



15/5110-15.023

Prezydent  
Miasta Koszalina

Koszalin, dnia 14 września 2023 roku

BK.1710.7.2023.AL

**Institucja Zarządzająca  
Regionalnym Programem Operacyjnym  
Województwa Zachodniopomorskiego**

Dot. Protokołu pokontrolnego z kontroli realizacji Projektu nr. RPZP.09.03.00-32-0081/19 pn. „Rewitalizacja parku im. T. Kościuszki oraz termomodernizacja budynków mieszkalnych wielorodzinnych przy ul. Piłsudskiego 26 i 28 oficyna A, B w celu odtworzenia funkcji społecznych, infrastrukturalnych i przestrzennych”.

Po zapoznaniu się z ustaleniami zawartymi w protokole z dnia 4 września 2023 r. z kontroli planowej projektu RPZP.09.03.00-32-0081/19 pn. „Rewitalizacja parku im. T. Kościuszki oraz termomodernizacja budynków mieszkalnych wielorodzinnych przy ul. Piłsudskiego 26 i 28 oficyna A, B w celu odtworzenia funkcji społecznych, infrastrukturalnych i przestrzennych”, **wnoszę niniejsze zastrzeżenia do protokołu w zakresie zarzutów kontrolującego wskazanych:**

**w Części C2 Protokołu** – Przestrzeganie przepisów dotyczących zamówień publicznych zgodnie z ustawą Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11.09.2019

Przedmiot Postępowania „Termomodernizacja i remont budynku mieszkalnego wielorodzinnego, komunalnego z przebudową instalacji wody użytkowej i kanalizacji sanitarnej, w budynku przy ul. Piłsudskiego 26 w Koszalinie”

oraz

**w Części C3 Protokołu** – Przestrzeganie przepisów dotyczących zamówień publicznych zgodnie z ustawą Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11.09.2019

Przedmiot Postępowania „Termomodernizacja i remont budynku mieszkalnego wielorodzinnego, komunalnego z przebudową instalacji wody użytkowej i kanalizacji sanitarnej, w budynku przy ul. Piłsudskiego 28 oficyna A, B w Koszalinie”.

Stanowisko Prezydenta Miasta Koszalina w przedmiotowej sprawie jest zbieżne ze stanowiskiem zawartym w, stanowiącej załącznik do niniejszego pisma, opinii prawnej niezależnego eksperta w dziedzinie zamówień publicznych Pana Grzegorza Czabana. Zgodnie z ww. opinią, należy podnieść iż:

I. Zarzut naruszenia art. 16 ust. 3 w związku z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp - „poprzez określenie nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia warunku udziału w postępowaniu oraz sposobu jego oceny tj. takiego, który nie odpowiada minimalnym poziomom zdolności wykonawców, poprzez



*co naruszono zasadę „proporcjonalności” prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia wyrażoną w art. 16 ust. 3 ustawy Pzp”*

Tematyka proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu była wielokrotnie poruszana w doktrynie. W komentarzu UZP wyjaśnia się, że „Przestrzeganie zasady proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do rodzaju zamówienia, jego przedmiotu oraz wymagań związanych z realizacją zamówienia, w szczególności odpowiednie do charakteru (w tym stopnia złożoności), ilości (w tym zakresu) lub znaczenia, a także przeznaczenia nabywanych robót budowlanych, dostaw lub usług. O określeniu warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia można mówić wówczas, gdy warunki te zostaną określone na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego. Obowiązek proporcjonalnego powiązania warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia nie oznacza jednak nakazu dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów. Warunki udziału nie muszą zostać określone w taki sposób, aby każdy wykonawca, który oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych, dostawę produktu lub świadczenie usług objętych przedmiotem zamówienia je spełniał. Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania.”<sup>1</sup>

IZ zarzut nieproporcjonalności warunku opisanego w rozdz. 6 ust. 2 pkt 2.4 1) SWZ opiera na następujących stwierdzeniach:

- „ IZ RPO WZ nie znajduje uzasadnienia dla powiązania należytego doświadczenia, którym winien legitymować się wykonawca, w postaci kolejno wykonywanych robót budowlanych, z koniecznością wykazania tegoż doświadczenia w ramach osobnych zobowiązań wynikających z umów o wykonanie robót budowlanych.”
- „O wymaganym poziomie doświadczenia wykonawcy świadczy fakt zrealizowania robót budowlanych zgodnych rodzajowo i odpowiadających swoją wartością warunkom postawionym przez Zamawiającego, natomiast nie aspekty formalne tj. ilość kontraktów (umów), w ramach których zrealizowano roboty stanowiące podstawę doświadczenia wykonawcy.”

