

Katowice, 11 sierpnia 2020 roku
FR-RKPR.44.205.2.2020.IR
Projekt nr 025F/15

Egzemplarz nr

OSTATECZNA
INFORMACJA POKONTROLNA

Nazwa jednostki kontrolowanej: DĄBROWA GÓRNICZA - MIASTO NA PRAWACH POWIATU

Tytuł projektu: Zwiększenie zdolności instytucjonalnej i skuteczności administracji publicznej poprzez rozbudowę i modernizację referencyjnych baz danych powiatowych rejestrów publicznych

Nr umowy o dofinansowanie: UDA-RPSL.02.01.00-24-025F/15-00

Podstawa prawna do przeprowadzenia kontroli:

1. Art. 23 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (~~Dz.U.2018.1431~~ Dz.U.2020.1818 tekst jednolity- dalej „ustawa wdrożeniowa”),
2. § 17 Umowy nr UDA-RPSL.02.01.00-24-025F/15-00 z 20 stycznia 2017 r. w sprawie dofinansowania projektu pn. Zwiększenie zdolności instytucjonalnej i skuteczności administracji publicznej poprzez rozbudowę i modernizację referencyjnych baz danych powiatowych rejestrów publicznych.

Rodzaj kontroli:

- W trakcie realizacji projektu

Tryb kontroli:

- planowa

1. Skład Zespołu Kontrolującego:

Imię i nazwisko	Stanowisko służbowe	Funkcja w zespole kontrolującym
	Główny specjalista	Kierownik Zespołu Kontrolującego
	Inspektor	Członek Zespołu Kontrolującego

2.Data przeprowadzenia kontroli: 01 czerwca 2020 r. – 15 lipca 2020r.

Kontrola w siedzibie IZ RPO (analiza dokumentacji):

- pismo IZ RPO WSL nr FR-RKPR.44.205.2.2020.IR z 22.05.2020r. informujące o kontroli,
- e-mail z dnia 29.05.2020r. (konto [redacted]@dg.pl) informujący o uzupełnieniu dokumentów,
- e-mail z dnia 22.06.2020r. (konto [redacted]@slaskie.pl) z prośbą o uzupełnienie dokumentów,
- e-mail z dnia 25.06.2020r. (konto [redacted]@dg.pl) z uzupełnieniem dokumentów,
- e-mail z dnia 30.06.2020r. (konto [redacted]@dg.pl) z wyjaśnieniami i uzupełnieniem dokumentów,
- pismo IZ RPO WSL wstrzymujące termin na sporządzenie informacji pokontrolnej,
- notatka z dnia 14.07.2020r. w sprawie przesłanek miarkowania pomniejszenia ustalonego dla projektu nr 025F/15 – decyzja o obniżeniu pomniejszenia z dnia 14.07.2020r.

- pismo, znak sprawy WGK.042.2.4.2020 z dnia 29.07.2020r. (konto [redacted]@dg.pl) z zastrzeżeniami do informacji pokontrolnej.

3. Miejsce przeprowadzenia kontroli: siedziba IZ RPO WSL – kontrola w trybie pracy zdalnej.

4. Zakres oraz przedmiot kontroli:

Ocena prawidłowości zastosowania właściwych procedur dotyczących udzielania zamówień, dokonywana w trakcie realizacji projektu.

Opis skontrolowanych procesów:

Zgodność postępowań w zakresie zamówień z przepisami prawa krajowego i wspólnotowego.

5. Opis stwierdzonego w wyniku kontroli stanu faktycznego:

5.1 Zamówienia

W ramach prowadzonej kontroli zweryfikowano jedno postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U.2018.1986 j.t.– dalej „Pzp”).

5.1.1

Nazwa i przedmiot zamówienia: INŻYNIER KONTRAKTU – podmiot zewnętrzny zarządzający finansowo projektem „Zwiększenie zdolności instytucjonalnej i skuteczności administracji publicznej poprzez rozbudowę i modernizację referencyjnych baz danych powiatowych rejestrów publicznych” dofinansowywanym ze środków Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2014-2020 dla Działania 2.1. Wsparcie rozwoju cyfrowych usług publicznych, Oś priorytetowa II. Cyfrowe śląskie

Rodzaj zamówienia: Usługi

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: ZP.WGK.271.3.56.2019

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: 628997-N-2019 z dnia 2019-11-28 r.

