

Katowice, 5 maja 2020 r.  
FR-RKPR.44.740.1.2019.PP  
Dotyczy projektu nr 0714/17

**Pan Piotr Kuczera**  
**Prezydent Miasta Rybnika**  
**Urząd Miasta Rybnika**  
**ul. Bolesława Chrobrego 2**  
**44-200 Rybnik**

**Dotyczy kontroli projektu pn. „Rozwój zrównoważonej mobilności miejskiej w Rybniku”**

**URZĄD MARSZAŁKOWSKI**  
**WOJEWÓDZTWA ŚLĄSKIEGO**

DEPARTAMENT  
EUROPEJSKIEGO FUNDUSZU  
ROZWOJU REGIONALNEGO

ul. Ligonia 46,  
40-037 Katowice

TELEFON +48 32 77 40 130  
FAKS +48 32 77 40 196

efrr@slaskie.pl  
slaskie.pl  
powstania.slaskie.pl

Szanowny Panie Prezydencie,

W załączeniu do niniejszego pisma przekazuję ostateczną informację pokontrolną z przeprowadzonej w dniach 07-27.11.2019 r. kontroli projektu pn. *Rozwój zrównoważonej mobilności miejskiej w Rybniku*, współfinansowanego z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2014 – 2020.

Do ostatecznej informacji pokontrolnej nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń.

Z poważaniem,

**Monika Duda-Szmyd**

Zastępca Dyrektora Departamentu Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

*Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym*

Załączniki: Ostateczna informacja pokontrolna z kontroli projektu jak wyżej.

Otrzymują: Adresat,  
(do wiadomości) kopia a/a

Katowice, 5 maja 2020 r.  
FR-RKPR.44.740.1.2019.PP  
dot. projektu nr 0714/17

## OSTATECZNA INFORMACJA POKONTROLNA

**Nazwa jednostki kontrolowanej:** Rybnik - Miasto na prawach powiatu  
**Tytuł projektu:** Rozwój zrównoważonej mobilności miejskiej w Rybniku  
**Nr umowy o dofinansowanie:** UDA-RPSL.04.05.02-24-0714/17-00

**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. z 2018 poz. 1431 z późn. zm. - dalej „ustawa wdrożeniowa”),
- 2) § 17 Umowy nr UDA-RPSL.04.05.02-24-0714/17-00 z dnia 07.08.2018 r. w sprawie dofinansowania projektu pn. *Rozwój zrównoważonej mobilności miejskiej w Rybniku*.

**Rodzaj kontroli:**

- W trakcie realizacji projektu

**Tryb kontroli:**

- planowa

**1. Skład Zespołu Kontrolującego:**

| Imię i nazwisko | Stanowisko służbowe | Funkcja w zespole kontrolującym  |
|-----------------|---------------------|----------------------------------|
| Piotr Piszcz    | Starszy Inspektor   | Kierownik Zespołu Kontrolującego |
| Kinga Powroźnik | Główny Specjalista  | Członek Zespołu Kontrolującego   |
| Maja Wróbel     | Główny Specjalista  | Członek Zespołu Kontrolującego   |

**2. Data przeprowadzenia kontroli:** 07-27.11.2019 r.

Kontrola w siedzibie IZ RPO - w tym kontrola w trybie pracy zdalnej (analiza dokumentacji):

- e-mail do Beneficjenta z dnia 15.11.2019 r. (konto: piotr.piszcz@slaskie.pl) z prośbą o udzielenie wyjaśnień dot. kontrolowanych postępowań (termin: do 19.11.2019 r.),
- notatka służbowa z dnia 18.11.2019 r. dotycząca miarkowania pomniejszenia w projekcie (decyzja z dnia 19.11.2019 r. wyrażająca zgodę na obniżenie poziomu pomniejszenia),
- e-mail od Beneficjenta z dnia 19.11.2019 r. (konto: gospodarka@um.rybnik.pl) przekazujący wyjaśnienia dotyczące kontrolowanych postępowań,
- e-mail od Beneficjenta z dnia 21.11.2019 r. (konto: gospodarka@um.rybnik.pl) przekazujący uzupełnienie wyjaśnień z dnia 19.11.2019 r. dotyczących kontrolowanych postępowań,
- e-mail od Beneficjenta z dnia 22.11.2019 r. (konto: gospodarka@um.rybnik.pl) przekazujący dodatkowe uzupełnienie wyjaśnień z dnia 19.11.2019 r. dotyczących kontrolowanych postępowań,
- e-mail od Beneficjenta z dnia 25.11.2019 r. (konto: gospodarka@um.rybnik.pl) przekazujący kolejne wyjaśnienia (bez wezwania) dotyczące jednego z kontrolowanych postępowań,
- pismo od Beneficjenta o sygn. R.042.6.2018 z dnia 16.12.2019 r. przekazujące zastrzeżenia do informacji pokontrolnej z dnia 27.11.2019 r.,
- pismo do Beneficjenta o sygn. FR.RKPR.KW-01408/19 z dnia 18.12.2019 r. informujące o przerwaniu biegu terminu na sporządzenie ostatecznej informacji pokontrolnej w związku z koniecznością przeprowadzenia dodatkowych czynności kontrolnych,
- wniosek o opinię prawną o sygn. FR-RKPR.ZD-03115/19 z dnia 20.12.2019 r.,

- opinia prawna o sygn. KN-OP.084.2.54.2019, KN-OP.ZD-00154/20 z dnia 04.03.2020 r.,
- pismo do Beneficjenta o sygn. FR-RKPR.KW-00251/20 z dnia 09.03.2020 r. informujące o kolejnym przerwaniu biegu terminu na sporządzenie ostatecznej informacji pokontrolnej w związku z prośbą o udzielenie dodatkowych wyjaśnień w zakresie kontrolowanego postępowania nr TT-81-PN/14-2019,
- e-mail od Beneficjenta z dnia 16.03.2020 r. (konto: gospodarka@um.rybnik.pl) z prośbą o zawieszenie kontroli projektu w związku z panującą epidemią,
- e-mail do Beneficjenta z dnia 17.03.2020 r. (konto: piotr.piszczy@slaskie.pl) informujący o zawieszeniu do odwołania kontroli projektu,
- e-mail do Beneficjenta z dnia 06.04.2020 r. (konto: piotr.piszczy@slaskie.pl) z zapytaniem o możliwość kontynuowania procedury kontrolnej,
- e-mail od Beneficjenta z dnia 07.04.2020 r. (konto: gospodarka@um.rybnik.pl) z prośbą o dalsze zawieszenie kontroli projektu do końca kwietnia br. w związku z panującą epidemią,
- e-mail do Beneficjenta z dnia 16.04.2020 r. (konto: piotr.piszczy@slaskie.pl) informujący o wydłużeniu terminu na przekazanie wyjaśnień w odpowiedzi na pismo z dnia 09.03.2020 r. do dnia 30.04.2020 r.,
- e-mail od Beneficjenta z dnia 30.04.2020 r. (konto: gospodarka@um.rybnik.pl) przekazujący dodatkowe wyjaśnienia w odpowiedzi na pismo z dnia 09.03.2020 r.

### 3. Miejsce przeprowadzenia kontroli:

- siedziba Beneficjenta – Urzędu Miasta Rybnik, ul. Chrobrego 2, 44-200 Rybnik,
- siedziba IZ RPO WSL (w tym kontrola w trybie pracy zdalnej).

### 4. Zakres oraz przedmiot kontroli:

Ocena zgodności wykorzystania środków finansowych z zakresem określonym w Umowie w sprawie dofinansowania 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 5 postępowań o udzielenie zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późniejszymi zmianami – dalej „Pzp”) oraz 4 zamówienia poniżej kwoty 50 000 zł netto.

