

RPOII.44.103.2022.EW

Urząd Marszałkowski Województwa Łódzkiego
Departament ds. EFRR w Perspektywie 2014-2020
Wydział Kontroli Projektów

Informacja pokontrolna nr 2 - wyciąg

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 (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 818 ze zm.) oraz na podstawie postanowień umowy o dofinansowanie nr UDA.RPLD.06.03.01-10-0001/18-00 z dnia 16.11.2018 r., zmienionej aneksami nr UDA-RPLD.06.03.01-10-0001/18-01 z dnia 30.08.2019 r., UDA-RPLD.06.03.01-10-0001/18-02 z dnia 11.10.2019 r., UDA-RPLD.06.03.01-10-0001/18-03 z dnia 16.08.2021 r. ¹ , UDA-RPLD.06.03.01-10-0001/18-04 z dnia 04.04.2022 r., UDA-RPLD.06.03.01-10-0001/18-05 z dnia 09.08.2022 r.
II.	Imiona i nazwiska osób przeprowadzających kontrolę	Ewa Wielemborek, Marcin Gałkowski, Emilia Urbańczak ² Magdalena Szczepaniak, Patrycja Gołembiewska
III.	Termin kontroli	27.06 - 01.07.2022 r. 05 - 11.10.2022 r. (dodatkowe czynności kontrolne)
IV.	Rodzaj kontroli	Planowa w trakcie realizacji projektu
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 - siedziba Beneficjenta, miejsca realizacji projektu:

¹ Zmiana dofinansowania projektu: było 80,41% jest 85%

² Kontrola prawidłowości przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych

		- MOSiR Malinka, ul. Przygraniczna 1 w Zgierzu, - ul. Narutowicza w Zgierzu (w tym Domy Tkaczy)
VII.	NIP Podmiotu kontrolowanego	732-20-37-248
VIII.	Imię i nazwisko kierownika Podmiotu kontrolowanego	Pan Przemysław Staniszewski - 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	<i>[dane zanonimizowano]</i>
XII.	Nr umowy o dofinansowanie	UDA-RPLD.06.03.01-10-0001/18-00 z dnia 16 listopada 2018 r.
XIII.	Tytuł kontrolowanego projektu	„Szlakiem architektury włókienniczej – rewitalizacja Miasta Zgierza w celu rozwoju produktu turystycznego oraz rewitalizacji zdegradowanych terenów na obszarze ŁOM" Okres realizacji projektu: 18.06.2018 r. – 30.06.2023 r. ³
XIV.	Wartość projektu (wg umowy/aneksu)	48 618 939,71 zł
XV.	Zakres kontroli	<ul style="list-style-type: none"> - sprawdzenie prawidłowości przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego związanych z realizacją ww. projektu, - sprawdzenie sposobu przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych nieobjętych ustawą Prawo zamówień publicznych, związanych z realizacją projektu w zakresie zgodności z zasadą uczciwej konkurencji, - potwierdzenie zgodności realizowanego projektu z zawartą umową o jego dofinansowanie oraz z wnioskiem aplikacyjnym, - sprawdzenie faktycznego zakresu rzeczowego realizacji projektu i weryfikacji dokumentów dotyczących projektu w miejscu jego realizacji, - potwierdzenie dostarczenia współfinansowanych robót, dostaw i usług,

³ Zgoda na wydłużenie realizacji projektu do 30.06.2023 r. – pismo IZ RPO WŁ z dnia 24.11.2022 r. (SL2014)

		<ul style="list-style-type: none"> - sprawdzenie prawidłowości przekazanych przez Beneficjenta, za pośrednictwem SL2014, dokumentów będących podstawą do sporządzenia wniosków o płatność, w zakresie zgodności wersji elektronicznej z oryginałami, - sprawdzenie ujęcia poniesionych wydatków w systemie finansowo-księgowym i prawidłowości oznaczenia środków otrzymanych w ramach RPO WŁ, - potwierdzenie kwalifikowalności wydatków ujętych we wnioskach o płatność oraz faktu ich poniesienia, - sprawdzenie wypełnienia przez Beneficjenta obowiązków w zakresie promocji i informacji dotyczących projektu, - sprawdzenie wypełnienia przez Beneficjenta obowiązków w zakresie zabezpieczania i archiwizacji dokumentacji związanej z realizowanym projektem.
XVI.	Data sporządzenia Informacji pokontrolnej	02 lutego 2023 r.

XVII. Opis kontrolowanych obszarów i ustalenia kontroli.

Przedmiotowy projekt podlegał kontroli w trakcie realizacji projektu przeprowadzonej przez Instytucję Zarządzającą Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Łódzkiego na lata 2014 – 2020 (dalej: IZ RPO WŁ) w dniach 27-30.04.2020 r.

A. Sprawdzenie prawidłowości przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych związanych z realizacją projektu:

19. Przebudowa ścieżek pieszych i rowerowych wraz z rekultywacją i zagospodarowaniem zieleni oraz małą architekturą na terenie Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji „Malinka” w Zgierzu (zamówienie powtórzone do zamówienia znak sprawy: PŚ.271.49.2019).

Zgodnie z oświadczeniem Beneficjenta (pismo z dnia 08.06.2022 r.) postępowanie nie było kontrolowane przez inne uprawnione instytucje.

Postępowanie przeprowadzono **w trybie zamówienia z wolnej ręki** o wartości nieprzekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, 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.).

Zamawiający **przed wszczęciem postępowania z wolnej ręki**, w celu realizacji przedmiotowego zadania inwestycyjnego **przeprowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego** (ogłoszenie w BZP nr 636558-N-2019 z dnia 17.12.2019 r.). Postępowanie zakończone zawarciem umowy nr IR.7011.3.169.2020 z dnia 17.02.2020 r. z wybranym wykonawcą tj. **[dane zanonimizowano]**

Przedmiotem zamówienia były roboty budowlane w formule „zaprojektuj i wybuduj” polegające na:

- modernizacji istniejących ścieżek pieszych;

- wyznaczeniu i budowie nowych ciągów komunikacyjnych wokół zbiornika rybnego;
- wykonaniu drogi dojazdowej do hangaru przeznaczanego do przechowywania sprzętu;
- wykonaniu utwardzenia terenu umożliwiającego dojście do istniejącej toalety publicznej z kostki brukowej;
- rekultywacji istniejącej zieleni oraz wprowadzeniu nowych nasadzeń drzew i krzewów w Miejskim Ośrodku Sportu i Rekreacji „Malinka” w Zgierzu z uwzględnieniem tzw. małej architektury towarzyszącej tj. koszy na śmieci, ławek oraz tablic informacyjnych.

Szczegółowy zakres robót określony został w załączniku nr 26.1.a. do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia tj. Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej: OPZ) wraz z załącznikami w postaci Programu funkcjonalno-użytkowego dla projektu pn.: „Szlakiem architektury włókienniczej – rewitalizacja Miasta Zgierza w celu rozwoju produktu turystycznego oraz rewitalizacji zdegradowanych terenów na obszarze ŁOM” oraz Koncepcji zagospodarowania.

Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została ustalona w dniu 08.06.2020 r. na podstawie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych na kwotę netto 1 294 786,56 zł. co według kursu euro 4,2693 zł, stanowi równowartość kwoty 303 278,42 euro.

Postępowanie przeprowadziła **Komisja Przetargowa** powołana na podstawie Decyzji z dnia 08.06.2020 r. w sprawie udziału oraz składu komisji przetargowej powołanej do przygotowania i przeprowadzania przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która działała zgodnie z Regulaminem pracy komisji przetargowej, stanowiącym załącznik do Zarządzenia Nr 322/VIII/2019 Prezydenta Miasta Zgierza z dnia 09.08.2019 r.

Zaproszenie do negocjacji zostało zatwierdzone przez Pierwszego Zastępcę Prezydenta Miasta Zgierza z up. Prezydenta Miasta Zgierza w dniu 17.06.2020 r. i **skierowane** drogą elektroniczną (mailem) do wykonawcy tj. **[dane zanonimizowano]**. Z przedmiotowym zaproszeniem Zamawiający przekazał m.in. OPZ oraz wzory wymaganych oświadczeń.

W dniu 19.06.2020 r. Zamawiający **zawiadomił Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych** o wszczęciu postępowania, jednocześnie podał uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu z wolnej ręki.

Negocjacje z zaproszonym wykonawcą odbyły się w wyznaczonym terminie tj. w dniu 22.06.2020 r. i dotyczyły m.in. ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, terminu realizacji zamówienia oraz realizacji zamówienia bez pomocy podwykonawcy. Wykonawca pierwotnie zaproponował wynagrodzenie w wysokości **1 360 000,00 zł brutto**. W wyniku negocjacji ustalono **cenę wykonania** zamówienia na kwotę **1 269 999,60 zł brutto** i termin wykonania do dnia **30.11.2020 r.**

Wykonawca **złożył** wszystkie **niezbędne dokumenty i oświadczenia** wymagane przez Zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia.

Upoważniony przez kierownika Zamawiającego pracownik w dniu 23.06.2020 r. **zatwierdził wniosek** Komisji Przetargowej o **udzielenie zamówienia publicznego** w trybie z wolnej ręki zaproszonemu wykonawcy.

Zamawiający **żądał** wniesienia **zabezpieczenia należytego wykonania umowy** w wysokości **7%** wartości umowy. Wykonawca wniósł zabezpieczenie w pieniądzu, przelewem na konto wskazane przez Zamawiającego, zgodnie z dyspozycją wynikającą z art. 148 ust. 3 Ustawy Pzp.

W dniu **02.07.2020** r. Zamawiający zawarł **umowę nr PŚ.7011.15.589.2020** z wykonawcą **[dane zanonimizowano]**, za wynagrodzeniem i na warunkach ustalonych w toku negocjacji.

Do ww. umowy zawarto:

- **Aneks nr 1** z dnia 26.11.2020 r. w zakresie zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy do dnia 30.04.2021 r. (z uwagi na niesprzyjające warunki atmosferyczne oraz zależność montażu elementów małej architektury od wykonania prac objętych umową podstawową PŚ.7011.3.169.2020),
- **Aneks nr 2** z dnia 30.04.2021 r. w zakresie zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy do dnia 30.06.2021 r. (z uwagi na niesprzyjające warunki atmosferyczne oraz sytuację epidemiologiczną, przez którą opóźnił się czas uzyskania decyzji administracyjnej),
- **Aneks nr 3** z dnia 30.06.2021 r. w zakresie zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy do dnia 15.11.2021 r. (z uwagi na rozpoczęcie sezonu kąpieliskowego oraz sytuację epidemiologiczną, przez którą opóźnił się czas uzyskania decyzji administracyjnej).

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało opublikowane w BZP w dniu 09.07.2020 r. pod numerem 510123386-N-2020.

Na potwierdzenie realizacji przedmiotu umowy Beneficjent przedłożył:

- Protokół odbioru częściowego z dnia 14.10.2020 r. za okres od dnia 02.07.2020 r. do dnia 14.10.2020 r. na kwotę 537 000,00 zł netto/ 660 510,00 zł brutto – bez uwag;
- Protokół odbioru częściowego/końcowego z dnia 23.06.2021 r. za okres od dnia 01.10.2020 r. do dnia 23.06.2021 r. na kwotę 485 520,00 zł netto/ 597 189,60 zł brutto – bez uwag;
- Protokół odbioru końcowego z dnia 29.11.2021 r. na kwotę 1 269 999,60 zł brutto, (zgłoszenie gotowości do odbioru z dnia 15.11.2021 r.).

Kontrola wykazała:

Zamawiający naruszył 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 636558-N-2019 z dnia 17.12.2019 r. oraz pkt 6.1 SIWZ dla zamówienia podstawowego (znak: PŚ.271.49.2019), 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 1 320 000,00 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 29.07.2022 r. (pismo znak PŚ.042.22.2022), że zakres robót powtórzeniowych został określony poprzez wskazanie kwoty 1 320 000,00 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*.

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. 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 17.02.2011 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”.

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 odstępianie od stosowania trybów podstawowych muszą być zawsze interpretowane ściśle.

W ocenie IŻ RPO WŁ, 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. 1a w związku z art. 10 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez nieuprawnione odstępianie 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 29.01.2016 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), 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*.

21.Rewitalizacja obiektów na terenie miasta tkaczy i w jego otoczeniu wraz z uzupełnieniem sieci powiązań zielonych w przestrzeni miejskiej – budynki: ul. Narutowicza 4, 5, 7, 9, 11, 13, 15, 20, 25, 27, 28, 35 (...) przeprowadzono w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie przepisu przejściowego art. 91 ust.4 pkt 4 ustawy Pzp (t.j. Dz.U. z 2020 r.).

Zgodnie z oświadczeniem Beneficjenta (pismo z dnia 08.06.2022 r.) postępowanie nie było kontrolowane przez inne uprawnione instytucje.

Przedmiotem zamówienia była rewitalizacja obiektów na terenie miasta tkaczy i w jego otoczeniu wraz z uzupełnieniem sieci powiązań zielonych w przestrzeni miejskiej - budynki: ul. Narutowicza 4, 5, 7, 9, 11, 13, 15, 20, 25, 27, 28, 35 w ramach projektu „Szlakiem architektury włókienniczej (...) w trybie zaprojektuj i wybuduj w Zgierzu z podziałem na części:

- część 1 – rewitalizacja budynków przy ul. Narutowicza 11 i 25,
- część 3 – rewitalizacja budynków przy ul. Narutowicza 9, 13, i 15.

Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została ustalona w dniu 05.07.2021 r. na podstawie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych na kwotę 10 775 388,40 zł netto, co według kursu euro 4,2693 zł, stanowi równowartość 2 523 923,92 euro. Wartość aktualnie udzielanej części zamówienia została ustalona na kwotę 3 344 237,49 zł netto, co według kursu euro 4,2693 zł, stanowi równowartość 783 322,21 euro.

Postępowanie przeprowadziła **komisja przetargowa** powołana na podstawie Decyzji w sprawie udziału oraz składu Komisji Przetargowej i Zarządzenia Nr 523/VIII/2020 Prezydenta Miasta Zgierza z dnia 09.12.2020 r.

Zaproszenie do negocjacji wraz z informacjami niezbędnymi do przeprowadzenia postępowania zostało przekazane w dniu 12.07.2021 r. do Wykonawcy [**dane zanonimizowano**].

Negocjacje z zaproszonym Wykonawcą przeprowadzono w dniu 14.07.2021 r. Dotyczyły one m. in. ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz terminu realizacji zamówienia i gwarancji. W wyniku negocjacji ustalono cenę wykonania zamówienia na kwotę 4 750 000,00 zł brutto, termin wykonania zamówienia – do dnia 15.12.2021 r., termin gwarancji –5 lat.

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

Prace Komisji Przetargowej zostały zakończone w dniu 27.07.2021 r.

W dniu **18.08.2021 r.** Zamawiający zawarł **umowę nr PŚ.7011.10.657.2021** z ww. Wykonawcą, za wynagrodzeniem **4 750 000,00 zł brutto**, z terminem wykonania do dnia **15.12.2021 r.**

Do ww. umowy zawarto:

- **Aneks nr 1** z dnia 15.12.2021 r. w zakresie zmiany terminu umowy do dnia 31.12.2021 r. (ze względu na COVID-19 i wprowadzone ograniczenia oraz zwiększoną absencją pracowników, wydłużone terminy dostaw o ponad 90 dni w stosunku do stanu sprzed pandemii),
- **Aneks nr 2** z dnia 30.12.2021 r. w zakresie zmiany terminu umowy do dnia 30.09.2022 r. (ze względu na COVID-19 i wprowadzone ograniczenia oraz zwiększoną absencją pracowników, wydłużone terminy dostaw o ponad 90 dni w stosunku do stanu sprzed pandemii),
- **Aneks nr 3** z dnia 29.09.2022 r. w zakresie zmiany terminu umowy do dnia 30.12.2022 r. (ze względu na uzgodnienia z ŁWKZ oraz brak dostępności materiałów budowlanych w terminie krótszym niż 90 dni w związku z wojną na Ukrainie).

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało zamieszczone w BZP w dniu 24.08.2021 r. pod numerem 2021/BZP 00158192/01.

Na potwierdzenie realizacji przedmiotu umowy Beneficjent przedłożył:

- Protokół odbioru częściowego nr 1 z dnia 01.12.2021 r., za okres od dnia 18.08.2021 r. do dnia 01.12.2021 r. na kwotę 715 900,00 zł brutto;
- Protokół odbioru częściowego nr 2 z dnia 21.02.2022 r., za okres od dnia 01.12.2021 r. do dnia 21.02.2022 r. na kwotę 66 100,00 zł brutto;

- Protokół odbioru częściowego nr 3 z dnia 23.05.2022 r., za okres od dnia 21.02.2022 r. do dnia 23.05.2022 r. na kwotę 490 385,00 zł brutto;
- Protokół odbioru częściowego nr 4 z dnia 02.08.2022 r., za okres od dnia 27.06.2022 r. do dnia 02.08.2022 r. na kwotę 484 140,00 zł brutto;
- Protokół odbioru częściowego nr 5 z dnia 22.08.2022 r., za okres od dnia 02.08.2022 r. do dnia 22.08.2022 r. na kwotę 260 425,00 zł brutto.

D. Kontrola finansowa:

4.Kwalifikowalność wydatków:

Zespół kontrolny dokonał sprawdzenia realizacji projektu w oparciu o weryfikację dokumentacji dotyczącej przedmiotowego projektu przekazanej za pośrednictwem systemu SL2014 i potwierdza kwalifikowalność wydatków poniesionych i rozliczonych zatwierdzonymi wnioskami o płatność o nr RPLD.06.03.01-10-0001/18-003 - RPLD.06.03.01-10-0001/18-013 za wyjątkiem wydatków w kwocie 1 054 461,05 zł (EFRR: 896 291,89 zł), w tym:

- **1 032 520,00 zł** dotyczących umowy nr PŚ.7011.15.589.2020 z dnia 02.07.2020 r. (patrz pkt VII.A.19 informacji pokontrolnej „Kontrola wykazała”),
- **25 813,00 zł** dotyczących zmniejszenia kwoty kosztów pośrednich z uwagi na uznanie za niekwalifikowalne części wydatków bezpośrednich.

Sposób wyliczenia kwoty **25 813,00 zł**⁴:

a) 13 425,00 zł z wniosku o płatność nr RPLD.06.03.01-10-0001/18-008

13 425,00 zł = 37 695,67 zł – 24 270,67 zł

- 37 695,67 zł - kwota kosztów pośrednich we wniosku o płatność nr RPLD.06.03.01-10-0001/18-008,
- 24 270,67 zł – kwota kosztów pośrednich wyliczona od pomniejszonej wartości wydatków kwalifikowalnych (970 826,92 zł x 2,5%⁵),
gdzie: 970 826,92 zł – kwota wydatków bezpośrednich po pomniejszeniu o wydatki uznane za niekwalifikowalne (1 507 826,92 zł – 537 000,00 zł), gdzie:
 - 1 507 826,92 zł – wydatki kwalifikowalne (rzeczywiście poniesione) we wniosku o płatność nr RPLD. 06.03.01-10-0001/18-008,
 - 537 000,00 zł – kwota wydatków uznanych za niekwalifikowalne w wyniku korekty.

b) 12 138,00 zł – z wniosku o płatność nr RPLD.06.03.01-10-0001/18-011

12 138,00 zł = 121 862,75 zł – 109 724,75 zł

- 121 862,75 zł kwota kosztów pośrednich we wniosku o płatność nr RPLD.06.03.01-10-0001/18-011
- 109 724,75 zł – kwota kosztów pośrednich wyliczona od pomniejszonej wartości wydatków kwalifikowalnych (4 388 990,14 zł x 2,5%),
gdzie:
 - 4 388 990,14 zł – kwota wydatków bezpośrednich po pomniejszeniu o wydatki uznane za niekwalifikowalne (4 874 510,14 zł – 485 520,00 zł), gdzie:

⁴ Kwota do zwrotu wynosi 21 941,05 zł.

⁵ Wysokość stawki ryczałtowej we wniosku o dofinansowanie

- 4 874 510,14 zł – wydatki kwalifikowalne (rzeczywiście poniesione) we wniosku o płatność nr RPLD. 06.03.01-10-0001/18-011,
- 485 520,00 zł – kwota wydatków uznanych za niekwalifikowalne w wyniku korekty.

c) **250,00 zł** - kwota kosztów pośrednich we wniosku o płatność nr RPLD.06.03.01-10-0001/18-013

250,00 zł = 31 816,40 zł – 31 566,40 zł

- 31 816,40 zł – kwota kosztów pośrednich we wniosku o płatność nr RPLD.06.03.01-10-0001/18-013,
- 31 566,40 zł – kwota kosztów pośrednich wyliczona od pomniejszonej wartości wydatków kwalifikowalnych (1 262 656,09 zł x 2,5%), gdzie:
 - 1 262 656,09 zł – kwota wydatków bezpośrednich po pomniejszeniu o wydatki uznane za niekwalifikowalne (1 272 656,09 zł – 10 000,00 zł), gdzie:
 - 1 272 656,09 zł – wydatki kwalifikowalne (rzeczywiście poniesione) we wniosku o płatność nr RPLD. 06.03.01-10-0001/18-013,
 - 10 000,00 zł – kwota wydatków uznanych za niekwalifikowalne w wyniku korekty.

W ramach przedmiotowego projektu podatek od towarów i usług (VAT) jest wydatkiem niekwalifikowalnym.

Beneficjent w dniu 05.10.2022 r. złożył oświadczenie, że w ramach realizowanego projektu nie wystąpił dochód incydentalny.

Z uwagi na rodzaj kontroli – kontrola w trakcie realizacji projektu – odstąpiono od weryfikacji prawidłowości rozliczenia kategorii objętych limitami.

XVIII. Stwierdzone nieprawidłowości/uchybienia, w tym ustalenia w zakresie wartości korekt finansowych (należy wskazać w przypadku obniżenia wskaźnika procentowego nakładanej korekty należy wskazać przesłanki jej obniżenia):

Zgodnie z ustaleniami opisanymi w pkt. XVII.A.19 „Kontrola wykazała” informacji pokontrolnej Beneficjent naruszył **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. Za stwierdzoną nieprawidłowość Taryfikator⁶ 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 pomniejszeń **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.

Obliczenie kwoty korekty następuje wg wzoru:

$$Wk = W\% \times Wkw \times Wś^7$$

⁶ Rozporządzenie 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)

⁷ Wk – wartość korekty finansowej; Wkw – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia; W% – stawka procentowa; Wś – procentowa wartość współfinansowania UE.

Faktura nr	Data wystawienia	Brutto	Kwalifikowalne z faktury	Niekwalifikowalne (z uwzględnieniem wskaźnika korekty)	Korekta po uwzględnieniu wysokości dofinansowania – do zwrotu	Numer Wniosku o płatność	Data naliczania odsetek
Faktura VAT nr 255/2020	14.10.2020 r.	660 510,00 zł	537 000,00 zł	537 000,00 zł	431 801,70 zł	RPLD.06.03.01-10-0001/18-008	04.03.2021 r.
					24 648,30 zł		15.09.2021 r.
Faktura VAT nr 141/2021	23.06.2021 r.	597 189,60 zł	485 520,00 zł	485 520,00 zł	412 692,00 zł	RPLD.06.03.01-10-0001/18-011	26.10.2021 r.
Faktura VAT nr 276/2021	02.12.2021 r.	12 300,00 zł	10 000,00 zł	10 000,00 zł	8 500,00 zł	RPLD.06.03.01-10-0001/18-013	25.05.2022 r.

Do dnia kontroli Beneficjent przedstawił do rozliczenia w ramach ww. umowy faktury o numerach:

- Faktura VAT nr **255/2020** wystawiona w dniu **14.10.2020** r. na kwotę **660 510,00 zł** brutto, w tym kwota wydatków kwalifikowalnych **537 000,00 zł**, rozliczona we wniosku o płatność nr RPLD.06.03.01-10-0001/18-008,
- Faktura VAT nr **141/2021** wystawiona w dniu **23.06.2021** r. na kwotę **597 189,60 zł** brutto, w tym kwota wydatków kwalifikowalnych **485 520,00 zł**, rozliczona we wniosku o płatność nr RPLD.06.03.01-10-0001/18-011,
- Faktura VAT nr **276/2021** wystawiona w dniu **02.12.2021** na kwotę **12 300,00 zł** brutto, w tym kwota wydatków kwalifikowalnych **10 000,00 zł**, rozliczona we wniosku o płatność nr RPLD.06.03.01-10-0001/18-013.

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

1. W związku z wykryciem w kontrolowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa ścieżek pieszych i rowerowych wraz z rekultywacją i zagospodarowaniem zieleni oraz małą architekturą na terenie Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji „Malinka”, przypadku naruszenia przepisów ustawy Pzp skutkującego nałożeniem korekty finansowej oraz pomniejszeniem wydatków poniesionych nieprawidłowo, wszystkie wydatki kwalifikowalne z faktur wystawionych w ramach umowy nr **PŚ.7011.15.589.2020** z wykonawcą [dane zanonimizowano], **zostają uznane w całości za wydatki niekwalifikowalne w ramach projektu.**

Zobowiązuje się Beneficjenta do zwrotu kwoty: 877 642,00 zł w następujący sposób:

- **431 801,70 zł** wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków tj. od dnia **04.03.2021** r.;
- **24 648,30 zł** wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków tj. od dnia **15.09.2021** r.;

- **412 692,00 zł** wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków tj. od dnia **26.10.2021 r.**;
- **8 500,00 zł** wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków tj. od dnia **25.05.2022 r.**

do dnia dokonania zwrotu lub do dnia wpływu do IZ RPO WŁ pisemnej zgody na pomniejszenie kolejnej transzy⁸.

2. W związku z ustaleniami opisanymi w informacji pokontrolnej w pkt. XVII.D.4 „Kwalifikowalność wydatków” **zobowiązuje się Beneficjenta do zwrotu kwoty 21 941,05 zł** w następujący sposób:

- **10 795,04 zł** wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków tj. od dnia 04.03.2021 r.;
- **616,21 zł** wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków tj. od dnia 15.09.2021 r.;
- **10 317,30 zł** wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków tj. od dnia 26.10.2021 r.;
- **212,50 zł** wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków tj. od dnia 25.05.2022 r.

do dnia dokonania zwrotu lub do dnia wpływu do IZ RPO WŁ pisemnej zgody na pomniejszenie kolejnej transzy⁹.

Zwrotu środków należy dokonać na rachunek bankowy Urzędu Marszałkowskiego Województwa Łódzkiego o numerze 39 1240 3073 1111 0010 6415 6197.

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:

Beneficjent pismem z dnia 27.01.2023 r. o sygn. PŚ.042.5.2020 wniósł zastrzeżenia do treści informacji pokontrolnej oraz przekazał niepodpisany egzemplarz informacji pokontrolnej.

1) Zastrzeżenia odnośnie ustalenia w pkt. XVII.A.19 informacji pokontrolnej (kontrola wykazała).

Zespół kontrolny nie ma wątpliwości, iż zamówienie powtórzeniowe musi mieć związek z zamówieniem podstawowym, i że muszą to być podobne usługi czy roboty budowlane. Jak również, że powtórzenie podobnych usług i robót budowlanych można rozpatrywać przedmiotowo lub celowościowo. Zespół kontrolny uważa jednak, iż zapisy w PFU są zbyt ogólne, aby uznać, że Beneficjent chociażby w świetle wykładni celowościowej pośrednio zadośćczynił obowiązkowi, o którym mowa w art.67 ust.1a ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 67 ust. 1a Pzp w opisie zamówienia podstawowego, o którym mowa w ust. 1 pkt 6, należy wskazać ewentualny zakres tych usług lub robót budowlanych oraz warunki, na jakich zostaną one

⁸ Art. 207 ustawy o finansach publicznych z dnia 27.08.2009 r.

⁹ jw.

udzielone. Należy zauważyć, iż celem wskazanego przepisu art. 67 ust. 1a Pzp było nadanie pewnej transparentności w zakresie udzielenia zamówień z wolnej ręki będących konsekwencją zamówienia udzielonego wcześniej, to jest zamówienia podstawowego.

Zamówienie udzielone w trybie, o którym mowa powyżej, nie ma bowiem samoistnego bytu a możliwość zastosowania tego trybu uzależniona jest od wcześniejszego udzielenia zamówienia podstawowego. Tym samym już na etapie procedury zmierzającej do udzielenia zamówienia podstawowego zasadnym jest, z punktu widzenia transparentności zamówień publicznych, określenie na czym mają polegać przyszłe świadczenia potencjalnych wykonawców.

Jednakże sformułowania PFU, w tym stanie faktycznym, nie dawały uczestnikowi postępowania wiedzy na temat tego, jakiego rodzaju czynności z zakresu prawa budowlanego będą wykonywane w ramach udzielonych w przyszłości zamówień na podstawie art. 67 ust.1a Pzp. Ocena ta uzasadniona jest zwłaszcza w świetle tego, że przedmiot zamówienia podstawowego polegający na wykonaniu projektu i przebudowie zbiornika kąpielowego wraz z systemem podczyszczania wód napływowych i infrastrukturą techniczną towarzyszącą, modernizacją obiektów hydrotechnicznych jazów, budową pomostów dla wędkarzy oraz wykonanie kompleksowego remontu toalety publicznej wraz z instalacją zew. wody i prądu, montaż poidelka oraz remont elewacji, nawierzchni pomostów przy budynku hangaru na terenie MOSiR „Malinka” w Zgierzu, dość znacznie jednak odbiega od przedmiotu „zamówienia powtórzeniowego”, zgodnie z którym wykonawca miał przebudować ścieżki piesze i rowerowe wraz z ich rekultywacją. Fakt, że obydwa te zamówienia były wykonywane w ramach projektu „*Szlakiem architektury włókienniczej - rewitalizacja Miasta Zgierza w celu rozwoju produktu turystycznego oraz rewitalizacji zdegradowanych terenów na obszarze ŁOM*”, nie jest wystarczający do uznania, że Beneficjent chociażby w świetle wykładni celowościowej pośrednio zadośćuczynił obowiązkowi, o którym mowa w art. 67 ust.1a ustawy Pzp. 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*.

Tymczasem w dokumentacji zamówienia podstawowego nie ma fragmentu, w którym Zamawiający poinformował Wykonawców w dostatecznie precyzyjny sposób o przedmiocie ewentualnych zamówień powtórzeniowych.

Beneficjent, sam w swoich zastrzeżeniach podkreśla, że na etapie zamówienia podstawowego nie był w stanie określić przedmiotu zamówienia podstawowego ze względu na zbyt wczesny etap i kilka różnych postępowań prowadzonych jednocześnie w ramach przedmiotowego projektu, których realizacja dopiero mogła pozwolić na logiczne sformułowanie zakresu wykonania ciągów komunikacyjnych wraz z zagospodarowaniem terenów zielonych i małą architekturą. Tym samym potwierdza brak tych zapisów w dokumentach zamówienia podstawowego.

Jak dobrze zauważył Beneficjent, na etapie zamówienia podstawowego zakres zamówienia powtórzeniowego nie musiał być wskazany w sposób sztywny i precyzyjny, a ostateczne warunki, na jakich zostanie udzielone zamówienie mogły zostać sprecyzowane dopiero na etapie wynegocjowanej umowy.

Jednakże nie można uznać, iż poprzez wskazanie samej kwoty robót powtórzeniowych Zamawiający wypełnił wymóg określony w art. 67 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp.

Celem uzupełnienia argumentacji Zespołu kontrolnego z informacji pokontrolnej nr 1, 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 ustawy.* 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 w opisie przedmiotu zamówienia podstawowego nie wskazano wprost, że w ramach zamówienia powtórzeniowego, realizowana będzie kontynuacja inwestycji, obejmująca ciągi komunikacyjne zieleń i małą architekturę.

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

Ponadto należy zwrócić uwagę, iż w przedmiotowej sprawie nie ma zastosowania art. 5.1 Ustawy z dnia 03.04.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19 (Dz.U 2020 r. poz.694). Wskazana nieprawidłowość nie jest bezpośrednim skutkiem wystąpienia COVID-19, a Beneficjent przy dochowaniu należytej staranności na etapie zamówienia podstawowego mógł wskazać ewentualny zakres robót powtórzeniowych i przesłanki trybu wolnej ręki zostałyby zachowane.

Należy również wskazać, że przed podjęciem decyzji o zastosowaniu Taryfikatora, Zespół kontrolny dokonał 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 pod kątem sprawdzenia, czy gdyby przedmiotowa 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 w przypadku zamówienia powtórzeniowego Zamawiający zastosował tryb konkurencyjny, lub w opisie przedmiotu zamówienia podstawowego wskazał zakres postępowania powtórzeniowego, to przystąpiłaby do niego większa liczba wykonawców i być może złożyliby oni korzystniejsze oferty. Przedmiotowe naruszenie mogło zatem ograniczyć konkurencję i spowodować szkodę w budżecie Unii.

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 15.04.2019 r. (sygn. akt III SA/GI 1176/18, prawomocny Wyrok NSA I GKS 1666/19 z dnia 29.05.2020 r.) 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 należy uznać, że opisane w pkt. XVII.A.19 informacji pokontrolnej naruszenie mogło ograniczać konkurencję i spowodować szkodę w budżecie Unii Europejskiej i dlatego należy zastosować do niego odpowiednią pozycję Taryfikatora, wskazaną w pkt. XVIII informacji pokontrolnej.

Mając powyższe na uwadze, Zespół kontrolny podtrzymuje ustalenia pokontrolne, zawarte w informacji pokontrolnej nr 1 w zakresie naruszenia art. 67 ust. 1a w związku z art. 10 ust. 2 ustawy Pzp.

2) Zastrzeżenia odnośnie ustalenia w pkt. XVII.C.5. informacji pokontrolnej.

Zespół kontrolny uznaje zastrzeżenia Beneficjenta w zakresie wskaźników. W ślad za tym stosowne zapisy informacji pokontrolnej zostały zmienione.

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

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:

Emilia Urbańczak – nieobecność usprawiedliwiona
Marcin Gałkowski - nieobecność usprawiedliwiona

Ewa Wielemborek, 02.02.2023 r.

Patrycja Gołembiewska, 02.02.2023 r.

Magdalena Szczepaniak, 02.02.2023 r.

Podmiot kontrolowany:

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

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