

RPOII.44.62.2022.MGa

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

### Informacja pokontrolna nr RPOII.44.62.2022

I.	<b>Podstawa prawna kontroli</b>	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 z późn. zm.) oraz na podstawie postanowień umowy o dofinansowanie nr UDA-RPLD.04.03.02-10-0006/19-00 z dnia 1 lutego 2021 r.
II.	<b>Imiona i nazwiska osób przeprowadzających kontrolę</b>	[ dane zanonimizowano ]
III.	<b>Termin kontroli</b>	24-25 listopada 2021 r.
IV.	<b>Rodzaj kontroli</b>	planowa
V.	<b>Nazwa Podmiotu kontrolowanego</b>	Gmina Wróblew
VI.	<b>Adres Podmiotu kontrolowanego i miejsca, w którym przeprowadzono czynności kontrolne</b>	- Wróblew 15, 98-285 Wróblew - kontrola w siedzibie IZ RPO WŁ
VII.	<b>NIP Podmiotu kontrolowanego</b>	8272162703
VIII.	<b>Imię i nazwisko kierownika Podmiotu kontrolowanego</b>	[ dane zanonimizowano ]
IX.	<b>Osoba zastępująca kierownika podczas jego nieobecności, upoważniona do uczestniczenia w czynnościach kontrolnych</b>	nie dotyczy
X.	<b>Pozycja w książce kontroli, pod którą odnotowano przedmiotową kontrolę</b>	nie dotyczy
XI.	<b>Osoby składające wyjaśnienia lub udzielające informacji w imieniu Podmiotu kontrolowanego</b>	[ dane zanonimizowano ]
XII.	<b>Nr umowy o dofinansowanie</b>	UDA-RPLD.04.03.02-10-0006/19-00

XIII.	Tytuł kontrolowanego projektu	„Budowa pasywnego budynku użyteczności publicznej w miejscowości Wróblew”
XIV.	Wartość projektu (wg umowy/aneksu)	12 866 561,37 zł
XV.	Zakres kontroli	Sprawdzenie prawidłowości przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: - „Budowa pasywnego budynku użyteczności publicznej w miejscowości Wróblew” nr sprawy RIT.271.15.2021.RR
XVI.	Data sporządzenia informacji pokontrolnej	13.05.2022 r.

## XVII. Opis kontrolowanych obszarów i ustalenia kontroli

Zespół Kontrolny dokonał sprawdzenia **jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego** przeprowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji, na podstawie art. 275 pkt. 1 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej Ustawą Pzp.

**Postępowanie pn. „Budowa pasywnego budynku użyteczności publicznej w miejscowości Wróblew” nr sprawy RIT.271.15.2021.RR**

**Przedmiotem zamówienia** było zaprojektowanie i wykonanie zadania inwestorskiego pn.: „Budowa pasywnego budynku użyteczności publicznej w miejscowości Wróblew”.

Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: OPZ) zawarty został w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dalej: PFU) stanowiącym załącznik nr 9 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ).

**Wartość szacunkowa** zamówienia została ustalona w dniu 27.05.2021 r. na podstawie PFU na kwotę 10 460 619,00 zł netto, co stanowi równowartość 2 450 195,35 euro, wg kursu euro 4,2693 zł.

Postępowanie przeprowadziła **Komisja Przetargowa** powołana w dniu 10.03.2021 r., na podstawie Zarządzenia nr ROO.0050.11.2021 Wójta Gminy Wróblew w sprawie powołania stałej Komisji Przetargowej i ustalenia regulaminu jej pracy.

**Ogłoszenie o zamówieniu** zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych (dalej: BZP) w dniu 27.05.2021 r. pod numerem 2021/BZP 00066638/01. W tym samym dniu ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

**SWZ** została zatwierdzona w miesiącu maju 2021 r. przez [ dane zanonimizowano] oraz zamieszczona wraz z stosownymi załącznikami na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 27.05.2021 r.

Postępowanie **opublikowano na miniPortalu** (<https://miniportal.uzp.gov.pl>) w dniu 27.05.2021 r.

Do Zamawiającego w dniach 01.06.2021 r. oraz 07-09.06.2021 r. wpłynęły zapytania do treści SWZ, na które Zamawiający systematycznie udzielał odpowiedzi zgodnie z **art. 284 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp**, jednocześnie Zamawiający dokonał modyfikacji treści SWZ i na podstawie **art. 267 ust. 2 pkt 6 Ustawy Pzp** przekazał do BZP **ogłoszenie o zmianie ogłoszenia**. Przedmiotowe ogłoszenie zostało opublikowane w BZP pod **nr 2021/BZP 00071423/01 z dnia 02.06.2021 r.**

**Termin składania ofert** został wyznaczony do dnia 11.06.2021 r. do godz. 10:30.

Zamawiający żądał wniesienia **wadium** w kwocie nie większej niż 1,5% wartości zamówienia – 100 000,00 zł, na podstawie **art. 97 ust. 1 w związku z art. 281 ust. 4 Ustawy Pzp** oraz w formie wynikającej z **art. 97 ust. 7 Ustawy Pzp**.