Tryb udzielenia zamówienia: Przetarg nieograniczony

Szacunkowa wartość zamówienia: 167 845,30 zł netto = 38 927,87 euro

Umowa z wykonawcą (numer umowy/data zawarcia/nazwa wykonawcy/wartość brutto):

Umowa nr ZP.WGK.272.56.2019 z dnia 31.01.2020r. zawarta z prowadzącą firmę pod nazwą ALCYONA Firma Doradcza Marzena Wistuba Wesołek na kwotę 145 140,00 zł brutto

5.1.1.a

Zamawiający w pkt 8.2.3.1. SIWZ określił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej:

Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał przynajmniej jedną usługę, polegającą na zarządzaniu finansowym projektem dofinansowanym środkami unijnymi, zrealizowanym dla jednostki sektora finansów publicznych, o wartości projektu przynajmniej 10 mln zł.

Zamawiający w sposób nieuprawniony ograniczył krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania przedmiotowego zadania poprzez wymóg posiadania doświadczenia w zarządzaniu

finansowym projektem dofinansowanym środkami unijnymi oraz zrealizowanym dla jednostki sektora finansów publicznych.

Zdaniem IZ RPO WSL brak jest jakichkolwiek podstaw do różnicowania pozycji wykonawców w zależności od doświadczenia zdobytego przy realizacji projektów finansowanych ze środków UE, a dodatkowo realizowanych dla jednostki sektora finansów publicznych. Beneficjent formując powyższy warunek ograniczył dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, a nie mającym doświadczenia w projektach dofinansowanych ze środków UE zrealizowanych dla jednostki sektora finansów publicznych. W powyższym przypadku nie ma różnicy czy dana usługa była objęta dofinansowaniem unijnym i wykonana dla jednostki sektora finansów publicznych czy też nie – specyfika zamówień publicznych nie zależy od źródła dofinansowania projektu i na rzecz jakich zamawiających została wykonana.

Zgodnie z Uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 marca 2011 r. (Sygn. akt KIO/KD 20/11), przy analizie postępowań o udzielenie zamówień przeprowadzonych w ramach projektu, odwołanie się przez Zamawiającego przy opisie warunków udziału w postępowaniu do finansowania inwestycji ze środków UE, należy uznać za ograniczenie w sposób nieuprawniony dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy posiadają doświadczenie i wiedzę wystarczającą do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. W w/w Uchwale wskazano, że warunki odnoszące się do doświadczenia uzyskanego w trakcie inwestycji współfinansowanych ze środków UE są niezasadne nawet w przypadku udzielania zamówień współfinansowanych z tych środków.

Zamawiający nie może określać warunków udziału w zamówieniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Określone przez Zamawiającego warunki powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności danego podmiotu do wykonania zamówienia – nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionego preferowania jednych, i tym samym dyskryminacji innych wykonawców. Formułując warunki udziału w zamówieniu Zamawiający musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Każde odstępianie od naczelných zasad udzielania zamówień, poprzez formułowanie warunków nadmiernych należy uznać za naruszenie obowiązujących przepisów prawa. Dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia nie trzeba wykazywać doświadczenia w zakresie usług tożsamyh, identycznych z przedmiotem zamówienia, ale takich, które są zbliżone, podobne pod względem rodzaju czy charakteru.

Zamawiający dokonując opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez wymóg posiadania doświadczenia przewyższającego potrzeby niezbędne do realizacji zamówienia, ograniczył w sposób nieuprawniony konkurencję w pozyskaniu przedmiotowego zamówienia, czym naruszył art. 22 ust. 1a oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie przepisów prawa, które na skutek działania Beneficjenta doprowadziło do powstania potencjalnej szkody finansowej stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 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.U.UE.L.2013.347.320 – dalej „rozporządzenie ogólne”).

