski Dariusz oraz AGBUD USŁUGI BUDOWLANE Agnieszka Hińcza mail z informacją, że w zakresie wszystkich trzech zadań częściowych wybrana została oferta wykonawcy Top Construction LTD Sp.k.

W dniu 10.02.2021 r. Zamawiający dokonał **wyboru najkorzystniejszej oferty** złożonej przez wykonawcę Top Construction LTD Sp.k. w zakresie wszystkich trzech zadań. W tym samym dniu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty opublikowano na stronie internetowej Zamawiającego oraz w dniu 11.02.2021 r. przesłano wykonawcy Top Construction LTD Sp.k. mailem.

W dniu 19.02.2021 r. wykonawca Top Construction LTD Sp.k. poinformował o przedłużeniu terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium.

Zamawiający żądał wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5% ceny ofertowej brutto. Wykonawca wniósł zabezpieczenie w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

W dniu 02.03.2021 r. Zamawiający zawarł **Umowę Nr 54/2021** z wykonawcą Top Construction LTD Sp.k., ul. Grójecka 208, 02-390 Warszawa, za wynagrodzeniem 5 745 330,00 zł brutto.

Zamawiający nie przedłożył żadnych aneksów do przedmiotowej umowy.

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało zamieszczone w BZP w dniu 16.02.2022 r. pod numerem 510001421-N-2022.

Kontrola wykazała:

1. Zamawiający naruszył art. 22 ust. 1a w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej w sposób, który nie umożliwia oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, „zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.”

W kontrolowanym postępowaniu Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się doświadczeniem w realizacji w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert 3 robót budowlanych na czynnych obiektach użyteczności publicznej lub wielorodzinnych czynnych budynkach mieszkalnych polegających na głębokiej termomodernizacji obiektów, uszczegółowionych co do zakresu i wartości w zależności od części postępowania, wskazując jednocześnie, że **roboty te musiały być wykonane przez głównego wykonawcę lub lidera konsorcjum**. Przedmiotowe ograniczenie, polegające na obowiązku wykonania robót przez głównego wykonawcę lub lidera konsorcjum, nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy Pzp, jak również stanowi zaprzeczenie obowiązującej linii orzeczniczej, zapoczątkowanej wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 4 maja 2017 r. (sygn. C-387/14) w sprawie Esaprojekt, wskazującym, iż możliwe jest powoływanie się na doświadczenie zdobyte w konsorcjum jedynie w zakresie, w jakim realnie się je nabyło. Oznacza to, iż nie ma znaczenia, czy wykonawca w ramach konsorcjum pełnił funkcję jego lidera, czy też członka, ale jedynie to, że faktycznie uczestniczył w realizacji zadań określonych warunkiem udziału w postępowaniu. Sformułowany przez Zamawiającego warunek w zakresie zdolności zawodowej wykluczył możliwość wykazania się doświadczeniem zdobytym jako członek konsorcjum lub podwykonawca, pomimo rzeczywistego wykonania danych robót budowlanych. Zamawiający dopuścił więc do postępowania wykonawców, którzy być może posiadali doświadczenie w koordynacji inwestycji, ale niekoniecznie faktycznie wykonali roboty budowlane opisane w warunku udziału, a wykluczył tych, którzy mogli wykazać się niepodważalnym doświadczeniem, dając tym samym rękojmię należytego wykonania zamówienia. Stanowi to rażące naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Biorąc pod uwagę powyższe, Zespół Kontrolny nie mógł uwzględnić nie mających poparcia w dokumentacji postępowania wyjaśnień Beneficjenta z dnia 03.03.2022 r. (znak WI.III.7111.1.2.20022), iż efektem takiego sformułowania warunku udziału było dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie tylko podmiotów, które wykazały doświadczenie w koordynacji prac, ale także tych, które wykazały, że określone roboty budowlane zrealizowały bezpośrednio samodzielnie.

Naruszenie art. 22 ust. 1a w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej w sposób, który nie umożliwia oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, stanowi w ocenie Zespołu Kontrolnego nieprawidłowość indywidualną 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 przepisów ustawy Pzp oraz działaniem Zamawiającego, które mogło mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem. W ocenie Zespołu Kontrolnego nie można bowiem wykluczyć, że z uwagi na dyskryminujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej część wykonawców mogła zrezygnować z udziału w postępowaniu, a z kolei przy prawidłowym sformułowaniu przedmiotowego warunku krąg wykonawców byłby szerszy i być może złożyliby oni korzystniejsze oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe, stwierdzona nieprawidłowość indywidualna skutkuje koniecznością nałożenia korekty finansowej oraz pomniejszenia wydatków poniesionych nieprawidłowo.