##### 5.1.1

**Nazwa i przedmiot zamówienia:** Budowa pieszo-rowerowego ciągu komunikacyjnego, łączącego ulicę Mikołowską w dzielnicy Paruszowiec-Piaski z ulicą Żużłową w dzielnicy Północ – zadanie realizowane w ramach projektu „Rozwój zrównoważonej mobilności miejskiej w Rybniku”

**Rodzaj zamówienia:** roboty budowlane

**Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego:** ZP.271.33.2018

**Numer ogłoszenia oraz data publikacji:** BZP, Ogłoszenie nr 538744-N-2018 z dnia 29.03.2018r.

**Tryb udzielenia zamówienia:** przetarg nieograniczony

**Szacunkowa wartość zamówienia:** 2.774.575,48 zł netto (643.499,20 euro)

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

Umowa nr IMI.272.41.2018 / 22.06.2018r. / AZI-BUD Sp. z o.o. / 5.849.951,70 zł brutto

##### 5.1.1.a

W SIWZ zawarto zapis, zgodnie z którym „Zamawiający wymaga dołączenia do oferty kosztorysu

ofertowego, w formie zgodnej z załączonym do SIWZ wzorem /drukiem (brak kosztorysu będzie skutkowało odrzuceniem oferty zgodnie z art. 89 ust. pkt 2 ustawy Pzp), przedstawionego w formie uproszczonej (bez rozbicia na składniki cenotwórcze RMS i narzuty), z podaniem dla każdej pozycji ilości jednostek przedmiarowych (zgodnie z przedmiarem robót), ceny jednostkowej wraz z narzutami oraz jej wartości. Kosztorys ten będzie miał charakter pomocniczy przy:

1. badaniu ewentualnej rażąco niskiej ceny,
2. ustalaniu wysokości płatności częściowych,
3. określaniu (w przypadku uszkodzenia czy zniszczenia mienia w okresie późniejszej eksploatacji) wysokości szkody w negocjacjach z ubezpieczycielem,
4. ustalaniu wartości poszczególnych elementów zamówienia podczas przekazywania zrealizowanej inwestycji na majątek stosownej jednostce organizacyjnej miasta”.

Równocześnie dla zadania inwestycyjnego ustalono wynagrodzenie ryczałtowe.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że jeśli kosztorys przy wynagrodzeniu ryczałtowym żądany był jedynie w celach pomocniczych i informacyjnych, oferty go nie zawierającej nie należy odrzucać na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Zamawiający bowiem żądają z reguły kosztorysów przy wynagrodzeniu ryczałtowym jako elementów pomocniczych niepodlegających ocenie, a służących jedynie np. jako materiał uwiarygodniający cenę ofertową. Zatem zapis zgodnie, z którym brak kosztorysu będzie skutkowało odrzuceniem oferty zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp jest nieuprawniony.

Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. wyrok z 12 maja 2010 r. o sygn. akt KIO 717/10, wyrok z 18 sierpnia 2011 r. o sygn. akt KIO 1673/11, wyrok z 16 marca 2010 r. o sygn. akt: KIO/UZP 139/10).

Faktyczny przebieg postępowania potwierdza, że nieuprawniony zapis zawarty w SIWZ nie miał zastosowania (wszyscy wykonawcy przedłożyli wraz z ofertą kosztorysy).

Z powyższych względów opisane uchybienie ma jedynie charakter formalny, bez skutków finansowych.

#### 5.1.1.b

Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu:

„Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, co najmniej 2 roboty budowlane na terenach PKP PLK S.A., o wartości minimum 1.200.000,00 zł brutto, w tym przynajmniej jedną robotą, która obejmowała swoim zakresem wykonanie przejść lub przejazdów podziemnych o konstrukcji żelbetowej, o minimalnym przekroju 4 m<sup>2</sup> i długości minimum 15 m.”

Poproszono Beneficjenta o wyjaśnienie w zakresie zasadności tak postawionego warunku udziału w postępowaniu w kontekście dyspozycji art. 22. ust. 1a Pzp.

W odpowiedzi Beneficjent wskazał, że udzielenie zamówienia na wykonanie robót budowlanych było poprzedzone długotrwałą procedurą przygotowania inwestycji, w trakcie której mógł dogłębnie zapoznać się z zasadami i zagrożeniami wynikającymi z nieprawidłowej realizacji zamówienia. Ustalenia te upewniły Zamawiającego, że przedmiot zamówienia nie jest typowym zamówieniem na roboty budowlane, a jego właściwa realizacja mogła stanowić zagrożenie dla bezpieczeństwa użytkowników transportu kolejowego oraz pracowników zaangażowanych w realizację zamówienia. Wzięto także pod uwagę możliwość wystąpienia dla Miasta strat finansowych związanych np. z ewentualnym spowodowaniem zagrożenia w ruchu kolejowym. Analiza powyższych okoliczności oraz upewnienie się, że warunek ten spełnia bardzo dużo firm w branży budowlanej zdecydowały o tak postawionym warunku udziału.

W SIWZ zawarto następującą informację: „Przedmiot zamówienia jest specyficzny, nie tylko z powodu na konieczność posiadania odpowiednich specjalistycznych możliwości technologicznych i organizacyjnych związanych z budową obiektów podziemnych (tuneli komunikacyjnych), ale także

z powodu konieczności posiadania odpowiedniego przygotowania do realizacji inwestycji na terenach kolejowych – na terenach, na których obowiązują rygorystyczne warunki dotyczące bezpieczeństwa ruchu kolejowego, w tym szczególnie ochrona infrastruktury technicznej oraz bezpieczeństwa transportu kolejowego. Stąd, od uczestników postępowania przetargowego Zamawiający wymaga, aby wykazali się wykonaniem minimum dwóch robót prowadzonych na terenach kolejowych.

Powyższy warunek jest konieczny do spełnienia, natomiast Zamawiający zwraca szczególną uwagę, że do realizacji przedmiotu zamówienia jest wymagana przede wszystkim specjalistyczna wiedza z zakresu budowy obiektów tunelowych – głównym elementem zamówienia jest wybudowanie ciągu komunikacyjnego w nasypie kolejowym.

Zamawiający ma świadomość, że po udzieleniu zamówienia - po podpisaniu umowy z Wykonawcą wyłonionym w postępowaniu przetargowym - nastąpi okres uzgodnień z gestorem terenu kolejowego objętego inwestycją warunków realizacji robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia, a przewidzianych do realizacji na terenach kolejowych.”

Zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp 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.

Z kolei art. 7 ust. 1 Pzp mówi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Ograniczenie kręgu wykonawców do tych, którzy posiadają doświadczenie w realizacji robót na terenach PKP PLK S.A. jest nieuprawnione w świetle powyższych przepisów. Zamawiający wykluczył z udziału w postępowaniu wykonawców posiadających doświadczenie w realizacji robót prowadzonych na terenach kolejowych, jednak nie należących do PKP PLK S.A. Ubiegać się o zamówienie nie mogli wykonawcy, którzy prowadzili analogiczne prace, ale na terenie innych państw jak chociażby sąsiednie Czechy czy Słowacja. Stawiając taki warunek udziału w postępowaniu w sposób bardzo znaczący ograniczono liczbę wykonawców. Tylko nieliczna grupa wykonawców mogła się ubiegać o zamówienie. Warto także zaznaczyć, że zamówienie mogło się cieszyć dużym zainteresowaniem wśród potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania przedmiotowego zadania z uwagi na znaczną kwotę kontraktu. Dopuszczenie podmiotów posiadających doświadczenie w robotach na terenach kolejowych (bez ograniczenia do PKP PLK S.A.) sprawiłoby otwarcie na konkurencję, co z kolei by wpłynęło na zaoferowane w postępowaniu ceny.

