

RP.111.44.4.2022.KR

Departament
ds. Regionalnego Programu Operacyjnego
Wydział Kontroli Zamówień Publicznych

Informacja pokontrolna nr RP.111.44.4.2022

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) oraz na podstawie postanowień umowy o dofinansowanie projektu nr UDA-RPLD.04.01.02-10-0090/18 z dnia 26 sierpnia 2020 r.
II.	Imiona i nazwiska osób przeprowadzających kontrolę	[dane zanonimizowano]
III.	Termin kontroli	25-26 stycznia 2022 r.
IV.	Rodzaj kontroli	doraźna
V.	Nazwa Podmiotu kontrolowanego	Gmina Galewice
VI.	Adres Podmiotu kontrolowanego i miejsca, w którym przeprowadzono czynności kontrolne	– ul. Wieluńska 5, 98-405 Galewice, – kontrola w siedzibie IZ RPO WŁ
VII.	NIP Podmiotu kontrolowanego	9970132876
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 10.02.2022 r. Nr RI.FZ.042.1.OZE.2022

XII.	Nr umowy o dofinansowanie	UDA-RPLD.04.01.02-10-0090/18 z dnia 26 sierpnia 2020 r.
XIII.	Tytuł kontrolowanego projektu	„Budowa odnawialnych źródeł energii w gminie Galewice”
XIV.	Wartość projektu (wg umowy/aneksu)	773 885,56 zł
XV.	Zakres kontroli	Poprawność przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa odnawialnych źródeł energii w Gminie Galewice” - Nr postępowania <u>ZP.271RI.E.18.2020</u>
XVI.	Data sporządzenia informacji pokontrolnej	12 kwietnia 2022 r.

XVII. Opis kontrolowanych obszarów i ustalenia kontroli

Zespół Kontrolny dokonał sprawdzenia jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości nieprzekraczającej kwoty określone 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.

Postępowanie pn. „Budowa odnawialnych źródeł energii w Gminie Galewice” - Nr postępowania ZP.271RI.E.18.2020.

Przedmiotem zamówienia w kontrolowanym postępowaniu było zadanie inwestycyjne w formie „zaprojektuj i wybuduj” pn. „Budowa odnawialnych źródeł energii w Gminie Galewice”, w zakresie projektowania, budowy, dostawy, montażu, wraz z przekazaniem do eksploatacji i potwierdzenia przyjęcia przez właściwy Zakład Energetyczny zgłoszeń przyłączenia do sieci elektroenergetycznej instalacji bez uwag oraz obsługę gwarancyjną i serwisową zgodnie z programem funkcjonalno-użytkowym.

Opis przedmiotu zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych Zamawiający opisał w Programie funkcjonalno-użytkowym (dalej: PFU).

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona w listopadzie 2020 r. na podstawie PFU, zbiorcze zestawienie kosztów zadania inwestycyjnego, kosztorys inwestorski na kwotę netto 623 717,25 zł, co wg kursu euro 4,2693 zł, stanowi równowartość kwoty 146 093,56 euro.

Postępowanie przeprowadziła **Komisja Przetargowa** powołana na podstawie Zarządzenia nr 10/2021 z dnia 20.01.2021 r. w sprawie powołania składu osobowego komisji przetargowej do przeprowadzenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych (dalej: BZP) pod nr 775724-N-2020 w dniu 30.12.2020 r. W tym samym dniu ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego oraz tablicy ogłoszeń w miejscu publicznie dostępnym.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) została zatwierdzona przez Wójta Gminy 30.12.2020 r.

Termin składania ofert został wyznaczony do dnia 14.01.2021 r. do godz. 09:00.

Zamówienie nie zostało podzielone na części, Zamawiający **nie dopuścił** możliwości składania **ofert częściowych i wariantowych** oraz **nie przewidział** udzielenia zamówień, o których mowa w **art. 67 ust. 1 pkt 6 Ustawy Pzp**.

Zamawiający zgodnie z **art. 45 ust. 4 Ustawy Pzp** żądał wniesienia **wadium** w wysokości 15 000,00 zł oraz w formie wynikającej z **art. 45 ust. 6 Ustawy Pzp**.