Zgodnie z art. 24 ust. 5 i 9 ustawy wdrożeniowej oraz §2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U.2016.200 z późn. zm – dalej „Rozporządzenie”) wartość stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej w przypadku korekty finansowej jest równa kwocie wydatków poniesionych nieprawidłowo w części odpowiadającej kwocie współfinansowania UE, natomiast w przypadku pomniejszenia jest równa kwocie wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach tego zamówienia.

Jednakże zgodnie z art. 24 ust. 6 ustawy wdrożeniowej i §3 Rozporządzenia obniża się wartość pomniejszenia i stosuje się §5 Rozporządzenia.

Za powyższe naruszenie przewidziana jest stawka procentowa w wysokości 25% odpowiadająca kategorii nieprawidłowości indywidualnej nr 12 pn. Określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zawarcia umowy koncesji, kryteriów kwalifikacji, kryteriów selekcji lub kryteriów oceny ofert.

Jednakże z uwagi na charakter i wagę stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej zastosowanie ma stawka procentowa o niższej niż maksymalna wysokość przewidziana dla danej kategorii nieprawidłowości w wysokości 5 %.

Instytucja Zarządzająca wskazuje, że Zamawiający nie wskazał konkretnego programu współfinansowanego z Unii Europejskiej, w ramach którego wykonawca miał świadczyć usługę polegającą na zarządzaniu finansowym projektem i otrzymać dofinansowanie. Ponadto, dofinansowanie ze środków unijnych można uzyskać z wielu programów zarówno krajowych, jak i regionalnych

Zważywszy na stan faktyczny analizowanego postępowania należy uznać, że wskazane uchybienie mogło generować znikomy wpływ na wynik postępowania i nieznacznie tylko oddziaływać na konkurencyjność i równe traktowanie wykonawców.

Doświadczenie w realizacji zamówień współfinansowanych ze środków UE i dla sektora finansów publicznych obejmuje znaczny krąg potencjalnych wykonawców realizujących zamówienia z różnych programów operacyjnych i w różnych perspektywach np. Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Europejskiego Funduszu Orientacji i Gwarancji Rolnej, Funduszu Spójności i wiele innych.

Zgodnie z § 8 Rozporządzenia: „Stosowanie stawek procentowych o niższej wysokości niż maksymalna wysokość dla danej nieprawidłowości indywidualnej nie jest możliwe w stosunku do podmiotów, które, mimo otrzymania wyniku kontroli lub audytu dotyczącego projektów realizowanych przez te podmioty w ramach danego programu operacyjnego, stwierdzających wystąpienie nieprawidłowości indywidualnej, powtórnie popełniają taką samą nieprawidłowość indywidualną w postępowaniach o udzielenie zamówienia wszczętych po dniu otrzymania wyniku kontroli lub audytu.”

W przypadku zaistnienia okoliczności o których mowa w § 8 Rozporządzenia, Instytucja Zarządzająca odstąpi od zastosowania niższej stawki procentowej dla danej nieprawidłowości.

Do powyższych ustaleń Beneficjent wniósł zastrzeżenia, w których argumentuje, że wymóg świadczenia usługi polegającej na zarządzaniu finansowym dla projektów współfinansowanych ze środków UE, który został postawiony w zamówieniu miał na celu dobór wykonawców, którzy w sposób sprawny i profesjonalny obsłużą procedury związane z prowadzeniem skomplikowanych procesów opartych o przepisy UE. Podnoszone jest również w zastrzeżeniach, że „gdyby

zamawiający nie ustanowił kwestionowanego przez IZ warunku, istniałoby wysokie ryzyko, iż wykonawca będzie realizował przedmiot zamówienia w taki sposób, który nie będzie pozwalał zamawiającemu na prawidłową realizację projektu”.

W ocenie Beneficjenta tak sprecyzowane warunki udziału stanowią właściwe wyważenie, mając na uwadze realizację projektu w oparciu o wymienione w zastrzeżeniach Wytyczne i Przewodnik dla Beneficjentów.