Zamawiający **nie dopuścił** możliwości składania **ofert częściowych** ani **ofert wariantowych** oraz **nie przewidział** możliwości udzielenia zamówień, o których mowa w **art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8 Ustawy Pzp**.

Przed **otwarcie ofert**, które nastąpiło w dniu 11.06.2021 r. o godz. 11:00, Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, **w wysokości 11 600 000,00 zł brutto**, poprzez udostępnienie danych na stronie prowadzonego postępowania w dniu jego publikacji.

Do siedziby Zamawiającego w wyznaczonym terminie **wpłynęła jedna oferta** złożona przez wykonawcę GRUPA EKOENERGIA Sp. z o.o., Sierakowice Prawe 141D, 96-100 Skierniewice, z ceną wykonania 10 255 977,73 zł.

**Oferta** wykonawcy została **złożona przez miniPortal** w terminie określonym przez Zamawiającego.

Zamawiający niezwłocznie, tj. w dniu 11.06.2021 r. zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania informacje z otwarcia ofert, o których mowa w **art. 222 ust. 5 Ustawy Pzp**.

**Kryteriami wyboru** najkorzystniejszej oferty były:

- cena – 60%,
- doświadczenie kluczowego personelu – 30%,
- gwarancja na przedmiot zamówienia – 10%.

**Termin związania ofertą** – do 12.07.2021 r.

Wykonawca złożył samodzielnie oświadczenie dotyczące **braku przynależności do grupy kapitałowej**, zgodnie z **art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp**.

W dniu 14.06.2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę GRUPA EKOENERGIA Sp. z o.o. do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie **art. 274 ust. 1 Ustawy Pzp**. Wykonawca złożył dokumenty w wyznaczonym terminie.

W dniu 22.06.2021 r. Zamawiający dokonał **wyboru najkorzystniejszej oferty** złożonej przez wykonawcę GRUPA EKOENERGIA Sp. z o.o., z ceną wykonania wskazaną w ofercie. W tym samym dniu **zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty** zostało opublikowane na stronie internetowej prowadzonego postępowania, a także przesłane wykonawcy drogą elektroniczną.

Zamawiający ustalił **zabezpieczenie należytego wykonania umowy** w wysokości **5%** ceny ofertowej brutto. Wykonawca **wniósł zabezpieczenie** w formie gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad i usterek.



W dniu 07.07.2021 r. Zamawiający na podstawie art. 98 ust. 5 oraz art. 98 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp przekazał informację wykonawcy GRUPA EKOENERGIA Sp. z o.o., iż zwalnia wniesione przez niego wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej.

W dniu 07.07.2021 r. Zamawiający zawarł umowę nr 20/RIT/2021 z wyłonionym wykonawcą za wynagrodzeniem wskazanym w ofercie. Zamawiający nie przedstawił wraz z dokumentacją przetargową aneksów do w/w umowy.

Ogłoszenie o wyniku postępowania zostało zamieszczone w BZP pod nr 2021/BZP 00106478/01 w dniu 07.07.2021 r.

#### Kontrola wykazała:

1. **Naruszenie art. 112 ust. 1 Ustawy Pzp** w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a w szczególności w zakresie wskazania wymaganych dokumentów tj. próby szczelności na poziomie min. 0,6/1h oraz certyfikatu budynku pasywnego w celu weryfikacji potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający formułując zapisy SWZ ostatecznie w następujący sposób określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale 6 ust. 3.1 SWZ:

*Warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres przeprowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał należycie i zgodnie z przepisami prawa budowlanego oraz prawidłowo ukończył co najmniej 2 roboty polegające na zaprojektowaniu i budowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej wynoszącej minimum 1000m<sup>2</sup> i wartości min. 6 milionów zł każdy wraz z pozwoleniem na użytkowanie. Ponadto Zamawiający wymaga, aby każdy z budynków został wykonany w technologii pasywnej, uzyskał certyfikat pasywności, a szczelność powłoki zewnętrznej budynku sprawdzona przy pomocy testu ciśnieniowego nie może przekraczać 0,6 1/h.*

*Zamawiający rozumie pod pojęciem budynek pasywny użyteczności publicznej każdy obiekt. Budynek użyteczności publicznej, o zapotrzebowaniu na energię na potrzeby ogrzewania i wentylacji nie większym niż 15kWh/m<sup>2</sup> rok.*

