

RPOII.44.84.2022.AH

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

Informacja pokontrolna nr RPOII.44.84.2022

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 nr UDA-RPLD.03.01.01-10-0001/21-00 z dnia 29 lipca 2021 r. zmienionej aneksem nr UDA-RPLD.03.01.01-10-0001/21-01 z dnia 11 lutego 2022 r.
II.	Imiona i nazwiska osób przeprowadzających kontrolę	<i>(dane zanonimizowano)</i> <i>(dane zanonimizowano)</i>
III.	Termin kontroli	6-7 grudnia 2021 r.
IV.	Rodzaj kontroli	planowa
V.	Nazwa Podmiotu kontrolowanego	Gmina Miasto Zgierz
VI.	Adres Podmiotu kontrolowanego i miejsca, w którym przeprowadzono czynności kontrolne	- Plac Jana Pawła II 16, 95-100 Zgierz - kontrola w siedzibie IZ RPO WŁ
VII.	NIP Podmiotu kontrolowanego	7322037248
VIII.	Imię i nazwisko kierownika Podmiotu kontrolowanego	<i>(dane zanonimizowano)</i> - Prezydent Miasta Zgierza
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) - Prezydent Miasta Zgierza (pismo znak PŚ.042.45.2021 dnia 10.01.2022 r.)
XII.	Nr umowy o dofinansowanie	UDA-RPLD.03.01.01-10-0001/21-00 z dnia 29 lipca 2021 r. zmieniona aneksem nr UDA-RPLD.03.01.01-10-0001/21-01 z dnia 11 lutego 2022 r.
XIII.	Tytuł kontrolowanego projektu	„Modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej na odcinku Pl. Kilińskiego - Kurak (wraz ze zjazdem w drodze 91) w Zgierzu”
XIV.	Wartość projektu (wg umowy/aneksu)	14 639 397,59 PLN
XV.	Zakres kontroli	Poprawność przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn: <i>Modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej na odcinku pl. Kilińskiego - Kurak (wraz ze zjazdem w drodze 91) w Zgierzu – zamówienie powtórzeniowe do zamówienia znak sprawy: PŚ.271.28.2019, znak sprawy: PŚ.271.12.2020</i>
XVI.	Data sporządzenia informacji pokontrolnej	3 listopada 2022 r.

XVII. Opis kontrolowanych obszarów i ustalenia kontroli

Zgodnie z oświadczeniem Beneficjenta z dnia 03.12.2021 r. postępowanie objęte niniejszą kontrolą nie było przedmiotem kontroli ani audytu innych uprawnionych instytucji.

Postępowanie pn. Modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej na odcinku pl. Kilińskiego - Kurak (wraz ze zjazdem w drodze 91) w Zgierzu – zamówienie powtórzeniowe do zamówienia znak sprawy: PŚ.271.28.2019, znak sprawy: PŚ.271.12.2020 przeprowadzono w trybie zamówienia z wolnej ręki o wartości nieprzekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zgodnie z art. 66 ust. 1, w związku z wystąpieniem przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Zamówienie polegające na powtórzeniu podobnych robót budowlanych zostało przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego, zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych (dalej: BZP) w dniu 21.08.2019 r. pod numerem 587979-N-2019 oraz jego wartość (do 12 500 000,00 zł netto) została uwzględniona przy obliczaniu wartości zamówienia podstawowego (postępowanie znak: PŚ.271.28.2019).

Umowa podstawowa nr PŚ.7011.1.155.2020 z Wykonawcą robót - Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Drogowo – Budowlane KEMY Sp. z o.o. oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne - Łódź Sp. z o.o., została zawarta w dniu 17.02.2020 r.

Przedmiotem zamówienia była kompleksowa realizacja inwestycji, polegająca na modernizacji infrastruktury torowo-sieciowej na odcinku pl. Kilińskiego - Kurak (wraz ze zjazdem w drodze 91) w Zgierzu w trybie zaprojektuj i wybuduj, obejmująca opracowanie dokumentacji projektowej oraz wykonanie robót budowlano – montażowych, zgodnie z Programem funkcjonalno – użytkowym, stanowiącym załącznik nr 1 do OPZ.

Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została ustalona w dniu 02.07.2020 r. na podstawie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych na kwotę 11 317 090,00 zł netto, co według kursu euro 4,2693 zł, stanowi równowartość 2 650 806,92 euro.