Z argumentacją Beneficjenta IZ RPO WSL nie może się zgodzić. Ustanowiony przez zamawiającego warunek w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia polegający na obowiązku wykazania się przez potencjalnych wykonawców wykonaniem zamówień w ramach których zrealizowali usługi współfinansowane ze środków UE, mógł ograniczyć dostęp do zamówienia tym wykonawcom, którzy posiadają doświadczenie w zakresie usług polegających na zarządzaniu finansowym projektem, jednak niedofinansowanym środkami unijnymi. Żądanie od wykonawców posiadania doświadczenia w realizacji usług współfinansowanych ze środków UE, jest niedopuszczalne, gdyż brak jest podstaw aby ograniczać dostęp do realizacji zamówienia przez wykonawców posiadających doświadczenie w realizacji podobnych zamówień, które były finansowane z innych środków. Zawsze będzie to skutkowało naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Celem określenia warunków jest dopuszczenie tylko tych wykonawców, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolni do wykonania zamówienia, a nadto zapewnią jego wykonanie. Z drugiej strony warunki nie mogą jednak prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców.

Zgodnie bowiem z przepisem art. 22 ust. 1a, „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności”.

Powyższy przepis oznacza, że warunki nie mogą wyjść poza ich niezbędne minimum uzasadnione rodzajem i zakresem przedmiotu zamówienia oraz powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia. Nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionego wykluczenia wykonawców.

Co istotne, zadania Inżyniera kontraktu opisane w OPZ nie są właściwe jedynie dla projektów współfinansowanych ze środków UE, a tym samym sposób finansowania omawianego zamówienia nie wpływa na stopień skomplikowania zleconych inżynierowi zadań. Zatem dla prawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia bez znaczenia był fakt posiadania przez wykonawcę doświadczenia, które zdobyte zostało w ramach programu współfinansowanego z UE i nie było zasadne wprowadzenie takiego kryterium różnicującego potencjalnych wykonawców. O posiadanym doświadczeniu może świadczyć charakter, zakres wykonanych usług, stopień ich merytorycznej złożoności ewentualnie wartość realizowanych projektów, nie zaś źródło jego finansowania. Kryterium źródła finansowania nie ma znaczenia dla oceny doświadczenia zdobytego przez potencjalnego wykonawcę.

Powyższe potwierdza wyrok KIO nr 650/16 z dnia 13 maja 2016 r.: „W ocenie Izby brak jest podstaw do twierdzenia, że źródło finansowania usług jest istotne z punktu widzenia oceny doświadczenia wykonawcy. (...) to Zamawiający powinien zapewnić odpowiednie doświadczenie opisując warunki od strony merytorycznej, nie zaś poprzez wskazanie źródła finansowania, gdyż taki opis niezasadnie ogranicza konkurencję, a jednocześnie nie gwarantuje doświadczenia o cechach istotnych z punktu widzenia przedmiotu zamówienia. (...) Istotna jest bowiem merytoryczna wartość posiadanego doświadczenia, które jest niezbędne do należytego wykonania przedmiotu zamówienia i te merytoryczne aspekty należy uznać za wystarczające do osiągnięcia celu warunku udziału

w postępowaniu". Należy jednocześnie podkreślić, że w kontekście zadań stawianych przed wykonawcą w ramach realizacji umowy, która miała być wynikiem badanego postępowania, a także z przedłożonych do kontroli dokumentów oraz samej treści zastrzeżeń, wynika w sposób niebudzący wątpliwości, że realizacja przedmiotowych zadań nie wymaga posiadania umiejętności specyficznie związanych z realizacją projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej. W kontekście zatem obowiązków jakie nakłada na Wykonawcę umowa zawarta w wyniku niniejszego postępowania, IZ RPO WSL nie widzi uzasadnienia dla tak znacznego ograniczenia doświadczenia, jakim winien legitymować ma się wykonawca by wziąć udział w postępowaniu.

Tym samym, odwołanie się przez Zamawiającego w opisie warunków udziału w postępowaniu do finansowania inwestycji ze środków UE, należy uznać za ograniczenie w sposób nieuprawniony dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy posiadają doświadczenie i wiedzę wystarczającą do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Beneficjent, udzielając zamówienia publicznego, zobowiązany jest do jego przygotowania i przeprowadzenia w sposób zapewniający w szczególności zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. W przedmiotowym postępowaniu powyższe zasady zostały jednak pominięte.