Należy stwierdzić, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 ust. 3 w związku z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp jest nieuzasadniony i wynika po części z błędnej interpretacji treści warunku opisanego w rozdz. 6 ust. 2 pkt 2.4 1) SWZ.

Po pierwsze należy zauważyć, że zapis treści „roboty budowlane muszą być wykonane w ramach oddzielnych umów” odnosi się do warunku udziału, który został zredagowany z podziałem na dwie części (Zamawiający wymaga niejako dwóch, osobnych rodzajów doświadczeń):

- 1) co najmniej 2 roboty budowlane polegające na wykonaniu elewacji budynków średniowysokich lub wyższych, oraz
- 1) co najmniej 2 roboty budowlane, w zakresie instalacji sanitarnych, w tym instalacji gazowych.

Aby taki warunek spełnić nie zawsze będzie konieczne posiadanie 4. oddzielnych umów. Wystarczające byłoby posiadanie dwóch umów, z których każda obejmuje zakres wymagany w pierwszej i drugiej części

<sup>1</sup><https://ekomentarzpzp.uzp.gov.pl/prawo-zamowien-publicznych/art-112>



warunku łącznie. Innymi słowy, literalna wykładnia treści warunku prowadzi do wniosku, że każdy z Wykonawców musi posiadać 2 rodzaje doświadczeń, które winien udokumentować oddzielnymi umowami. Jeżeli zatem Wykonawca wykonywał elewację budynków średniowysokich lub wyższych oraz roboty budowlane w zakresie instalacji sanitarnych, w tym instalacji gazowych, w ramach jednej umowy, oraz taki sam zakres robót zrealizował w ramach drugiej, oddzielnej umowy, to spełnia opisany w SWZ warunek (w ramach oddzielnych umów wykazuje bowiem w takim przypadku co najmniej 2 roboty budowlane polegające na wykonaniu elewacji budynków średniowysokich lub wyższych oraz co najmniej 2 roboty budowlane, w zakresie instalacji sanitarnych, w tym instalacji gazowych). Okoliczności sprawy pokazują, że tak właśnie interpretowali treść SWZ Zamawiający (vide wyjaśnienia składane w toku kontroli IZ) oraz Wykonawcy (o czym świadczy wprost sposób wykazywania spełniania omawianego warunku przez Przedsiębiorstwo Budowlane „DRAWA” Wiesław Denis z/s w Koszalinie). W trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w/w warunek nie budził wątpliwości, gdyż nie wpłynęły w tym zakresie żadne zapytania co do jego treści.

Nawet gdyby wystąpiły wątpliwości dotyczące rozumienia omawianego warunku w trakcie oceny ofert, nie mogłyby być one rozstrzygnięte, tak jak to postuluje IZ (tj. z przyjęciem, że treść SWZ wymaga 4. oddzielnych umów), gdyż warunki udziału w postępowaniu podlegają wykładni ścisłej, a wątpliwości dotyczące jego znaczenia **rozstrzygać należy na korzyść Wykonawców**. Np w wyroku KIO 1001/20 wyjaśniono, że *„Jeżeli warunki udziału sformułowano w taki sposób, że możliwe są różne metody ich odczytania, czy też jednoznacznie nie wskazano w jaki sposób odbywać się będzie ocena poziomu ich spełniania, to należy zastosować ten sposób interpretacji, który jest korzystniejszy dla wykonawcy.”*

Po **drugie** należy stwierdzić, że wymóg doświadczenia w realizacji co najmniej:

- 1) 2 robót budowlanych polegających na wykonaniu elewacji budynków średniowysokich lub wyższych oraz
- 1) 2 robót budowlanych, w zakresie instalacji sanitarnych, w tym instalacji gazowych,  
- w ramach oddzielnych umów spełnia postulat proporcjonalności.