Postępowanie przeprowadziła **komisja przetargowa** powołana na podstawie Decyzji w sprawie udziału oraz składu Komisji Przetargowej z dnia 03.07.2020 r. oraz Zarządzenia Nr 166/VI/2014 Prezydenta Miasta Zgierza z dnia 30.06.2014 r.

Zaproszenie do negocjacji wraz z informacjami niezbędnymi do przeprowadzenia postępowania zostało przekazane w dniu 07.07.2020 r. do Wykonawcy, któremu udzielono zamówienia podstawowego (postępowanie znak *PŚ.271.28.2019*), tj. do Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Drogowo – Budowlane KEMY Sp. z o.o., ul. Konstancyńska 24/26, 94-303 Łódź – Lider oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne - Łódź Sp. z o.o., ul. Tramwajowa 6, 90-132 Łódź – Partner.

Zawiadomienie o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki zostało przekazane Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 08.07.2020 r.

Negocjacje z Wykonawcą przeprowadzono w dniu 08.07.2020 r. (etap I) oraz w dniu 04.08.2020 r. (etap II). Dotyczyły one m. in. ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz terminu realizacji zamówienia. W wyniku negocjacji ustalono cenę wykonania zamówienia na kwotę 12 439 000,00 zł netto (15 299 970,00 zł brutto), termin wykonania zamówienia - na 15.12.2021 r., termin gwarancji – na 10 lat.

Zamawiający żądał wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5% ceny ofertowej brutto. Wykonawca wniósł zabezpieczenie w formie gwarancji ubezpieczeniowej (Lider) oraz gwarancji bankowej (Partner).

W dniu 28.08.2020 r. Zamawiający zawarł **umowę nr PŚ.7011.18.754.2020** z ww. Wykonawcą, za wynagrodzeniem 15 299 970,00 zł brutto.

Do przedmiotowej umowy Zamawiający zawarł następujące aneksy:

- **aneks nr 1** z dnia 29.10.2020 r., dotyczący zmiany w harmonogramie wypłaty wynagrodzenia pomiędzy poszczególnymi latami realizacji projektu;
- **aneks nr 2** z dnia 21.05.2021 r., dotyczący zmiany adresu Lidera konsorcjum.

Na moment przeprowadzenia kontroli (tj. 06-07.12.2021 r.) Beneficjent nie przedłożył innych aneksów do przedmiotowej umowy.

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało zamieszczone w BZP w dniu 01.09.2020 r. pod numerem 510164476-N-2020.

Kontrola wykazała:

Zamawiający naruszył art. 67 ust. 1 pkt 6 oraz art. 67 ust. 1a w związku z art. 10 ust. 2 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych robót budowlanych bez zachowania ustawowych przesłanek.

W pkt II.7 ogłoszenia o zamówieniu nr 587979-N-2019 oraz pkt 6.1 SIWZ dla zamówienia podstawowego (znak: PŚ.271.28.2019), Beneficjent zawarł następujący zapis: *Zamawiający przewiduje udzielanie zamówień polegających na powtórzeniu podobnych robót budowlanych, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 prawa zamówień publicznych w zakresie wartości do 12.500.000,00 zł, na warunkach – odpowiednio: - przez Wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu; - przez Wykonawcę spełniającego, odpowiednio i proporcjonalnie do charakteru i rozmiaru zamówienia, warunki udziału w postępowaniu; - z zachowaniem, odpowiednio i proporcjonalnie do charakteru i rozmiaru zamówienia, warunków umowy, jak w postępowaniu o udzielenie zamówienia podstawowego.*

Możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, oprócz kumulatywnego spełnienia wymienionych w nim przesłanek, uzależniona jest również od wypełnienia dodatkowego wymogu określonego w art. 67 ust. 1a ustawy Pzp, aby w opisie zamówienia podstawowego, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wskazany został ewentualny zakres podobnych usług lub robót budowlanych oraz warunki na jakich zostaną one udzielone.

