

RPOII.44.1.2022.AH

Departament
ds. EFRR w Perspektywie 2014-2020
Wydział Kontroli Projektów

Informacja pokontrolna nr RPOII.44.1.2022

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.04.02.02-10-0022/19-00 z dnia 3 lipca 2020 r., zmienionej aneksem nr UDA-RPLD.04.02.02-10-0022/19-01 z dnia 28 stycznia 2022 r.
II.	Imiona i nazwiska osób przeprowadzających kontrolę	<i>(dane zanonimizowano)</i>
III.	Termin kontroli	22 - 23 lutego 2022 r.
IV.	Rodzaj kontroli	doraźna
V.	Nazwa Podmiotu kontrolowanego	Gmina Inowódz
VI.	Adres Podmiotu kontrolowanego i miejsca, w którym przeprowadzono czynności kontrolne	- ul. Spalska 2, 97-215 Inowódz - kontrola w siedzibie IZ RPO WŁ

VII.	NIP Podmiotu kontrolowanego	7732340615
VIII.	Imię i nazwisko kierownika Podmiotu kontrolowanego	(<i>dane zanonimizowano</i>) – Wójt Gminy Inowłódz
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	(<i>dane zanonimizowano</i>) – Wójt Gminy Inowłódz (pismo znak RI.041.14.2019 z dnia 08.03.2022 r.)
XII.	Nr umowy o dofinansowanie	nr UDA-RPLD.04.02.02-10-0022/19-00 z dnia 3 lipca 2020 r., zmieniona aneksem nr UDA-RPLD.04.02.02-10-0022/19-01 z dnia 28 stycznia 2022 r.
XIII.	Tytuł kontrolowanego projektu	<i>Kompleksowa termomodernizacja, w tym instalacja paneli fotowoltaicznych i pomp ciepła wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną budynku Ośrodka Zdrowia w Inowłodzu</i>
XIV.	Wartość projektu (wg umowy/aneksu)	1 799 047,85 zł
XV.	Zakres kontroli	Sprawdzenie prawidłowości przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: <i>Kompleksowa termomodernizacja, w tym instalacja paneli fotowoltaicznych i pomp ciepła wraz z niezbędną infrastrukturą budynku Ośrodka Zdrowia w Inowłodzu (POSTĘPOWANIE II)</i> – znak postępowania RI.271.14.2020
XVI.	Data sporządzenia Informacji pokontrolnej	26 kwietnia 2022 r.

XVII. Opis kontrolowanych obszarów i ustalenia kontroli

Zgodnie z oświadczeniem Beneficjenta (pismo znak RI.041.14.2019 z dnia 23 lutego 2022 r.) przedmiotowe postępowanie na dzień złożenia oświadczenia nie było przedmiotem kontroli innych uprawnionych instytucji.

Postępowanie pn. *Kompleksowa termomodernizacja, w tym instalacja paneli fotowoltaicznych i pomp ciepła wraz z niezbędną infrastrukturą budynku Ośrodka Zdrowia w Inowłodzu (POSTĘPOWANIE II)* – znak postępowania RI.271.14.2020

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 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Przedmiot zamówienia obejmował kompleksową termomodernizację, w tym instalację paneli fotowoltaicznych i pomp ciepła wraz z niezbędną infrastrukturą budynku Ośrodka Zdrowia w Inowłodzu oraz opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia - w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Szczegółowy opis i zakres przedmiotu niniejszego zamówienia określony został w Programie funkcjonalno – użytkowym, stanowiącym załącznik do SIWZ.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona we wrześniu 2020 r. na podstawie kosztorysu inwestorskiego z września 2020 r. (w zakresie robót budowlanych) oraz rozeznania rynku (w zakresie dokumentacji projektowej) na kwotę 1 460 436,52 zł netto, co wg kursu euro 4,2693 zł stanowi równowartość 342 078,68 euro, w tym wartość przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp została ustalona na kwotę 42 536,99 zł, co stanowi równowartość 9 963,46 euro.

Postępowanie przeprowadziła **komisja przetargowa** powołana Zarządzeniem Nr 101/2020 Wójta Gminy Inowłódz z dnia 24.11.2020 r.

Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych (powody niepodzielenia zamówienia na części wskazano w *Protokole postępowania*) oraz nie wymagał wniesienia wadium. Zamawiający przewidział udzielenie zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w wysokości nie przekraczającej 3% wartości zamówienia podstawowego.

Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 09.12.2020 r. do godz. 10:00.

Ogłoszenie o zamówieniu w dniu 24.11.2020 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych (dalej: BZP) pod numerem 614948-N-2020, na stronie internetowej Zamawiającego (<https://bip.inowlodz.pl>) oraz w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w dniu 24.11.2020 r. została zatwierdzona przez Wójta Gminy Inowłódz oraz wraz z załącznikami zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W toku postępowania wpłynęły zapytania od Wykonawców do treści SIWZ, na które Zamawiający w dniu 03 i 04.12.2020 r. udzielił odpowiedzi, zamieszczając treść pytań wraz z odpowiedziami na swojej stronie internetowej, zgodnie z art. 38 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert, które nastąpiło w dniu 09.12.2020 r. o godz. 10:05 Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 1 708 961,42 zł brutto.

Do siedziby Zamawiającego w wyznaczonym terminie wpłynęło **7 ofert**:

- **Oferta nr 1** złożona przez Wykonawcę: Kapibara Spółka z o.o. Spółka komandytowa, ul. Floriana 4, 44-190 Knurów, z ceną ofertową 1 970 000,00 zł brutto oraz terminem gwarancji 7 lat;
- **Oferta nr 2** złożona przez Wykonawcę: Firma Remontowo – Budowlana SGBUD Seweryn Grabka, ul. Piekoszowska 283C, 25-645 Kielce, z ceną ofertową 1 660 000,01 zł brutto oraz terminem gwarancji 7 lat;
- **Oferta nr 3** złożona przez Wykonawcę: DEFERO Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 102 lok. 112, 98-200 Sieradz, z ceną ofertową 1 737 544,13 zł brutto oraz terminem gwarancji 7 lat;
- **Oferta nr 4** złożona przez Wykonawcę: Firma PASJA Rafał Nagórka, ul. Dworcowa 58, 97-200 Tomaszów Mazowiecki, z ceną ofertową 1 700 000,00 zł brutto oraz terminem gwarancji 7 lat;
- **Oferta nr 5** złożona przez Wykonawcę: SGW Budownictwo Waldemar Stelmach Spółka komandytowa, ul. Idalińska 53, 26-600 Radom, z ceną ofertową 1 536 270,00 zł brutto oraz terminem gwarancji 7 lat;
- **Oferta nr 6** złożona przez Wykonawcę: TERMHOUSE Łukasz Sypka, Gułki 24, 96-214 Cielądz, z ceną ofertową 1 869 600,00 zł brutto oraz terminem gwarancji 7 lat;
- **Oferta nr 7** złożona przez Wykonawcę: RENCRAFT Sp. z o.o., ul. Jagiellońska 93C, 85-027 Bydgoszcz, z ceną ofertową 1 759 999,99 zł brutto oraz terminem gwarancji 7 lat.

W dniu 10.12.2020 r. Zamawiający 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 %,
- wydłużenie terminu gwarancji i rękojmi – 40%.

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.

W dniu 17.12.2020 r. Zamawiający poinformował Wykonawców: Firma Remontowo – Budowlana SGBUD Seweryn Grabka oraz RENCRAFT Sp. z o.o. o poprawieniu w ich ofertach oczywistej omyłki rachunkowej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. W tym samym dniu Zamawiający, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę: Firma PASJA Rafał Nagórka do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty - Wykonawca udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie.

W dniu 22.12.2020 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, tj. SGW Budownictwo Waldemar Stelmach Spółka komandytowa do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca złożył dokumenty i oświadczenia we wskazanym terminie.

W dniu 29.12.2020 r. Zamawiający dokonał **wyboru najkorzystniejszej oferty** złożonej przez Wykonawcę: SGW Budownictwo Waldemar Stelmach Spółka komandytowa, z ceną oferty 1 536 270,00 zł. 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 pieniężnej.

W dniu 05.01.2021 r. Zamawiający zawarł **umowę nr 5/2021** z wyłonionym Wykonawcą za wynagrodzeniem wskazanym w ofercie.

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

- **aneks nr 1/2021** z dnia 03.03.2021 r., dotyczący zmiany terminu uzyskania decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzielającej pozwolenia na budowę / pisma o braku sprzeciwu odnośnie wykonywania robót budowlanych – do dnia 17.08.2021 r. oraz wprowadzenia podwykonawcy w zakresie instalacji systemu fotowoltaicznego;
- **aneks nr 2/2021** z dnia 17.08.2021 r. dotyczący zmiany terminów realizacji zamówienia - do dnia 31.12.2021 r.