W dniu 12.01.2021 r. do Zamawiającego wpłynęły zapytania do treści SIWZ. Zamawiający zamieścił treść pytań wraz z wyjaśnieniami na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ w zakresie terminu składania ofert – termin ten został przedłużony do dnia 21.01.2021 r. do godz. 09:00 (ogłoszenie **o zmianie ogłoszenia** nr 540400935-N-2021 z dnia 12.01.2021 r.).

Zamawiający dokonał kolejnej modyfikacji treści SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia sprostowanie omyłki pisarskiej (ogłoszenie **o zmianie ogłoszenia** nr 540403285N-2021 z dnia 15.01.2021 r.).

Bezpośrednio przed **otwarcie ofert**, które nastąpiło w dniu 21.01.2021 r. o godz. 10:00 Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na **sfinansowanie zamówienia** w wysokości **767 172,22 zł brutto**.

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

Oferta nr 1 – RAWICOM Sp. z o. o., Spółka komandytowa ul. Szubińska10, 89-210 Łabiszyn, z ceną ofertową 671 724,37 zł brutto i okresem gwarancji: 84 miesiące;

Oferta nr 2 – ADS Green Sp. z o. o., ul. Stefana Żeromskiego 1A, 98-405 Galewice, z ceną ofertową 597 484,80 zł brutto i okresem gwarancji: 84 miesiące;

Oferta nr 3 – EcoJura Sp. z o. o., ul. 1 Maja 4, 42-202 Częstochowa, z ceną ofertową 698 660,63 zł brutto i okresem gwarancji: 84 miesiące.

Zamawiający niezwłocznie tj. w dniu 21.01.2021r. 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 – 60%,
- okres gwarancji – 40%.

Termin związania ofertą – 30 dni.

Wykonawcy złożyli **oświadczenie** dotyczące **braku przynależności do grupy kapitałowej** zgodnie z **art. 24 ust. 1 pkt 23 Ustawy Pzp**.

Zamawiający **przewidział** w SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu zastosowanie procedury, o której mowa w art. 24aa ust. 1 Ustawy Pzp **tzw. „procedury odwróconej”** w ramach prowadzonego przetargu nieograniczonego.

W dniu 04.02.2021 r. Zamawiający **wezwał** wykonawcę ADS Green Sp. z o. o., na podstawie art. 26 Ustawy Pzp do złożenia aktualnych na dzień złożenia ofert, dokumentów, iż Wykonawca będzie dysponowała zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Wykonawca złożył dokumenty w terminie.

W dniu 09.02.2021 r. Zamawiający dokonał **wyboru najkorzystniejszej oferty** złożonej przez wykonawcę ADS Green Sp. z o. o., ul. Stefana Żeromskiego 1A, 98-405 Galewice, z ceną wykonania 597 484,80 zł brutto oraz gwarancją wynoszącą 84 miesiące. W tym samym dniu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego, zamieszczone na tablicy ogłoszeń oraz przekazane wykonawcom drogą elektroniczną.

W toku postępowania wykonawcy **nie korzystali** z przysługujących im **środków ochrony prawnej**.

Zamawiający **żądał** wniesienia **zabezpieczenia należytego wykonania umowy** w wysokości **2%** ceny brutto wykonania dokumentacji wartości umowy. Wykonawca wniósł zabezpieczenie w formie pieniądza.

W dniu 17.02.2021 r. Zamawiający zawarł z wyłonionym wykonawcą **umowę nr IB.RI.3/2021** na warunkach wskazanych w ofercie. Dokumentacja przedstawiona do kontroli **nie zawierała aneksów**.

Zamawiający w dniu 22.02.2021 r. działając na podstawie **art. 46 ust. 1a Ustawy Pzp** dokonał zwrotu wniesionego wadium.

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało opublikowane w BZP pod nr 510419015-N-2021 w dniu 25.02.2021 r.