Przytoczony wyżej zapis SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu nie wypełnia dyspozycji art. 67 ust. 1a ustawy Pzp, w szczególności nie można uznać, że Zamawiający wskazał **zakres** przyszłych zamówień powtórzeniowych. Zespół kontrolny nie może zgodzić się ze stanowiskiem Beneficjenta, wyrażonym w wyjaśnieniach z dnia 10.01.2022 r. (pismo znak PŚ.042.45.2021), że zakres robót powtórzeniowych został określony poprzez wskazanie kwoty 12 500 000,00 zł. Sam ustawodawca wyraźnie rozgranicza oba pojęcia, wpisując obowiązek określenia wartości przyszłego zamówienia powtórzeniowego w przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, natomiast zakres robót podobnych – w przesłankę z art. 67 ust. 1a ustawy Pzp. „Zakres” nie jest więc pojęciem tożsamym z „wartością”, która może być tylko jednym z jego wyznaczników. Ustawodawca używa obu tych pojęć i to nie jako pojęcia zamienne. Nie można zatem uznać, że wystarczające jest określenie wartości zamówień uzupełniających i spełnienie tego wymogu oznacza, że ziszcza się jedna z przesłanek do udzielenia zamówienia uzupełniającego – określenie jego zakresu.

Stanowisko Zespołu kontrolnego znajduje potwierdzenie w treści uchwały Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) z dnia 10.10.2017 r. (sygn. akt KIO/KD 58/17): *ogólna wzmianka w ogłoszeniu o zamówieniu co do projektowanej możliwości udzielenia zamówień uzupełniających w ciągu 3 lat od udzielenia zamówienia*

podstawowego nie daje podstaw do domniemywania zamiaru udzielenia takich zamówień uzupełniających (...). Należy natomiast zwrócić uwagę, że zgodnie z treścią ww. uchwały KIO zakres przedmiotu zamówienia obejmuje wskazanie np. ilości i rodzaju produktów, które mają być dostarczone (w przypadku dostaw), czas i rodzaj czynności, które mają być wykonywane w przypadku usług, czy rodzaj czynności, jakie muszą być wykonane i ilość lub rodzaj obiektów budowlanych, jakie mają powstać, być przebudowane, czy remontowane, w przypadku robót budowlanych.

Nie można przy tym zgodzić się ze stanowiskiem Beneficjenta, iż przytaczane przez kontrolujących orzecznictwo odnosi się do nieaktualnego stanu prawnego, w którym obowiązywało inne brzmienie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Pomimo, iż powyższa uchwała KIO dotyczy stanu prawnego sprzed nowelizacji, to jej przedmiotem jest analiza, czym jest zgodność zamówienia uzupełniającego z przedmiotem zamówienia podstawowego i w tym sensie pozostaje aktualna na gruncie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym na moment wszczęcia zamówienia podstawowego oraz powtórzeniowego.

Kwotowe określenie wielkości przewidywanych zamówień powtórzeniowych należy uznać za niewystarczające w nowym stanie prawnym. Taka metoda ich zdefiniowania w dokumentacji zamówienia podstawowego była dopuszczalna w stanie prawnym sprzed tzw. „dużej nowelizacji” z 2016 r., gdyż wyraźnie dopuszczał to ówczesny art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W art. 67 ust. 1a ustawy Pzp, który został dodany na mocy ww. nowelizacji ustawy, wyraźnie jest jednak mowa o opisanu zakresu takiego zamówienia, a nie jego wartości, jak miało to miejsce w poprzednim stanie prawnym. Z tego też względu Zespół kontrolny nie może zgodzić się ze stanowiskiem Beneficjenta, iż „w międzyczasie Ustawodawca dokonał zmian i w pewnym stopniu poluzowania przepisów wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp”. Porównanie dotychczasowego i obecnego brzmienia ww. przepisu prowadzi do konstatacji, iż co prawda ustawodawca zlikwidował górny próg kwotowy ewentualnych zamówień powtórzeniowych, jak również rozszerzył możliwość udzielenia ww. zamówień na roboty budowlane podobne do występujących w zamówieniu podstawowym, ale w związku z tym w art. 67 ust. 1a ustawy Pzp doprecyzowaniu uległy obowiązki informacyjne ciążące na Zamawiającym, tj. obowiązek wskazania w dokumentach zamówienia podstawowego zakresu robót powtórzeniowych oraz warunków na jakich zostaną one udzielone. Nie jest również zasadne powoływanie się przez Beneficjenta na orzecznictwo KIO wydane przed dniem 28 lipca 2016 roku (data wejścia w życie art. 67 ust. 1a ustawy Pzp) - przed tą datą zasady udzielania zamówień uzupełniających były odmienne. Z tego powodu przywołane przez Beneficjenta w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień orzeczenie KIO z dnia 17 lutego 2011 roku (sygn. akt KIO/226/11) nie może odnosić się do przedmiotowej sprawy - dotyczy ono bowiem odmiennego stanu prawnego.

Nie sposób zgodzić się również z opinią Beneficjenta, który wskazuje na „błąd interpretacyjny popełniony przez Kontrolującego” i twierdzi, że „warunki określone w art. 67 ust. 1a to warunki proceduralne, których spełnienie przez zamawiającego pozostaje bez związku z możliwością udzielenia zamówienia z wolnej ręki”. Taka interpretacja Zespołu kontrolnego zgodna jest bowiem z dyspozycją wyrażoną w pozycji 9 Taryfikatora korekt finansowych, zgodnie z którą naruszenie art. 67 ust. 1a ustawy Pzp jest traktowane równorzędnie z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp - za „naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 6-7 lub ust. 1a – 1b”

Taryfikator przewiduje tę samą korektę w wysokości 100% wydatków kwalifikowalnych za „udzielenie zamówienia, polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych (...) bez zachowania ustawowych przesłanek”.

Kolejna kwestia, którą należy podnieść to fakt, iż przedmiotem zamówienia powtórzeniowego (znak: PŚ.271.12.2020) była modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej na odcinku PI. Kilińskiego - Kurak (wraz ze zjazdem w drodze 91) w Zgierzu, natomiast zakres rzeczowy zamówienia podstawowego (znak: PŚ.271.28.2019) obejmował przebudowę trasy tramwajowej na zupełnie innym odcinku, tj. od granicy administracyjnej miasta Łodzi (rejon pętli tramwajowej „Helenówek”) do węzła rozjazdowego Kurak (skrzyżowanie ulicy Łódzkiej i 1-go Maja). Zespół kontrolny ma świadomość tego, że zgodnie z orzecznictwem wykonanie zamówienia powtórzeniowego nie musi się odbywać w tym samym miejscu, w którym realizowane jest zamówienie podstawowe, konieczne jest jednak powiązanie prac realizowanych w ramach takiego zamówienia z pracami realizowanymi w ramach zamówienia podstawowego.

Powyższe potwierdza wyrok z dnia 03.11.2016 r. (sygn. akt: VI Ca 213/16), w którym Sąd Okręgowy w Rzeszowie stwierdził, iż *przepis art. 67 ust.1 pkt 6 Pzp wymaga wykazania przez zamawiającego, że przedmiot zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki był częścią szerszego projektu, którego zakres obejmuje lub w którego zakres wchodzi zamówienie podstawowe. Ponadto, w świetle uchwały KIO z dn. 04.02.2015 r. (sygn. akt KIO/KD 3/15)(...) wykonanie zamówienia uzupełniającego nie musi się odbywać w tym samym miejscu, w którym realizowane jest zamówienie podstawowe. Konieczne jest jednak powiązanie prac realizowanych w ramach zamówienia uzupełniającego z określonymi zamierzeniami, planami inwestycyjnymi, realizowanymi w ramach zadania podstawowego. Zamawiający może bowiem udzielić zamówień uzupełniających na roboty budowlane tylko i wyłącznie w zakresie zamówienia podstawowego.*

Tymczasem kontrolujący nie znaleźli w dokumentacji zamówienia podstawowego fragmentu, w którym Zamawiający poinformował Wykonawców w dostatecznie precyzyjny sposób o przedmiocie ewentualnych zamówień powtórzeniowych, tj. przewidział udzielenie robót budowlanych powtórzeniowych w zupełnie innej lokalizacji, niż w zamówieniu podstawowym (zakres robót obejmujący odcinek od PI. Kilińskiego do skrzyżowania ul. Łódzkiej i ul. 1-Maja w Zgierzu), jak również powołania się przez Zamawiającego na istnienie szerszego projektu, który miał następnie zostać zrealizowany z zastosowaniem zamówień powtórzeniowych.

Wątpliwości Instytucji Zarządzającej (dalej: IZ) wzbudziła ponadto okoliczność, iż w Opisie przedmiotu zamówienia dla zamówienia powtórzeniowego (znak: PŚ.271.12.2020) wskazano, iż jego zakres rzeczowy obejmuje m.in.: przebudowę mostu na rzece Wrząca w Lesie Chełmy, jak również wykonanie zasilania dla całej linii, w tym podstacji trakcyjnej oraz kabli trakcyjnych i sterowniczych. Natomiast w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt. II.4) oraz w Opisie przedmiotu zamówienia dla zamówienia podstawowego (znak: PŚ.271.28.2019), stanowiącego załącznik do SIWZ, Zamawiający wskazał, iż „inwestycja nie obejmuje swoim zakresem: robót ingerujących w most na rzece Wrząca, realizacji zasilania”, czyli wyraźnie wyłączył ww. roboty budowlane z zakresu zamówienia podstawowego. Jedną z obligatoryjnych przesłanek udzielenia

zamówienia w trybie z wolnej ręki z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jest fakt, iż udzielenie zamówienia ma polegać na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych. Zamówienia polegające na powtórzeniu „podobnych robót budowlanych” należy rozumieć jako świadczenia powtarzalne (roboty, które rodzajowo można powtórzyć), o takim samym lub podobnym przeznaczeniu, które powinny być zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego. A zatem - „przedmiotem zamówienia, o którym mowa w tym przepisie nie może być usługa lub robota budowlana nieuwjęta w opisie przedmiotu zamówienia podstawowego” (za: J.E. Nowicki, M. KołECKI „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”).

W swoich wyjaśnieniach Beneficjent wskazał, iż istnienie szerszego projektu, na który składa się zamówienie podstawowe oraz zamówienie powtórzeniowe wynika z opracowanych planów modernizacji infrastruktury torowo-sieciowej na terenie Gminy Miasto Zgierz, tj. „Planu gospodarki niskoemisyjnej dla Gminy Miasto Zgierz”, przyjętego Uchwałą Nr XIII/157/15 Rady Miasta Zgierza z dnia 29.10.2015 r. oraz „Planu zrównoważonego rozwoju publicznego transportu zbiorowego w Zgierzu”, przyjętego Uchwałą nr XLVIII/579/14 Rady Miasta Zgierz z dnia 24.04 2014 r., jak również ze „Studium wykonalności dla projektu Łódzki Tramwaj Metropolitalny”, które było bazą dla dokumentacji przygotowanej dla realizacji obu zamówień. IZ pragnie jednak zwrócić uwagę, iż treść ww. dokumentów nie została w ogóle ujawniona w dokumentacji zamówienia podstawowego, jak również nie został w żaden sposób wskazany ich związek z przedmiotem zamówienia podstawowego i powtórzeniowego. W ocenie Zespołu kontrolnego niewystarczającym jest również fakt przywołania w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, stanowiącym załącznik do SIWZ zamówienia podstawowego tytułu jednego z ww. dokumentów, jak również zamieszczenie w dokumentacji zamówienia podstawowego i powtórzeniowego załącznika pn. „Analiza obszaru zasilania wraz z koncepcją budowy podstacji trakcyjnej dla potrzeb obecnej i przyszłej przebudowy linii tramwajowych w Zgierzu (...)” - bez wskazania celu dodania tego załącznika. Kontrolujący nie kwestionują związku funkcjonalno-użytkowego między przedmiotem zamówienia podstawowego i powtórzeniowego, który w obu przypadkach dotyczył infrastruktury torowo - sieciowej na terenie Gminy Miasta Zgierz. Istotnym jest jednak, czy Wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia podstawowego zostali w dostatecznie precyzyjny sposób poinformowani zarówno o istnieniu szerszego projektu, w którego zakres wchodzi zamówienie podstawowe, jak i o przedmiocie zamówień powtórzeniowych. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem KIO wyrażonym w uchwale z dn. 10.10.2017 r. - sygn. akt KIO/KD 58/17), *dołączenie dokumentacji do SIWZ, bez wskazania w specyfikacji celu tego załącznika i jego znaczenia dla przyszłych robót uzupełniających, nie może zostać uznane za wystarczające. (...) Sam fakt zamieszczenia jakiegokolwiek dokumentacji technicznej na stronie internetowej nie może przesądzać automatycznie o możliwości zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.*

W związku z dokonanymi wyżej ustaleniami IZ pismem znak RPOII.44.84.2022.AH z dnia 23.05.2022 r. wystąpiła do Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej, jako organu koordynującego realizację programów operacyjnych, którego rolą jest m.in. konieczność zapewnienia przez państwo członkowskie spójności działań między wszystkimi EFSI oraz między EFSI a innymi politykami, strategiami i unijnymi

instrumentami finansowymi, z prośbą o zajęcie stanowiska w sprawie. Przedmiotem zapytania był fakt naruszenia przez Beneficjenta art. 67 ust. 1 pkt 6 oraz art. 67 ust. 1a w związku z art. 10 ust. 2 ustawy Pzp oraz kwestia zasadności nałożenia na Beneficjenta korekty finansowej w wysokości 100% wydatków kwalifikowalnych. **Ministerstwo w piśmie znak DKF-IV.6518.6.2022.MS z dnia 29.06.2022 r. podzieliło opinię IZ w zakresie naruszenia przez Beneficjenta ww. przepisów ustawy Pzp, jak również potwierdziło, że istnieje podstawa do nałożenia korekty finansowej w wysokości 100% wydatków kwalifikowalnych, wynikającej z pozycji 9 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).**

Reasumując, zgodnie z treścią art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Pzp podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony, a udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki jest dopuszczalne wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. Zamówienie z wolnej ręki jest zatem trybem szczególnym i wyjątkowym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe, a przepisy zezwalające na odstąpienie od stosowania trybów podstawowych muszą być zawsze interpretowane ściśle.

W ocenie IZ, Zamawiający nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (tj. nie zostały spełnione następujące przesłanki: udzielenie zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych robót budowlanych oraz zgodność zamówienia powtórzeniowego z przedmiotem zamówienia podstawowego), jak również Zamawiający nie wskazał w opisie zamówienia podstawowego ewentualnego zakresu podobnych robót budowlanych, zgodnie z art. 67 ust. 1a ustawy Pzp. Tym samym Zamawiający naruszył art. 67 ust. 1 pkt 6 oraz art. 67 ust. 1a w związku z art. 10 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez nieuprawnione odstąpienie od stosowania trybów podstawowych i udzielenie zamówienia w niekonkurencyjnym trybie z wolnej ręki, bez zachowania ustawowych przesłanek zastosowania ww. trybu.

Opisane powyżej naruszenie wpisuje się wprost w kategorię nieprawidłowości indywidualnej, wskazaną w pozycji nr 9 (*Bezprawne udzielenie zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych albo bezprawne udzielenie zamówienia na dodatkowe dostawy*) załącznika do Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 971), zwanego dalej *Taryfikatorem korekt finansowych* - opis nieprawidłowości indywidualnej: *Naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 6-7 lub ust. 1a-1b (...) Pzp polegające na udzieleniu zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych albo udzieleniu zamówienia na dodatkowe dostawy bez zachowania ustawowych przesłanek.*

XVIII. Stwierdzone nieprawidłowości/uchybenia, 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. 67 ust. 1 pkt 6 oraz art. 67 ust. 1a w związku z art. 10 ust. 2 ustawy Pzp, polegające na udzieleniu zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych robót budowlanych bez zachowania ustawowych przesłanek.

Wysokość stawki procentowej została ustalona na podstawie *Taryfikatora korekt finansowych*, który w związku z przedmiotowym naruszeniem przewiduje w **pozycji nr 9 (Bezprawne udzielenie zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych...)** stawkę procentową stosowaną przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszych **w wysokości 100% wydatków kwalifikowalnych**. Jednocześnie brak jest możliwości obniżenia stawki korekty, gdyż ww. pozycja Taryfikatora przewiduje **stawkę korekty wyłącznie w wysokości 100% wydatków kwalifikowalnych, bez możliwości jej miarkowania**.

XIX. Zalecenia pokontrolne/rekomendacje:

W związku z ustaleniami niniejszej informacji pokontrolnej wszystkie wydatki kwalifikowalne z faktur wystawionych w ramach umowy nr PŚ.7011.18.754.2020 z Wykonawcą - Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Drogowo – Budowlane KEMY Sp. z o.o. oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne- Łódź Sp. z o.o. zostają uznane w całości za wydatki niekwalifikowalne w ramach projektu.

Rekomenduje się, aby Beneficjent w trakcie dalszej realizacji projektów współfinansowanych z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Łódzkiego na lata 2014 – 2020 udzielał zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych robót budowlanych z zachowaniem ustawowych przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki.

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 PŚ.042.45.2021 z dnia 03.08.2022 r.

W ww. zastrzeżeniach Beneficjent nie przedstawił żadnych nowych okoliczności w sprawie. Stanowią one w zdecydowanej mierze powielenie argumentacji przedstawionej w wyjaśnieniach z dnia 10.01.2022 r. (pismo znak PŚ.042.45.2021), do których Zespół kontrolny odniósł się już w pierwszej informacji pokontrolnej.

Beneficjent nie ustosunkował się w nich również do stanowiska Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej (pismo znak DKF-IV.6518.6.2022.MS z dnia 29.06.2022 r.), które podzieliło opinię IZ w zakresie naruszenia przez Beneficjenta art. 67 ust. 1 pkt 6 oraz art. 67 ust. 1a w związku z art. 10 ust. 2 ustawy Pzp, pomimo, iż treść ww. pisma była znana Beneficjentowi przed złożeniem zastrzeżeń.

Celem uzupełnienia argumentacji Zespołu kontrolnego z pierwszej informacji pokontrolnej, warto przywołać w tym miejscu jeszcze jeden fragment uchwały KIO z dnia 10.10.2017 r. (sygn. KIO/KD 58/17): *Jedynie przywołanie w ogłoszeniu o zamówieniu procentowej wartości przyszłego, udzielonego zamówienia uzupełniającego, bez jednoczesnego odwołania w dokumentacji dotyczącej zamówienia podstawowego jakiegokolwiek przedmiotowego odniesienia do zakresu przyszłych robót uzupełniających, które nie były bezpośrednio związane z realizacją inwestycji zamówienia podstawowego, nie stanowi o wypełnieniu dyspozycji przywołanych wyżej przepisów ustaw.* Wyrok ten można odnieść do przedmiotowego stanu faktycznego, gdyż w istocie określenie udziału procentowego zamówienia uzupełniającego nie różni się od określenia maksymalnej kwoty tego zamówienia. KIO uznała, że tak wskazany limit zamówień powtórzonych nie wypełnia wymogów określonych w ustawie Pzp, gdyż brakuje wskazania zakresu przedmiotowego zamówień powtarzających się.

W kontrolowanym postępowaniu zakresy obu zamówień (podstawowego i powtórzeniowego) nie były tożsame, co więcej zakres postępowania powtórzeniowego obejmował inwestycje uprzednio wyraźnie wyłączone z zakresu zamówienia podstawowego. W opisie przedmiotu zamówienia podstawowego nie wskazano wprost, że w ramach zamówienia powtórzeniowego, w innej lokalizacji, realizowana będzie kontynuacja inwestycji, obejmująca dalszy odcinek infrastruktury tramwajowej wraz z przebudową mostu i wykonaniem zasilania dla całej linii (podstacja trakcyjna, kable trakcyjne i sterownicze).

Z uwagi na powyższe tym bardziej nie sposób uznać, iż sformułowany przez Beneficjenta lakoniczny zapis, dotyczący możliwości udzielenia zamówień powtórzonych (tj. bez wskazania ich zakresu) wypełnia dyspozycję art. 67 ust. 1a ustawy Pzp, nawet przy przyjęciu wykładni celowościowej.

Przed wydaniem ostatecznej informacji pokontrolnej IZ zwróciła się (pismo znak RPOII.44.84.2022.AH z dnia 12.08.2022 r.) o wydanie opinii prawnej w trybie art. 471 ust. 1 ustawy Pzp w przedmiocie ewentualnego naruszenia przez Beneficjenta ww. przepisów ustawy Pzp do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: UZP), który podejmuje rozstrzygnięcia w indywidualnych sprawach przewidzianych ustawą Pzp.

Prezes UZP dokonał interpretacji prawnej spornych przepisów, jednocześnie podkreślając, iż „dokonanie oceny, czy zamawiający w danym, konkretnym stanie faktycznym spełnił warunki wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wykracza poza zakres opinii Prezesa Urzędu, o której mowa w art. 471 ustawy Pzp”. Przedmiotowa opinia nie daje zatem podstaw do odstąpienia od nałożonej korekty finansowej, ponieważ dokonuje jedynie wykładni ww. przepisów, nie zawiera natomiast analizy i oceny konkretnego stanu faktycznego, będącego przedmiotem niniejszej kontroli. Zostało w niej co prawda wskazane, iż „zakres kolejnego zamówienia nie musiał być ustalony w sposób sztywny na etapie postępowania pierwotnego”, niemniej jednak w przypadku Beneficjenta zakres zamówienia powtórzeniowego w zamówieniu podstawowym nie został w ogóle określony.

Należy podkreślić, iż stwierdzając, że Beneficjent naruszył art. 67 ust. 1 pkt 6 oraz art. 67 ust. 1a w związku z art. 10 ust. 2 ustawy Pzp, przed podjęciem decyzji o zastosowaniu Taryfikatora IZ dokonała również stosownej oceny, czy naruszenie to stanowiło nieprawidłowość, o której mowa w art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 (tzw. rozporządzenia ogólnego). Zgodnie z ww. przepisem „nieprawidłowość” oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem. Z powyższego zapisu wynika, że do nieprawidłowości dochodzi, gdy zostaną spełnione łącznie trzy przesłanki:

- doszło do naruszenia prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania środków;
- stwierdzone naruszenie wynika z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie funduszy europejskich;
- nieprawidłowość ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem.

Tak więc samo naruszenie procedur obowiązujących przy wykorzystaniu środków pochodzących z budżetu UE nie oznacza automatycznie obowiązku stosowania korekt finansowych i zwrotu środków unijnych, konieczna jest bowiem ocena skutków tego naruszenia w kontekście możliwości powstania szkody w budżecie UE, którą należy rozumieć jako możliwość uszczuplenia środków unijnych. Przy czym dla uznania, 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 (patrz: wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z dnia 27.01.2017 r., sygn. akt I SA/Bk 899/16).

Biorąc powyższe pod uwagę, Zespół kontrolny uznał, że przedmiotowe naruszenie stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013. Kontrolujący dokonali analizy przedmiotowej sprawy przez pryzmat podobieństwa, czy gdyby prawidłowa nieprawidłowość nie wystąpiła, to istniałaby realna lub potencjalna możliwość wzięcia udziału w postępowaniu przez innych wykonawców, zarówno krajowych, jak i zagranicznych. W ocenie Zespołu

kontrolnego nie można wykluczyć, że gdyby co do tego zamówienia powtórzeniowego Zamawiający zastosował tryb konkurencyjny, to przystąpiłoby do niego większa liczba wykonawców i być może złożyliby oni korzystniejsze oferty. Przedmiotowe naruszenie mogło zatem ograniczyć konkurencję i spowodować szkodę w budżecie Unii. Ww. stanowisko potwierdza również fakt, iż w ramach zamówienia podstawowego, obejmującego pierwszy odcinek realizacji inwestycji (tj. przebudowę trasy tramwajowej na odcinku od pętli tramwajowej "Helenówek" do węzła rozjazdowego Kurak), w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o przetargu nieograniczonym wpłynęły dwie oferty spełniające kryteria kwalifikacji. Fakt ten również dowodzi, że gdyby w ramach tego zamówienia powtórzeniowego Zamawiający przeprowadził przetarg nieograniczony, to z uwagi na zapewnienie minimalnego poziomu konkurencji istniało prawdopodobieństwo zgłoszenia się większej liczby wykonawców, a nie sposób wykluczyć, że mogliby oni złożyć korzystniejsze oferty. Ponadto z dotychczasowej praktyki kontrolujących wynika, iż tego typu inwestycje w zakresie infrastruktury torowo - sieciowej Zamawiający realizują zwykle etapami, w ramach odrębnych przetargów, a więc w trybach konkurencyjnych.

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. Powyższe potwierdza liczne orzecznictwo sądowe. I tak, Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 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. Wskazał również, że wystarczy stwierdzenie możliwości wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie. Analogicznie Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach w wyroku z dnia 15.02.2019 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. Podobnie Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 14.10.2020 r. (sygn. akt I GSK 220/18) wskazał, iż pod pojęciem uprawdopodobnienia należy rozumieć wskazanie przez Instytucję Zarządzającą, że gdyby nie naruszenie przepisów ustawy Pzp przez Beneficjenta, to do konkursu mogłoby się zgłosić więcej podmiotów, a przez to mogłaby zostać złożona oferta tańsza, a w konsekwencji ilość środków wydatkowanych w postępowaniu mogłaby być niższa.

Reasumując, wobec tego, iż IZ uznała, że opisane w pkt XVII informacji pokontrolnej naruszenie mogło ograniczać konkurencję i spowodować szkodę w budżecie Unii, przedmiotowego naruszenia nie można uznać za uchylenie formalne i należy zastosować do niego odpowiednią pozycję Taryfikatora, wskazaną w pkt XVIII informacji pokontrolnej.

Mając powyższe na uwadze Zespół kontrolny podtrzymuje w całości ustalenia pokontrolne, zawarte w pierwszej informacji pokontrolnej.

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

Pouczenie:

Do ostatecznej informacji pokontrolnej nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń.

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

W przypadku odmowy podpisania ostatecznej informacji pokontrolnej Podmiot kontrolowany odsyła Jednostce kontrolującej jeden egzemplarz w terminie 14 dni od daty jej doręczenia. Odmowa podpisania ostatecznej 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)