Ww. aneksy zawarte zostały zgodnie z art. 144 Ustawy Pzp. Przedstawiona na moment kontroli dokumentacja nie zawiera innych aneksów do umowy zawartej w ramach przedmiotowego postępowania.

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało opublikowane w BZP w dniu 12.01.2021 r. pod nr 510399952-N-2021.

Kontrola wykazała:

1. 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 Rozdziale X pkt II ppkt 1.3.A SIWZ oraz w pkt III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu zawarł następujący zapis:

Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał (zakończył) roboty budowlane w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu (najważniejsze roboty), tj.:

1. wykonaniu (w ramach jednego zadania inwestycyjnego) co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na termomodernizacji, montażu pomp ciepła wraz z układem fotowoltaicznym o wartości nie mniejszej niż 500.000,00 zł (pięćset tysięcy) zł brutto

LUB

2. wykonaniu (w ramach dwóch odrębnych zadań inwestycyjnych) - (pierwsza robota) termomodernizacji budynku, - (druga robota) montażu pomp ciepła wraz z układem fotowoltaicznym o łącznej wartości obu zadań nie mniejszej niż 500.000,00 zł (pięćset tysięcy) brutto (...).

UWAGA: 1. Przez robotę budowlaną zamawiający rozumie robotę wykonaną przez wykonawcę na podstawie jednej umowy (warunek pierwszy) LUB dwóch umów (warunek drugi). (...)

2. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia a także w przypadku kiedy wykonawca powołuje się na zasób podmiotu trzeciego – spełnienie warunku oceniane będzie w ten sposób ażeby jeden podmiot (wykonawca, podmiot trzeci) samodzielnie spełnił ten warunek. Tym samym nie jest dopuszczalne łączenie potencjału w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

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 termomodernizacji budynku, jak i montażu pomp ciepła wraz z układem fotowoltaicznym) 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.

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. 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 spełnienia warunków udziału w postępowaniu Wykonawca ma prawo polegać na zdolnościach technicznych i zawodowych lub sytuacji finansowej i ekonomicznej innych podmiotów.

Tymczasem zakres termomodernizacji budynku ośrodka zdrowia był dominujący i stanowił większość wartości zamówienia, a panele fotowoltaiczne i pompy ciepła były jednym z elementów wyposażenia budynku. Zamówienie miało charakter powszechnie występujący i stosowany na rynku, w związku z tym wiele firm budowlanych było w stanie zapewnić prawidłowe wykonanie zamówienia w zakresie termomodernizacji budynku i jednocześnie mogło zamontować pomy ciepła i panele fotowoltaiczne, które są jedynie wyposażeniem budynku. Element zamówienia dotyczący pomp ciepła wraz z układem fotowoltaicznym był również możliwy do wykonania odrębnie przez wielu innych wykonawców. Każda profesjonalna firma budowlana mogła wykonać termomodernizację budynku ośrodka zdrowia, wykorzystując jednocześnie do montażu pomp ciepła oraz paneli fotowoltaicznych zarówno potencjał konsorcjanta, jak również podmiotu trzeciego, na którego zasobach miała zamiar polegać. Wymaganie by taka firma posiadała również doświadczenie w montażu pomp ciepła wraz z układem fotowoltaicznym i niedopuszczenie przy tym łączenia potencjału w celu spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu jest niczym nieuzasadnione, co więcej, ogranicza uczciwą konkurencję i dostęp do zamówienia publicznego. Nie można bowiem 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. Reasumując, wymóg, by ten sam podmiot posiadał doświadczenie w obu rodzajach robót / dostaw, jest w opinii Zespołu kontrolnego nieuzasadniony.