Należy jednocześnie podkreślić, że w badanym przypadku nie tylko ograniczono doświadczenie do źródła finansowania ale równocześnie wymagane doświadczenie powiązano z określoną grupą podmiotów, na rzecz których wykonawca miał wykonać usługi.

W zastrzeżeniach Beneficjent argumentuje zastosowanie wymogu doświadczenia zrealizowanego dla jednostki sektora finansów publicznych w następujący sposób: „*Nie ulega wątpliwości, że zarządzanie finansowe projektem unijnym różni się od normalnej gospodarki finansowej jednostek sektora finansów publicznych. Gdyby było inaczej, nie powstawałoby szereg wytycznych i specyficznych wymagań, publikowanych przez Instytucje Zarządzające, Ministerstwo, czy wreszcie samą Komisję Europejską. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w Nowym Sączu w wyroku z dnia 7 kwietnia 2011 r., sygn. akt III Ca 88/09, zakaz określania warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, nie oznacza nakazu dopuszczenia do udziału wykonawców bez sprawdzenia ich wiarygodności i zdolności do należytego wykonania zamówienia. Celem unormowania nie jest bowiem jakiegokolwiek zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców, lecz wyłącznie ochrona interesów publicznych.*”

W ocenie IZ RPO WSL nie ma żadnego znaczenia dla realizacji celu zamówienia, to czy podmiot który je wykonuje świadczył wcześniej usługi na rzecz jednostek sektora finansów publicznych czy też na rzecz innych podmiotów nie mieszczących się w kręgu sektora finansów publicznych. Tym samym zamawiający ograniczył udział w postępowaniu tym wykonawcom, którzy realizowali podobne świadczenia na rzecz podmiotów, innych niż wymienione w Ustawie o finansach publicznych, np. podmiotów prywatnych czy też fundacji i stowarzyszeń, wspólnot mieszkaniowych, parafii, przedsiębiorców oraz szeroko pojętych non-government organization (NGO), które również są Beneficjentami dofinansowania nie tylko z Unii, ale również ich programów, funduszy i mechanizmów. Z wiedzy jaką posiada IZ, przykładowo fundacje i stowarzyszenia realizują wiele projektów, stąd posiadają duże doświadczenie w pozyskiwaniu środków zewnętrznych. Należy domniemywać, iż wykonawca który z powodzeniem wykonał usługę zarządzania projektem w imieniu na przykład fundacji realizującej projekt, równie dobrze poradziłby sobie w przypadku zarządzania także w jednostce sektora publicznego, niemniej jednak nie mógł on złożyć oferty.

Celem ustalania warunków udziału w postępowaniu winno być wyłonienie wykonawcy posiadającego określone kompetencje nabyte w ramach swojej działalności zawodowej, nie zaś takiego wykonawcy, który niezbędną wiedzę i doświadczenie nabył przez wykonywanie umów

wyłącznie na rzecz pewnej grupy zamawiających. Nie do przyjęcia jest, by jednostki sektora finansów publicznych były zamawiającymi na tyle specyficznymi, by podmiot który należycie wykonał umowę na rzecz przykładowo przedsiębiorstwa nie mógł prawidłowo wykonać zamówienia również na ich rzecz. Nieuzasadnione jest założenie, że wiedza i doświadczenie nabyte przy wykonywaniu usług dot. zarządzania projektem na rzecz sektora prywatnego jest niewystarczające dla prawidłowej realizacji analogicznego przedmiotu zamówienia dla jednostki sektora finansów publicznych. Dla oceny doświadczenia wykonawcy nie ma żadnego znaczenia to czy Beneficjentem zarządzanego przez Niego projektu była jednostka sektora finansów publicznych czy np. podmiot prywatny.

Należy również zauważyć, że zasady realizacji projektu – w tym jego finansowej części – wspólne są dla wszystkich podmiotów otrzymujących dofinansowanie bez względu, czy stanowią one jednostki sektora finansów publicznych czy też nie.