IZ uzasadniając zarzut naruszenia art. 16 ust. 3 w związku z art. 112 ust. 1 Pzp wskazuje, że *„Zamawiający nie wyjaśnił, w toku kontroli planowej projektu, czym jego zdaniem różni się doświadczenie wykonawcy zdobyte poprzez zrealizowanie kilku osobnych robót budowlanych (przykładowo realizowanych w różnych terminach) stanowiących części zamówienia udzielonego w ramach jednej umowy, od doświadczenia realizowanego w ramach dwóch osobnych umów.”*

Tymczasem wyjaśnienia w tym okresie Zamawiający przedstawił w dniu 12 lipca 2023 r. Wyjaśnił m.in., że *„Jednorazowe wykonanie czynności, czy też wykonanie tylko jednej umowy nie można uznać za potwierdzające nabycie określonego doświadczenia. Jednokrotne wykonanie danej czynności ma raczej charakter incydentalny, a nie wykonywanie czynności w sposób powtarzalny. Doświadczenie nabyte podczas dwóch niezależnych umów świadczy o fakcie, że Wykonawca jest zdolny przeprowadzić kolejny raz cały proces budowlany od początku do końca.”*

Logika i doświadczenie życiowe rzeczywiście wskazują, że w przypadku, gdy dany Wykonawca zawiera jedną umowę, którą należycie wykonuje, a następnie zawiera drugą (odrębną) umowę, którą także wykonuje prawidłowo, to może dowodzić, że trzecia i każda kolejna umowa będzie przez tego Wykonawcę wykonywana również poprawnie.

IZ nie przedstawia przekonywujących argumentów, że w/w twierdzenie jest nieprawdziwe czy nielogiczne, tylko wchodzi w polemikę z Zamawiającym i zastanawia się, czy w przypadku zrezygnowania z dwóch odrębnych umów nie udałoby się wyłonić Wykonawcy zdolnego do wykonania



## Prezydent Miasta Koszalina

zamówienia. Być może tak by się stało, ale niewykluczone, że również w sytuacji całkowitej rezygnacji z warunku udziału, bądź jego obniżenia do min. 1 roboty budowlanej, wyłoniony Wykonawca zrealizowałby zamówienie należycie. Proporcjonalne opisywanie warunku, nie polega na tym, aby go tak ukształtować, żeby mógł być spełniony przez każdego Wykonawcę. Proporcjonalność (inaczej adekwatność, odpowiedniość) warunku oznacza, jego opisanie na takim poziomie, który jest uzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego i celami postępowania. Obiektywną potrzebą Zamawiającego jest sprawdzenie, czy Wykonawca ubiegający się o zamówienie posiada zdolność techniczną lub zawodową do wykonania zamówienia (czy daje rękojmię należytego wykonania zamówienia), a celem postępowania jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z takim właśnie Wykonawcą.

Dopuszczalność żądania przez Zamawiającego wykazania się doświadczeniem w realizacji zamówień na podstawie odrębnych umów (a zarazem wyjaśnienie korzyści, jakie może z tego tytułu odnieść Zamawiający) znajduje swoje potwierdzenie także w orzecznictwie. W wyroku z dnia 5 października 2010 r. (sygn. akt KIO 201/10) wyjaśniono, że „*postanowienie to [...] ma za zadanie odpowiednio zweryfikować rynek wykonawców i pozwolić na wyłonienie wykonawcy z odpowiednio dużym doświadczeniem, a więc takiego wykonawcy, który wykaże się realizacją zamówień u trzech zamawiających, na podstawie trzech odrębnych umów. Stanowisko to Izba w pełni podziela. Istotna dla Zamawiającego jest bowiem nie tylko wartość usługi, ale w szczególności to, ile takich usług dany Wykonawca wykonał. To ilość usług decyduje bowiem o posiadaniu doświadczenia, a wpływ na to niewątpliwie będzie miał nie tylko różny przedmiot tych umów ale i strony, na rzecz których usługi te były realizowane.*”