W złożonych wyjaśnieniach (pismo znak RI.041.14.2019 z dnia 08.03.2022 r.) Beneficjent przyznał, iż „użyte sformułowanie o niedopuszczeniu łączenia potencjału w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest oczywista omyłką pisarską (...) Zapis nie został usunięty z treści SIWZ dla postępowania wcześniej prowadzonego (...)”. Zespół kontrolny pragnie jednak zwrócić uwagę, iż fakt omyłkowego zamieszczenia ww. zastrzeżenia przez Zamawiającego pozostaje bez wpływu na jego interpretację przez potencjalnych wykonawców. Rozstrzygające znaczenie dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu ma jego literalne brzmienie, a nie intencja Zamawiającego, która nie została wyartykułowana ani w SIWZ, ani w ogłoszeniu o zamówieniu. Z literalnego brzmienia przedmiotowego warunku nie wynika bynajmniej intencja Zamawiającego, iż „nie miał na celu ograniczenia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców”, wprost przeciwnie, tak sformułowany warunek mógł być powodem niezłożenia ofert przez szerszy krąg wykonawców. Nie sposób również zgodzić się z Podmiotem kontrolowanym, iż „po to dodał drugą możliwość („LUB”), żeby dopuścić większą liczbę potencjalnych wykonawców, a nie prowadzić do ograniczenia konkurencji” - jeżeli rzeczywiście taka była jego intencja, nie powinien był w ogóle zamieścić przy opisie przedmiotowego warunku zastrzeżenia z pkt 2.



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.

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, wpisuje się wprost w kategorię nieprawidłowości indywidualnej, wskazaną w pozycji nr 11 tzw. Taryfikatora korekt finansowych, czyli dokumentu pn. *Stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszych dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych*, stanowiącego Załącznik do Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 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. *Zastosowanie: kryteriów wykluczenia, kwalifikacji, udzielenia zamówienia lub warunków realizacji zamówień lub specyfikacji technicznej, które nie są dyskryminacyjne w rozumieniu poprzedniego rodzaju nieprawidłowości, ale w inny sposób ograniczają dostęp dla wykonawców, czyli (opis 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 (...).*

2. Zamawiający nie zachował należytej staranności, sporządzając wzór oświadczeń wstępnych wykonawcy, składanych na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy Pzp.

- a) We wzorze oświadczenia dotyczącym przesłanek wykluczenia z postępowania (załącznik nr 3 do SIWZ) Zamawiający pominął przesłankę z art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, co stoi w sprzeczności z art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym *do oferty (...) wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert (...) oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ*. Zamawiający w kontrolowanym postępowaniu powinien żądać oświadczenia potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia nie tylko w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 ustawy Pzp, ale również w zakresie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, a więc w zakresie tożsamym z podstawami wykluczenia wskazanymi w Rozdziale X pkt I ppkt 2 i 3 SIWZ oraz pkt III.2 ogłoszeniu o zamówieniu. Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, iż w SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający zawarł informację, iż zamierza

skorzystać z fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 1 Ustawy Pzp, jak również, iż żądając odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, faktycznie zweryfikował wykonawcę, która oferta została najwyżej oceniona w zakresie potwierdzenia braku podstawy wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp.

- b) Zamawiający nie określił w SIWZ (Rozdz. X pkt II ppkt 1) i w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt III.1) warunków udziału w postępowaniu, ani w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, ani w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Jednocześnie wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą oświadczenia wstępnego dotyczącego spełniania warunków udziału w postępowaniu (załącznik nr 2 do SIWZ) w pełnym zakresie, tj. w zakresie wszystkich warunków udziału określonych w art. 22 ust. 1b ustawy Pzp. Tymczasem art. 25a ust. 1 wyraźnie stanowi, że *do oferty (...) wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert (...) oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ*, tj. w przedmiotowym postępowaniu wyłącznie w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Nieuzasadnionym jednak byłoby założenie, iż jakkolwiek hipotetyczny Wykonawca zrezygnowałby z udziału w postępowaniu z powodu konieczności złożenia przedmiotowego oświadczenia w szerszym zakresie, niż wskazany w treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu.

Wskazane w podpunktach a) i b) uchybienia świadczą niewątpliwie o braku staranności ze strony Zamawiającego, jednakże w ocenie Zespołu kontrolnego mają charakter formalny i nie skutkują koniecznością zastosowania procedury nakładania korekt finansowych i pomniejszenia wydatków poniesionych nieprawidłowo za naruszenie Ustawy Pzp.

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 tzw. **Taryfikatora korekt finansowych**, który w związku z przedmiotowym naruszeniem przewiduje **w pozycji nr 11** (*Zastosowanie: kryteriów wykluczenia, kwalifikacji, udzielenia zamówienia lub warunków realizacji zamówień lub specyfikacji technicznej, które nie są dyskryminacyjne w rozumieniu poprzedniego rodzaju nieprawidłowości, ale w inny sposób ograniczają dostęp dla wykonawców*) stawkę procentową stosowaną przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń w **wysokości 10% wydatków kwalifikowalnych**.