Kolejnym argumentem za tym, że warunek jest w sposób istotny ograniczający konkurencję jest fakt, że wyłoniony w postępowaniu wykonawca wykazał się 3 robotami wykonanymi na zlecenie PKP PLK S.A.

Mając na uwadze powyższe, uznaje się, że w postępowaniu naruszono art. 22 ust. 1a Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Do powyższych ustaleń Beneficjent wniósł zastrzeżenia pismem o sygn. R.042.6.2018 z dnia 16.12.2019 r.

Po przeanalizowaniu argumentacji Beneficjenta przedstawionej w zastrzeżeniach, opinii prawnej oraz dodatkowych wyjaśnień z dnia 30.04.2020 r. podtrzymuje się ustalenia z kontroli oraz kwalifikację uchybienia.

W zastrzeżeniach Beneficjent nie zgodził się z wnioskami wynikającymi z informacji pokontrolnej, ponieważ jego zdaniem podana w uzasadnieniu podstawa prawna nie odpowiada stanowi faktycznemu w postępowaniu. „Nieuzasadnione i nieudokumentowane jest stwierdzenie, że przygotowując i przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia nie zapewniliśmy zachowania uczciwej konkurencji oraz równego i zgodnego z zasadami proporcjonalności i przejrzystości traktowania wykonawców. Podana w uzasadnieniu podstawa prawna - art. 7. ust 1



ustawy Pzp - nie może mieć zastosowania do sytuacji, w której zamawiający jedynie w niewielki sposób ograniczył dostęp do zamówienia, co nie ma nic wspólnego z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w rozumieniu zapisów ustawy Pzp, a wręcz jest usankcjonowane zapisami tej ustawy (np. art. 22 ust. 1b). Zachowanie uczciwej konkurencji, nie oznacza, że o zamówienie mogą starać się wszyscy, a posądzenie nas o nierówne traktowanie wykonawców tym bardziej nie dotyczy opisanej w informacji pokontrolnej sytuacji.”

Podkreślono ponadto, że sporny warunek dotyczył zdolności technicznych i zawodowych, których nie można nabyć wykonując podobne obiekty inżynierskie na terenie Czech czy Słowacji, o czym wspomniano w informacji pokontrolnej. Beneficjent wskazał, że „w tym przypadku mieliśmy do czynienia z tak zwanym terenem zamkniętym, na którym obowiązują indywidualne i nigdzie w Europie oraz na świecie niespotykane zasady prowadzenia robót. Zasady te określa właściciel (użytkownik) terenu, którym jest PKP S.A. (PKP PLK S.A.). Specyfika wykonywania robót na tym terenie polega na tym, że każdy prowadzący roboty musi dostosować się do bardzo rygorystycznych i indywidualnych zasad określonych przez właściciela terenu, o czym wielokrotnie przypominali nam przedstawiciele PKP na etapie przygotowania postępowania przetargowego”. Na potwierdzenie Beneficjent przekazał korespondencję z przedstawicielem PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakład Linii Kolejowych w Tarnowskich Górach (zarządcą infrastruktury kolejowej na terenie Rybnika), która wskazuje na stosowanie analogicznych warunków w przetargach przeprowadzanych przez zarządcę.

Beneficjent stoi na stanowisku, że ustalony warunek dotyczący zdolności technicznych i zawodowych wykonawcy był optymalny i spełniał wymóg minimalnego poziomu zdolności do wykonania zamówienia. „Decyzja o sformułowaniu tego warunku była świadoma (...), na rynku usług budowlanych funkcjonuje bardzo dużo firm spełniających ten warunek, w tym firm zagranicznych. Mając na uwadze powyższe oraz wyjaśnienia złożone w trakcie kontroli stwierdzamy, że określiliśmy warunek udziału w postępowaniu przetargowym w sposób proporcjonalny oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy, jako minimalny poziom zdolności - czyli zgodnie z zapisami art. 22 ust. 1a ustawy Pzp.”

W celu dokonania dogłębnej analizy okoliczności postępowania wystąpiono do Zamawiającego o złożenie dodatkowych wyjaśnień.

Celem kontrolujących było uprawdopodobnienie tez zawartych w piśmie z dnia 16.12.2019 r., zgodnie z którymi:

- na terenie, na którym użytkownikiem jest PKP PLK S.A. zasady prowadzenia robót są indywidualne – „nigdzie w Europie oraz na świecie niespotykane”,
- każdy prowadzący roboty musi dostosować się do bardzo rygorystycznych i indywidualnych zasad określonych przez właściciela terenu.

Beneficjent nie wskazał w toku kontroli żadnych konkretnych zasad, wymogów czy przepisów prawa, które warunkują wykonanie robót na terenach zarządzanych przez PKP PLK S.A., jak również żadnych dokumentów (w szczególności aktów prawnych), które by pokazywały, że zasady wykonywania robót na ww. terenach stanowią, iż muszą być one wykonywane w sposób odmienny od robót wykonywanych na terenach kolejowych zarządzanych przez inne podmioty.

Poproszono zatem o przekazanie aktów prawa unijnego, krajowego, wytycznych, zaleceń etc. uprawdopodobniających tezę postawioną w zastrzeżeniach do informacji pokontrolnej, jakoby zasady prowadzenia robót były tak indywidualne, że nie można ich porównać z rygorami panującymi przy prowadzeniu analogicznych robót „w Europie oraz na świecie”.

W odpowiedzi z 30.04.2020 r. wskazano, że Miasto Rybnik nie jest właścicielem terenu, na którym wybudowano infrastrukturę objętą przedmiotowym postępowaniem kontrolnym, a możliwość realizacji tego projektu poprzedzona była wielomiesięcznymi negocjacjami z użytkownikiem tej nieruchomości. W trakcie prowadzonych rozmów Beneficjent spotkał się z wieloma stawianymi wymaganiami, począwszy od finansowych, a skończywszy na techniczno-organizacyjnych możliwościach prowadzenia robót budowlanych na tym terenie. „Podstawową trudnością na etapie

przygotowania inwestycji było reprezentowanie w owym czasie właściciela terenu (PKP S.A.) przez około 20 spółek, z czego prawie połowa była w większym lub mniejszym stopniu zaangażowana w proces decyzyjny przygotowania tego projektu do realizacji.”

Zamawiający wskazuje, że rozpatrując naruszenie należy mieć na uwadze fakt, że na terenie PKP jest on gościem, który musi stosować się do zasad określonych przez właściciela terenu. Beneficjent uznał prawo właściciela do wyznaczenia zasad realizacji inwestycji, a bezpieczeństwo ruchu kolejowego uznał za priorytetowe.

Wskazano ponadto, że „wszelkie dokumenty związane z prowadzeniem prac na terenach PKP PLK S.A. są zawarte w regulaminach, procedurach i umowach dostępnych na stronach internetowych PLK.

Zamawiający zwracał również uwagę na to, iż „wymóg posiadania doświadczenia zdobytego *na terenach PKP PLK S.A.* wynikał z woli wykonania zadania inwestycyjnego w zakładanym terminie realizacji. Oferenci nieposiadający doświadczenia na terenach zarządzanych przez PKP PLK S.A. z całą pewnością nie byłoby w stanie przeprowadzić w deklarowanym terminie uzgodnień opisanych w treści ogłoszenia (...). Dokonanie takich uzgodnień wiązałoby się z koniecznością poświęcenia znacznej ilości czasu na poznanie obowiązujących w PKP PLK S.A. procedur (w przypadku PKP PLK S.A. jest to kilkadziesiąt procedur ID, IE IDE oraz innych regulaminów, które przed rozpoczęciem działań należałoby poznać).