2. Zamawiający naruszył art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, „zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu”. Zamawiający w SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu przewidział zastosowanie tzw. procedury odwróconej, zgodnie z art. 24aa ustawy Pzp, jednak nie zastosował jej w rzeczywistości, gdyż z dokumentacji postępowania wynika, że nie zbadał wszystkich złożonych ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty, a następnie nie ocenił ich zgodnie z kryteriami oceny ofert przewidzianymi w SIWZ. Takie zaniechanie nastąpiło w odniesieniu do oferty konsorcjum firm: WIMAKS Toczyłowski Dariusz oraz AGBUD USŁUGI BUDOWLANE Agnieszka Hińcza. Zespół Kontrolny nie uznaje gołosłownych wyjaśnień Zamawiającego, iż postąpił zgodnie z procedurą z art. 24aa ustawy Pzp. Jak bowiem zostało wprost wskazane przez Zamawiającego w treści informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, oferty konsorcjum firm WIMAKS Toczyłowski Dariusz AGBUD USŁUGI BUDOWLANE Agnieszka Hińcza „pozostały nie weryfikowane z uwagi, że zadeklarowane ceny ofert są większe niż kwoty, jakie zamawiający przeznaczył i podał bezpośrednio przed otwarciem ofert, zgodnie z art. 86 ust. 3 PZP na realizację zadań”. Z treści przedmiotowej informacji nie wynika też, aby Zamawiający przyznał ofercie konsorcjum firm: WIMAKS Toczyłowski Dariusz oraz AGBUD USŁUGI BUDOWLANE Agnieszka Hińcza jakiegokolwiek punkty. Zespół Kontrolny pragnie zauważyć, iż nawet gdyby Zamawiający nie przewidział zastosowania procedury odwróconej, to również byłby zobowiązany do zbadania wszystkich złożonych ofert pod kątem przesłanek odrzucenia, a następnie oceny zgodnie z kryteriami oceny tych ofert, które nie zostały odrzucone i których wykonawcy pozytywnie przeszli weryfikację podmiotową. Żaden przepis ustawy Pzp nie daje Zamawiającemu możliwości odstąpienia od badania i oceny oferty, której cena przekracza kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na realizację zamówienia. W stanie faktycznym kontrolowanego postępowania, ponieważ Zamawiający nie zamierzał unieważnić postępowania, powinien dokonać badania wszystkich złożonych ofert pod kątem podstaw

odrzuć, a następnie ofertom nie podlegającym odrzuceniu przyznać punktację w ramach kryteriów oceny ofert, stosownie do przewidzianej tzw. procedury odwróconej.

W ocenie Zespołu Kontrolnego wskazane naruszenie ma charakter formalny i nie skutkuje zastosowaniem procedury nakładania korekt finansowych za naruszenie ustawy Pzp. Nie została bowiem spełniona przesłanka szkodliwego wpływu zaniechania Zamawiającego na budżet Unii poprzez obciążenie tego budżetu nieuzasadnionym wydatkiem. Biorąc pod uwagę cenę ofert konsorcjum firm: WIMAKS Toczyłowski Dariusz oraz AGBUD USŁUGI BUDOWLANE Agnieszka Hińcza, nie mogły one zostać uznane za najkorzystniejsze, a więc wynik postępowania pozostałby niezmienny.

3. Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W kontrolowanym postępowaniu Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się doświadczeniem w realizacji w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert 3 robót budowlanych na czynnych obiektach użyteczności publicznej lub wielorodzinnych czynnych budynkach mieszkalnych polegających na głębokiej termomodernizacji obiektów, uszczegółowionych co do zakresu i wartości w zależności od części postępowania. Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą tj. Top Construction LTD Sp.k., przedstawił 1 robotę budowlaną będącą doświadczeniem własnym oraz 2 roboty w ramach polegania na zdolnościach zawodowych innego podmiotu – firmy Eltrix Energia Piotr Baraniak. Referencje dotyczące innego podmiotu zostały wystawione przez Centralny Instytut Ochrony Pracy – Państwowy Instytut Badawczy oraz przez Gminę Braniewo. Z obu referencji wynika, że wskazane w nich zadania zostały wykonane odpowiednio przez konsorcjum firm: Eltrix Energia Piotr Baraniak – Lider oraz Orlikon Sp. z o.o. oraz przez konsorcjum firm: Eltrix Energia Piotr Baraniak – Lider oraz Tamex Obiekty Sportowe S.A. Z treści przedłożonych przez wykonawcę dokumentów nie wynikał zakres doświadczenia faktycznie nabytego przez jednego ze współkonsorcjantów tj. podmiot udostępniający zasoby - Eltrix Energia Piotr Baraniak.

Jak wynika z wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 4 maja 2017 r. (sygn. C-387/14) w sprawie Esaprojekt, wykonawca może powoływać się na doświadczenie zdobyte w konsorcjum jedynie w zakresie, w jakim realnie je nabył. Wykluczone jest, aby wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie nie uczestniczył w jego realizacji.

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający powinien zbadać faktyczny udział firmy Eltrix Energia Piotr Baraniak w wykonaniu zamówień, które zrealizowane były w ramach konsorcjum, korzystając z dyspozycji art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, czyli zwracając się do wykonawcy Top Construction LTD Sp.k. o złożenie wyjaśnień, poprawienie lub uzupełnienie złożonych oświadczeń lub dokumentów, czego Zamawiający w kontrolowanym postępowaniu zaniechał. Fakt, iż w obu przedstawionych w referencjach zadaniach firma Eltrix Energia Piotr Baraniak pełniła funkcję Lidera konsorcjum, nie świadczy o tym, że faktycznie uczestniczyła w realizacji robót budowlanych niezbędnych do wykazania warunku zdolności zawodowej.

Idąc dalej, jeżeli firma Eltrix Energia Piotr Baraniak sama nie zdobyła niezbędnego doświadczenia, nie mogła go prawidłowo użyczyć wykonawcy Top Construction LTD Sp.k.

Podsumowując, zaniechanie Zamawiającego polegające na braku wezwania wykonawcy Top Construction LTD Sp.k. na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonych dokumentów lub ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w celu potwierdzenia spełnienia opisanego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej, skutkuje w konsekwencji brakiem wykazania przez tego wykonawcę spełnienia przedmiotowego warunku.

Nawiązując do wyjaśnień Beneficjenta z dnia 03.03.20022 r. (znak WI.III.7111.1.2.20022) Zespół Kontrolny wyjaśnia, iż jego zastrzeżenia nie dotyczą kwestii łączenia zasobów w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a jedynie kwestii rzeczywistego posiadania doświadczenia w realizacji robót budowlanych w przypadku zadań realizowanych wspólnie przez kilka podmiotów.

Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, stanowi w ocenie Zespołu Kontrolnego nieprawidłowość indywidualną 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 przepisów ustawy Pzp oraz zaniechaniem Zamawiającego, które mogło mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem. W ocenie Zespołu Kontrolnego nie można bowiem wykluczyć, że jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy, który nie spełniał warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej, a udzielenie zamówienia takiemu wykonawcy stanowi nieuzasadniony wydatek z budżetu UE.

Biorąc pod uwagę powyższe, stwierdzona nieprawidłowość indywidualna skutkuje koniecznością nałożenia korekty finansowej oraz pomniejszenia wydatków poniesionych nieprawidłowo.

4. Zamawiający naruszył art. 95 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, „jeżeli wartość zamówienia lub umowy ramowej jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający nie później niż w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych”. Zamawiający naruszył art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, zamieszczając ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w BZP po upływie ponad 11 m-cy od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wskazane naruszenie ma charakter formalny i nie skutkuje zastosowaniem procedury nakładania korekt finansowych za naruszenie ustawy Pzp.

5. Zamawiający nie zachował należytej staranności podczas prowadzenia postępowania w następującym zakresie:

a. w ogłoszeniu o zamówieniu pominięta została fakultatywna przesłanka udziału w postępowaniu z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp – co doprowadziło do rozbieżności pomiędzy treścią SIWZ a ogłoszenia o zamówieniu;

b. w dniu 01.02.2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Top Construction LTD Sp.k. do „uzupełnienia pozostałych dokumentów, zgodnie z zapisami SIWZ” – wezwanie było nieprecyzyjne, nie zawierało wskazania podstawy prawnej (prawidłowo art. 26 ust. 2 ustawy Pzp), nie specyfikowało dokumentów, o które chodzi Zamawiającemu, nie wskazywało terminu, w którym należy przedłożyć dokumenty, jak również mówiło o konieczności uzupełnienia dokumentów zamiast o ich złożeniu (art. 26 ust. 2 ustawy Pzp mówi o wezwaniu do złożenia dokumentów, podczas gdy z uzupełnieniem mamy do czynienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dopiero wówczas, gdy wymagane wcześniej do złożenia dokumenty nie zostały złożone, są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości) – dodatkowo w protokole postępowania wskazano, że Zamawiający nie zastosował wezwania z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp;

c. w dniu 01.02.2021 r. Zamawiający przesłał do konsorcjum firm: WIMAKS Toczyłowski Dariusz oraz AGBUD USŁUGI BUDOWLANE Agnieszka Hińcza mail z informacją, że w zakresie wszystkich trzech zadań częściowych wybrana została oferta wykonawcy Top Construction LTD Sp.k., co było niezgodne ze stanem faktycznym, ponieważ w tym czasie wykonawca Top Construction LTD Sp.k. nie złożył nawet oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, a wybór oferty wykonawcy Top Construction LTD Sp.k. nastąpił dopiero w dniu 10.02.2021 r.;

d. w protokole postępowania nie zawarto informacji o funkcjonowaniu zespołu do nadzoru nad realizacją zamówienia, a jedynie wskazano jedną osobę wykonującą czynności w nadzorze, co, jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego, jest niezgodne ze stanem rzeczywistym;

e. w protokole postępowania nie wymieniono wszystkich członków Komisji Przetargowej – pominięto Panią Katarzynę Zagajewską – Zespół Kontrolny przyjął wyjaśnienia Zamawiającego odnośnie ilości osób w składzie Komisji Przetargowej, pragnie jednak zwrócić uwagę, że § 3.1. Regulaminu Pracy Komisji Przetargowej przekazanego w ramach kontroli ma brzmienie odmienne od zacytowanego w wyjaśnieniach, a mianowicie brzmi: „Komisja przetargowa składa się z co najmniej trzech osób” a nie „Komisja przetargowa składa się z co najmniej trzech osób wybranych spośród wskazanych w § 2 pkt.2”;

f. w protokole postępowania wskazano nieprawidłowe daty zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w BZP oraz zamieszczenia SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej – 18.12.2020 zamiast 28.12.2020;

g. w sposób nieprawidłowy przygotowano ogłoszenie o udzieleniu zamówienia – ponieważ w postępowaniu mieliśmy do czynienia z trzema zadaniami częściowymi, ogłoszenie powinno uwzględniać odpowiednie informacje oraz wybór oferty odrębnie dla każdej z tych części, ponadto wskazano nieprawidłową datę udzielenia zamówienia tj. 03.03.2021 r. (zamiast 02.03.2021 r.), nieprawidłową ilość otrzymanych ofert tj. 4 (faktycznie było 6 ofert częściowych złożonych przez 2 wykonawców – po 2 oferty na każdą część postępowania) oraz nieprawidłową cenę wybranej oferty, nieprawidłową wartość oferty z najwyższą ceną oraz nieprawidłową wartość oferty z najwyższą ceną.

Wskazane powyżej w punktach a-g uchybienia mają charakter formalny i nie skutkują zastosowaniem procedury nakładania korekt finansowych za naruszenie ustawy Pzp.

XVIII. Stwierdzone nieprawidłowości/uchybień, w tym ustalenia w zakresie wartości korekt finansowych:

Zgodnie z § 2 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, zm. Dz. U. z 2020 r. poz. 1264), zwanego dalej Rozporządzeniem w sprawie korekt finansowych, wartość korekty finansowej związanej z nieprawidłowością indywidualną stwierdzoną w danym zamówieniu jest równa wartości wydatków objętych współfinansowaniem UE poniesionych w ramach zamówienia, natomiast wartość pomniejszenia związanego z nieprawidłowością indywidualną stwierdzoną w danym zamówieniu jest równa kwocie wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach tego zamówienia.

1. Naruszenie art. 22 ust. 1a w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej w sposób, który nie umożliwia oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców:

W ocenie Zespołu Kontrolnego, anulowanie całości współfinansowania UE lub całości wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach zamówienia byłoby niewspółmierne do charakteru i wagi stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej. Ponieważ nie jest możliwe precyzyjne wskazanie kwoty wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych ze stwierdzoną nieprawidłowością indywidualną, gdyż skutki finansowe tej nieprawidłowości są pośrednie, rozproszone, trudne do oszacowania, a jednocześnie nieprawidłowość mogłaby zniechęcić potencjalnych wykonawców do złożenia oferty, wysokość stawki procentowej korekty finansowej oraz pomniejszenia wydatków poniesionych nieprawidłowo została ustalona na podstawie tzw. **Taryfikatora**, czyli dokumentu pn. Stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych, stanowiącego załącznik do Rozporządzenia w sprawie korekt finansowych. **Pozycja nr 11 Taryfikatora** dotyczy nieprawidłowości indywidualnych polegających na zastosowaniu kryteriów wykluczenia, kwalifikacji, udzielenia zamówienia lub warunków realizacji zamówień lub specyfikacji technicznej, które nie są dyskryminacyjne ze względu na nieuzasadnione preferencje krajowe, regionalne lub lokalne, ale w inny sposób ograniczają wykonawcom dostęp do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z przedmiotowym naruszeniem Taryfikator przewiduje w pozycji nr 11 dla nieprawidłowości indywidualnej polegającej na określeniu minimalnych wymaganych poziomów zdolności w odniesieniu do konkretnego zamówienia, które w sposób oczywisty nie są związane z przedmiotem zamówienia, stawkę procentową stosowaną przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń w wysokości **25%** wydatków kwalifikowalnych, bez możliwości obniżenia stawki korekty.

2. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu:

W ocenie Zespołu Kontrolnego, anulowanie całości współfinansowania UE lub całości wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach zamówienia byłoby niewspółmierne do charakteru i wagi

stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej. Ponieważ nie jest możliwe precyzyjne wskazanie kwoty wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych ze stwierdzoną nieprawidłowością indywidualną, gdyż skutki finansowe tej nieprawidłowości są pośrednie, rozproszone, trudne do oszacowania, wysokość stawki procentowej korekty finansowej oraz pomniejszenia wydatków poniesionych nieprawidłowo została ustalona na podstawie Taryfikatora. **Pozycja nr 14 Taryfikatora** dotyczy nieprawidłowości indywidualnej polegającej na wprowadzeniu zmiany w kryteriach kwalifikacji (lub specyfikacji technicznej) po otwarciu ofert lub sytuacji, gdy kryteria te (lub specyfikacja) zostały zastosowane nieprawidłowo. W związku z przedmiotowym naruszeniem Taryfikator przewiduje w pozycji nr 14 dla nieprawidłowości indywidualnej stawkę procentową stosowaną przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń w wysokości **25% wydatków kwalifikowalnych**, bez możliwości obniżenia stawki korekty.

XIX. Zalecenia pokontrolne/rekomendacje:

W przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych wartość korekt finansowych lub pomniejszeń nie podlega sumowaniu. W takiej sytuacji do wszystkich stwierdzonych nieprawidłowości indywidualnych stosuje się jedną korektę finansową lub jedno pomniejszenie o najwyższej wartości. W związku z wykryciem w kontrolowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dwóch przypadków naruszenia przepisów ustawy Pzp skutkujących nałożeniem korekty finansowej oraz pomniejszeniem wydatków poniesionych nieprawidłowo, stosuje się jedną korektę finansową o najwyższej wartości, tj. w wysokości **25% wydatków kwalifikowalnych** w ramach kontrolowanego 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 - wartość korekty finansowej,

Wkw - wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia,

Wś - procentowa wartość współfinansowania UE,

W% - stawka procentowa.

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
00024/10 /2021	27.10.2021	2 121 750,00	1 725 000,00	431 250,00	366 562,50	WNP-RPLD.04.02.02-10-0026/19-006	19.10.2021
00025/10 /2021	27.10.2021	2 456 310,00	1 997 000,00	499 250,00	424 362,50	WNP-RPLD.04.02.02-10-0026/19-006	19.10.2021

Na dzień sporządzenia informacji pokontrolnej Zespół Kontrolny dokonał wyliczenia kwoty korekty finansowej z dowodów księgowych przedstawionych Instytucji Zarządzającej do wniosku o płatność nr WNP-RPLD.04.02.02-10-0026/19-006 (wniosek zatwierdzony):

- Faktura VAT nr 00024/10/2021 wystawiona w dniu 27.10.2021 r. na kwotę 2 121 750,00 zł brutto, w tym kwota wydatków kwalifikowalnych 1 725 000,00 zł;
- Faktura VAT nr 00025/10/2021 wystawiona w dniu 27.10.2021 r. na kwotę 2 456 310,00 zł brutto, w tym kwota wydatków kwalifikowalnych 1 997 000,00 zł.

Zobowiązuje się Beneficjenta do zwrotu kwoty: 790 925,00 zł wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków tj. od dnia **19.10.2021 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 zobowiązuje się Beneficjenta aby, pozostałe wydatki kwalifikowalne z faktur wystawionych w ramach umowy Nr 54/2021, zawartej w dniu 02.03.2021 r. z wykonawcą Top Construction LTD Sp.k., ul. Grójecka 208, 02-390 Warszawa, **pomniejszył 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 w zakresie:

- formułowania warunków udziału w postępowaniu z poszanowaniem obowiązujących przepisów ustawy Pzp oraz orzecznictwa;
- zapewnienia spójności pomiędzy SIWZ oraz ogłoszeniem o zamówieniu;
- badania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców;
- badania i oceny złożonych ofert;
- precyzyjnego formułowania wezwań kierowanych do wykonawców;
- terminowego zamieszczania ogłoszenia o zamówieniu;
- prowadzenia protokołu postępowania w sposób odzwierciedlający faktyczny przebieg postępowania.

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 złożonych pismem z dnia 08.04.2022 r., w których Beneficjent wniósł o odstąpienie od naliczania korekty finansowej, ewentualnie o zmianę kwalifikacji uchybień lub obniżenie wysokości korekty z uwagi na charakter i wagę nieprawidłowości.

Naruszenie art. 22 ust. 1a w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej w sposób, który nie umożliwia oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców:

Beneficjent w początkowej części złożonych zastrzeżeń odniósł się do wyjaśnienia zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji. Wskazał, że rozumienie zasady równości polega na tym, iż podmioty znajdujące się w takiej samej lub podobnej sytuacji należy traktować tak samo, natomiast podmioty znajdujące się w sytuacji odmiennej należy traktować odmiennie. Natomiast „uczciwą konkurencję” można zdefiniować jako możliwość uzyskania zamówienia przez wielu odpowiednio wykwalifikowanych wykonawców, którzy działając zgodnie z prawem i dobrymi obyczajami mogą złożyć konkurencyjną ofertę.

Zespół Kontrolny, nie negując powyższego, pragnie zauważyć, że pod pojęciami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na gruncie zamówień publicznych należy rozumieć takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu, aby szansę udziału w postępowaniu miało jak najwięcej podmiotów, przy jednoczesnym zagwarantowaniu, że uzyskany w ten sposób przedmiot zamówienia spełni oczekiwania i uzasadnione potrzeby zamawiającego. Niezwykle trafnie w wyroku z dnia 25.08.2017 r., sygn. akt VIII SA/Wa 13/17, WSA w Warszawie wskazał, iż przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oznacza, że na każdym etapie postępowania wykonawcy powinni być traktowani jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących. Zamawiający nie może tworzyć i wprowadzać nieuzasadnionych barier ograniczających prawo oferentów do wzięcia udziału w przetargu, nie może również działać w sposób, który będzie eliminować z udziału w postępowaniu określoną grupę wykonawców albo też stwarzać określonej grupie uprzywilejowanej pozycji. Również w wyroku NSA z dnia 06.03.2019 r., sygn. akt I GSK 1056/18, wskazano, iż zamawiający nie ma prawa w jakikolwiek sposób uprzywilejowywać bądź zniechęcać potencjalnych wykonawców zamówienia publicznego, a jego obowiązkiem jest traktowanie wszystkich wykonawców znajdujących się w tożsamej sytuacji prawnej lub faktycznej w identyczny sposób.

Dla Zespołu Kontrolnego oczywiste jest, że w interesie zamawiającego leży, aby zamówienie realizowane było przez wykonawcę dysponującego niezbędną wiedzą i doświadczeniem, co oznacza, iż zamawiający jest uprawniony do określenia odpowiednich warunków udziału w postępowaniu. Przepisy obowiązującego prawa nie ustanawiają jednak w tym zakresie nieograniczonej swobody zamawiającego. Ustawa Pzp nakazuje bowiem przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, bez nieuzasadnionych barier ograniczających prawo wykonawców do wzięcia udziału w przetargu. Zamawiający są zobligowani do obiektywnego kształtowania warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, aby nie

wprowadzać warunków nadmiernych, prowadzących do dyskryminacji podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Jak wskazał NSA w wyroku z dnia 04.04.2017 r., sygn. akt II GSK 1269/15, prawidłowe określenie warunków i wymogów wymaga zachowania niezbędnej równowagi między interesem zamawiającego polegającym na gwarancji należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, który wyraża się w ich usprawiedliwionym oczekiwaniu, że wobec nadmiernych wymagań, nie zostaną oni wykluczeni z postępowania albo wręcz zniechęceni do udziału w nim, a tym samym, że nie zostaną pozbawieni prawa równej szansy ubiegania się o dostęp do zamówienia finansowanego ze środków publicznych”.

W ocenie Zespołu Kontrolnego, sformułowany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu narusza również określoną w art. 22 ust. 1a ustawy Pzp zasadę proporcjonalności. Zgodnie 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, czyli powinny być adekwatne dla osiągnięcia zakładanych 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.

Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 23.11.2020 r., sygn. akt KIO 2847/20, z zasady wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że zamawiający ma obowiązek przygotowania zamówienia w sposób, który zapewni równe traktowanie wykonawców zgodnie z zasadą proporcjonalności. Tym samym odpowiednie dobranie proporcji w zakresie wymagań zamawiającego uzależnia udział wykonawców w danym postępowaniu, zapewniając ich równe traktowanie. Z kolei w wyroku z dnia 10.12.2020 r., sygn. akt KIO 3046/20, podkreślono, iż postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia, bez uzasadnionej przyczyny, chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom. Bardzo szeroko temat ten został omówiony w wyroku KIO z dnia 16.10.2020 r., sygn. akt KIO 2194/20. Izba stwierdziła w nim, że w odróżnieniu od przesłanek wykluczenia, treść warunków udziału w postępowaniu określa zamawiający, jednak nie na zasadzie swobodnego uznania, gdyż każdy warunek ogranicza dostęp do udziału w postępowaniu oraz konkurencję. Ponieważ zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców zaliczają się do naczelných zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, takie ograniczenie jest dopuszczalne wyłącznie w przypadku, gdy jest to uzasadnione koniecznością oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Innymi słowy, dla pogodzenia naczelných zasad zamówień publicznych oraz interesów zamawiających, dopuszczalna jest weryfikacja zdolności wykonawcy do wykonania danego zamówienia, ale wyłącznie w zakresie, w jakim jest to proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność określenia warunków udziału do przedmiotu zamówienia oznacza w szczególności, że zamawiający dobierając i określając te warunki, powinien się ograniczyć do wymagań minimalnych, a zarazem wystarczających dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, a ich opis powinien być adekwatny do rodzaju zamówienia, stopnia jego złożoności i rozmiaru, zakresu wymaganych uprawnień czy umiejętności specjalnych.