*Weryfikacja zostanie dokonana na podstawie przedłożenia przez wykonawcę dokumentów potwierdzających osiągnięcie próby szczelności na wymaganym poziomie tj. min 0,6 1/h oraz uzyskanie certyfikatu pasywności budynku.*

Zespół Kontrolny dwukrotnie wezwał Zamawiającego do wyjaśnień odnośnie postawionego warunku udziału w postępowaniu w szczególności w zakresie wymaganych dokumentów na potwierdzenie spełnienia ww. warunku. Jedną z odpowiedzi Zamawiającego brzmiała: „Certyfikat pasywności jest wykonywany na podstawie projektów architektoniczno- budowlanych i projektów technicznych i w celu uzyskania wiarygodnych wyników należy założyć określoną szczelność powietrzną budynku. Zgodnie z wytycznymi Instytutu Budynków Pasywnych oraz Narodowego Funduszu Ochrony

*Środowiska szczelność powłoki zewnętrznej nie powinna przekraczać 0,6 wymiany/h. Wobec tego bardzo ważne jest właściwe wykonanie budynku pod względem szczelności powłoki zewnętrznej budynku co potwierdzone jest próbą blower-door. Potwierdzenie określonego poziomu szczelności (poniżej 0,6 wymiany/h) pozwala na stwierdzenie, że założone wskaźniki zostały osiągnięte. W związku z powyższym wykonawca, który uzyskuje wynik próby szczelności na odpowiednio niskim poziomie (poniżej 0,6 wymiany/h) daje gwarancję wykonania budynku we właściwym standardzie.”*

Zespół Kontrolny nie podważa ważności certyfikatu pasywności budynku oraz dokumentu potwierdzającego próbę szczelności, nie mniej jednak wymóg takich dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest nieuzasadniony.

Na podstawie art. 128 ust. 6 Ustawy Pzp zostało wydane *Rozporządzenie Ministra Rozwoju Pracy i Technologii z dnia 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakie może żądać Zamawiający od wykonawcy (dalej: rozporządzenie)*. Rozporządzenie nie wskazuje, aby Zamawiający mógł żądać na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, certyfikatu pasywności lub dokumentów potwierdzających przeprowadzenie próby szczelności.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 Ustawy Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Zgodnie z art. 112 ust. 2 pkt 4 Ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznych lub zawodowych.

Określenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z najważniejszych czynności Zamawiającego, której należy dokonać w sposób dostatecznie jasny oraz precyzyjny, aby zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu, jak i sam Zamawiający, dokonując oceny spełnienia tych warunków mogli je przeprowadzić zero-jedynkowo.

Warunek udziału w postępowaniu ustalony przez Zamawiającego podlega ocenie pod kątem proporcjonalności do opisanego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia oraz zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Warunek ten nie może być nadmierny oraz w nieuzasadniony sposób eliminować z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawców zdolnych do jego wykonania. Wynika to z zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności.

W ocenie Zespołu Kontrolnego, Zamawiający naruszył art. 112 ust. 1 Ustawy Pzp w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a w szczególności w zakresie wskazania wymaganych dokumentów tj. próby szczelności na poziomie min. 0,6/1h oraz certyfikatu budynku pasywnego w celu weryfikacji potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Zespołu Kontrolnego, wymagania co do ww. dokumentów powinny zostać zawarte w opisie przedmiotu zamówienia,



a nie jak to opisał Zamawiający w warunkach udziału w postępowaniu, gdyż wskazane dokumenty odnoszą się do przedmiotu zamówienia, który ma być wykonany, a nie do zdolności wykonawcy. Zamawiający ma obowiązek określić warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę tych zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Natomiast w odniesieniu do stanu faktycznego wymagane przez Zamawiającego dokumenty mogłyby stanowić przedmiotowy środek dowodowy wynikający z art. 104-107 Ustawy Pzp pod warunkiem merytorycznego powiązania ich z opisem przedmiotu zamówienia. *„(...) Żądanie przez zamawiającego dokumentów przedmiotowych, w sytuacji gdy w treści SIWZ nie przedstawiono wymagań odnoszących się do danego elementu dostawy, usług czy robót budowlanych, którego dotyczyć ma składany dokument, jest żądaniem nieskutecznym jako pozbawione podstawy prawnej i faktycznej. Analogicznie żądanie należy uznać za nieuzasadnione w przypadku, gdy dokument, którego zamawiający wymagał na potwierdzenie spełnienia określonych wymagań, nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania”* ( wyrok KIO z dnia 27.02.2020 r., sygn., akt: KIO 295/20).