Trudno uznać za zasadny zarzut ograniczenia konkurencyjności, ponieważ w postępowaniu wzięły udział również międzynarodowe konsorcja, posiadające doświadczenia na terenach kolejowych zarządców innych krajów europejskich. Wprowadzony przez Zamawiającego zapis *na terenach kolejowych PKP PLK S.A.* miał na celu zminimalizowanie ryzyka otrzymania oferty od niedoświadczonego podmiotu, który z całą pewnością potrzebowałby wiele czasu na zapoznanie się z procedurami obowiązującymi w PKP PLK S.A. Nie było celem Zamawiającego ograniczenie konkurencyjności w tym zakresie”.

Zamawiający uznał zatem, że wymagania właściciela terenu nie są wygórowane i dopuszczalne z punktu widzenia zapisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W piśmie z 30.04.2020 r. Beneficjent poinformował także, że nie ma możliwości oraz kompetencji powołania się na akty prawa unijnego, równocześnie podkreślając, że mamy do czynienia z sytuacją wyjątkową, w której konieczne było pogodzenie interesów właściciela terenu oraz obowiązującego prawa.

Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia podtrzymuje się kwalifikację uchybienia. Bezspornie Zamawiający przygotowując inwestycję znalazł się w trudnej sytuacji związanej z uzależnieniem swoich działań od PKP PLK S.A., jednak nie może to być argument do stworzenia wyjątku od zasad wskazanych w art. 22 ust. 1a Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Opisane przez Państwa działania polegające na niedopuszczeniu do realizacji inwestycji podmiotów, które nie współpracowały wcześniej z PKP PLK S.A. ograniczają w znaczny sposób rynek, tworząc zamknięty krąg wykonawców, którym umożliwia się realizację zadań na terenach zarządzanych przez PKP PLK. Scedowana na wykonawcę konieczność dokonania licznych uzgodnień z zarządcą infrastruktury nie może prowadzić do ograniczenia liczby dopuszczonych wykonawców. Beneficjent nie wykazał obiektywnych przesłanek wynikających z przepisów prawa unijnego, krajowego, wytycznych czy zaleceń, które by wskazywały, że wykonawca, który nie wykonywał wcześniej prac na terenach PKP PLK S.A., nie byłby zdolny czy uprawniony do wykonania robót w ramach zadania „Budowa pieszo-rowerowego ciągu komunikacyjnego, łączącego ulicę Mikołowską w dzielnicy Paruszowiec-Piaski z ulicą Żużłową w dzielnicy Północ”.

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.U.E.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.2018.971 - 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 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.

Z uwagi na charakter i wagę stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej zastosowanie ma stawka procentowa o niższej niż maksymalna wysokość przewidziana dla danej kategorii nieprawidłowości. Opisane uchybienie mogło oddziaływać na konkurencyjność i równe traktowanie wykonawców, jednakże jego wpływ na wynik postępowania jest potencjalny.

W kontrolowanym postępowaniu wpłynęły trzy oferty, co świadczy o zainteresowaniu wykonawców uzyskaniem zamówienia mimo wygórowanego warunku udziału w postępowaniu. Dodatkowo zamówienie jest specyficzne i wiąże się z wieloma ryzykami związanymi z prowadzeniem inwestycji na terenach należących do PKP PLK S.A.

W konsekwencji, w zaistniałej sytuacji należy stwierdzić, że pomniejszenie wydatków kwalifikowalnych w wysokości 25% byłoby niewspółmierne do popełnionego uchybienia.

W związku z powyższym stawkę pomniejszenia obniżono do poziomu **5%**.

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.

#### 5.1.1.c

W opisie przedmiotu zamówienia wskazano znaki towarowe bez dopuszczenia produktów równoważnych. W projekcie kanalizacji deszczowej (Opracowanie dokumentacji projektowo – kosztorysowej budowy pieszo – rowerowego ciągu komunikacyjnego łączącego ul. Mikołowską (w dz. Paruszowiec – Piaski) z ul. Żużłową (w dz. Północ) wraz z przejściem podziemnym w nasypie kolejowym - s.6) wskazano, że „w przypadku przewodów energetycznych - jeżeli odległości pomiędzy wykonywaną siecią a istniejącymi kablami nie spełniają warunków w/w normy należy kable zabezpieczyć rurami dwudzielnymi AROTA. W przypadku przewodów teletechnicznych - jeżeli odległości pomiędzy wykonywaną siecią a istniejącymi kablami nie spełniają warunków ww.



normy należy kable zabezpieczyć rurami dwudzielnymi AROTA”.

Także w projekcie monitoringu i oświetlenia dla budowy pieszo – rowerowego ciągu komunikacyjnego łączącego ul. Mikołowską (w dz. Paruszowiec – Piaski) z ul. Żużłową (w dz. Północ) wraz z przejściem podziemnym w nasypie kolejowym (s.9- pkt 13.8 LINIA KABLOWA N/N) wskazano, że „w miejscach skrzyżowań oraz zbliżeń projektowanej linii z istniejącymi kablami 0,4 kV i 15kV należy na istniejących kablach zamontować rury ochronne A110 PS AROT natomiast na kablach 15kV A160 PS AROT.”

Zgodnie z wyjaśnieniami Beneficjenta „stwierdzenie dotyczące rur ochronnych AROT(A) jest używane powszechnie w branży budowlanej, jako określenie rur ochronnych i bardziej dotyczy typu rur niż producenta. W celu dodatkowych wyjaśnień chciałbym zwrócić uwagę, że w dniu ogłoszenia przetargu 29.03.2018 r., firma Arot Polska Sp. z o.o. nie istniała, o czym informuje komunikat na stronie firmy WAVIN z 01.07.2017 r. oraz wpis do KRS Arot Polska Sp. z o.o. z 29.09.2017 r. Należy również podkreślić, że w naszym przypadku użycie nazwy AROT odnosiło się tylko do bardzo niewielkiego fragmentu przedmiotu zamówienia, niemającego wpływu na wycenę realizacji zadania - wielkość tego zakresu zamówienia można szacować jako ułamek promila wartości kosztorysowej zadania. Nazwa AROT nie pojawiła się również w pozostałych bardzo istotnych z punktu widzenia ustawy Pzp dokumentach opisujących przedmiot zamówienia, tj. przedmiarze robót oraz w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót (STWiOR), w których przedmiot zamówienia był opisany polskimi i europejskimi normami technicznymi.” Beneficjent cytuje także fragmenty dokumentacji stanowiące wg niego o dopuszczeniu rozwiązań równoważnych. I tak:

- „w SIWZ, na str. 4 zawarliśmy uwagę o treści:

*Załączona dokumentacja projektowa opisuje konkretne rozwiązanie technologiczne wykonania przecisku, które jest zaprojektowane indywidualnie dla tego zamówienia i wynika z wiedzy oraz oceny sytuacji przez projektanta obiektu. Zamawiający natomiast ma świadomość, że istnieją alternatywne metody wykonania tego obiektu, stąd dopuszcza możliwość zmiany technologii wykonania „tunelu” w nasypie;”*

- „w SIWZ, na str. 5 zawarliśmy zapis:

*Zgodnie z art. 30 ust. 5 Ustawy, Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.”*

- „w STWiOR, w części dotyczącej „Wymagań ogólnych” - w pkt 2, zawarto zapisy nie wprost mówiące o równoważności, natomiast dopuszczające bardzo dużą możliwość stosowania materiałów i rozwiązań równoważnych.

Do powyższych ustaleń odwołuje się również specyfikacja dotycząca „sieci elektroenergetycznych i oświetlenia” (D.01.03.02), czyli specyfikacja z zakresu objętego zadanymi pytaniami.”