Biorąc pod uwagę ekonomikę działania Zamawiającego nie można wymagać, aby ten rozważał bezwzględnie wszystkie przypadki, czy jakimś Wykonawcy nie odpowiadają postanowienia specyfikacji. W przypadku wystąpienia zagrożenia uczciwej konkurencji Wykonawcy mogą ingerować i zwracać się do Zamawiającego o wyjaśnienia treści SWZ lub nawet wnosić odwołania. W takiej sytuacji Zamawiający winien przeanalizować swoje czynności i postanowienia SWZ – może wyjaśnić poszczególne postanowienia SWZ, może zmienić postanowienia SWZ, a nawet – w ekstremalnych sytuacjach – może unieważnić postępowanie.<sup>2</sup> W przedmiotowej sprawie warunek opisany w rozdz. 6 ust. 2 pkt 2.4 1) SWZ nie był kwestionowany.

Przeprowadzona ocena dowodów może być skutecznie podważona, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub, gdy wnioskowanie organu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo – skutkowych<sup>3</sup>. IK w tak poważnej materii, jak wyprowadzanie wniosków w sprawie naruszenia przepisów Pzp, w konsekwencji wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej i nakładaniu korekt finansowych powinna wykazywać się szczególną starannością i przy formułowaniu wniosków winna przemyśleć prawdopodobieństwo zdarzeń, których hipotetyczne wystąpienie postuluje lub neguje.

Jak zauważyła KIO w wyroku KIO 426/13 „*Warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia.*”

<sup>2</sup>Por. Uchwała KIO z dnia 15 lutego 2013 r., sygn. akt KIO/KD 13/13

<sup>3</sup> por. Postanowienie z dnia 11 stycznia 2001 r., I CKN 1072/99, Prok. i Pr. 2001 r., nr 5, poz. 33, postanowienie z dnia 17 maja 2000 r., I CKN 1114/99, nie publ., wyrok z dnia 14 stycznia 2000 r., I CKN 1169/99, OSNC 2000 r., nr 7-8, poz. 139.





## Prezydent Miasta Koszalina

W zakres przedmiotu zamówienia wchodzi roboty budowlane polegające na wykonaniu elewacji budynków średniowysokich lub wyższych oraz w zakresie instalacji sanitarnych, w tym instalacji gazowych. W wyniku przeprowadzonego postępowania miała być - co się stało - zawarta umowa obejmująca w/w zakres robót. W ramach doświadczenia Zamawiający dopuścił doświadczenie nabyte podczas realizacji określonego rodzaju prac bez narzucania minimalnego pułapu ich wartości (co niewątpliwie jest działaniem prokonkurencyjnym). Żądanie wykazania się min. 2. takimi umowami (odrębnymi) nie oznacza, że Zamawiający w sposób nieuzasadniony ograniczył dostęp do zamówienia Wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia, a właśnie poprzez ten warunek Zamawiający zadbał o to, aby realizatorem umowy był Wykonawca, który takie zamówienie należyście wykona. Fakt wykonania zamówienia z należytą starannością przez wybranego Wykonawcę ten postulat potwierdza.

Schemat podjętych przez Zamawiającego działań związanych z ukształtowaniem treści warunku udziału w postępowaniu jak również ich ostateczny skutek, **wpisuje się zatem w obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania zgodnie z zasadą proporcjonalności, jak również jest zgodny z zasadą efektywności wynikającą z art. 17 ust. 1 Pzp.** Zasada efektywności wymaga od Zamawiającego, aby ten udzielał zamówień w sposób zapewniający:

- 1) najlepszą jakością dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
- 1) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Jak wyjaśnia Urząd Zamówień Publicznych: *„Cały proces udzielania zamówienia publicznego poczynszy od jego przygotowania, poprzez działania i decyzje Zamawiającego w trakcie tego procesu, aż po zawarcie umowy ma służyć i ma być podporządkowany osiągnięciu przez zamawiającego pożądanego efektu. Ze względu na publiczny wymiar zawieranej umowy, wydatkowanie przez Zamawiającego środków pieniężnych przeznaczonych na ten cel powinno być efektywne, czyli powinno umożliwiać uzyskanie najkorzystniejszego stosunku wydatkowanych środków finansowych do ilości i jakości nabywanych zamówień.*