Zamawiający nie mógł wprost żądać na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu okazania przez wykonawców powyżej przytoczonych dokumentów, lecz mógł żądać oświadczenia na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w tym również np. wykazu robót. Wykonawca zamierzający wziąć udział w przetargu i składający oświadczenia, musiałby posiadać dokumenty potwierdzające pasywność wykonanych budynków oraz próbę szczelności. Zamawiający mógł uzyskać takie dokumenty na podstawie art. 128 ust. 5 Ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Zespołu Kontrolnego, żądanie przez Zamawiającego na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu przedłożenia przez wykonawcę dokumentów potwierdzających osiągnięcie próby szczelności na wymaganym poziomie tj. min 0,6 1/h oraz uzyskanie certyfikatu pasywności budynku było bezpodstawne. Rzeczne dokumenty są zbędnymi dokumentami w odniesieniu do potwierdzenia spełnienia określonego przez Zamawiającego warunku oraz wykraczającymi poza katalog podmiotowych środków dowodowych.

Zespół Kontrolny stwierdza, iż powyższe stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013. „Nieprawidłowość” ma miejsce w sytuacji, gdy wskutek naruszenia procedury doszło do powstania szkody lub mogłoby dojść do jej powstania w budżecie ogólnym UE. Możliwość powstania szkody należy rozumieć jako możliwość uszczuplenia środków unijnych. Dla uznania zatem, że doszło do powstania „nieprawidłowości” wystarczy ustalenie, że wskutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE. Zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (dalej: WSA) w Białymstoku z dnia 09.09.2020 r., sygn. akt. I SA/Bk 117/20 przepis art. 2 pkt 36 Rozporządzenia nr 1303/2013 za nieprawidłowość uznaje **jakiegokolwiek naruszenie prawa wynikające z działania**

**lub zaniechania podmiotu gospodarczego.** Nie uzależnia zatem uznania konkretnego naruszenia prawa za nieprawidłowość od rodzaju naruszonego przepisu lub przepisów, wagi naruszenia, liczby naruszonych przepisów, ani też charakteru działania podmiotu, które spowodowało naruszenie przepisów. Wystarczy wskazanie, że określone naruszenie prawa mogło spowodować szkodę. Przepis ten ma na celu zapobieżenie nieprawidłowemu wydatkowaniu środków finansowych przeznaczonych na projekty finansowane z funduszy unijnych. **Dlatego również obejmuje szkodę potencjalną.**

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.

Zespół Kontrolny pragnie podkreślić, iż zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej: NSA) z dnia 11.01.2017 r., sygn. akt II GSK 3148/15, 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.

Reasumując, w kontrolowanym postępowaniu ofertę złożył jeden wykonawca, zatem stwierdzone powyżej naruszenie Ustawy Pzp mogło mieć co najmniej potencjalny wpływ na wynik procedury udzielenia zamówienia. Wymagane dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu mogły mieć zniechęcający wpływ na przystąpienie przez wykonawców do postępowania, a przez to konkurencja mogła zostać ograniczona.

Naruszenie przez Beneficjenta art. 112 Ustawy Pzp stanowi nieprawidłowość indywidualną, o której mowa w **pozycji nr 11 tzw. Taryfikatora,** czyli dokumentu pn. *Stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszych dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych,* stanowiącego załącznik do **Rozporządzenia Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 14.12.2020 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień** (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2371). Pozycja nr 11 Taryfikatora odnosi się do kryteriów lub warunków które mimo, że nie są dyskryminujące ze względu na preferencje krajowe, regionalne lub lokalne, prowadzą do ograniczenia wykonawcom dostępu do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia np. przypadki, w których minimalne wymagane poziomy zdolności w odniesieniu do konkretnego zamówienia są związane z przedmiotem zamówienia, ale nie są proporcjonalne.

2. **Naruszenie art. 91 ust. 2 Ustawy Pzp** poprzez niewskazanie w dokumentach zamówienia powodu niedokonania podziału zamówienia na części.

Zamawiający w rozdziale 4 pkt 5 SWZ wskazał, że nie dopuszcza składania ofert częściowych. Tą samą informację powielił w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji IV 4.1.8 zaznaczając odpowiedni chex-box mianowicie - NIE. Jednakże w dokumentacji postępowania, nigdzie Zamawiający nie wskazał uzasadnienia niedokonania podziału na części, czego wymaga od zamawiającego art. 91 ust. 2 Ustawy Pzp.