W opinii kontrolujących przyjęcie powyższych zapisów jako takich, które by dopuszczały zastosowanie równoważnych rozwiązań do wskazanych wprost rur AROT byłoby niezasadne. Wskazany na s. 4 SIWZ zapis mówi o dopuszczeniu możliwości dokonania zmiany technologii wykonania tunelu w nasypie. Z kolei zapisu zawartego na s. 5 SIWZ nie można potraktować jako dopuszczenie produktów równoważnych dla wszystkich znaków towarowych wskazanych w specyfikacji. Art. 30 ust. 5 Pzp mówi jedynie o tym, że w przypadku powołania się przez wykonawcę na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest on zobowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Zacytowanie treści ww. przepisu nie zadośćuczyniło wypełnieniu dyspozycji art. 29 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym w przypadku wskazania znaków towarowych należy dopuścić produkty równoważne.

Zgodnie z zapisami SIWZ cenę oferty należało skalkulować w oparciu o: dokumentację projektową, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, przedmiary robót (element pomocniczy), własną kalkulację dotyczącą zakresu robót uzupełniających i przygotowawczych. Zatem czytając literalnie

zapisy SIWZ oraz dokumentacji projektowej, w ofercie należało wycenić rury AROT.

Co do połączenia Wavin Polska S.A. oraz Arot Polska Sp. z o.o., należy wskazać, że nazwa handlowa AROT funkcjonuje nieprzerwanie, niezależnie od własności (w ofercie Wavin Polska S.A. rury nadal sprzedawane są pod nazwą Arot).

Zgodnie z wyrokiem o sygn.. III SA/Wr 552/17 Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba we Wrocławiu z dnia 27 września 2017 r. „przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba, że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy lub równoważnym. Tylko wyjątkowo, przy łącznym spełnieniu określonych przesłanek zamawiający może wskazać w opisie przedmiotu zamówienia znaki towarowe, patenty lub pochodzenie konkretnego przedmiotu. W pozostałych przypadkach tego typu określenia są niedopuszczalne. Treść art. 29 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych wskazuje, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia, nie może pominąć możliwości złożenia ofert równoważnych, nie może pominąć w opisie przedmiotu zamówienia wyrazów "lub równoważne" albo innych o podobnym znaczeniu. W konsekwencji, wskazać także na czym ta równoważność polega, aby ocenić jej wystąpienie.”

Mając na uwadze powyższe stwierdza się naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 Pzp, gdyż przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Ponadto przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Do powyższych ustaleń Beneficjent wniósł zastrzeżenia pismem o sygn. R.042.6.2018 z dnia 16.12.2019 r. Wyjaśniono w nich, że część dokumentacji przetargowej m.in. projekt budowlany wykonała firma zewnętrzna. „W celu dostosowania wspomnianej dokumentacji do wymogów określonych w przepisach ustawy PZP zostały usunięte z niej wszelkie nazwy własne i znaki towarowe mogące utrudnić konkurencję. Potwierdzeniem tego, iż Zamawiający usuwał zapisy mogące utrudnić konkurencję jest fakt, iż z materiałów przekazywanych do publikacji w BIP na stronie internetowej Zamawiającego zostały usunięte (wykropkowane) nazwy własne systemu m.in. ze strony 4 Projektu monitoringu i oświetlenia. Należy też podkreślić, że sformułowanie Arot nie znalazło się w żadnym innym miejscu bardzo rozbudowanej, bo liczącej kilkaset stron dokumentacji, a dokumentacja ta była przygotowywana z dużym nakładem staranności. Przy tak jednakże złożonym zamówieniu i rozbudowanej dokumentacji niemożliwe jest uniknięcie jakiegokolwiek zwrotu (opisu technicznego), który nie budziłby wątpliwości językowych. W tej sytuacji należałoby odniesienia do rur ochronnych Arot traktować, jako wskazanie typu (rodzaju) rur i ich parametrów, a nie faworyzowanie określonego producenta i utrudnianie możliwości uczestnictwa w postępowaniu innych oferentów”.

Zamawiający dopuścił w SIWZ zmianę całej technologii wykonania tunelu, to tym bardziej dopuszczalna była zmiana technologii wykonania jego znikomej części, jaką są kwestionowane rury. Powyższa możliwość wprost wynika z prawniczej reguły wnioskowania *argumentum a maiori ad minus* (jeżeli wolno więcej, to tym bardziej wolno mniej).

Beneficjent wskazał ponadto, że istotną kwestią jest wpływ podania nazwy Arot na całe postępowanie. „Należy w tym kontekście podnieść, że przedmiot zamówienia został wyceniony na kwotę 5.849.951,70 zł, a wartość opisanych w dokumentacji rur ochronnych stanowiła ok. 0,003 % (ok. 200 zł) tej kwoty, stąd nie może być ten fakt podstawą do stwierdzenia w informacji pokontrolnej, że poprzez opisanie w ten sposób przedmiotu zamówienia, uniemożliwiliśmy uczciwą

konkurencję. W świetle powyższego jest oczywiste, że po pierwsze Zamawiający nie kierował się zamiarem postawienia któregośkolwiek z oferentów w gorszej sytuacji, a po drugie gdyby nawet doszło do jakiejś niezamierzonej pomyłki i podania, jako możliwego w postępowaniu tylko produktu jednej istniejącej firmy, to i tak nie miałoby to żadnego wpływu na wynik postępowania.

Potwierdzeniem, że oferenci nie mieli wątpliwości, co do prawidłowości określenia przedmiotu zamówienia był również fakt, że w postępowaniu wzięło udział 3 oferentów i żaden z oferentów nie zadał pytania do SIWZ wskazującego na typ przedmiotowych rur.

Ponadto należy podkreślić, iż w Przedmiarze jest określona średnica rur ochronnych „Rury ochronne z PCW o śr. ponad 80 mm typu AROT A110 PS”. Z zestawienia zatem treści ww. Przedmiaru wyraźnie widać, że Zamawiający miał na myśli rury „typu” Arot, a nie rury wyłącznie jednego producenta tj. firmy Arot.

Po ponownej analizie uchybienia, zmianie ulega kwalifikacja konsekwencji naruszenia. Bez względu na ocenę czy sformułowanie AROT należy wiązać z marką konkretnego producenta czy też typem produktu na danym rynku, to w niniejszym stanie faktycznym, użycie tego sformułowania nie sposób traktować, jako mającego wpływ na sporządzenie oferty przez wykonawców. Przyjmuje się zatem, że powyższe nie mogło utrudnić konkurencji i nie mogło doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Mając na uwadze powyższe, opisana sytuacja nie wywołuje skutków finansowych.

~~Powyższe naruszenie przepisów prawa, które na skutek zaniechania Beneficjenta doprowadziło do powstania potencjalnej szkody finansowej stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia ogólnego.~~

~~Zgodnie z art. 24 ust. 5 i 9 ustawy wdrożeniowej oraz §2 Rozporządzenia 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 25% odpowiadająca kategorii nieprawidłowości indywidualnej nr 20 pn. Dyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia lub umowy koncesji.~~

~~Z uwagi na charakter i wagę stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej zastosowanie ma stawka procentowa o niższej niż maksymalna wysokość przewidziana dla danej kategorii nieprawidłowości. Uchybienie mogło oddziaływać na konkurencyjność i równe traktowanie wykonawców, jednakże wprowadzone ograniczenie w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dotyczyło produktu powszechnie dostępnego. W kontrolowanym postępowaniu wpłynęły trzy oferty. Jak wyjaśnił Beneficjent użycie nazwy AROT odnosiło się tylko do bardzo niewielkiego fragmentu przedmiotu zamówienia, niemającego wpływu na wycenę realizacji zadania – wielkość tego zakresu zamówienia można szacować jako ułamek promila wartości kosztorysowej zadania.~~

~~W konsekwencji, w zaistniałej sytuacji nie doszło do poważnej nieprawidłowości, a pomniejszenie wydatków kwalifikowalnych w wysokości 25% byłoby niewspółmierne do popełnionego uchybienia.~~

~~W związku z powyższym stawkę pomniejszenia obniżono do poziomu 5%.~~

~~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.

