



Miejscowość: Szczecin

Data: 12 października 2023 r.

Sygnatura:

WWRPO-VII.4420(9.3.0/2019/0081).37.2023.GŚ.04

Nr sprawy: WWRPO-VII.4420.37.2023

Adresat

Piotr Jedliński

Prezydent Miasta Koszalin

ul. Rynek Staromiejski 6-7

75 - 007 Koszalin

**Dotyczy kontroli projektu 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”.**

W nawiązaniu do przesłanych zastrzeżeń Beneficjenta – pismo z dnia 14.09.2023 r. znak: BK.1710.7.2023.AL - dotyczących ustaleń z kontroli planowej projektu nr RPZP.09.03.00-32-0081/19-00, Instytucja Zarządzająca Regionalnym Programem

**Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego  
Wydział Wdrażania Regionalnego Programu Operacyjnego**

ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 40, 70 – 421 Szczecin, tel. +48 91 452 88 15 / 452 88 14  
e-mail: wwrpo@wzp.pl, www.wzp.pl, www.rpo.wzp.pl



Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 (IZ RPO WZ) informuje co poniżej.

W ramach kontroli planowej przeanalizowano dokumentacją przetargową związaną z zadaniami :

- a) pn.: „Termomodernizacja i remont budynku mieszkalnego wielorodzinnego, komunalnego zlokalizowanego przy ulicy Marszałka Józefa Piłsudskiego 26 w Koszalinie”;
- b) pn.: „Termomodernizacja i remont budynku mieszkalnego wielorodzinnego, komunalnego zlokalizowanego przy ulicy Marszałka Józefa Piłsudskiego 28 w Koszalinie.

W toku oceny dokumentacji przetargowej związanej z ww. zadaniami IZ RPO WZ stwierdziła, iż Beneficjenta (Zamawiający), formułując wymóg minimalnego poziomu zdolności technicznej lub zawodowej, naruszył przepisy ustawy Pzp tj. art. 16 ust 3 w zw. z art. 112 ust 1. W ocenie IZ RPO WZ analiza zdolności wykonawcy robót budowlanych przez pryzmat zrealizowanych przez niego umów o roboty budowlane jest warunkiem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. IZ RPO WZ zakwestionowała, sposób oceny warunku udziału w postępowaniu wskazany w treści postanowień SWZ, a odnoszący się bezpośrednio do ilości zrealizowanych przez wykonawcę umów o roboty budowlane, nie zaś samych robót budowlanych. W tym miejscu należy wspomnieć, iż żaden przepis ustawy Prawo zamówień publicznych nie utożsamia wykonanej roboty budowlanej ze zrealizowaniem umowy o wykonanie roboty budowlanej. Nadto żaden z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie zakazuje możliwości realizacji kilku robót budowlanych w ramach jednej umowy z wykonawcą (jednym z przykładów jest etapowanie robót budowlanych).

Celem objaśnienia istoty i charakteru przedmiotowej nieprawidłowości IZ RPO WZ posłuży się przykładem: Mając na uwadze sporną treść postawionego warunku udziału w postępowaniu, Wykonawca, który w ramach jednego postępowania przetargowego zawarł jedną umowę realizowaną w 2 częściach, każda z części polegająca na robocie budowlanej dotyczącej wykonaniu elewacji budynku średniowysokiego lub wyższego nie byłby wykonawcą dającym rękojmię należytego wykonania umowy w ramach warunku postawionego w niniejszym postępowaniu objętym kontrolą. Inaczej mówiąc podmiot, który wykonał 2 roboty budowlane o wymaganej przez Zamawiającego specyfice, dla jednego zamawiającego w ramach jednej umowy, pomimo posiadanego doświadczenia oczekiwanego przez Zamawiającego, nie spełniałby warunku postawionego w ramach badanego postępowania. Natomiast w świetle takiej konstrukcji warunku udziału w postępowaniu, zamówienie mogłoby zostać udzielone wykonawcy, który mógłby wykazać, iż wykonał dwie roboty budowlane o wymaganej przez Zamawiającego specyfice, dla tego samego wykonawcy, lecz w ramach osobnych umów. IZ RPO WZ pragnie podkreślić iż, nie liczba referencji, a ich zakres winien stanowić o zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Nie można wykluczyć sytuacji, w której dwie osobne roboty budowlane wykonane w sposób należyty na rzecz tego samego Zamawiającego, potwierdzone zostały w ramach jednej referencji odnoszącej się w swojej treści do dwóch osobnych robót budowlanych.

Wobec przytoczonego przykładu IZ RPO WZ pozostaje na stanowisku, iż tak określony warunek udziału w postępowaniu, w szczególności sposób jego oceny, jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Co więcej, sporne zapisy, w ocenie IZ RPO WZ mogły spowodować sytuację, w której bezpodstawnie wyeliminowano z możliwości udziału w postępowaniu podmioty, legitymujące się właściwym poziomem zdolności technicznych i zawodowych oraz dających rękojmię należytego wykonania roboty budowlanej określonej w ramach opisu

przedmiotu zamówienia. IZ RPO WZ pragnie również podkreślić, iż nie kwestionuje i nie kwestionowała w protokole z kontroli planowej projektu, prawa Zamawiającego do określania warunków udziału w postępowaniu w ramach prowadzonej procedury przetargowej, niemniej jednak swoboda w ich kształtowaniu została ograniczona przepisami ustawy Pzp przez ustawodawcę.

Mając powyższe na uwadze IZ RPO WZ, podtrzymuje swoje ustalenia w zakresie stwierdzonej w toku kontroli nieprawidłowości polegającej na naruszeniu przez Beneficjenta (Zamawiającego) dyspozycji ujętej w art. 16 ust 3 w zw. z art 112 ust 1 ustawy Pzp tj. poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu, który nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie odnosi się do minimalnych poziomów zdolności wykonawcy. Stwierdzona nieprawidłowość w zakresie zastosowania przepisów ustawy Pzp wielokrotnie była przedmiotem analiz prowadzonych przez KIO, która to w wyroku z dnia 18 lipca 2019 r. (KIO 1233/19) wypowiedziała się m.in. w kwestii zasad, którymi powinien kierować się Zamawiający precyzując warunki udziału w postępowaniu cyt.: "Opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu należy dokonać w sposób proporcjonalny, a więc z uwzględnieniem charakteru zamówienia, ilości lub jego znaczenia oraz przeznaczenia. Minimalny poziom wymagań postawionych przez zamawiającego nie powinien przy tym prowadzić do eliminacji z postępowania wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Niemniej jednak celem postępowania o zamówienie publiczne nie jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców, ale tylko tych wykonawców, którzy wykażą swą zdolność do należytego wykonania danego zamówienia. Dlatego też opisany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonania oceny jego spełnienia powinien być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. powinien być niezbędny do realizacji jego celu, czyli ograniczenia ryzyka wyboru wykonawcy, który nie daje rękojmi należytego wykonania przedmiotu

zamówienia. Konieczne jest przy tym zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania.

Nieproporcjonalność warunku zachodzi wówczas, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji". Nadto KIO w treści uzasadnienia wyroku nr 1219/19 z dnia 11 lipca 2019 r. cyt. "Celem warunku jest ocena minimalnych zdolności wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia przy założeniu, że jeżeli wykonawca zrealizował z sukcesem zbliżone dostawy, jest również w stanie dokonać realizacji zbliżonego zamówienia, o ile cechuje się ono podobnymi właściwościami, zaś oferowany przedmiot dostawy jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia. Realizacji tego celu służyć ma sformułowana w treści art. 22 ust. 1a p.z.p. zasada proporcjonalności, którą należy odczytywać w ten sposób, że podmiot zamawiający nie powinien przy formułowaniu warunków udziału w postępowaniu stosować wymagań nadmiernych do przewidzianego do osiągnięcia celu jakim jest wyłonienie wykonawcy potencjalnie zdolnego do realizacji przedmiotu zamówienia". Mając na uwadze powyższe IZ RPO WZ, pragnie podkreślić, iż w jej ocenie Zamawiający nie miał żadnych podstaw by dyskryminować wykonawców będących w stanie wykazać się należyłą zdolnością zawodową i techniczną, tj. wykonaniem dwóch robót budowlanych stanowiących zobowiązania w ramach jednej umowy (kontraktu), a polegające np. na wykonaniu różnych robót budowlanych w ramach dwóch różnych obiektów budowlanych, przy założeniu że spełniałyby one pozostałe kryteria określone w ramach warunku udziału w postępowaniu tj. dotyczyłyby wykonania elewacji budynków średniowysokich lub wyższych.

Na marginesie odnosząc się do zastrzeżeń Beneficjenta (Zamawiającego) dotyczących domniemanego braku logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami oraz postępowaniu wbrew zasadom doświadczenia życiowego IZ RPO WZ pragnie wskazać, iż posiada kilkunastoletnią praktykę w dziedzinie analizy poprawności stosowania przez Beneficjentów przepisów ustawy Pzp. Poprawność stwierdzanych w trakcie prowadzonych przez IZ RPO WZ nieprawidłowości niejednokrotnie potwierdzały sądy administracyjne, w tym również w wyroku z dnia 22.02.2023 r. sygn. I SA/Sz 801/22, gdzie w uzasadnieniu sąd wskazał, iż cyt.: „Dodatkowo wskazać należy, że o przedmiotowe zamówienie mogłyby ubiegać się również podmioty posiadające doświadczenie w wykonywaniu robót budowlanych realizowanych w związku z umowami, które nie podlegają przepisom o zamówieniach publicznych. W konsekwencji wskazać należy zatem, że również w ramach omawianego postępowania skarżąca doprowadziła do pominięcia wykonawców posiadających należyłą zdolność zawodową i techniczną do wykonania przedmiotu zamówienia, tj. podmiotów wykazujących się wykonaniem robót budowlanych stanowiących zobowiązanie w ramach jednej umowy, polegające np. na wykonaniu różnych robót budowlanych bądź w ramach jednego obiektu budowlanego (zespołu obiektów) tworzącego funkcjonalną całość”.

Abstrahując od ww. wyroku IZ RPO WZ pragnie wskazać, iż zakres i charakter robót budowlanych wykonywanych w ramach budynków usytuowanych przy ul. Piłsudskiego 26 i 28 w Koszalinie, również z uwagi na fakt, iż wykonywane były na rzecz tego samego Zamawiającego (Zarząd Budynków Mieszkalnych w Koszalinie), przez ten sam podmiot (Drawa Wiesław Denis), mógłby zostać ujęty w ramach jednej umowy o wykonanie robót budowlanych. Tym samym wykonawca, który wykonał dwukrotnie robotę budowlaną polegającą na termomodernizacji budynku (robotę podobną), wobec kwestionowanych przez IZ RPO WZ zapisów SWZ, nie mógłby przystąpić do udziału w postępowaniu.

IZ RPO WZ, wobec przytoczonych powyżej argumentów, stwierdza nieprawidłowość polegającą na naruszeniu przez Zamawiającego (Beneficjenta) dyspozycji ujętej w art. 16 ust 3 w zw. z art. 112 ust 1 ustawy Pzp tj. "Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób (...) proporcjonalny" oraz „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności".

Okoliczności, które nakazują IZ RPO WZ wykazanie nieprawidłowości w ramach analizowanej procedury przetargowej, to przede wszystkim:

a) naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego:

- naruszenie art. 16 ust. 3 w zw. z art. 112 ust 1 ustawy Pzp – "Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób (...) proporcjonalny" oraz „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności";

b) działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego:

- ocena wykonawców przez pryzmat zrealizowanych przez nich umów (kontraktów), a nie robót budowlanych, stanowi w ocenie IZ RPO WZ, wymóg nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie wpisuje się w definicję minimalnego poziomu zdolności wykonawcy, określoną w przepisach ustawy;

c) realna lub potencjalna szkoda dla budżetu UE, polegająca na finansowaniu ze środków tego budżetu nieuzasadnionego wydatku:

- nie można wykluczyć sytuacji, w której potencjalny wykonawca, będący w stanie zaoferować najkorzystniejszą ofertę, zrezygnowałby z udziału w ramach prowadzonej procedury z uwagi na wskazaną konstrukcję warunku udziału w postępowaniu, odnoszącą się do ilości zrealizowanych umów, a nie robót budowlanych. Tym samym sposób postępowania Zamawiającego w ramach analizowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego doprowadził do wystąpienia nieprawidłowości oraz powstania potencjalnej szkody w budżecie unijnym poprzez jego obciążenie nieuzasadnionym wydatkiem.

- realność szkody w budżecie UE polega na możliwości sfinansowania wydatku obarczonego nieprawidłowością w ramach kolejnych wniosków o płatność składanych na etapie rozliczania projektu.

Ponadto wskazać należy, iż istota nieprawidłowości niejednokrotnie była przedmiotem analiz prowadzonych przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) dla przykładu, w wyroku z dnia 14 lipca 2016r. w sprawie C-406/14 przywołano wykładnię nieprawidłowości, gdzie stwierdzono cyt.: "naruszenie prawa Unii stanowi nieprawidłowość w rozumieniu tego przepisu jedynie wtedy, gdy powoduje ono lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku. Naruszenie takie należy zatem uznać za nieprawidłowość o ile może ono jako takie mieć skutki budżetowe. Natomiast nie trzeba udowadniać wystąpienia konkretnych skutków finansowych (...) uchybienie zasadom udzielania zamówień publicznych stanowi nieprawidłowość(...) o ile nie można wykluczyć, że uchybienie to miało wpływ na budżet (odnośnego) funduszu".



Mając powyższe na uwadze IZ RPO WZ uznaje, iż Zamawiający (Beneficjent) naruszył art. 16 ust 3 w zw. z art. 112 ust 1 ustawy Pzp, poprzez określenie nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia warunku udziału w postępowaniu oraz sposobu jego oceny. Przedmiotowe naruszenie może stanowić nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 13.12.2013 r.

Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Finansów Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 14.12.2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2371) zmieniającym rozporządzenie w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Rozporządzenie MR z dnia 29.01.2016 r.) za naruszenie art. 16 ust. 3 w związku z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp polegające na określenie przez Zamawiającego nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia warunku udziału w postępowaniu wraz ze sposobem jego oceny, załącznik nr 1 do Rozporządzenia w pozycji nr 11 przewiduje korektę finansową/pomniejszenie wydatków kwalifikowalnych obliczoną w oparciu o wskaźnik 10 %.

Jednakże mając na uwadze fakt, iż ustalenia ujęte w protokole z kontroli planowej projektu z dnia 21.08.2023 r. stanowią wstępne ustalenia z kontroli, co oznacza, iż po analizie wyjaśnień przesłanych przez Beneficjenta IZ RPO WZ może zmienić wysokość wskazanych korekt bądź kwalifikację stwierdzonych naruszeń.

Wobec powyższego IZ RPO WZ podjęła decyzję o zmianie stawki w oparciu, o którą winna zostać nałożona korekta finansowania/pomniejszenie wydatków kwalifikowalnych w ramach umów z wykonawcą tj. obniżenie do poziomu 5 %. Powyższe podyktowane jest uwzględnieniem stanowiska Beneficjenta prezentowanym w zastrzeżeniach wniesionych do protokołu z kontroli projektu

odnoszących się do ilości ofert (po 2 oferty w ramach procedury) złożonych w ramach procedurach obarczonych nieprawidłowością.

Podsumowując, IZ RPO WZ wskazuje wartość pomniejszenia / korekty finansowej w wysokości 5 % wartości wydatków kwalifikowalnych w ramach umowy:

a) z wykonawcą: Przedsiębiorstwo Budowlane "DRAWA" Wiesław Denis umowa nr 89/ET/PN/21 z dnia 15.11.2021 r. - Termomodernizacja i remont budynku mieszkalnego wielorodzinnego, komunalnego zlokalizowanego przy ulicy Marszałka Józefa Piłsudskiego 26 w Koszalinie.

b) z wykonawcą: Przedsiębiorstwo Budowlane "DRAWA" Wiesław Denis Umowa nr 56/ET/TP/22 z dnia 02.08.2022 r. - Termomodernizacja i remont budynku mieszkalnego wielorodzinnego, komunalnego zlokalizowanego przy ulicy Marszałka Józefa Piłsudskiego 28 w Koszalinie.

IZ RPO WZ informuje jednocześnie, iż czynności kontrolne związane z kontrolą planową 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" zostają zakończone.

Z poważaniem  
Z upoważnienia Zarządu  
Dyrektor  
Wydziału Wdrażania RPO  
Wojciech Łebiński  
/podpisane elektronicznie/