Art. 91 ust. 2 Ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek wskazania w dokumentach zamówienia powodów niedokonania podziału na części. Przepis ten aktualizuje się wyłącznie w sytuacji, w której Zamawiający nie skorzystał z możliwości dokonania podziału zamówienia na części, o której mowa w art. 91 ust. 1 Ustawy Pzp. Swoboda Zamawiającego w decyzji o braku podziału zamówienia na części jest ograniczona zasadą uczciwej konkurencji. Decyzja w kwestii podziału zamówienia na części przez Zamawiającego musi uwzględniać faktyczne okoliczności uniemożliwiające mu podzielenie zamówienia na części. Do grudnia 2020 r. obowiązkiem Zamawiającego było podanie powodów niedokonania podziału zamówienia na części w protokole postępowania. Obecnie obowiązek w tym zakresie Zamawiający spełni, wskazując powody niedokonania podziału zamówienia na części w dokumentach postępowania na przykład w SWZ. Zmiana nośnika wyżej wskazanej kategorii informacji, nie pozostaje bez znaczenia prawnego, m.in. dlatego, że na treść SWZ wykonawcom przysługuje możliwość odwołania się do Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO), natomiast taka możliwość nie występuje względem treści protokołu. W związku z tym treść uzasadnienia przedstawianego przez Zamawiającego jest bardzo istotna. Uzasadnienie powinno być możliwie obszerne, zawierać chociażby dokładną analizę sytuacji rynkowej, wskazanie ryzyka związanego z niepowodzeniem projektu, czy też odpowiedzialnością z uwagi na trudności z jednoznacznym ustaleniem przyczyn oraz błędów w wykonaniu zamówienia w przypadku prac prowadzonych przez kilku wykonawców jednocześnie. W dokumentacji przedstawionej przez Beneficjenta takie uzasadnienie nie znalazło się. W dniu 09.12.2021 r. Zespół Kontrolny wezwał Zamawiającego do wyjaśnienia braku uzasadnienia niedokonania podziału zamówienia na części. Beneficjent w dniu 15.12.2021 r. udzielił odpowiedzi i dopiero w tych wyjaśnieniach w pełni przedstawił uzasadnienie niedokonania podziału na części w zakresie prowadzonego postępowania. „Zamawiający realizował postępowanie w formie „zaprojektuj i wybuduj”. Zamówienie nie zostało podzielone na części z następujących względów:

- ✓ *Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót funkcjonalnie ze sobą związanych;*
- ✓ *Rozdzielenie robót groziłoby niedającymi się wyeliminować problemami organizacyjnymi związanymi z odpowiedzialnością za poszczególne elementy robót wykonanych przez różnych wykonawców;*
- ✓ *Przy tego typu robotach nie ma możliwości jednoznacznego określenia zasad odpowiedzialności za jeden plac budowy;*
- ✓ *Przy tego typu robotach wykonywanych przez różnych wykonawców niemożliwe byłoby jednoznaczne określenie zasad OC (np. w razie jednoczesnego wykonania robót przez wielu wykonawców utrudnione byłoby ustalenie podmiotu odpowiedzialnego za szkody objęte polisą OC);*



- ✓ Przy tego typu robotach wykonywanych przez różnych wykonawców opóźnienie jednego z wykonawców wpłynęłoby negatywnie na terminowość wykonania innych elementów inwestycji;

(...) Zamawiający nie dokonał podziału zamówienia na części ze względu na to, że podział taki groziłby nadmiernymi trudnościami technicznymi oraz nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia. Potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia. Niedokonanie podziału zamówienia podyktowane było zatem względami technicznymi, organizacyjnymi oraz charakterem przedmiotu zamówienia. Zastosowany ewentualnie podział zamówienia na części nie zwiększyłby konkurencyjności w sektorze małych i średnich przedsiębiorstw (...). Beneficjent właśnie tak przedstawione uzasadnienie powinien zamieścić np. w SWZ, które byłoby czytelne oraz przedstawiało istotne elementy niedokonania podziału zamówienia na części w danym postępowaniu.

Naruszenie przez Beneficjenta art. 91 ust. 2 Ustawy Pzp stanowi nieprawidłowość indywidualną, o której mowa w **pozycji nr 3 tzw. Taryfikatora**, czyli dokumentu pn. *Stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszych dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych*, stanowiącego załącznik do **Rozporządzenia Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 14.12.2020 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień** (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2371). Pozycja nr 3 Taryfikatora odnosi się do niewskazania głównych powodów, dla których postanowiono nie dzielić zamówienia na części lub nie umożliwić składania ofert częściowych, co może mieć wpływ na ograniczenie konkurencji.

3. Zamawiający **nie zachował należytej staranności** w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie:
- niewłaściwego nazewnictwa – Zamawiający używa nazwy Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, co jest niezgodne z Ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych. Obecnie prawidłowa nazwa to Specyfikacja Warunków Zamówienia;
  - wskazania błędnej nazwy trybu prowadzonego postępowania – Zamawiający wskazał, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy Pzp. W aktualnym stanie prawnym, w przypadku postępowań o wartościach poniżej progów unijnych tryb przetargu nieograniczonego nie istnieje.