Kontrolowany twierdzi również, iż: „Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wyłonienie wykonawcy usługi dotyczącej zarządzania finansowego projektem unijnym były proporcjonalne oraz związane z przedmiotem zamówienia. Zarządzanie finansowe, obejmujące rozliczanie funduszy i analizy związanego z tym ryzyka, było w tym konkretnym przypadku bezpośrednim przedmiotem zamówienia, a zatem wymaganie doświadczenia w rozliczaniu projektów unijnych nie stanowiło naruszenia prawa”.

IZ RPO WSL zgadza się, że opis ten musi być proporcjonalny oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Niemniej jednak, przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp., nakłada na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Powyższe oznacza, że zabrania się określania warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję tj. poprzez tworzenie i wprowadzanie nieuzasadnionych barier ograniczających prawo oferentów do wzięcia udziału w przetargu. Tworzeniu i opracowywaniu SIWZ, musi więc towarzyszyć nie dość, że wymóg przestrzegania przepisów prawa w zakresie odnoszącym się do określonych nimi praw i obowiązków zamawiającego oraz skorelowanych z nimi podstawowych praw oferentów, których SIWZ nie może ograniczać, ani też wyłączać, to również wymóg odnoszący się do potrzeby zachowania niezbędnej równowagi między interesem zamawiającego polegającym na gwarancji należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, który wyraża się w usprawiedliwionym oczekiwaniu, że wobec nadmiernych wymagań, nie zostaną oni wykluczeni z postępowania albo wręcz zniechęceni do udziału w nim, a tym samym, że nie zostaną pozbawieni prawa równej szansy ubiegania się o uzyskanie zamówienia. (por. NSA wyrok z dnia 21 listopada 2014 r. sygn. akt II GSK 919/13 dostępny www.orzeczenia.nsa.gov.pl).

Proporcjonalność należy przy tym rozumieć jako opisanie warunku na takim poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność realizacji przedmiotu zamówienia, nie wprowadza zaś – nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy – ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Powyższe zostało jednoznacznie wyrażone w stanowisku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 19 lutego 2015 r., o sygn. III SA/Wr 880/14: „Zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jeżeli warunki udziału w postępowaniu zostaną określone w sposób zbyt rygorystyczny, może to ograniczyć krąg wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie i doprowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji. (...) Wskazać należy, że istotą posiadania doświadczenia jest wykazanie się wykonywaniem określonych czynności”.

Następnie, autor zastrzeżeń podnosi, iż, „Działanie kontrolowanego podyktowane było troską o prawidłowe, skuteczne i zgodne z wytycznymi przeprowadzenie zarządzania finansowego projektem. Kontrolowany zwraca uwagę, że jest to w projekcie „Zwiększenie zdolności instytucjonalnej i skuteczności administracji publicznej poprzez rozbudowę i modernizację referencyjnych baz danych powiatowych rejestrów publicznych” już kolejna usługa dot. Inżyniera Kontraktu. W pierwszym zamówieniu, Inżynier Kontraktu miał wykonywać czynności związane zarządzaniem projektem jako takim. Wówczas kontrolowany, formułując warunki udziału w postępowaniu, nie wskazywał konieczności posiadania przez wykonawcę doświadczenia w pracy z projektami dofinansowywanymi ze środków unijnych, a jedynie posiadanie przez wykonawcę specjalisty w tym zakresie. Niestety okazało się, że posiadanie przez wykonawcę specjalistów nie gwarantuje prawidłowego wykonywania usługi przez wykonawcę. Skutkiem tego była wadliwość wykonywania przez wykonawcę kontraktu, prowadząca do odstąpienia przez zamawiającego od umowy i konieczność angażowania dodatkowych sił i środków na prowadzenie procesów sądowych o wyegzekwowanie kary umownej.”