Podsumowanie dla zamówienia:

| Uchybienie nr | Numer kategorii nieprawidłowości indywidualnej | Wartość % pomniejszenia |
|---------------|--|-------------------------|
| 5.1.1.b       | 12   | 5%                      |
| 5.1.1.c       | 20   | 5%                      |

Zgodnie z § 9 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień:

1. W przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych wartość korekt finansowych lub pomniejszeń nie podlega sumowaniu.
2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, do wszystkich stwierdzonych nieprawidłowości indywidualnych stosuje się jedną korektę finansową lub jedno pomniejszenie o najwyższej wartości.

### 5.1.2

**Nazwa i przedmiot zamówienia:** Przebudowa ulicy Raciborskiej w związku z budową dróg rowerowych w Rybniku

**Rodzaj zamówienia:** roboty budowlane

**Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego:** ZP.271.49.2018

**Numer ogłoszenia oraz data publikacji:** BZP, Ogłoszenie nr 549979-N-2018 z 24.04.2018 r.

**Tryb udzielenia zamówienia:** przetarg nieograniczony

**Szacunkowa wartość zamówienia:** 2.581.945,95 zł netto (598.823,19 euro)

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

Umowa nr D-I.272.8.2018 / 07.06.2018 r. / Auto-Trans Asfalty Sp. z o.o. / 3.750.390,56 zł brutto

#### 5.1.2.a

Uchybienie formalne – opis analogiczny jak w punkcie 5.1.1.a

### 5.1.3

**Nazwa i przedmiot zamówienia:** Wykonanie oznakowania pionowego i poziomego na terenie miasta Rybnik – w zakresie „Rewitalizacji obszaru śródmieścia przez zwiększenie dostępności komunikacyjnego ruchu drogowego - II etap

**Rodzaj zamówienia:** roboty budowlane

**Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego:** TZ/5/RB/2018/PN

**Numer ogłoszenia oraz data publikacji:** BZP, Ogłoszenie nr 537415-N-2018 z dnia 28.03.2018r.

**Tryb udzielenia zamówienia:** przetarg nieograniczony

**Szacunkowa wartość zamówienia:** 354.630,81 zł netto (82.248,49 euro)

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

Umowa nr 43/td/23/2018 / 20.04.2018 r. / Smart Plac Sp. z o.o. / 551.107,82 zł brutto

Brak uchybień formalnych oraz uchybień mających skutki finansowe stwierdzonych w wyniku czynności kontrolnych.



#### 5.1.4

**Nazwa i przedmiot zamówienia:** Rozbudowa centrów przesiadkowych na terenie Rybnika w ramach projektu „Rozwój zrównoważonej mobilności miejskiej w Rybniku” z podziałem na zadania:

- 1) Rozbudowa centrum przesiadkowego przy Dworcu Komunikacji Miejskiej przy ul. Budowlanych,
- 2) Rozbudowa centrum przesiadkowego przy dworcu kolejowym Rybnik.

**Rodzaj zamówienia:** roboty budowlane

**Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego:** ZP.271.122.2018

**Numer ogłoszenia oraz data publikacji:** BZP, Ogłoszenie nr 608452-N-2018 z dnia 24.08.2018r.

**Tryb udzielenia zamówienia:** przetarg nieograniczony

**Szacunkowa wartość zamówienia:** 1.827.613,09 zł netto, co stanowi równowartość 424.800,68 euro, w tym: zadanie nr 1 – 1.173.857,93 zł netto (273.177,15 euro), zadanie nr 2 – 653.755,16 zł netto (151.623,53 euro).

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

**Dla zadania 1** – Umowa nr IML.272.78.2018 / 05.11.2018r. / P.P.H.U. „KRIS-BRUK”, ul. Rejewskiego 72, 44-251 Rybnik / 1.910.340,16 zł brutto

**Dla zadania 2** - Umowa nr IML.272.79.2018 / 05.11.2018r. / P.P.H.U. „KRIS-BRUK”, ul. Rejewskiego 72, 44-251 Rybnik / 852.150,02 zł brutto (koszt niekwalifikowalny w projekcie)

##### 5.1.4.a

Uchybienie formalne – opis analogiczny jak w punkcie 5.1.1.a

#### 5.1.5

**Nazwa i przedmiot zamówienia:** Zakup urządzeń bezpieczeństwa ruchu - szklanych punktowych elementów odbłaskowych PEO-7 o średnicy 100 mm i odbłyśniku wielokierunkowym 360 stopni barwy czerwonej w ilości 30 sztuk wraz z transportem do siedziby Rybnickich Służb Komunalnych

**Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego:** TD.LK.075-4.56/17

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

Zamówienie z dnia 24.11.2017 r. / PPU Zdanowicz – Oddział Wrocław, ul. Robotnicza 72F/112, 53-608 Wrocław / 1.316,10 zł brutto

#### 5.1.6

**Nazwa i przedmiot zamówienia:** Zakup urządzeń bezpieczeństwa ruchu – punktowych separatorów ruchu U-25b w ilości 60 szt. kolor żółty wraz z transportem do siedziby Rybnickich Służb Komunalnych

**Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego:** TD.LK.075-4.51/17

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

Zamówienie z dnia 17.10.2017 r. (na 60 szt. separatorów ruchu U-25b w kolorze żółtym) / P.H.U. KORALEWSCY Piotr Koralewski, ul. Katowicka 162, 41-705 Ruda Śląska / 3.769,95 zł brutto

##### 5.1.5.a oraz 5.1.6.a

**Dotyczy łącznie postępowań: TD.LK.075-4.56/17 i TD.LK.075-4.51/17**

W toku czynności kontrolnych ustalono, iż Zamawiający w dniu 02.10.2017 r. drogą elektroniczną wysłał zaproszenie do złożenia oferty do 5 wybranych firm (wszczynając tym samym postępowanie TD.LK.075-4.51/17). W rezultacie otrzymał 3 oferty, na podstawie których dnia 17.10.2017 r. złożył zamówienie w firmie F.H.U. Koralewscy z Rudy Śląskiej na dostawę 60 szt. separatorów U-25b (dostawa o wartości 3.769,95 zł brutto została zrealizowana 23.10.2017 r.).

W dalszym toku czynności kontrolnych ustalono, iż Zamawiający w dniu 02.11.2017 r. drogą elektroniczną wysłał zaproszenie do złożenia oferty do 4 wybranych firm (wszczynając postępowanie TD.LK.075-4.56/17). W rezultacie otrzymał 3 oferty, na podstawie których złożył

zamówienie w firmie Sklep Drogowy z Legionowa (najtańsza oferta) na dostawę 30 szt. szklanych punktowych elementów odblaskowych PEO-7.

Jednakże wykonawca dostarczył elementy odblaskowe białe, gdy tymczasem Zamawiającemu chodziło o czerwone. W związku z tym, iż wykonawca nie dysponował odblaskami w wymaganym kolorze, Beneficjent zamówił elementy odblaskowe czerwone u kolejnego w rankingu wykonawcy – firma P.P.U. Zdanowicz z Wrocławia (notatka służbowa z dnia 23.11.2017 r.), natomiast elementy odblaskowe białe Zamawiający oddał dostawcy (firma Sklep Drogowy z Legionowa odebrała je na własny koszt).