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
FA/13/03/2021SG W	31.03.2021	384 017,55 zł	312 209,39 zł	31 220,94 zł	31 220,94 zł	26 537,80 zł	WNP-RPLD.04.02.0 2-10-0022/19-004 (zatwierdzony)	04.08.2021
FA/3/06/2021/SG W	17.06.2021	200 132,62 zł	162 709,45 zł	16 270,95 zł	16 270,95 zł	13 830,31zł	WNP-RPLD.04.02.0 2-10-0022/19-005 (zatwierdzony)	01.09.2021

FA/4/08/2021/SGW	16.08.2021	371 138,76 zł	301 738,83 zł	30 173,88 zł	16 270,94 zł	13 830,30 zł	WNP-RPLD.04.02.02-10-0022/19-006 (zatwierdzony)	11.08.2021
					13 902,94 zł	11 817,50 zł		25.11.2021
FA/8/12/2021/SGW	21.12.2021	580 981,07 zł	442 113,11 zł	44 211,31 zł	25 868,78 zł	21 988,46 zł	WNP-RPLD.04.02.02-10-0022/19-008-02 (niezatwierdzony)	15.12.2021
					Pozostałe wydatki niekwalifikowalne w wysokości 18 342,53 zł z faktury VAT FA/8/12/2021/SGW (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.04.02.02-10-0022/19-004 (zatwierdzony)

- **Faktura VAT FA/13/03/2021SGW** wystawiona w dniu 31.03.2021 r. na kwotę **384 017,55 zł brutto**, w tym kwota wydatków kwalifikowalnych **312 209,39 zł**;

WNP- RPLD.04.02.02-10-0022/19-005 (zatwierdzony)

- **Faktura VAT FA/3/06/2021/SGW** wystawiona w dniu 17.06.2021 r. na kwotę **200 132,62 zł brutto**, w tym kwota wydatków kwalifikowalnych **162 709,45 zł**;

WNP- RPLD.04.02.02-10-0022/19-006 (zatwierdzony)

- **Faktura VAT FA/4/08/2021/SGW** wystawiona w dniu 16.08.2021 r. na kwotę **371 138,76 zł brutto**, w tym kwota wydatków kwalifikowalnych **301 738,83 zł**;

WNP- RPLD.04.02.02-10-0022/19-008-02 (niezatwierdzony)

- **Faktura VAT FA/8/12/2021/SGW** wystawiona w dniu 21.12.2021 r. na kwotę **580 981,07 zł brutto**, w tym kwota wydatków kwalifikowalnych **442 113,11 zł**.

Zobowiązuje się Beneficjenta do zwrotu kwot:

- **26 537,80 zł** wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków tj. od dnia **04.08.2021 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;
- **13 830,31 zł** wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków tj. od dnia **01.09.2021 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;
- **13 830,30 zł** wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków tj. od dnia **11.08.2021 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;
- **11 817,50 zł** wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków tj. od dnia **25.11.2021 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;
- **21 988,46 zł** wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków tj. od dnia **15.12.2021 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 FA/8/12/2021/SGW (nieobjęte zaliczką), tj. w kwocie 183 425,30 zł, wystawionej w dniu 21.12.2021 r. w ramach umowy nr 5/2021 zawartej z Wykonawcą: SGW Budownictwo Waldemar Stelmach Spółka komandytowa 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;
- formułowania treści wzorów oświadczeń wstępnych Wykonawcy spójnie z warunkami udziału w postępowaniu oraz przesłankami wykluczenia określonymi przez Zamawiającego w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu.

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 znak RI.041.14.2019 z dnia 12 kwietnia 2022 r.

Beneficjent w złożonych zastrzeżeniach stwierdził, iż „zastrzeżenie wskazane w SIWZ mówiące, że nie jest dopuszczalne łączenie potencjału zostało zamieszczone omyłkowo”. Zespół kontrolny pragnie podkreślić, że powyższa deklaracja Beneficjenta nie wpływa w żaden sposób na sam fakt zaistnienia nieprawidłowości i oceny jej potencjalnych skutków finansowych dla budżetu UE – bez znaczenia dla oceny zaistniałego naruszenia pozostaje fakt, czy powstało ono w wyniku celowego działania, czy też niezamierzonego błędu po stronie Zamawiającego. Powyższe potwierdza wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2020 r., sygn. akt KIO 463/21, w myśl którego *rozstrzygające znaczenie dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu ma jego literalne brzmienie, a nie intencja zamawiającego, która nie została wyartykułowana w SIWZ, czy też*

oczekiwany przez zamawiającego sposób rozumienia dokumentacji w świetle nieujawnionych w niej oczekiwań.