Omawiany warunek udziału w postępowaniu dotyczy zdolności wykonawcy, a nie kompetencji personelu, którym on dysponuje tym samym powyższy argument pozostaje bez znaczenia dla badanej sprawy. Na marginesie należy jednak wskazać, iż wymóg ustanowiony przez Zamawiającego względem zdolności wykonawcy również nie daje mu pewności co do prawidłowej realizacji zamówienia. Należy bowiem zauważyć, że możliwa jest sytuacja, że Wykonawca jako podmiot będzie legitymował się wymaganym doświadczeniem zdobytym w przeszłości, natomiast żaden z obecnie zatrudnionych przez Niego pracowników nie będzie posiadał wymaganego od Wykonawcy doświadczenia.

Zważywszy na wszystkie powyższe okoliczności, IZ RPO WSL podtrzymuje kwalifikację uchybienia.

Podsumowanie dla zamówienia:

Uchybienie nr	Numer kategorii nieprawidłowości indywidualnej	Wartość % pomniejszenia
5.1.1.a	12	5 %

6. Stwierdzone uchybienia oraz wnioski wynikające z przeprowadzonej kontroli:

Wynik kontroli: z istotnymi zastrzeżeniami.

Konsekwencje finansowe:

- związane z zamówieniami:

Zakres	Nr uchybienia	Wartość pomniejszenia
5.1	5.1.1.a	5 %

Sposób usunięcia nieprawidłowości:

W przypadku nieprawidłowości stwierdzonych przed zatwierdzeniem wniosku o płatność (jeżeli w kontrolowanym wniosku o płatność przedstawiono dany wydatek) Instytucja Zarządzająca dokona pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych ujętych we wniosku o płatność złożonym przez beneficjenta o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo.

W przypadku kiedy beneficjent będzie składał kolejne wnioski o płatność oraz w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości przed złożeniem przez beneficjenta wniosku o płatność, we wnioskach o płatność należy ująć wydatki kwalifikowalne pomniejszone o kwotę wynikającą ze stwierdzonych nieprawidłowości.

W przypadku stwierdzenia, że beneficjent nie dokonał odpowiedniego pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych, IZ pomniejszy wydatki kwalifikowane o kwotę wydatków nieprawidłowych. W sytuacji, gdy beneficjent zawrze we wniosku o płatność wydatek, który wcześniej, w wyniku kontroli, został uznany za nieprawidłowy, instytucja weryfikująca wniosek oceni, czy nie zachodzą przesłanki podejrzenia popełnienia przestępstwa.

Celowe przedstawienie do rozliczenia wydatków niekwalifikowalnych może stanowić próbę popełnienia przestępstwa, o którym mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2018, poz. 1600, z późn. zm.) albo przestępstwa skarbowego, o którym mowa w ustawie z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz. U. z 2018 r., poz. 1958 z późn. zm.).

W przypadku nieprawidłowości stwierdzonych w uprzednio zatwierdzonym wniosku o płatność Instytucja Zarządzająca nakłada korektę finansową oraz rozpocznie procedurę odzyskiwania kwoty współfinansowania UE w wysokości odpowiadającej wartości korekty finansowej, zgodnie z art. 207 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019, poz. 869 tj.).

Podpisanie niniejszej informacji pokontrolnej jest równoznaczne z akceptacją i przyjęciem do wiadomości sposobu usunięcia nieprawidłowości.

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 zgodnie z art. 24 ust. 10 oraz 25 ust. 2 ustawy wdrożeniowej. Zgłoszenie zastrzeżeń dotyczących informacji pokontrolnej przysługuje Kierownikowi jednostki kontrolowanej **jednorazowo (tzn. tylko raz dla danej kontroli)**.*

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

Niewyrażenie stanowiska odnośnie ustaleń zawartych w informacji pokontrolnej w ww. terminie jest równoznaczne z brakiem jej akceptacji.

W przypadku złożenia przez Beneficjenta zastrzeżeń do informacji pokontrolnej sporządzana zostaje ostateczna informacja pokontrolna, która zawiera stanowisko IZ RPO WSL, wobec której nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń zgodnie z art. 25 ust. 11 ustawy wdrożeniowej.

Podpisy członków zespołu kontrolującego

[Podpis]

Zaakceptował:

Piotr Ryza

Kierownik Referatu Kontroli Projektów

Departament Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym

Zatwierdził:

Monika Duda-Szmyd

Zastępca Dyrektora Departamentu Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym