



Katowice, 14 października 2015r
FR-RKPR.44.367.1.2015.ALU
Dot. projektu id 1733

Egzemplarz nr

INFORMACJA POKONTROLNA

Zmieniona i uzupełniona na podstawie rozdziału 11.3.4 Podręcznika Procedur Wdrażania Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2007-2013

Nazwa jednostki kontrolowanej: Miasto Wodzisław Śląski

Tytuł projektu: Przebudowa basenu MOSIR w dzielnicy Wilchwy w Wodzisławiu Śląskim - infrastruktura aktywnych form turystyki

Nr decyzji o dofinansowanie: UDA-RPSL.03.02.02-00-036/14

Podstawa prawna do przeprowadzenia kontroli:

1. Art. 26 ust.1 pkt 14 ustawy z dnia 6 grudnia 2006r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (tekst jednolity: Dz.U. z 2009 r. Nr 84, poz. 712 z późniejszymi zmianami),
2. § 15 umowy z 26 marca 2015r. w sprawie dofinansowania projektu pn. „Przebudowa basenu MOSIR w dzielnicy Wilchwy w Wodzisławiu Śląskim - infrastruktura aktywnych form turystyki”.

Rodzaj kontroli:

- ex-post zamówienia publicznego, dokumentów w siedzibie IZ RPO WSL (E);

Tryb kontroli:

- planowa (1)

1. Skład Zespołu Kontrolującego:

Imię i nazwisko	Stanowisko służbowe	Funkcja w zespole kontrolującym
Anna Łukasik	Inspektor	Kierownik Zespołu Kontrolującego
Hubert Musialik	Inspektor	Członek Zespołu Kontrolującego

2. Data przeprowadzenia kontroli: 11 sierpnia 2015r.

Pismem datowanym na 15 września 2015 roku Beneficjent wniósł zastrzeżenia do treści informacji pokontrolnej.

3. Miejsce przeprowadzenia kontroli: Urząd Marszałkowski Województwa Śląskiego

4. Wyjaśnień zespołowi kontrolującemu udzielili: *nie dotyczy*

5. Kontrola została zarejestrowana w księdze kontroli beneficjenta pod nr: *nie dotyczy*

6. Zakres oraz przedmiot kontroli:

Ocena zgodności wykorzystania środków finansowych z zakresem określonym w Umowie o dofinansowanie projektu.



Opis skontrolowanych procesów:

Zgodność podmiotowa i przedmiotowa postępowań w zakresie zamówień publicznych (ogłoszenia, tryb, SIWZ) z wnioskiem o dofinansowanie, wnioskiem o płatność, umową o dofinansowanie projektu oraz przepisami prawa krajowego i wspólnotowego.

7. Opis stwierdzonego w wyniku kontroli stanu faktycznego:

7.1 Zamówienia publiczne

7.1.1

Nazwa zamówienia: Wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę dla zadania pn: Przebudowa basenu MOSiR w dzielnicy Wilchwy.

Rodzaj zamówienia: usługi

Nr nadany przez Zamawiającego: BZP 3410-0023/4-8/08

Nr i data ogłoszenia z BZP: Numer ogłoszenia: 215052 - 2008; data zamieszczenia: 05.09.2008

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony

Szacunkowa wartość zamówienia: 245 900,00 zł tj. 63 423,69 euro

Wartość zawartej umowy: zgodnie z § 5 umowy zawartej 15 października 2008r. ustalone zostało wynagrodzenie na kwotę 131 200,00 zł netto tj. **160 064,00 zł brutto** (w tym: a) za wykonanie przedmiotu umowy określonego w § 1 (...) 152 500,00 zł brutto, b) za pełnienie nadzoru autorskiego 2 684,00 zł brutto, c) za aktualizację kosztorysu inwestorskiego na wniosek Zamawiającego 4 880,00 zł brutto)

Obowiązująca dla danego postępowania: ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych
Dz. U. z 2007 Nr 223, poz. 1655 tekst jednolity z późn. zm. – dalej w skrócie ustawa Pzp.

Wynik kontroli zamówienia publicznego – bez zastrzeżeń.

7.1.2

Nazwa zamówienia: Przebudowa basenu MOSIR w dzielnicy Wilchwy w Wodzisławiu Śląskim - infrastruktura aktywnych form turystyki

Rodzaj zamówienia: Roboty budowlane

Nr nadany przez Zamawiającego: BZP.271.1.2015

Nr i data ogłoszenia z BZP: Numer ogłoszenia: 22709 - 2015; data zamieszczenia: 19.02.2015r.

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony

Szacunkowa wartość zamówienia: 4 258 178,01 PLN

Wartość zawartej umowy: 4 434 245,39 zł brutto (cena netto: 3 605 077,55 zł)

Obowiązująca dla danego postępowania: ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych
Dz. U. z 2013 poz. 907 tekst jednolity z późn. zm. – dalej w skrócie ustawa Pzp.

7.1.2.a

Przepisy prawa mające zastosowanie w sprawie to m.in. przepisy ustawy Pzp oraz Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231 z dnia 19 lutego 2013 r.) – dalej w skrócie „rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów”, tj. w szczególności:



- Art. 22 ust. 1 ustawy Pzp: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:
 - 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
 - 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
 - 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
 - 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

- Art. 22 ust. 5 ustawy Pzp: Warunki, o których mowa w ust. 1, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia (...).

- Art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp: Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji, w szczególności przedstawiając w tym celu zamówienia pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

- § 1 ust.6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów: Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust.1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać:
 - 1) w przypadku warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy - dokumentów, o których mowa w ust. 1 pkt 9-11, a także innych dokumentów, dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
 - 2) dokumentów dotyczących w szczególności:
 - a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
 - b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
 - c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
 - d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

W dokumentacji przetargowej (SIWZ, ogłoszenie o zamówieniu) Zamawiający dokonał następującego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia: *„Zamawiający uzna warunek za spełniony, gdy Wykonawca wykaże się co najmniej: budową lub kapitalnym remontem jednego obiektu krytej pływalni: - w zakresie robót ogólnobudowlanych o wartości min. 2.000.000,00 zł, brutto -w zakresie technologii basenu dla uzdatniania wody basenowej o wartości min. 450.000,00 zł brutto -w zakresie c.o., wod-kan., i c.u.w. o wartości min. 550.000,00 zł brutto -w zakresie wentylacji nawiewno-wywiewnej o wartości min. 350.000,00 zł brutto -w zakresie jacuzzi, sauny, łaźni parowej, komory solnej o wartości min. 250.000,00 zł brutto - w zakresie instalacji elektrycznej i AKPiA o wartości min.*



600 000 zł brutto wykonanym w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie.”

W SIWZ Zamawiający przedstawił zapisy odnoszące się do zapisów art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w kontekście danego zamówienia - w sposób poniżej przedstawiony (dodatkowo w pkt 9 SIWZ, zacytowano § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów):

- 1) pkt 9 „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia”.
- 2) w części „Załączniki do specyfikacji” , „7.Zobowiązanie podmiotu trzeciego” poinformowano: „Zamiast niniejszego Formularza można przedstawić inne dokumenty, w szczególności:
 - pisemne zobowiązanie podmiotu, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp
 - dokumenty dotyczące:
 - a) zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,
 - b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, na potrzeby wykonania zamówienia,
 - c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,
 - d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu na potrzeby wykonania zamówienia
- 3) W załączniku do SIWZ pn.: „ZOBOWIĄZANIE PODMIOTU TRZECIEGO DO ODDANIA DO DYSPOZYCJI WYKONAWCY NIEZBĘDNYCH ZASOBÓW” – powtórzono ww. wymagania w zakresie przedstawienia koniecznych informacji.

W danym postępowaniu za ofertę najkorzystniejszą uznano ofertę wykonawcy Zakład Produkcyjno-Remontowo-Budowlany Artur Marcinek z Wodzisławia Śląskiego.

Z przedstawionej dokumentacji/oferty wynika, iż w celu wykazania się spełnianiem warunku wiedzy i doświadczenia ww. firma posłużyła się potencjałem podmiotów trzecich tj. Przedsiębiorstwa Usługowego „BORBUD” z Raciborza oraz AS PRODUKT Sebastian Pasturek z Małej Nieszawki (wymagano wykazania się szeregiem prac w zakresie budowy lub kapitalnego remontu jednego obiektu krytej pływalni) – wykazano 2 roboty budowlane wykonane przez ww. dwie firmy. W formularzu ofertowym **Zakładu Produkcyjno-Remontowo-Budowlanego Artur Marcinek z Wodzisławia Śląskiego** w pkt.6 „Nazwy podwykonawców (firm), na których zasoby powołujemy się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2B” – podano ww. dane dwóch firm. Niemniej w pkt. 5 oferty wykonawca nie przedstawił podwykonawców, którym zamierzałby powierzyć wykonanie części/czynności zamówienia.

Jednocześnie przedstawiono do oferty zobowiązania podmiotów trzecich (wg wzoru zaproponowanego w SIWZ) dot. oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów. W zobowiązaniu Przedsiębiorstwa Usługowego „BORBUD” z Raciborza, czytamy m.in.:

„Oświadczam, iż:

- a) *udostępniam Wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie: wiedzy i doświadczenia*



- b) *sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów będzie następujący: będą udzielane konsultacje*
- c) *charakter stosunku łączącego mnie z Wykonawcą będzie następujący umowa zlecenie*
- d) *zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący udział w konsultacjach*
- e) *okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący cały okres trwania umowy*

Treść zobowiązania wykonawcy AS PRODUKT Sebastian Pasturek z Małej Nieszawki w zakresie pkt b) – e) jest taka sama jak wyżej. W pkt a) natomiast czytamy: *udostępniam Wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie: wiedzy i doświadczenia (w zakresie wykonania groty solnej, łaźni parowej, sauny suchej).*

~~Zdaniem Zespołu Kontrolującego, w świetle obowiązujących na dzień ogłoszenia o zamówieniu przepisów ustawy Pzp (w tym przepisów wykonawczych), zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, a tym samym wybór złożonej przez wykonawcę oferty jako najkorzystniejszej był niedopuszczalny.~~

~~Zamawiający skorzystał z możliwości jakie daje § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów i w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów – zażądał dokumentów oraz informacji (wymienionych powyżej) mających na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia (zgodnie z art. 22 ust.5 ustawy Pzp).~~

~~Reasumując, przedstawiane zobowiązanie (lub zobowiązania) poprzez przedstawiane informacje miały na celu udowodnienie Zamawiającemu, że wykonawca:~~

~~— będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia na okres wykonywania zamówienia w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, a stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów.~~

~~Wykonawcy udostępniający swój potencjał wskazują, że ich zasobem jest wiedza i doświadczenie, a sposobem wykorzystania zasobów będzie udzielanie konsultacji. Zespół kontrolujący stoi na stanowisku, że jakiegokolwiek interpretacje treści złożonych dokumentów przez wykonawcę (w tym oświadczeń/zobowiązań) — nie są w stanie dać odpowiedzi na najbardziej nawet podstawowe pytania np.:~~

- a) ~~Jaki ma być dokładnie zakres i rodzaj udostępnionych zasobów?~~
- b) ~~W jaki sposób zasoby te mają być udostępniane?~~
- e) ~~Z jakich zasobów będzie mógł korzystać wykonawca przy realizacji przedmiotu zamówienia?
— oraz najważniejsze:~~
- d) ~~W jaki sposób (poprzez przedstawione dokumenty/informacje) zamawiający miał dokonać oceny pozytywnej, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia na okres wykonywania zamówienia w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia?~~



~~W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej konsekwentnie wyrażany jest pogląd, że jeśli złożone wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy odpowiedniego zasobu wymaga podjęcia zabiegów interpretacyjnych w celu ustalenia jego formy oraz zakresu udostępniania, to nie sposób uznać, że wykonawca udowodnił zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, a także że udowodnienie dysponowania zasobem należącym do podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie polega na wyczerpaniu stanu formalnego, polegającego na złożeniu w poczet dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dokumentu tytułowanego „zobowiązanie” powielającej w swojej treści brzmienie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp lub innego podobnego dokumentu, ale udowodnienie zamawiającemu, że wykonawca na podstawie tego udostępnienia uzyska odpowiedni potencjał, w wyniku którego spełni on warunki udziału w postępowaniu (zgodnie z wyrokiem KIO/KU 65/14).~~

Odnosząc się do relacji przedmiotu zamówienia (roboty budowlane – przebudowa basenu) do udzielanego przez podmioty trzecie wsparcia wykonawcy w realizacji zamówienia w formie konsultacji – należy stwierdzić, iż wybrana forma pomocy jest w danym przypadku niewystarczająca. W ocenie Zespołu kontrolującego, na etapie dokonywanej oceny przez Zamawiającego złożonych w postępowaniu ofert – nie można było wnioskować, iż z dokumentów (ostatecznie wybranego) wykonawcy – należyte wykonywanie zadania – bez realnego, stałego udziału w wykonywaniu zamówienia – było w ogóle możliwe. Z samej istoty robót budowlanych wynika, że mają one charakter dynamiczny, wymagają podejmowania zróżnicowanych działań w bardzo krótkim czasie, a prace wykonywać muszą podmioty/osoby mające odpowiednią wiedzę i doświadczenie, czyli zasób nierozdzielnie związany z podmiotem/osobą ich udzielającym, niemożliwym do samodzielnego obrotu i dalszego udzielania bez zaangażowania tego podmiotu/osoby w wykonywaniu zamówienia.

Wobec czego wykonywanie konsultingu przy pracach budowlanych – należy uznać za całkowicie oderwanie od realiów robót budowlanych. Ponadto, biorąc już pod uwagę wybrany sposób wykorzystania zasobów tj. bliżej nieokreślonych usług konsultingowych – nasuwają się kolejne pytania: Czy wykonawca będzie zwracał się po owe konsultacje jedynie wtedy, gdy uzna to za stosowne? Jeżeli tak, to w takim zakresie jaki uzna to za stosowne? Czy może w ogóle nie będzie korzystał z owej wiedzy i doświadczenia wskazanych przez siebie podmiotów (nie posiadając samemu niezbędnej wiedzy i doświadczenia do należytego wykonania zamówienia)? Ponadto podano konsultacje – bez wskazania ich zakresu, czy osób zobowiązanych do realnego świadczenia usług, a przede wszystkim sposobu przekazania zasobów.

Zespół kontrolujący uważa, iż nie wykazano, że potencjał udostępniany firmie Zakład Producyjno-Remontowo-Budowlany Artur Marcinek z Wodzisławia Śląskiego przez podmioty trzecie będzie wykorzystywany przez wykonawcę składającego ofertę w sposób realny przy wykonywaniu zamówienia. Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym po dniu 19 października 2014r., wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu (...) innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Przy powoływaniu się przez wykonawcę na potencjał wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego zamawiającej, zgodnie z treścią § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów uprawniony jest do badania czy wykonawca będzie dysponował zasobami w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz czy



~~stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów. Przepis ten wyraźnie wskazuje więc, że wykonawca powinien wykazać zamawiającemu, że będzie w stanie dysponować w trakcie realizacji zamówienia udostępnianym mu potencjałem w sposób realny. Potencjał wiedzy i doświadczenia ma charakter ściśle związany z podmiotem, który ma prawo się nim posługiwać. Dlatego, mając na uwadze przedmiot niniejszego zamówienia publicznego, aby istniała realna możliwość korzystania przez wykonawcę z zasobów podmiotu trzeciego, konieczny byłby w tym konkretnym przypadku bezpośredni udział wskazanego podmiotu przy realizacji zamówienia. Gdy podmiot trzeci użyje swojej wiedzy i doświadczenia tylko dla formalnego wykazania spełnienia warunku, bez wykazania realnej potrzeby i możliwości wykorzystania takiego potencjału w trakcie realizacji zamówienia pozostaje to w sprzeczności z celem przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp stanowiącym o możliwości posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu w takiej sytuacji może stanowić o pozorności działania, a realizacja zamówienia powierzona zostaje wykonawcy nie posiadającemu wymaganej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia. Nie może to być zatem tylko pozorne udostępnienie wykonawcy w trakcie prowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego określonych dokumentów. Uznając jako konieczny realny udział podmiotów udostępniających przystępującemu swoje zasoby wiedzy i doświadczenia w celu wykazania spełnienia warunku, Zespół kontrolujący uznał, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, toteż wybór złożonej przez wykonawcę oferty jako najkorzystniejszej był niezgodny z ustawą Pzp – dokonano naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.~~

Pismem datowanym na 15 września 2015 roku Beneficjent wniósł zastrzeżenia do powyższego uchybienia. Instytucja Zarządzająca po przeprowadzeniu dodatkowej analizy przychyliła się do argumentacji Beneficjenta i odstępuje od twierdzenia, że w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

Analiza przepisów PZP w zakresie dopuszczalności skorzystania przez wykonawców z potencjału osób trzecich prowadzi do wniosku, że elementem koniecznym udziału takich osób jest realna możliwość skorzystania z tych zasobów, którą wykonawca winien wykazać na etapie składania ofert. Obowiązujące przepisy nie przewidują uprawnienia zamawiającego do uzyskania potwierdzenia rzeczywistego udziału takich osób na etapie realizacji zamówienia publicznego.

Potwierdzeniem powyższego są orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie UZP, tj.:
- wyrok KIO z dnia 14.04.2015 r., KIO 656/15;

„Wykonawca powinien wykazać zamawiającemu, że będzie w stanie dysponować w trakcie realizacji zamówienia udostępnianym mu potencjałem w sposób realny. Nie może to być zatem tylko pozorne udostępnienie wykonawcy w trakcie prowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego określonych dokumentów. Art. 26 ust. 2b p.z.p. nie wymaga wprost uczestnictwa podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia w formie podwykonawstwa, choć taka forma udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego jest z pewnością najbardziej optymalnym rozwiązaniem, wskazującym na realną możliwość wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia. Taka forma uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia może też być w przypadku części zamówień niezbędna do wykazania zamawiającemu rzeczywistej możliwości wykorzystania udostępnionego potencjału podmiotu trzeciego. Zasada w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest wykazywanie przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego spełniania postawionych przez zamawiającego warunków samodzielnie, co uprawdopodobnia udzielenie zamówienia wykonawcy zdolnemu do jego należytej realizacji. Z uwagi na powyższe, w sytuacji korzystania przez wykonawcę z wyjątku od wskazanej normy, tj. z możliwości powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego, wykonawca powinien dochować należytej staranności i udowodnić



zamawiającemu iż dysponuje w sposób rzeczywisty określonym zasobem, który będzie w konkretny sposób wykorzystywany w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. W innym przypadku, ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu byłaby jedynie pozorna, a realizacja zamówienia powierzona zostałaby wykonawcy nie posiadającemu wymaganej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia”;

- wyrok z 07.04.2015 r., KIO 562/15 „Zobowiązanie z art. 26 ust. 2b p.z.p. nie jest oświadczeniem, poprzez które podmiot trzeci jest zobowiązany realizować zamówienie, ale jest to oświadczenie o pomocy przy realizacji zamówienia. Taka jest właściwość instytucji podmiotu trzeciego - wsparcie podmiotu, który nie posiada doświadczenia przy realizacji przedmiotu zamówienia. Pomoc przy realizacji zamówienia może mieć także postać także udzielenia konsultacji i szkolenia”;

- wyrok z dnia 30.03.2015 r., KIO 457/15; KIO 464/15; KIO 473/15; KIO 476/15 „Realności udostępnienia nie można każdorazowo utożsamiać z koniecznością fizycznej realizacji części zamówienia, konieczne jest w tym zakresie dokonanie analizy przedmiotu zamówienia i poczynienie oceny czy przy danym przedmiocie zamówienia takie podwykonawstwo jest potrzebne, czy też nie. Skoro wykonawca przez cały czas trwania zamówienia będzie mógł korzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu udostępniającego, w tym także przez przekazane mu zasoby osobowe, to nie jest to nierealne”.

W świetle powyższego należy uznać w przedmiotowej sprawie, że doświadczenie wykonawcy (udostępnione przez osobę trzecią i poparte stosownym jej oświadczeniem) zostało przez zamawiającego ocenione w sposób prawidłowy. W ocenianej sprawie wykonawca przedstawił dodatkowo dokumenty potwierdzające realny udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. W ocenie Instytucji Zarządzającej nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów w zakresie oceny i wyboru złożonej oferty.

W związku z w/w uchybieniem środka wydatkowane w ramach wskazanego zamówienia zostały wykorzystane z naruszeniem procedur wskazanych w art. 184 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U.2013.885 j.t. ze zmianami) i w świetle art. 207 ust. 1 tejże ustawy mogą one podlegać zwrotowi wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych. Niemniej jednak, zważywszy na § 13 ust. 4 umowy o dofinansowanie projektu, zastosowana zostaje ~~korekta finansowa w wysokości 25 % zgodnie z tabelą 2 pkt 30 Taryfikatora~~ „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE” t.j. „Naruszenia w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty” „Naruszenie art. 24 ust.1 i 2 Pzp poprzez wykluczenie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, z przyczyn innych niż określone w tych przepisach (...) lub wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu”.

We wskazanym zamówieniu nie zaistniały okoliczności, które mogłyby wpłynąć na dalsze obniżenie wartości środków podlegających zwrotowi.

Zastosowana metoda ustalenia wysokości korekty:

— **wskaźnikowa:** w związku z brakiem możliwości wyliczenia szkody metodą dyferencyjną wartość korekty finansowej zostanie ustalona metodą wskaźnikową, według wzoru: wysokość korekty x wysokość faktycznych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia (wysokość wydatków przedstawionych do refundacji). Przy obliczaniu kwoty, o którą zostanie pomniejszone dofinansowanie, wzięty pod uwagę będzie procent dofinansowania projektu.

7.1.2.b

W piśmie „Pytania i odpowiedzi” z 4 marca 2015r. przedstawiona zostały następujące



informacje: Wykonawca zadał następujące pytanie zamawiającemu: „POZ.47.1 – Naprawa niecki basenowej na powierzchni 135,00 m² – kalkulacja indywidualna – prosimy o podanie szczegółowego zakresu robót w celu poprawnego sporządzenia kalkulacji cenowej z podaniem grubości i ilości warstw naprawczych, proszę o podanie ilości, średnicy prętów i zakresu naprawy dotyczącej zbrojenia”.

Zamawiający udzielił natomiast następującej odpowiedzi: „Szczegółowy opis remontu niecki basenowej ujęto na stronach 12-14 opisu technicznego. (...) Aktualnie basen jest czynny i bez skutia posadzek trudno określić ilości i jakości materiałów naprawczych. Dlatego też w naszych kosztorysach (oraz przedmiarach robót) jest zapis o kalkulacji indywidualnej oferenta, który już wykonywał podobne prace z użyciem odpowiednich materiałów budowlanych i problemy takie są mu znane. Powyższe dotyczy pozycji kosztorysowych o numerach: 47.1, 52.1 i 65.1”

Co do zarzutów wykonawcy w zakresie takich samych zapisów w pozycjach 52.1 oraz 65.1 przedmiarów - Zamawiający udzielił odpowiedzi jak wyżej. Zdaniem Zespołu kontrolującego, powyższy brak merytorycznych odpowiedzi wskazuje na niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiot zamówienia, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tym samym doszło do naruszenia art. 29 ust.1 ustawy Pzp.

Zamawiający nie uwzględnił w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich istotnych elementów dla przygotowania oferty (w tym obliczenia ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników mających na nią wpływ).

Zespół kontrolujący, podziela stanowisko wyrażone w Komentarzu¹ do ustawy Pzp tj.: „opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (...). Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27 listopada 2006 r., III Ca 1019/06, stwierdził, że z przepisu art. 29 ust. 1 wynika, iż: ”Opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo. Ponadto użyte do sformułowania opisu przedmiotu zamówienia powinny być zawsze rozważane w kontekście konkretnego stanu faktycznego(...).Decydująca dla oceny poprawności sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia winna być perspektywa wykonawcy. Jak stwierdził SO w Zielonej Górze w wyroku z dnia 13 maja 2005 r., II Ca 109/05, niepubl., okoliczność, że inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, wystarczy bowiem, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę”.

W związku z w/w uchybieniem środka wydatkowane w ramach wskazanego zamówienia zostały wykorzystane z naruszeniem procedur wskazanych w art. 184 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U.2013.885 j.t. ze zmianami) i w świetle art. 207 ust. 1 tejże ustawy mogą one podlegać zwrotowi wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych. Niemniej jednak, zważywszy na § 13 ust. 4 umowy o dofinansowanie projektu, zastosowana zostaje **korekta finansowa w wysokości 10% zgodnie z tabelą 2 pkt 22 Taryfikatora** „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych

¹ Lex: Prawo zamówień publicznych, Komentarz, wyd. VI: Włodzimierz Dzierżanowski, Jarosław Jerzykowski, Małgorzata Stachowiak (stan prawny: 2014.10.19)



związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE” t.j.: „Naruszenie art. 29 ust.1 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i niezrozumiałych określeń, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty”.

We wskazanym zamówieniu nie zaistniały okoliczności, które mogłyby wpłynąć na dalsze obniżenie wartości środków podlegających zwrotowi.

Zastosowana metoda ustalenia wysokości korekty:

- **wskaźnikowa:** w związku z brakiem możliwości wyliczenia szkody metodą dyferencyjną wartość korekty finansowej zostanie ustalona metodą wskaźnikową, według wzoru: wysokość korekty x wysokość faktycznych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia (wysokość wydatków przedstawionych do refundacji). Przy obliczaniu kwoty, o którą zostanie pomniejszone dofinansowanie, wzięty pod uwagę będzie procent dofinansowania projektu.

Posumowanie dla zamówienia:

Uchybienie nr	Tabela taryfikatora	Wartość % korekty (w przypadku metody dyferencyjnej wartość kwotowa)
7.1.2.a	Tabela 2 pkt 30	25%
7.1.2.b	Tabela 2 pkt 22	10%

Zasady ustalania wysokości korekt finansowych:

1. Korekty finansowe zostają ustalone na podstawie tzw. Taryfikatora „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE” (przyjęty do stosowania dla nieprawidłowości wykrytych po 31 maja 2014 r.).
2. **Wykrycie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dwóch lub większej ilości przypadków niezastosowania zasad zamówień publicznych.** Zgodnie z Taryfikatorem zastosowanie będzie miała korekta finansowa o największej wartości procentowej.
3. **Potwierdzenie nieprawidłowości.** Korekty finansowe nakłada się po potwierdzeniu wystąpienia nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt. 7 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999.

7.1.2.c

Zamawiający w danym postępowaniu określił wadium w wysokości 150 000,00 zł. Zgodnie z art. 45 ust. 4 ustawy Pzp „Zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia”. Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona w wysokości: 4 258 178,01 PLN. W związku z czym wadium powinno zostać ustalona na poziomie 127 745, 34 zł. Ustalona kwota podana przez Zamawiającego stanowi natomiast 3,52% wartości zamówienia. Tym samym doszło do naruszenia art. 45 ust. 4 ustawy Pzp.

Powyższe uznaje się za uchybienie formalne.

g m



8. Stwierdzone uchybienia oraz wnioski wynikające z przeprowadzonej kontroli:

Wynik kontroli: z istotnymi zastrzeżeniami.

Konsekwencje finansowe:

- związane z zamówieniami publicznymi:

Zakres	Nr uchybienia	Wartość % korekty (w przypadku metody dyferencyjnej wartość kwotowa)
7.1	7.1.2.a b	25% 10%

9. Zalecenia pokontrolne: nie dotyczy

Pouczenie:

Kierownikowi jednostki kontrolowanej przysługuje prawo do zgłoszenia, na piśmie uzasadnionych zastrzeżeń do ustaleń zawartych w informacji pokontrolnej, w terminie 14 dni od dnia otrzymania informacji pokontrolnej. Zgłoszenie zastrzeżeń dotyczących informacji pokontrolnej przysługuje Kierownikowi jednostki kontrolowanej **jednorazowo (tzn. tylko raz dla danej kontroli)**. W takim przypadku sporządzana jest zmieniona i uzupełniona informacja pokontrolna.

Zastrzeżenia wniesione po upływie 14 dni od daty otrzymania informacji pokontrolnej nie będą rozpatrywane przez IZ RPO WSL.

Nieodesłanie podpisanej informacji pokontrolnej w terminie jest równoznaczne z odmową jej podpisania.

Kierownikowi jednostki kontrolowanej przysługuje prawo do odmowy podpisania zmienionej i uzupełnionej informacji pokontrolnej. Niepodpisaną zmienioną i uzupełnioną informację pokontrolną należy odesłać w terminie 7 dni kalendarzowych od daty jej otrzymania. Zastrzeżenia wniesione do zmienionej i uzupełnionej informacji pokontrolnej nie będą rozpatrywane przez IZ RPO WSL.

Podpisy członków zespołu kontrolującego

Podpis Kierownika jednostki kontrolowanej

Poni Anna Sulkasik
nie jest już pracownikiem WEFRR

PREZYDENT MIASTA

Mieczysław Kieca

..... 23 PAŹ. 2015
(miejsce, data, podpis) *Wodzisław Śląski*

Wydział Europejskiego Funduszu
Rozwoju Regionalnego
Referat kontroli projektów

.....
.....
(data, podpis)

14.10.2015

Zastępca Dyrektora Wydziału
Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

Monika Luda Szmyd

14-10-2015

Informacja pokontrolna została sporządzona w dwóch egzemplarzach, po jednym dla Instytucji Zarządzającej RPO WSL i jednostki kontrolowanej.

W2.12.10.2015
Robert Szczyrba

Wydział Europejskiego Funduszu
Rozwoju Regionalnego
Referat kontroli projektów

Piotr Ryza
Kierownik Referatu