Odnosnie argumentacji Podmiotu kontrolowanego, iż „po to dodał drugą możliwość („LUB”), żeby dopuścić większą liczbę potencjalnych wykonawców, a nie prowadzić do ograniczenia konkurencji”. Zespół kontrolny zwraca uwagę, iż stanowi ona powielenie wyjaśnień Beneficjenta z dnia 08.03.2022, do których Zespół kontrolny odniósł się już w pierwszej informacji pokontrolnej: „jeżeli rzeczywiście taka była intencja Zamawiającego, nie powinien być w ogóle zamieścić przy opisie przedmiotowego warunku zastrzeżenia z pkt 2”.

W złożonych zastrzeżeniach Beneficjent podniósł również, iż „w postępowaniu zostało złożonych 7 ofert, a zatem tak sformułowany przez zamawiającego warunek nie stanowi bariery dostępu do postępowania dla wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, a tym samym nie prowadził do ograniczenia konkurencji oraz równego traktowania wykonawców”. 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.

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, 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.

Mając powyższe na uwadze, w odniesieniu do tak postawionego przez Podmiot kontrolowany warunku, aby ten sam podmiot wykazał się realizacją zarówno termomodernizacji budynku, jak i montażu pomp ciepła wraz z układem fotowoltaicznym i niedopuszczającego jednocześnie 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.

Nie można również zgodzić się z twierdzeniem Beneficjenta, iż „nie jest możliwe wskazanie związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy omyłkowym zawarciem kwestionowanych zapisów w SIWZ,

a uszczerbkiem w budżecie UE". Już w pierwszej informacji pokontrolnej Zespół kontrolny wskazywał, iż „nie można 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”.

A zatem Beneficjent potencjalnie naraził budżet Unii Europejskiej na szkodę, bowiem poniósł wydatki, które mogłyby być niższe, a tym samym niższy byłby wkład finansowy z budżetu UE. Nie sposób bowiem wykluczyć, że przy prawidłowych zapisach w zakresie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu krąg wykonawców byłby inny - część wykonawców mogła odstąpić od udziału w postępowaniu, a nie sposób wykluczyć, że mogli oni złożyć korzystniejsze oferty. Powyższe potwierdza liczne orzecznictwo sądowe. I tak, Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 11 stycznia 2017 r., sygn. akt II GSK 3148/15, uznał, że *szkodą w interesach finansowych UE jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, a nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa unijnego lub krajowego, w tym zasad określonych w przepisach ustawy Pzp*. Wskazał również, że *wystarczy stwierdzenie możliwości wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie*. Analogicznie Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach w wyroku z dnia 15 kwietnia 2019 r., sygn. akt III SA/GI 1176/18, zaznaczył, że *dla nałożenia sankcji wystarczy ustalenie, że wskutek 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 treści pierwszej Informacji pokontrolnej (w pkt XVIII) wyraźnie wskazano, iż z uwagi na fakt, że skutki finansowe stwierdzonych nieprawidłowości indywidualnych są pośrednie, rozproszone oraz trudne do oszacowania, zastosowanie znajduje metoda wskaźnikowa obliczenia korekty finansowej, ustalona na podstawie Taryfikatora korekt finansowych, który to dokument opisane powyżej naruszenie uznaje za nieprawidłowość indywidualną, skutkującą koniecznością nałożenia korekty finansowej.

W świetle powyższego nie można zgodzić się ze stanowiskiem Podmiotu kontrolowanego, iż „zawarcie w SIWZ zapisów, które są w informacji pokontrolnej kwestionowane, pozostaje bez jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania”. Zespół kontrolny uznał, że postępowanie Beneficjenta stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013, a zastosowana korekta finansowa jest adekwatna do charakteru i wagi stwierdzonej nieprawidłowości. Zespół kontrolny podtrzymuje zatem 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 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)

¹ niepotrzebne skreślić/usunąć