*Obowiązek kierowania się przez Zamawiającego zasadą efektywności przy udzielaniu zamówienia powoduje, że na pierwszy plan wysuwa się cel, który ma być osiągnięty poprzez udzielenie zamówienia publicznego, a legalizm działania, czyli wypełnienie formalnych wymagań prawnych związanych z przyjętym sposobem osiągnięcia tego celu, przesuwa się na drugie miejsce, bez pomniejszenia znaczenia działań zgodnych z prawem w dążeniu do efektywnego procesu udzielania zamówień.*

*[...] W szczególności na pozytywny rezultat działań zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podejmowanych w kierunku zapewnienia najlepszej jakości zamawianych dostaw, usług lub robót budowlanych będą miały wpływ takie decyzje podjęte w ramach przygotowania postępowania jak: opis przedmiotu zamówienia i powiązane z nim określenie: warunków udziału w postępowaniu, kryteriów kwalifikacji oraz kryteriów oceny ofert.”<sup>4</sup>*

---

4, „Zasada efektywności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz analiza potrzeb i wymagań”, Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych, str. 2, Wyd. UZP, [https://www.uzp.gov.pl/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0020/54146/Zasada-efektywnosci-w-postepowaniu-o-udzielenie-zamowienia-publicznego-oraz-analiza-potrzeb-i-wymagan.pdf](https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0020/54146/Zasada-efektywnosci-w-postepowaniu-o-udzielenie-zamowienia-publicznego-oraz-analiza-potrzeb-i-wymagan.pdf)



## Prezydent Miasta Koszalina

Przyjęta w dniu 11 stycznia 2022 r. przez Radę Ministrów Polityka zakupowa państwa<sup>5</sup> określa 3 priorytety, m.in. rozwój potencjału MŚP, który w skrócie można scharakteryzować jako dążenie do zapewnienia możliwie najlepszych warunków dla MŚP w ramach udzielanych zamówień publicznych. Jak wyjaśniono w dokumencie<sup>6</sup> „Przedsiębiorcy należący do sektora MŚP odgrywają istotną rolę w polskiej gospodarce. Rola ta wyznacza kierunek działań państwa nastawionych na wzmacnianie rozwoju gospodarczego oraz społecznego. Odpowiednie wykorzystanie potencjału MŚP wspiera bowiem realizację strategicznych celów państwa, takich jak wzrost konkurencyjności gospodarki oraz przedsiębiorczości, których wysoki poziom charakteryzuje najbardziej rozwinięte gospodarki świata. Tworzenie silnego i stabilnego sektora MŚP, którego potrzeby i możliwości są szeroko uwzględniane przez instytucje publiczne, przyczynia się do budowania pozycji oraz siły polskiej gospodarki.”.

Pomimo, że obowiązek stosowania polityki zakupowej obejmuje Zamawiających wchodzących w skład administracji rządowej, to - jak czytamy w dokumencie - „określone korzyści wynikają z niej również dla pozostałych zamawiających”<sup>7</sup>.

Polityka zakupowa państwa zachęca Zamawiającego do tego, aby zapewniał w prowadzonych postępowaniach szerszą dostępność zamówień dla Wykonawców z sektora MŚP, „w połączeniu z odpowiednim ich ukierunkowaniem”<sup>8</sup>. Dotyczy to w szczególności sektora robót budowlanych<sup>9</sup>.