W związku z powyższym Zamawiający dnia 24.11.2017 r. złożył zamówienie w firmie P.P.U. Zdanowicz z Wrocławia na dostawę 30 szt. elementów odblaskowych PEO-7 (dostawa o wartości 1.316,10 zł brutto została zrealizowana 29.11.2017 r.).

Beneficjent jest zobowiązany do stosowania ustawy z dnia 29.01.2014 r. Prawo zamówień publicznych. Wniosek o dofinansowanie projektu został przez niego złożony w systemie LSI i uzyskał status przyjętego w dniu 02.10.2017 r. Przedmiotowe postępowania zostały przeprowadzone przez Zamawiającego w trybie rozeznania rynku zgodnie z wartością szacunkową ustaloną osobno dla każdego z zamówień (daty wszczęcia: 02.10 i 02.11.2017 r.), a więc już po złożeniu wniosku o dofinansowanie.

Punktem wyjścia dla niniejszego opisu uchybienia jest brzmienie przepisu art. 32 ust. 2 Pzp, który mówi, iż „Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy zaniżać wartości zamówienia lub wybierać sposobu obliczenia wartości zamówienia” oraz treść art. 32 ust. 4 Pzp, w którym czytamy, że „jeżeli zamawiający (...) udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia”.

Odnosząc się do powyższych przepisów, możemy rozważać dwa możliwe sposoby podejścia do oszacowania wartości zamówienia zgodnie z ustawą Pzp.

Wynika to m.in. z interpretacji przepisów opublikowanej na stronie Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej zagadnienia szacowania wartości i udzielania zamówień, również tych udzielanych w ramach realizacji projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej (<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/przygotowanie,-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/szacowanie-wartosci-i-udzielanie-zamowien,-w-tym-zamowien-objetych-projektem-wspolfinansowanym-ze-srodkow-unii-europejskiej>).

Można tam przeczytać, iż „dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się takimi kryteriami jak podobieństwo przedmiotowe i funkcjonalne zamówienia (kryterium to powinno prowadzić do wyodrębnienia nie tylko zbliżonych przedmiotowo zamówień, ale także zamówień, które mimo braku przedmiotowego podobieństwa tworzą funkcjonalną całość), tożsamość czasowa zamówienia (możliwe udzielenie zamówienia w tym samym czasie, ewentualnie możliwość realizacji zamówienia w tym samym czasie) i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Innymi słowy konieczne jest ustalenie czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę”. Ponadto, zdaniem Urzędu Zamówień, przy szacowaniu wartości zamówień udzielanych w ramach danego projektu współfinansowanego ze środka UE, w pierwszej kolejności „konieczne jest wyodrębnienie tych zamówień, których zakres może być oszacowany z góry na cały okres realizacji projektu, i które mogą być udzielone jednorazowo w ramach jednego postępowania. W odniesieniu do tych zamówień ich szacunkowa wartość winna być ustalona z uwzględnieniem wszystkich dostaw, usług lub robót budowlanych przewidywanych do wykonania w całym okresie realizacji programu. Jeżeli ze względów organizacyjnych zamówienia te będą udzielane w częściach

w ramach odrębnych postępowań do ustalenia wartości poszczególnych części stosować się będzie art. 32 ust. 4 ustawy PZP. Nie jest zatem możliwe podzielenie takiego zamówienia na części i oszacowanie ich wartości odrębnie dla każdej z części”.

Podsumowując, należy stwierdzić zgodnie z interpretacją UZP, że „w przypadku zamówień, których zakres i wartość są możliwe do ustalenia na cały okres realizacji projektu, a przy tym mogą być udzielone w ramach jednego postępowania, oszacowania ich wartości dokonuje się z uwzględnieniem całego okresu realizacji projektu. W pozostałych przypadkach usługi lub dostawy udzielane w ramach projektu mogą być szacowane dla poszczególnych lat budżetowych”.

Gdyby zatem przyjąć, że Beneficjent chciałby szacować w ujęciu rocznym, to wtedy powinien ustalić szacunkową wartość zamówienia łącznie dla postępowania nr TZ/12/RB/2017/PN na *Dostosowanie oznakowania poziomego i pionowego na terenie miasta Rybnik - w zakresie „Rewitalizacja obszaru śródmieścia przez zwiększenie dostępności komunikacyjnej ruchu drogowego”* wszczętego w dniu 25.08.2017 r. poprzez zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz dla postępowania nr TD.LK.075-4.51/17 i TD.LK.075-4.56/17.

Natomiast gdyby założyć, że Beneficjent dokonywałby szacowania w ujęciu projektowym, to powinien ustalić szacunkową wartość zamówienia łącznie dla postępowania nr TD.LK.075-4.51/17 i TD.LK.075-4.56/17 oraz dla postępowania nr TZ/5/RB/2018/PN na *Wykonanie oznakowania pionowego i poziomego na terenie miasta Rybnik – w zakresie „Rewitalizacji obszaru śródmieścia przez zwiększenie dostępności komunikacyjnego ruchu drogowego – II etap*, które zostało wszczęte w dniu 28.03.2018 r. ogłoszeniem zamieszczonym w BZP.

W związku z tym całkowita szacunkowa wartość zestawu trzech powyższych postępowań (zarówno w ujęciu rocznym, jak również w ujęciu projektowym) wynosząca ponad 30 tys. euro netto, obligowała Beneficjenta do przeprowadzenia postępowania z wykorzystaniem przepisów ustawy Pzp. Dlatego, nawet gdyby Zamawiający zdecydował się podzielić przedmiot zamówienia, powinien był przeprowadzić każdą część postępowania z zastosowaniem przepisów Pzp. Tym samym przedmiotowe postępowania na: zakup szklanych punktowych elementów odblaskowych PEO-7 oraz zakup punktowych separatorów ruchu U-25b, również należało przeprowadzić zgodnie z przepisami Pzp.

Dla poparcia tezy o konieczności łącznego szacowania wartości ww. postępowań (w obydwu ujęciach) trzeba koniecznie dodać, odnosząc się do kryterium podobieństwa przedmiotowego i funkcjonalnego zamówienia (rzutującego na łączne lub rozłączne szacowanie wartości i udzielanie zamówień), że Beneficjent w wyjaśnieniach z dnia 18.11.2019 r. (wpływ 19.11.2019 r.) sam przyznał, iż „zadania TD.LK.075-4.56/17 (zakup szklanych elementów odblaskowych) oraz TD.LK.075-4.51/17 (zakup punktowych separatorów ruchu U-25b) były realizowane przez Rybnickie Służby Komunalne na etapie przygotowania podbudowy nawierzchni pod realizację zadania wykonywanego w postępowaniu TZ/12/RB/2017/PN”.

Ponadto możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę (która stanowi kolejne kryterium rozstrzygające o łącznym lub rozłącznym szacowaniu wartości i udzielaniu zamówień), w przedmiotowym przypadku da się łatwo sprawdzić w Internecie, bowiem istnieją na rynku firmy, których zakres działalności umożliwia realizację robót polegających na wykonaniu oznakowania pionowego i poziomego oraz dostawę urządzeń bezpieczeństwa ruchu, takich jak punktowe separatory ruchu U-25b i punktowe elementy odblaskowe PEO-7.

Mając na uwadze powyższe argumenty, w rezultacie przeprowadzonej kontroli przedmiotowych postępowań stwierdzono naruszenie art. 5b pkt 2 Pzp, poprzez nieuprawnione podzielenie zamówienia.

Ponadto Beneficjent naruszył zapis §15 ust. 1 umowy o dofinansowanie nr UDA-RPSL.04.05.02-24-0714/17-00 zgodnie z którym, zobowiązany został do ponoszenia wydatków przedstawionych

w ramach projektu m.in. zgodnie z regulacjami zawartymi w Ustawie o finansach publicznych, Wytocznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach EFRR, EFS oraz FS na lata 2014-2020 oraz Przewodniku.