Kontrola wykazała:

1. Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy Pzp w związku z art. 22a ust. 3 Ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, który powołując się na potencjał innego podmiotu, nie wykazał, iż nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 16-20 oraz art. 24 ust. 5, zgodnie z art. 25a ust. 3 pkt. 2 Ustawy Pzp. Ponadto Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 lub art. 22a ust. 6 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów lub do ewentualnego zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem/podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania zamówienia. Wykonawca ADS Green Sp. z o. o., Galewice ul. Stefana Żeromskiego 1A, w ofercie oświadczył, że zamierza powierzyć dwóm podwykonawcom realizację zamówienia:

- OTIS Elżbieta Czupryniak, Kania Góra, ul. Akacyjowa 8D (pełnienie funkcji kierownika budowy)
- WASTA s.c. Beata Wardęga, Piotr Wardęga, Kępno, ul. Spółdzielcza 7/14 (prace projektowe i nadzór wykonawczy nad przedmiotem przetargu).

ADS Green Sp. z o. o. do oferty dołączył oświadczenie składane na podstawie art. 25a ust. 1 Ustawy Pzp, w którym w Części B „Informacja o podmiotach udostępniających zasoby Wykonawcy” wskazał w/w dwa podmioty gospodarcze. W części C w/w dokumentu Wykonawca złożył oświadczenie, w zakresie art. 25a ust. 3 pkt 2 Ustawy Pzp, jedynie odnośnie jednego podmiotu trzeciego, tj. spółki WASTA s.c. Beata Wardęga, Piotr Wardęga.

Zespół kontrolny – pismem z dnia 1.02.2022 r. - zwrócił się do Beneficjenta z zapytaniem na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że firma udostępniająca potencjał zawodowy OTIS Elżbieta Czupryniak, Kania Góra, ul. Akacjowa 8D, nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Beneficjent - pismem z dnia 16.02.2022 r. – wyjaśnił, że „Wykonawca wskazał Tomasza Czupryniaka jako osobę, która będzie pełnić funkcję kierownika budowy. Jako podstawę dysponowania wskazano: „umowę zlecenia”. Zamawiający uznał więc, że Wykonawca nie będzie w tym zakresie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego (OTIS Elżbieta Czupryniak), a bezpośrednio dysponował zasobem. W takim zakresie oświadczenie o braku podstaw wykluczenia nie jest konieczne”. Zespół nie zgadza się z powyższym, gdyż z przedłożonych dokumentów przez Wykonawcę wynika jasno, iż będzie korzystał z OTIS Elżbieta Czupryniak jako podmiotu trzeciego. Jak już wcześniej wskazano, Wykonawca w ofercie oraz w oświadczeniu z art.25a ust. 1 Ustawy Pzp wskazał, iż będzie korzystał z w/w podmiotu trzeciego. Ponadto Beneficjent w dniu 04.02.2020 r. na podstawie art. 26 Ustawy Pzp wezwał Wykonawcę ADS Green Sp. z o. o., do złożenia aktualnych na dzień złożenia ofert dokumentów, iż firma będzie dysponowała zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W odpowiedzi na w/w pismo Wykonawca w dniu 08.02.2020 r. przekazał Zamawiającemu dwa zobowiązania wystawione przez OTIS Elżbieta Czupryniak oraz WASTA s.c. Beata Wardęga, Piotr Wardęga. Wobec powyższego niewłaściwa jest argumentacja Beneficjenta jakoby Wykonawca nie polegał na podmiocie trzecim OTIS Elżbieta Czupryniak. Ponadto Beneficjent nie może zastępować oświadczeń Wykonawcy. W powyższej sytuacji Beneficjent powinien wezwać na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp Wykonawcę do złożenia oświadczenia wobec OTIS Elżbieta Czupryniak, w zakresie art. 25a ust. 3 pkt 2 Ustawy Pzp, czego zaniechał. Beneficjent mógł też zastosować art. 22a ust. 6 Ustawy Pzp w zakresie ewentualnego zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem/podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania zamówienia, czego również zaniechał. Tym samym Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, który nie wykazał, że podmiot udostępniający zdolności zawodowe i doświadczenie nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Powyższe naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 22a ust. 3 ustawy Pzp oraz w związku z art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp lub art. 22a ust. 6 Ustawy Pzp wpisuje się w kategorię nieprawidłowości indywidualnej: Naruszenia w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty tj. pozycję 24 Taryfikatora, w której przewidziano stawkę procentową stosowaną przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń w wysokości 25%.

2. Obowiązkiem Zamawiającego jest wyjaśnienie przyczyn, dla których nie zastosował podziału zamówienia na części. Taki obowiązek wynika z normy wyrażonej w **art. 96 ust. 1 pkt 11 Ustawy Pzp** dotyczącej prowadzenia protokołu postępowania. W niniejszej sprawie *de facto* Zamawiający nie naruszył wymienionego przepisu wprost, gdyż swoją decyzję o tym, że nie dzieli zamówienia na części wskazał w protokole postępowania. Jednakże Zespół kontrolny ma zastrzeżenia, co do treści przedmiotowego uzasadnienia, gdyż w analizowanej sprawie, Zamawiający w pkt 2.2. *Protokołu postępowania ograniczył się do lakonicznego* stwierdzenia, „rozważono celowość podziału zadania nie podzielono ze względu na długi termin, spójności dotację”. Obowiązek podania przyczyn braku podziału powinien być traktowany jako obowiązek o charakterze informacyjnym (wyrok KIO 579/17 z 10.04.2017 r.).

Biorąc pod uwagę powyższe, przedmiotowe uchybienie ma charakter formalny i nie skutkuje zastosowaniem procedury nakładania korekt finansowych i pomniejszenia wydatków poniesionych nieprawidłowo za naruszenie Ustawy Pzp.

3. Zamawiający w pkt 6.2. SIWZ oraz w pkt III 2.2) wskazał fakultatywne przesłanki wykluczenia z postępowania, przewidując wykluczenia wskazane w art. 24 ust. 5 pkt 1, 4 Ustawy Pzp. Następnie dalej w treści SIWZ uszczegółowił powyższy zapis, zamieszczając treść Ustawy dot. w/w przepisów. Zamawiający, oprócz treści wskazanych powyżej art. ustawy, zamieścił również zapisy dot. wykluczenia, o którym mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2, 3, 8 Ustawy Pzp. Wykonawcy, w celu wykazania braku podstaw wykluczenia z udziału z postępowania, przedłożyli wraz z ofertą oświadczenie wstępne wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ. W w/w dokumencie Zamawiający zażądał złożenia oświadczenia o nie podleganiu z wykluczenia tylko w zakresie przesłanek określonych w art. 24 ust. 5 pkt 1, 4 Ustawy Pzp. Zespół Kontrolny zatem uznał, iż uszczegółowione zapisy dot. przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2, 3, 8 Ustawy Pzp stanowią omyłkę pisarską.

Powyższe uchybienie zdaniem Kontrolujących należy zatem rozpatrywać w kategorii niedochowania przez Zamawiającego należytej staranności w zakresie formułowania zapisów SIWZ.

XVIII. Stwierdzone nieprawidłowości/uchybień, 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):

naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy Pzp w związku z art. 22a ust. 3 Ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, który powołując się na potencjał innego podmiotu, nie wykazał, iż nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 16-20 oraz art. 24 ust. 5, zgodnie z art. 25a ust. 3 pkt 2 Ustawy Pzp

Ponieważ skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej są pośrednie, rozproszone oraz trudne do oszacowania, wysokość stawki procentowej została ustalona na podstawie Taryfikatora korekt finansowych, (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 z późn. zm.*), który w związku z przedmiotowym naruszeniem przewiduje **w pozycji nr 14 (Wprowadzono zmiany w kryteriach kwalifikacji (lub specyfikacji technicznej) po otwarciu ofert lub kryteria te (lub specyfikacja) zostały zastosowane nieprawidłowo)** stawkę procentową stosowaną przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszych w **wysokości 25% wydatków kwalifikowalnych**.

Taryfikator nie przewiduje dla tej kategorii nieprawidłowości możliwości obniżenia stawki korekty.

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

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

$$Wk = W\% \times Wkw \times Wś,$$

gdzie 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
FS/13/20 21	12.11.2021 r.	597 484,80 zł	453 317,70 zł	113 329,43 zł	113 329,43 zł	83 863,78 zł	WNP- RPLD.04.01.02- 10-0090/18-007 niezatwierdzony	18.11.2021 r.

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

WNP-RPLD.04.01.02-10-0090/18-007 (niezatwierdzony)

- **Faktura nr FS/13/2021 wystawiona** w dniu 12.11.2021 r. na kwotę 597 484,80 zł brutto, w tym kwota wydatków kwalifikowalnych 453 317,70 zł

Zobowiązuje się Beneficjenta do zwrotu:

- **kwoty 83 863,78 zł wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych** liczonymi od dnia przekazania środków tj. **18.11.2021 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.**

W związku z powyższym zobowiązuje się Beneficjenta do poprawienia wniosku o płatność WNP-RPLD.04.01.02-10-0090/18-007 z uwzględnieniem kwoty nałożonej korekty finansowej w wysokości 25% wydatków kwalifikowalnych.

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 prawidłowego formułowania zapisów dokumentacji przetargowej, w tym SIWZ, załączników do SIWZ, ogłoszenia o zamówieniu oraz *Protokołu postępowania*

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. W przypadku złożenia umotywowanych zastrzeżeń termin wykonania zaleceń ulega zawieszeniu.

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 pokontrolnych złożonych przez Beneficjenta pismem Nr RI.FZ.042.2.OZE.2022 z dnia 01.04.2022 r.

Beneficjent w złożonych zastrzeżeniach wskazał, że dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej dla budżetu UE, która została w całości zrealizowana bez jakichkolwiek zastrzeżeń. Ponadto wskazał brak

przesłanek do zastosowania korekty z pkt 14 Taryfikatora, w związku z brakiem potencjalnego lub rzeczywistego zagrożenia dla uszczerplenia budżetu Unii Europejskiej.

Zespół kontrolny podkreślił w pierwszej informacji pokontrolnej, iż Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, który nie wykazał, że podmiot udostępniający zdolności zawodowe i doświadczenie nie podlega wykluczeniu z postępowania. Zgodnie z treścią art. 22a ust. 3 Ustawy Pzp Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 - 22 i ust. 5 Ustawy Pzp. Z kolei zgodnie z § 9 ust. 2 rozporządzenia, Zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Ustawy Pzp, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9 rozporządzenia (tj. takich samych, jakich żąda od wykonawcy). Z powyższych przepisów wynika m.in. obowiązek Zamawiającego do przeprowadzenia weryfikacji podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby pod kątem braku podstaw wykluczenia z postępowania wobec tego podmiotu. Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 1 kwietnia 2019 r. (sygn. akt KIO/KU 21/19) stwierdziła, że podmiot udostępniający zasoby powinien być weryfikowany pod kątem podstaw wykluczenia w takim samym zakresie jak wykonawca. Tym samym należy stwierdzić, iż weryfikacja podmiotu udostępniającego zasoby musi zostać przeprowadzona w takim samym zakresie, jak weryfikacja wykonawcy, któremu podmiot ten zasoby udostępnia. Inne stanowisko prowadziłoby do odmiennego traktowania wykonawców powołujących się na zasoby podmiotu trzeciego i tych, którzy z pomocy takiego podmiotu nie korzystają, co stanowiłoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, określonych w art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp.

Zespół kontrolny nie kwestionuje faktu, iż inwestycja została prawidłowo ukończona, jednakże pragnie zaznaczyć, że o tym, że budowa została zrealizowana wiemy teraz, a nie w momencie dokonywania wyboru wykonawcy. Przeprowadzona kontrola jednoznacznie wykazała, że Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, który nie wykazał, że podmiot udostępniający zdolności zawodowe i doświadczenie nie podlega wykluczeniu z postępowania, tym samym nie wykazał spełnienia warunku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy Pzp.

Zespół kontrolny nie zgadza się również z argumentacją Beneficjenta odnośnie braku wystąpienia w kontrolowanym postępowaniu nieprawidłowości indywidualnej - zgodnie z jej definicją.

Beneficjent wskazał, iż Zespół Kontrolny nie wykazał, iż rzekoma nieprawidłowość ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii, o czym świadczą słowa zawarte w treści Informacji Pokontrolnej (Ponieważ skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości są pośrednie, rozproszone oraz trudne do oszacowania [...]).

Zespół Kontrolny, pragnie zaznaczyć, iż biorąc pod uwagę fakt, iż nie możliwe jest precyzyjne wskazanie kwoty wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych ze stwierdzoną nieprawidłowością indywidualną, przy obliczaniu korekty finansowej, Kontrolujący zastosowali § 5 Rozporządzenia 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 z późn. zm. (tj. w przypadku, gdy skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej są pośrednie, rozproszone, trudne do oszacowania). Co do zasady bowiem wydatek dotknięty nieprawidłowością jest niekwalifikowalny w całości, co wynika wprost z § 2 ww. Rozporządzenia „wartość korekty finansowej związanej z nieprawidłowością indywidualną stwierdzoną w danym zamówieniu jest równa wartości wydatków objętych współfinansowaniem UE, a wartość pomniejszenia – kwocie wydatków kwalifikowalnych, poniesionych w ramach tego zamówienia”. Rozporządzenie pozwala jednak na obniżenie wartości korekty lub pomniejszenia w sytuacji, gdy anulowanie całości współfinansowania UE lub całości wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach zamówienia jest niewspółmierne do charakteru i wagi nieprawidłowości indywidualnej. Zespół Kontrolny zastosował § 3 Rozporządzenia w odniesieniu do najwyższej wartości procentowej stwierdzonej nieprawidłowości, uznając, iż korekta w wysokości 100% byłaby niewspółmierna do charakteru i wagi tej nieprawidłowości.

NSA w wyroku z 11.01.2017 r., sygn. akt II GSK 3148/15, uznał, że szkodą w interesach finansowych UE jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, a **nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa unijnego lub krajowego**, w tym zasad określonych w przepisach Ustawy Pzp.

Analogicznie WSA w Gliwicach w wyroku z dnia 15.04.2019 r., sygn. akt III SA/GI 1176/18, zaznaczył, że dla nałożenia sankcji wystarczy ustalenie, że skutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE. **Nie jest przy tym sporne, że przy braku możliwości ustalenia wysokości szkody stosuje się odpowiednie wytyczne i taryfikatory.**

W kontrolowanym postępowaniu Beneficjent naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy Pzp w związku z art. 22a ust. 3 Ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, który powołując się na potencjał innego podmiotu, nie wykazał, iż nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 16-20 oraz art. 24 ust. 5, zgodnie z art. 25a ust. 3 pkt 2 Ustawy Pzp. Nie ulega więc wątpliwości, że Beneficjent naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. Biorąc pod uwagę treść art. 24 Ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o *zasadach realizacji programów* w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 oraz *Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień* w toku przedmiotowej kontroli wystąpiła przesłanka zasadności nałożenia korekty finansowej, określonej w załączniku do ww. rozporządzenia.

Odnosnie zarzutu Beneficjenta, co do braku oceny skutków naruszenia oraz ich wpływu na budżet UE, Zespół kontrolny odsyła także do treści wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 12 lutego 2020 r. III SA/Łd 994/19 – „Szkoda o której mowa w art. 2 pkt 7 Rozporządzenia nr 1083/2006 ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr

1260/1999, powstaje niejako automatycznie, **gdy beneficjent otrzymujący dofinansowanie realizuje projekt niezgodnie z prawem, a przy tym do powstania szkody w budżecie UE nie jest wymagane powstanie faktycznego uszczerbku majątkowego w budżecie**". Podkreślenia wymaga fakt, iż stan faktyczny opisany w ramach przedmiotowej kontroli, jak również w ramach przywołanego wyroku jest analogiczny tzn. dotyczy nałożenia przez IZ korekty finansowej w ramach tej samej kategorii nieprawidłowości indywidualnej – naruszenia przy wyborze najkorzystniejszej oferty.

Reasumując, Zespół kontrolny podtrzymuje w całości ustalenia pokontrolne, zawarte w pierwszej informacji pokontrolnej.

Jednostka kontrolująca przekazuje dwa egzemplarze ~~Informacji pokontrolnej~~/ostatecznej Informacji pokontrolnej¹. Jeden egzemplarz pozostaje w siedzibie Podmiotu kontrolowanego a drugi jest odsyłany do Jednostki kontrolującej. Wszelkie dokumenty zgromadzone w trakcie kontroli pozostają w aktach kontroli w siedzibie Jednostki kontrolującej i na wniosek Podmiotu kontrolowanego są udostępniane do wglądu w uzgodnionym wcześniej terminie w godzinach pracy Urzędu.

Pouczenie:

Do ostatecznej informacji pokontrolnej nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń.

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

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

Zespół kontrolny:

Podmiot kontrolowany:

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

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

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

¹ niepotrzebne skreślić/usunąć