Polityka zakupowa postuluje nowe strategiczne podejście Zamawiających do kwestii udziału MŚP w zamówieniach publicznych. „Obok dążenia do wzrostu aktywności MŚP obecnych już na rynku zamówień publicznych, jego głównym założeniem jest szerszy udział w rynku tych przedsiębiorców z sektora MŚP, którzy w ramach dotychczasowej działalności gospodarczej nie ubiegali się o zamówienia publiczne.”<sup>10</sup>

Biorąc powyższe pod uwagę, dodatkowo można wskazać, iż dokonane przez Zamawiającego określenie warunku udziału w postępowaniu (poprzez wykazanie się wymaganym doświadczeniem w ramach odrębnych umów) jest korzystne w aspekcie wsparcia sektora MŚP (uwzględnia aspekt społeczny i gospodarczy). Tak sprecyzowany warunek zachęca do udziału i pozwala na większy udział w postępowaniu małych i średnich firm, a przede wszystkim mikroprzedsiębiorstw, które zwykle nie realizują dużych kontraktów, a wymagane doświadczenia w zakresie zamawianych robót nabywają wykonując poszczególne ich rodzaje w ramach odrębnych umów, nierzadko w charakterze podwykonawcy dużego przedsiębiorcy. Można zatem zaryzykować twierdzenie, iż określony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu, jest bardziej korzystny dla małych przedsiębiorców (został skonstruowany z uwzględnieniem specyfiki tego sektora), a mniej dla dużych, jednocześnie nie pozbawiając tych drugich możliwości udziału w postępowaniu.

Reasumując, Zamawiający ustalił treść warunku udziału w postępowaniu z myślą o należyтым wykonaniu zamówienia (uzasadniona potrzeba). Wykonawca, który w/w warunek spełnił i którego oferta została wybrana, należyście wykonał zamówienie (osiągnięto cel postępowania). Poziom warunku zapewnił konkurencyjność obu postępowań, gdyż w każdym z nich wpłynęły po dwie oferty. Warunek nie był kwestionowany przez uczestników postępowania. Oparty był na rozumowaniu, zgodnie z którym

5 Uchwała Nr 6 Rady Ministrów z dnia 11 stycznia 2022 r. w sprawie przyjęcia polityki zakupowej państwa, MP z 2.02.2022 r., poz. 125.

6 Tamże, str. 20.

7 Tamże, str. 4.

8 Tamże, str. 22.

9 Tamże, str. 44.

10 Tamże, str. 23.



zdolność do należytego wykonania zamówienia (doświadczenie) nabywa się po przynajmniej dwukrotnym wykonaniu określonych robót (wynikających z przedmiotu zamówienia) w ramach odrębnych umów (zaledwie dwóch), co odpowiada zasadom logiki i doświadczenia życiowego. Tak określony warunek udziału w postępowaniu należy uznać - w okolicznościach danej sprawy - za proporcjonalny (ukształtowany na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby Wykonawców tylko w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione to jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia oraz osiągnięciem aspektów społecznych i gospodarczych rekomendowanych w polityce zakupowej państwa).

**II. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2b Pzp - „oferta [Przedsiębiorstwa Budowlanego „DRAWA” Wiesław Denis z/s w Koszalinie - przyp. G. Cz.] została złożona przez wykonawcę, który nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu”**

W/w zarzut jest nieuzasadniony, a przyczyna jego postawienia wynika z okoliczności przedstawionych wcześniej, tj. niewłaściwej interpretacji treści warunku.

Aby wykazać spełnianie warunku udziału opisanego w Rozdz. 6 ust. 2 pkt 2.4 1) SWZ należało wykazać posiadanie dwóch rodzajów doświadczeń:

- 1) co najmniej 2 robót budowlanych polegających na wykonaniu elewacji budynków średniowysokich lub wyższych oraz
- 2) co najmniej 2 robót budowlanych, w zakresie instalacji sanitarnych, w tym instalacji gazowych.

W/w doświadczenie miało być wykazywane w ramach oddzielnych umów, co zostało prawidłowo uczynione przez Przedsiębiorstwo Budowlane „DRAWA” Wiesław Denis z/s w Koszalinie.

W pierwszym postępowaniu (DP.261.11.1.2021.AC) Wykonawca wykazał, że wykonał co najmniej 2 roboty budowlane polegające na wykonaniu elewacji budynków średniowysokich lub wyższych, w ramach następujących umów:

- 1) Przebudowa lokali mieszkalnych oraz remont elewacji w budynku przy ul. Harcerskiej 18 w Koszalinie oraz
- 3) Remont gruntowny budynku przy ul. Koszalińskiej 40 w Karlinie.