Wskazane powyżej uchybienie ma charakter formalny i nie skutkuje 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. 2371), 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. 112 ust. 1 Ustawy Pzp** w zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a w szczególności w zakresie wskazania wymaganych dokumentów tj. próby szczelności na poziomie min. 0,6/1h oraz certyfikatu budynku pasywnego w celu weryfikacji potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Ponieważ skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej są pośrednie, rozproszone oraz trudne do oszacowania, wysokość stawki procentowej została ustalona na podstawie tzw. Taryfikatora, który w związku z przedmiotowym naruszeniem przewiduje **w pozycji nr 11 (zastosowanie kryteriów wykluczenia, kwalifikacji, udzielenia zamówienia)** stawkę procentową stosowaną przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń **w wysokości 10% wydatków kwalifikowalnych**. Jednocześnie informuję, iż nie ma możliwości obniżenia, stawki korekty poniżej 10%, gdyż miarkowanie korekty do stawki 5% jest możliwe w przypadkach, w których zastosowano ograniczające kryteria/warunki/specyfikację, ale mimo to zapewniono minimalny poziom konkurencji, tj. otrzymano i przyjęto od pewnej liczby wykonawców oferty spełniające kryteria kwalifikacji. W kontrolowanym postępowaniu przesłanka ta nie została spełniona, ponieważ została złożona tylko jedna oferta.

- 2. Naruszenie art. 91 ust. 2 Ustawy Pzp** poprzez niewskazanie w dokumentach zamówienia powodu niedokonania podziału zamówienia na części.

Ponieważ skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej są pośrednie, rozproszone oraz trudne do oszacowania, wysokość stawki procentowej została ustalona na podstawie tzw. Taryfikatora, który w związku z przedmiotowym naruszeniem przewiduje **w pozycji nr 3 (brak uzasadnienia powodu, dla którego zamówienia nie podzielono na części)** stawkę procentową stosowaną przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń **w wysokości 5% wydatków kwalifikowalnych**.

W przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych, wartość korekt finansowych lub pomniejszeń nie ulega sumowaniu, lecz stosuje się jedną korektę finansową lub jedno pomniejszenie o najwyższej wartości. **W związku z powyższym dla przedmiotowego postępowania zastosowano stawkę procentową w wysokości 10 %.**

#### XIX. Zalecenia pokontrolne/rekomendacje:

**Zobowiązuje się Beneficjenta**, aby wydatki kwalifikowalne z faktur wystawionych w ramach umowy nr 20/RIT/2021 zawartej w dniu 07.07.2021 r. z wykonawcą GRUPA EKOENERGIA Sp. z o.o., Sierakowice Prawe 141D, 96-100 Skierniewice, **pomniejszył 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.

W związku z powyższym **zobowiązuje się Beneficjenta do poprawienia wniosku o płatność z uwzględnieniem kwoty zastosowanego pomniejszenia w wysokości 10% 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 :

- zachował proporcjonalność w określaniu warunków udziału w postępowaniu w szczególności wymagał odpowiednich dokumentów na ich potwierdzenie;
- wymagał odpowiednio zakwalifikowanych dokumentów w zakresie podmiotowych jak i przedmiotowych środków dowodowych;
- nie pomijał obowiązku ustawowego dotyczącego uzasadnienia powodu niedokonania podziału zamówienia na części i jego wskazania w dokumentach 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 wniesionych** zastrzeżeń Beneficjenta do ustaleń zawartych w I informacji pokontrolnej nr RPIII.44.106.2021 z dnia 07.04.2022 r. pismem z dnia 25.04.2022 r. (data wpływu: 28.04.2022 r.).

Zdaniem kontrolujących, przedłożone zastrzeżenia nie zmieniają stanu faktycznego stwierdzonego w toku kontroli, a więc nie stanowią podstawy do zmiany stanowiska wyrażonego w przedmiotowej informacji pokontrolnej.

Beneficjent w przedstawionych zastrzeżeniach wskazał Rozporządzenie Rady nr 2988/95 z dnia 18.12.1995 r. w sprawie ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich art. 2 ust. 1 „Kontrolle administracyjne, środki i kary wprowadza się w takim zakresie, w jakim jest to konieczne dla

zapewnienia właściwego stosowania prawa wspólnotowego. Muszą one być skuteczne, proporcjonalne i odstraszające, w celu zapewnienia odpowiedniej ochrony interesów finansowych Wspólnot.” Zespół Kontrolny zgadza się z tym artykułem, jednakże już w I informacji pokontrolnej wskazał brak możliwości obniżenia stawki korekty poniżej 10%, gdyż miarkowanie korekty do stawki 5% jest możliwe wyłącznie w przypadkach, w których zastosowano ograniczające kryteria/warunki/specyfikację, ale mimo to zapewniono minimalny poziom konkurencji, tj. otrzymano i przyjęto od pewnej liczby wykonawców oferty spełniające kryteria kwalifikacji. **W kontrolowanym postępowaniu przesłanka ta nie została spełniona, ponieważ została złożona tylko jedna oferta.** Zatem Zespół Kontrolny nie ma możliwości zmniejszenia stawki procentowej wskazanego naruszenia zgodnie z Taryfikatorem, czyli dokumentem pn. *Stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych*, stanowiącym załącznik do **Rozporządzenia Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 14.12.2020 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień** (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2371), zwanego dalej: Rozporządzeniem. Należy zwrócić uwagę również na fakt, iż wydatek dotknięty nieprawidłowością uznany jest za niekwalifikowalny w całości. Co za tym idzie, gdyby nie Rozporządzenie pozwalające na obniżenie wysokości pomniejszenia/korekty wówczas wydatki, co do których stwierdzono wystąpienie nieprawidłowości winny być uznane za niekwalifikowalne w całości (100%). Jednak ustawodawca wskazuje, że w pewnych sytuacjach zastosowanie korekty finansowej w wysokości 100% może być niezasadne, przewidując tym samym możliwość obniżenia wysokości pomniejszenia/korekty stosownie do charakteru i wagi nieprawidłowości indywidualnej. Zatem Rozporządzenie umożliwia zmniejszenie stawki procentowej przypisane do danej nieprawidłowości. Stąd tabela, stanowiąca załącznik do Rozporządzenia. Reasumując, co do zasady wydatek winien zostać uznany za niekwalifikowalny w całości, jednakże organ kontrolujący posiłkując się Rozporządzeniem, ocenia czy waga i charakter danej nieprawidłowości uzasadniają możliwość miarkowania, pozwalając na zastosowanie łagodniejszej sankcji w postaci określonej w stawkach procentowych pomniejszenia/korekt danego wydatku. W związku z powyższym, w ocenie Zespołu Kontrolnego nie ma możliwości miarkowania korekty poniżej stawki procentowej wskazanej w I informacji pokontrolnej.

1. Beneficjent w zastrzeżeniach wskazał, iż Zespół Kontrolny *uznał, że wymagania co do dokumentów tj. próby szczelności oraz certyfikatu budynku pasywnego powinny zostać zawarte w opisie przedmiotu zamówienia, a nie jak wskazał Zamawiający w warunkach udziału w postępowaniu, gdyż ww. wskazane dokumenty odnoszą się do przedmiotu zamówienia, który ma być wykonany, a nie do zdolności wykonawcy.* Owszem żądanie ww. dokumentów było możliwe przez Zamawiającego, jednakże nie na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W przedmiotowej sprawie Zamawiający wymagał od wykonawcy wykazania się doświadczeniem w budowie budynków pasywnych, a nie jakichkolwiek budynków. Powyższe było powiązane z OPZ, bowiem przedmiotem zamówienia miała być właśnie budowa budynku pasywnego. W ocenie Zespołu Kontrolnego w przedmiotowej sprawie warunek udziału w postępowaniu został nieprawidłowo sformułowany i bezpodstawnie żądano na potwierdzenie jego spełnienia dokumentów, dotyczących osiągnięcia

próby szczelności na wymaganym poziomie tj. min. 0,6 1/h oraz uzyskanie certyfikatu pasywności budynku. Zamawiający mógł sformułować ten warunek poprzez wymóg wykazania się przez wykonawcę wykonaniem budynków o określonych parametrach tj. pasywnych, czyli takich, które uzyskały certyfikat pasywności i dokumentów wskazujących na określoną próbę szczelności. Zespół Kontrolny uważa, iż Zamawiający nawet przy prawidłowym sformułowaniu warunków udziału w postępowaniu, nie mógł wprost żądać na potwierdzenie udziału w postępowaniu okazania przez składającego ofertę tych dokumentów, lecz mógł żądać oświadczenia na potwierdzenie warunków. Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w wyroku KIO 3659/21 z dnia 30.12.2021 r.

Zamawiający nie przewidział również, formułując wymóg posiadanych dokumentów przez wykonawcę, iż mógł doprowadzić do wykluczenia z ubiegania się o zamówienie wykonawców, którzy co prawda mają doświadczenie w realizacji takich robót, jednak w miejscu ich wykonania przepisy prawa nie przewidują wydania dokumentów w postaci próby szczelności czy certyfikatu budynku pasywnego. Zamawiający nie dopuścił możliwości przedstawienia dokumentów równoważnych w tym zakresie. Skutkowało to brakiem jednakowego dla wszystkich wykonawców miernika oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający powinien weryfikować ustalone przez siebie warunki udziału w postępowaniu oraz opis przedmiotu zamówienia w celu zapewnienia możliwie najszerszego udziału wielu potencjalnych wykonawców w postępowaniu.

Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawców z § 9 ust. 1 wprost wynika jakie to mogą być dokumenty. Zatem przedstawiony wymóg co do okazania się przez wykonawcę certyfikatem budynku pasywnego oraz próbą szczelności na poziomie min. 0,6 1/h w kontekście spełnienia warunków udziału w postępowaniu skutkowało wymaganiem zbędnego dokumentu. Z racji braku w załączniku do Rozporządzenia bezpośredniego odniesienia, polegającego na żądaniu od wykonawców oświadczeń lub dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia Zespół Kontrolny przyjął powyższe naruszenie najbliższej rodzajowi nieprawidłowości przedstawionej w ww. Rozporządzeniu.

- Beneficjent w zastrzeżeniach do I informacji pokontrolnej wskazał, iż „*przedstawił (w treści wyjaśnień) szczegółowe powody niepodzielenia zamówienia na części. Nie ulega przy tym wątpliwości, iż powody te potwierdzają zasadność braku podziału zamówienia na części zresztą argumentów tych jakkolwiek nie podważał sam Zespół Kontrolny*”. Należy wskazać, iż uzasadnienie braku podziału zamówienia na części zostało przedstawione w toku kontroli wyłącznie w wyjaśnieniach, natomiast nie pojawiło się w żadnych dokumentach postępowania. Zgodnie z art. 91 ust. 2 Ustawy Pzp, Zamawiający wskazuje w dokumentach powody niedokonania podziału zamówienia na części. Oznacza to, że mimo „swobody” w podziale zamówień, w rzeczywistości instytucja zamawiająca ma obowiązek uzasadniać, dlaczego nie dokonała takiego podziału. Zamawiający, podejmując decyzję, każdorazowo powinien dokonać oceny celowości podziału zamówienia, biorąc pod uwagę m.in. analizę rynku i ryzyka. W innym wypadku naraża się na



unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nowa Ustawa Pzp nie nakłada w sposób wyraźny na Zamawiającego obowiązku podziału zamówienia na części. Analizując jednak uważniej pojedyncze zapisy ustawy, stwierdzić należy, że podział zamówienia powinien być priorytetem dla Zamawiających. Dopiero zaś, gdy instytucja publiczna uzna, że rozbięcie zamówienia stwarza ryzyko spowodowania ograniczenia konkurencji, możliwość powstania nadmiernych trudności technicznych czy też nadmiernych kosztów, może z niego zrezygnować. Zatem to, że Beneficjent przedstawił powody niedokonania podziału zamówienia na części w wyjaśnieniach nie wnosi nic do sprawy, gdyż – jak zostało to wskazane w I informacji pokontrolnej – powinien tak przedstawione uzasadnienie zawrzeć w np. SWZ.

Zespół Kontrolny nie zgadza się z Beneficjentem,  *iż niezależnie od tego czy powody niepodzielenia zamówienia na części zostały przedstawione w dokumentach zamówienia, czy też nie zostały tam przedstawione to okoliczność ta jakkolwiek nie wpłynęła na sytuację prawną podmiotów zainteresowanych wzięciem udziału w postępowaniu.* Decyzja o podziale zamówienia na części lub braku podziału na części ma istotny wpływ na bieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności na umożliwienie udziału w postępowaniu szerszemu gronu podmiotów specjalizujących się w danym przedmiocie zamówienia. Należy pamiętać o art. 16 Ustawy Pzp, zgodnie z którym, *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty i proporcjonalny.* Swoboda Zamawiającego w decyzji o braku podziału zamówienia na części jest ograniczona zasadą uczciwej konkurencji. Decyzja w kwestii podziału zamówienia na części nie może pozostawać na tyle subiektywna, by Zamawiający bez głębszej refleksji nie uwzględnił faktycznych okoliczności uniemożliwiających mu podzielenie zamówienia na części.

**Reasumując, w odniesieniu do zastrzeżeń Beneficjenta wniesionych pismem z dnia 25.04.2022 r. Zespół Kontrolny podtrzymuje wszystkie swoje ustalenia wyrażone w I informacji pokontrolnej.**

Jednostka kontrolująca przekazuje dwa egzemplarze ~~Informacji pokontrolnej~~/ostatecznej Informacji pokontrolnej<sup>1</sup>. 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.

---

<sup>1</sup> niepotrzebne skreślić/usunąć

**Pouczenie:**

Do ostatecznej Informacji pokontrolnej nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń.

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

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

**Zespół kontrolny:**

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

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

**Podmiot kontrolowany:**

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