Jak wynika z powyższego, określenie warunków udziału w postępowaniu nie może prowadzić do wykluczenia uczestnictwa w postępowaniu wykonawców, którzy byliby w stanie prawidłowo wykonać zamówienie. A contrario, warunki udziału mogą ograniczać udział w postępowaniu tylko takich wykonawców, którzy nie spełniając wymaganych warunków podmiotowych, nie dają rękojmi należytej realizacji zamówienia publicznego. W ocenie Zespołu Kontrolnego, w kontrolowanym postępowaniu nie było żadnych uzasadnionych przesłanek, aby ograniczyć krąg potencjalnych wykonawców tylko do tych, którzy byli głównymi wykonawcami lub liderami konsorcjum, wykluczając jednocześnie wykonawców, którzy faktycznie wykonali określone w warunku roboty budowlane, ale formalnie byli członkami konsorcjum lub podwykonawcami. Co więcej, takie sformułowanie warunku stoi w sprzeczności z obowiązującą od wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 4 maja 2017 r. (sygn. C-387/14) w sprawie Esaprojekt linią orzecniczą, wskazującą na możliwość powoływania się na doświadczenie zdobyte w konsorcjum jedynie w zakresie, w jakim realnie się je nabyło. A więc bez znaczenia powinien być fakt, czy wykonawca w ramach konsorcjum pełnił funkcję jego lidera, czy też członka, ale wyłącznie faktyczne uczestnictwo w realizacji zadań określonych warunkiem udziału w postępowaniu. Argumentacja Beneficjenta wskazuje, iż w ogóle nie dostrzega tego, że sformułowany przez niego warunek w zakresie zdolności zawodowej wykluczył możliwość ubiegania się o zamówienie przez wykonawców posiadających rzeczywiste doświadczenie w realizacji wymaganych robót budowlanych, ale zdobyte jako członek konsorcjum lub podwykonawca. Beneficjent twierdzi bowiem, że „dopuszczał do udziału w postępowaniu zarówno wykonawców którzy faktycznie wykonywali roboty budowlane, jak i wykonawców którzy wykazali doświadczenie w zakresie bycia liderem konsorcjum”. W ocenie Zespołu Kontrolnego, sformułowany przez Zamawiającego warunek udziału w zakresie zdolności zawodowej nie tylko narusza art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, ale stanowi też rażące naruszenie określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Z kolei powiązanie wymaganego doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych z pełnieniem określonej funkcji w grupie wykonawców wspólnie realizujących zamówienie pozostaje bez związku z przedmiotem zamówienia.

Zespół Kontrolny nie może zgodzić się ze stwierdzeniem Beneficjenta, że aby zasada zachowania uczciwej konkurencji została zachowana, wystarczającym jest, aby zamawiający zapewnił udział minimum dwóm wykonawcom. Za nietrafiony uznaje również argument, iż wpłynięcie w kontrolowanym postępowaniu dwóch ofert potwierdza, że stwierdzone przez kontrolujących uchybienia nie ograniczyły dostępności wykonawców w ubieganiu się o zamówienie, ani nie naruszyły równego traktowania wykonawców. Jak wykazano powyżej, zamawiający powinien był dopuścić do udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców znajdujących w tej samej sytuacji, czyli posiadających doświadczenie w wykonaniu określonych przez zamawiającego robót budowlanych, bez dyskryminowania ich ze względu na to, czy pełnili rolę lidera czy też członka konsorcjum. Fakt złożenia dwóch ofert w przedmiotowym postępowaniu nie dowodzi, że postawiony warunek nie utrudniał uczciwej konkurencji, ani że nie stanowił bariery dostępu do zamówienia dla wykonawców, którzy mogli zapewnić prawidłowe wykonanie zamówienia.

Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu:

W złożonych wyjaśnieniach Beneficjent zajął stanowisko, iż skoro wykonawca był liderem konsorcjum, to zakres jego doświadczenia faktycznie nabytego odnosi się do całego przedmiotu umowy. Nie ma bowiem prawnej i faktycznej możliwości, aby lider konsorcjum nie był odpowiedzialny za całość wykonanych robót budowlanych.

Zespół Kontrolny już przy opisie przedmiotowego naruszenia wskazał, iż zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 4 maja 2017 r. (sygn. C-387/14) w sprawie Esaprojekt, wykonawca może powoływać się na doświadczenie zdobyte w konsorcjum jedynie w zakresie, w jakim realnie je nabył. Wykluczone jest natomiast, aby wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie nie uczestniczył w jego realizacji. Postawiony przez zamawiającego warunek w zakresie zdolności zawodowej dotyczył wykonania konkretnych robót budowlanych, a nie zarządzania inwestycją czy procesem budowlanym. Zamawiający był więc zobligowany do wyboru wykonawcy, który rzeczywiście posiadał doświadczenie w wykonaniu wskazanych robót. Natomiast sam fakt bycia liderem konsorcjum nie jest równoznaczny z faktycznym wykonaniem robót budowlanych. Zamawiający był więc zobowiązany do wyjaśnienia tej kwestii, bowiem z treści przedłożonych przez wykonawcę dwóch dokumentów referencji nie wynikał zakres doświadczenia faktycznie nabytego przez podmiot udostępniający zasoby - Eltrix Energia Piotr Baraniak.