Drugie z wymaganych doświadczeń (w zakresie 2. robót budowlanych, obejmujących instalacje sanitarne, w tym instalacje gazowe) Wykonawca również wykazał w ramach dwóch odrębnych umów na:

- 1) Przebudowę lokali mieszkalnych oraz remont elewacji w budynku przy ul. Harcerskiej 18 w Koszalinie oraz
- 4) Remont gruntowny budynku przy ul. Koszalińskiej 40 w Karlinie.

Z kolei w postępowaniu DFP.261.12.2022.AC (na budynek przy ul. Piłsudskiego 28), Wykonawca wykazał doświadczenie w wykonaniu co najmniej 2 robót budowlanych polegających na wykonaniu elewacji budynków średniowysokich lub wyższych, w ramach następujących umów:

- 1) Roboty budowlane polegające na przebudowie lokali mieszkalnych oraz remoncie elewacji w budynku mieszkalnym wielorodzinnym przy ul. Harcerskiej 18 w Koszalinie,
- 5) Roboty elewacyjne z dociepleniem ścian Mielno ul. Generała Maczka 32.

Z kolei doświadczenie w realizacji min. 2 robót budowlanych, w zakresie instalacji sanitarnych, w tym instalacji gazowych zostało wykazane w ramach umów na:



## Prezydent Miasta Koszalina

- 1) Roboty budowlane polegające na przebudowie lokali mieszkalnych oraz remoncie elewacji w budynku mieszkalnym wielorodzinnym przy ul. Harcerskiej 18 w Koszalinie, oraz
- 6) Roboty budowlane w budynku mieszkalnym wielorodzinnym w Koszalinie przy ul. Wyspiańskiego 19/3, 19/3a, 19/5, 19/5a, 19/7, 19/7a.

Przedsiębiorstwo Budowlane „DRAWA” Wiesław Denis z/s w Koszalinie wykazało zatem, że spełnia opisany w Rozdz. 6 ust. 2 pkt 2.4 1) SWZ warunek udziału w postępowaniu. Z tego względu oferta w/w Wykonawcy nie mogła zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2b Pzp.

Nie należy uznać za zasadne nałożenie korekty w wysokości 10% dla zadania „Termomodernizacja i remont budynku mieszkalnego wielorodzinnego, komunalnego z przebudową instalacji wody użytkowej i kanalizacji sanitarnej, w budynku przy ul. Piłsudskiego 26 w Koszalinie” oraz korekty w wysokości 10% dla zadania: „Termomodernizacja i remont budynku mieszkalnego wielorodzinnego, komunalnego z przebudową instalacji wody użytkowej i kanalizacji sanitarnej, w budynku przy ul. Piłsudskiego 28 w Koszalinie”.

1. Nieprawidłowością indywidualną, w rozumieniu ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020<sup>11</sup> jest nieprawidłowość, o której mowa w art. 2 pkt 36) rozporządzenia ogólnego<sup>12</sup>, tj. każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

Z w/w definicji wynika, że naruszenie prawa Unii stanowi nieprawidłowość w rozumieniu tego przepisu jedynie wtedy, gdy ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu nieuzasadnionym wydatkiem.

Tak więc do stwierdzenia występowania nieprawidłowości indywidualnej, a co za tym idzie podjęcia przez właściwą instytucję działań pomniejszających wartość kwalifikowaną kontraktu, niezbędne jest wykazanie dwóch przesłanek: naruszenia procedur oraz okoliczności, że naruszenie to ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii. Zasadniczą przesłanką nakładania korekt jest rzeczywisty albo potencjalny, nieuzasadniony wydatek z budżetu UE. Warunkiem nałożenia korekty jest zatem wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. Konieczne jest zatem przeprowadzenie takiej operacji myślowej, w której zaprezentowane zostanie logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE. Chodzi tu o szkodę rzeczywistą

---

<sup>11</sup> tj. Dz. U. z 2020 r., poz. 818.

<sup>12</sup> tj. rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiające 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 (Dz. Urz. UE L 347 z 20.12.2013, str. 320)





lub potencjalną, jednak tylko wtedy, gdy istnieją uzasadnione w okolicznościach sprawy przesłanki do stwierdzenia, że naruszenie prawa mogło spowodować szkodę<sup>13</sup>.

W przedmiotowej sprawie korekta pojawia się w następstwie stwierdzenia naruszeń Pzp, które nie wystąpiły.

Instytucja kontrolująca nie ma zatem podstaw do nałożenia korekty finansowej, gdyż w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do nieprawidłowości indywidualnej.

2. Na marginesie można także przypomnieć, że nawet błędnie zakładając, że IZ ma rację stawiając Zamawiającemu zarzuty, to ustalając wysokość korekty finansowej IZ winna to zrobić zgodnie z rozporządzeniem 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 2021 r., poz. 2179).

Błędnie ustalono na podstawie taryfikatora, że wysokość korekty winna wynieść 10%. Taka wysokość korekty, dla kategorii nieprawidłowości nr 11 została zaproponowana, gdy naruszenie art. 16 ust. 3 w związku z art. 112 ust. 1 Pzp „*odnosi się to do kryteriów lub warunków, które – mimo że nie są dyskryminujące ze względu na preferencje krajowe, regionalne lub lokalne – prowadzą jednak do ograniczenia wykonawcom dostępu do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, na przykład:*

- 1) *przypadki, w których minimalne wymagane poziomy zdolności w odniesieniu do konkretnego zamówienia są związane z przedmiotem zamówienia, ale nie są proporcjonalne;*
- 2) *przypadki, w których podczas oceny oferentów/kandydatów zastosowano kryteria kwalifikacji jako kryteria udzielenia zamówienia;*
- 3) *przypadki, w których wymagane są konkretne znaki towarowe/marki/normy), z wyjątkiem sytuacji, gdy takie wymogi są związane z częściami pomocniczymi umowy i ich potencjalny wpływ na budżet Unii Europejskiej jest wyłącznie formalny."*

W tej samej kategorii 11 wskazano jednakże, że w sytuacji, gdy występują „*przypadki, 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*” korekta winna wynieść 5%.

W przedmiotowych postępowaniach niewątpliwie zapewniono minimalny poziom konkurencji, gdyż w każdym z nich zostały złożone po 2. oferty przez Wykonawców spełniających omawiany warunek SWZ. Podtrzymując zarzuty, korekta winna być zatem ustalona na poziomie 5%.

Powyższa uwaga nie zmienia oczywiście wniosków poczynionych w niniejszym piśmie, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 16 ust. 3 w związku z art. 112 ust. 1 Pzp, ani art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp. Co oznacza, że nie wystąpiły w kontrolowanych postępowaniach nieprawidłowości, które mogą powodować nałożenie korekty finansowej w jakimkolwiek rozmiarze.

Należy stwierdzić, że IZ nakładając korektę finansową naruszyłaby postanowienia §17 Umowy o dofinansowanie Projektu Nr RPZP.09.03.00-32-0081/19-00.

<sup>13</sup>por. wyrok NSA z dnia 11 października 2018 r., sygn. akt I GSK 2126/18, wyrok WSA w Kielcach z dnia 31 grudnia 2018 r., sygn. akt I SA/Ke 416/18, wyrok WSA o Opolu z dnia 21 lutego 2019 r., sygn. akt IISa/Op 509/18




## Prezydent Miasta Koszalina

Wnoszę o uwzględnienie powyższego stanowiska oraz o zmianę treści protokołu pokontrolnego w przedmiotowym zakresie, a ponadto o sprostowanie oczywistej omyłki na str. 15 protokołu: zgodnie z wnioskiem o dofinansowanie źródłem pozyskiwania informacji do pomiaru wskaźnika „Udział projektu w odniesieniu do obszaru objętego programem rewitalizacji” był Gminny Program Rewitalizacji Miasta Koszalina na lata 2017-2026, a nie jak wskazano w protokole „Lokalny Program Rewitalizacji Gminy Pełczyce”.

W załączeniu:

- Opinia Pana Grzegorza Czabana – Eksperta Prawa Zamówień Publicznych.

  
Z up. Prezydenta Miasta  
Sekretarz Miasta  
Tomasz Czuczak  
(podpisano elektronicznie)