Zespół Kontrolny podkreśla, że wyrok C-387/14 stanowi interpretację prawa unijnego dokonaną przez Trybunał Sprawiedliwości, która skutkuje koniecznością jej przyjęcia przez sądy krajowe wszystkich państw członkowskich, które, rozważając podobne sprawy, nie powinny przyjmować odmiennej interpretacji prawa wspólnotowego niż przyjęta w konkretnym orzeczeniu Trybunału. Z uwagi na powyższe, brak jest zatem podstaw do przyjmowania przez zamawiających odmiennej interpretacji, aniżeli wynika z powyższego wyroku. Na potwierdzenie powyższego wystarczy odwołać się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. I tak przykładowo, w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 04.10.2017 r., sygn. akt KIO 1987/17, Izba stwierdziła, że niewystarczające jest powoływanie się na potencjał całego konsorcjum – bez wyraźnego wskazania, jaką część – i o jakiej wartości – realizował odwołujący (występujący poprzednio w konsorcjum). W wyroku KIO z dnia 22.12.2017 r., sygn. akt KIO 2571/17, Izba – przywołując tezy z wyroku TSUE (sprawa C 387/14 Esaprojekt) – stanęła na stanowisku, że: „(...) orzeczenie to zmienia podejście do kwestii oceny indywidualnego doświadczenia zdobytego przy wspólnej realizacji zamówień przez kilku wykonawców, nakazując podmiotom zamawiającym merytoryczną ocenę zakresu czynności wykonywanych przez poszczególnych wykonawców i odejście od jedynie formalnej oceny składanych dokumentów”. W wyroku KIO z dnia 11.04.2018 r., sygn. akt KIO 568/18, Izba stwierdziła, że: „(...) Przystępujący nie był samodzielny wykonawcą tych umów, co wprost wynika z przedłożonych referencji, wystawionych na podmioty działające w konsorcjum. W kontekście poglądów wyrażonych w wyroku TSUE [sprawa C 387/14 Esaprojekt] nie ma więc podstaw twierdzić, że Przystępujący nabył całość doświadczenia związanego z realizacją tych umów. Zamawiający natomiast, mimo wiedzy o wykonaniu zadań referencyjnych w konsorcjum, bezkrytycznie przyjął, że oba te zadania w całości stanowią doświadczenie Przystępującego i potwierdzają spełnianie przez niego warunku udziału w postępowaniu”. Podobnie w wyroku z dnia 22.03.2018 r., sygn. akt KIO 326/18, „Izba doszła do wniosku, że Zamawiający nieprawidłowo uznał

wykazanie przez Konsorcjum M. spełniania warunku udziału w Postępowaniu opisanego w pkt 7.2.2. a). SIWZ-IDW, czego następstwem był wybór złożonej przez Przystępującego oferty. Skład orzekający, nawiązując do stanowiska Zamawiającego przedstawionego na rozprawie, podkreśla, że jest wprawdzie przeciwny praktyce stawiania zarzutów będących wyrazem nadmiernego formalizmu, w szczególności takich, które nie wywierają wpływu na wynik postępowania, czemu dał wyraz rozstrzygając w niniejszym wyroku o szeregu zarzutów stawianych przez Odwołującego. Niemniej jednak nie zasługuje na aprobatę praktyka ustalania spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie rachunku prawdopodobieństwa, działań arytmetycznych, czy ogólnej wiedzy zamawiającego, nie znajdującej potwierdzenia w materiale dowodowym”. Problematyka doświadczenia zdobytego jako członek konsorcjum była również analizowana przez NSA w wyroku z dnia 01.02.2018 r., sygn. akt II GSK 4133/17, gdzie wyrażono pogląd iż: „Wykonanie zadania przez konsorcjum nie jest faktycznym wykonaniem zadania przez każdego z jego uczestników. Każdy z wykonawców w ramach konsorcjum realizuje przypisane mu zadania, nabywając doświadczenie w tym zakresie, a nie w zakresie zadań realizowanych przez innych wykonawców.”

Niewłaściwe zakwalifikowanie uchybień przez kontrolujących:

Beneficjent, na wypadek braku uwzględnienia jego wcześniejszej argumentacji, wskazał, iż stwierdzone przez kontrolujących uchybienia mogą być zakwalifikowane, co najwyżej, jako uchybienia zagrożone nałożeniem korekty w wysokości do 5% wydatków kwalifikowalnych.

W odniesieniu do naruszenia art. 22 ust. 1a w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Beneficjent podniósł, że zostało ono nieprawidłowo zakwalifikowane jako przypadek, w którym minimalne wymagane poziomy zdolności w odniesieniu do konkretnego zamówienia w sposób oczywisty nie są związane z przedmiotem zamówienia lub przypadki, w których kryteria wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia lub warunki realizacji zamówienia doprowadziły do sytuacji, w której tylko jeden wykonawca mógł złożyć ofertę, a wyniku tego nie uzasadnia specyfika techniczna danego zamówienia. W ocenie Beneficjenta kwalifikacja ta jest niewłaściwa, ponieważ w postępowaniu zostały złożone dwie oferty, a nie jedna. Zespół Kontrolny pragnie zauważyć, iż nie zastosował przytoczonej przez Beneficjenta szerokiej kwalifikacji odnoszącej się do kilku różnych sytuacji, ale wyraźnie wskazał w punkcie XVIII Informacji pokontrolnej, iż zakwalifikował przedmiotowe naruszenie jako nieprawidłowość indywidualną polegającą na określeniu minimalnych wymaganych poziomów zdolności w odniesieniu do konkretnego zamówienia, które w sposób oczywisty nie są związane z przedmiotem zamówienia.

Zdaniem Beneficjenta naruszenie art. 22 ust. 1a w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp może co najwyżej skutkować zakwalifikowaniem jako przypadek, w którym zastosowano ograniczające kryteria/ warunki/ specyfikacje, ale mimo to zapewniono minimalny poziom konkurencji, tj. otrzymano i przyjęto od pewnej liczby wykonawców oferty spełniające kryteria kwalifikacji. Zespół Kontrolny nie może się z tym zgodzić, ponieważ w kontrolowanym postępowaniu stwierdzono również nieprawidłowość indywidualną polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej. Mamy więc do czynienia z sytuacją, w której otrzymano i przyjęto dwie oferty, jednak wybrany wykonawca nie wykazał spełnienia kryteriów kwalifikacji.

Beneficjent nie zgodził się również z zakwalifikowaniem naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp jako nieprawidłowości indywidualnej z pozycji nr 14 Taryfikatora. Wskazał, iż pozycja ta ma zastosowanie w sytuacji, gdy kryteria kwalifikacji (lub specyfikację techniczną) zmieniono lub niepoprawnie zastosowano na etapie kwalifikacji, czego skutkiem było przyjęcie ofert zwycięskich, których nie należało przyjąć (lub odrzucenie ofert, które należało przyjąć), gdyby postępowano zgodnie z opublikowanymi kryteriami kwalifikacji. Zdaniem Beneficjenta taka sytuacja nie wystąpiła, ponieważ przy wyborze najkorzystniejszej oferty zastosowano wyłącznie kryteria oceny ofert (cenę, doświadczenie zawodowe kierownika budowy i plan organizacji robót) jasno określone w momencie ogłoszenia zamówienia i które nie uległy późniejszym zmianom. Zastrzeżenia Beneficjenta w tym zakresie nie mogą zostać uznane za zasadne, ponieważ wynikają z nieznamomości nomenklatury, jaką posługuje się dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, a także Taryfikator. Kryteria kwalifikacji to kryteria podmiotowe, czyli warunki udziału w postępowaniu i właśnie z ich nieprawidłowym zastosowaniem po otwarciu ofert mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Z kolei kryteria oceny ofert to w języku dyrektywy kryteria udzielenia zamówienia i do ich nieprawidłowego zastosowania odnosi się pozycja nr 15 Taryfikatora.

Beneficjent w złożonych zastrzeżeniach uznał także, iż nie została uwzględniona zasada proporcjonalności przy zastosowaniu korekty, wnosząc o obniżenie nałożonej korekty z uwagi na charakter i wagę nieprawidłowości, zgodnie z § 3 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, zm. Dz. U. z 2020 r. poz. 1264). Zespół Kontrolny informuje, iż zastosował przedmiotowy przepis, co zostało wskazane w punkcie XVIII Informacji pokontrolnej. Wyjaśniono tam, iż co do zasady wartość korekty finansowej związanej z nieprawidłowością indywidualną stwierdzoną w danym zamówieniu jest równa wartości wydatków objętych współfinansowaniem UE poniesionych w ramach zamówienia, natomiast wartość pomniejszenia związanego z nieprawidłowością indywidualną stwierdzoną w danym zamówieniu jest równa kwocie wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach tego zamówienia. Natomiast Zespół Kontrolny uznał, anulowanie całości współfinansowania UE lub całości wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach zamówienia byłoby niewspółmierne do charakteru i wagi stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej, dlatego nie zastosował korekty w wysokości 100% wydatków kwalifikowalnych.

Zespół Kontrolny zwraca również uwagę, iż zaczerpnięte przez Beneficjenta z wyroku WSA w Warszawie z dnia 15.04.2015 r., sygn. akt V SA/Wa 2645/14, stwierdzenie, że „sytuacja, w której żaden wykonawca nie został wykluczony, ani też nie wniósł środka ochrony prawnej świadczy o tym, że żaden z wykonawców nie czuł się dyskryminowany i nie została naruszona zasada konkurencyjności postępowania”, nie może zostać przeniesione na grunt kontrolowanego postępowania. Po pierwsze sprawa z cytowanego wyroku dotyczyła całkowicie odmiennego stanu faktycznego, po drugie zdanie to zostało wyrwane z dłuższej wypowiedzi, w której niebagatelne znaczenie przypisane zostało okoliczności złożenia w postępowaniu aż 9 ofert. W ocenie Zespołu Kontrolnego, co do zasady, fakt niekwestionowania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu w drodze środków ochrony prawnej może być podyktowany np. względami finansowymi,

w tym koniecznością uiszczenia wpisu od odwołania, i z całą pewnością nie może przesądzać o tym, że ustanowione przez zamawiającego warunki nie były nadmierne.

Biorąc pod uwagę powyższe, Zespół Kontrolny podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w pierwszej informacji pokontrolnej.

Jednocześnie, w odniesieniu do prośby o odstąpienie od naliczania odsetek od każdej kwoty nałożonej korekty wskazać trzeba, iż na etapie przygotowania informacji pokontrolnej brak jest prawnej możliwości odstąpienia od wskazania, iż Beneficjent jest obowiązany do zwrotu kwoty korekty wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków do dnia dokonania zwrotu.

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.

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.

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:

[dane zanonimizowano]

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

[dane zanonimizowano]

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

Podmiot kontrolowany:

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