W konsekwencji podzielenia zamówienia nieprawidłowo oszacowano wartość postępowania, ponieważ bazowano wyłącznie na wartości szacunkowej czynności składających się na wykonanie oznakowania pionowego i poziomego, nie uwzględniając całej wartości zadania, w skład którego powinny również wchodzić dostawy w zakresie przedmiotowych postępowań. Tym samym został naruszony art. 32 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy zaniżać wartości zamówienia lub wybierać sposobu obliczania wartości zamówienia. Dodatkowo w wyniku opisanych naruszeń, postępowanie Zamawiającego doprowadziło do niezastosowania art. 40 ust. 2 Pzp, czyli do zamieszczenia ogłoszenia o przedmiotowych zamówieniach w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Beneficjent poproszony o wyjaśnienie kwestii oraz odniesienie się do nieuprawnionego podzielenia zamówienia, złożył pisemne wyjaśnienia z dnia 18 i 21 listopada 2019 r.

Beneficjent w swoich wyjaśnieniach wywodzi, iż „*Rybnickie Służby Komunalne, jako jednostka odpowiedzialna za utrzymanie dróg na terenie miasta Rybnika, przystąpiły do realizacji projektu ustalając w pierwszej kolejności jaki jego zakres dotyczący wykonywanych robót budowlanych jest w stanie wykonać samodzielnie, a jakie roboty musi zlecić wykonawcy zewnętrznemu. Przy ustalaniu trybu udzielenia zamówienia na roboty budowlane zamawiający uwzględnił całą wartość tych robót i w związku z tym, że przekroczyły one 30 000 euro udzielił tych zamówień zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego. Zamówienia na dostawę (TD.LK.075-4.56/17 i TD.LK.075-4.51/17) dotyczyły zakupu elementów niezbędnych zamawiającemu do wykonania zakresu realizowanego samodzielnie. Rybnickie Służby Komunalne kupują i zabudowują na co dzień m.in. separatory U-25b oraz szklane elementy odblaskowe PEO-7. Wartość dostaw powyższych materiałów w roku 2017 nie przekraczała wartości 30 000 euro (wartość wynosiła w 2017 r. 83 417,62 zł)*”.

Ponadto w wyjaśnieniach Beneficjent powołuje się na przepis art. 6a ustawy Pzp stwierdzając, że „*zamawiający mógł przy udzielaniu zamówień na dostawę skorzystać z art. 6a ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ wartość tych dostaw nie przekraczała 80 000 euro i łączna wartość tych części nie przekraczała 20% wartości zamówienia biorąc pod uwagę dostawy zlecone przez zamawiającego, jak i wartość całego projektu*”.

Trzeba jednakże stwierdzić, iż z dokumentów przekazanych przez Beneficjenta na potwierdzenie powyższej tezy, nie wynika fakt przeprowadzenia łącznego szacowania wartości inwestycji (to znaczy szacowania wykonania oznakowania poziomego i pionowego łącznie z zakupem i montażem urządzeń bezpieczeństwa ruchu). Z dokumentów tych wynika wręcz coś odwrotnego, to znaczy, że zakup urządzeń bezpieczeństwa ruchu od początku stanowił element budżetu RSK na rok 2017 r. Dlatego zdaniem zespołu kontrolującego nie może być mowy o zastosowaniu przepisu właściwego dla wydzielonej części zamówienia (art. 6a Pzp), gdyż w treści tego przepisu wyraźnie jest mowa o zamówieniach udzielanych w częściach. To zaś reguluje przepis art. 32 ust. 4 Pzp, który stanowi, iż „*jeżeli zamawiający (...) udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia*”.

Dodatkowo warto przytoczyć fragment interpretacji stosowania przepis art. 6a ustawy Pzp opublikowanej na stronie Urzędu Zamówień Publicznych (<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/stosowanie-art.-6a-ustawy-pzp>). Jest tam wyraźne wskazanie, iż ustawa Pzp „przewiduje możliwość udzielania zamówień w częściach w sytuacji, gdy zamawiający już na etapie planowania zamówienia jest w stanie przewidzieć jego rozmiar oraz zakres, a decyduje się udzielać zamówienie sukcesywnie np.



z przyczyn gospodarczych bądź organizacyjnych”. Jednakże, jak dalej czytamy, „art. 6a stanowi lex specialis w stosunku do art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji pozwala zamawiającemu, w przypadku zamówienia udzielanego w częściach, na zastosowanie wobec danej części zamówienia przepisów właściwych dla jej wartości, a zatem elastyczniejszych procedur przewidzianych przepisami prawa krajowego, w sytuacji, gdy wartość danej części zamówienia nie przekracza wskazanych w art. 6a kwot, pod warunkiem, że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20 % wartości zamówienia.

W przypadku, gdy wartość części zamówienia nie przekracza kwot wskazanych w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp (oraz wynosi nie więcej niż 20 % wartości zamówienia) dopuszczalne jest udzielenie zamówienia na tę część z wyłączeniem zastosowania przepisów ustawy na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp. W takiej sytuacji nie mamy jednak do czynienia z automatycznym odstępianiem od stosowania ustawy Pzp, bowiem zamawiający powinien mieć na względzie przepisy ogólne ustawy, a w szczególności art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Sens normatywny tego przepisu sprowadza się do ustalenia, iż zamawiający nie może dokonywać podziału zamówienia w taki sposób, aby na skutek ustalenia wartości dla każdej z wydzielonych części zamówienia doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp. Nie jest zatem zakazany sam podział jednego zamówienia na części, ale jest zakazany taki podział, który bez uzasadnionej przyczyny zmierza do uniknięcia stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp”.

Wszystko więc sprowadza się ostatecznie do tego, iż u podstaw skorzystania z możliwości zapisanej w treści art. 6a ustawy Pzp leży ni mniej, ni więcej, jak łączne szacowanie wartości zamówienia (w kontekście zapisów art. 32 ust. 2 Pzp), które na podstawie łącznego szacowania może zostać udzielone w częściach (zgodnie z treścią art. 32 ust. 4 Pzp).

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe argumenty zespół kontrolny uznał, że Beneficjent naruszył zapis art. 32 ust. 2, co konsekwencji doprowadziło do niezastosowania art. 40 ust. 2 ustawy Pzp.

Do powyższych ustaleń Beneficjent wniósł zastrzeżenia pismem o sygn. R.042.6.2018 z dnia 16.12.2019 r.

Po przeanalizowaniu argumentów Beneficjenta przedstawionych w zastrzeżeniach stwierdzono, iż są one powieleniem argumentacji, która była już przekazywana zespołowi kontrolnemu na etapie przeprowadzania czynności kontrolnych. Zatem Beneficjent w dalszym ciągu nie przedstawił żadnych dowodów na przeprowadzenie łącznego szacowania wartości zamówienia, które zgodnie z treścią art. 32 ust. 4 Pzp, jest podstawą do skorzystania z możliwości o której mowa w art. 6a Pzp. W związku z powyższym podtrzymuje się ustalenia z kontroli oraz kwalifikację uchybień.

Powyższe naruszenie przepisów prawa, które na skutek zaniechania Beneficjenta doprowadziło do powstania potencjalnej szkody finansowej stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia ogólnego.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 i 9 ustawy wdrożeniowej oraz §2 Rozporządzenia 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.

Za powyższe naruszenie przewidziana jest stawka procentowa 100% odpowiadająca kategorii nieprawidłowości indywidualnej nr 3 pn. Niedopełnienie obowiązku odpowiedniego ogłoszenia w zamówieniach o wartościach niższych niż określone w przepisach wydanych na podstawie: art. 11 ust. 8 Pzp [Podział zamówienia lub zaniżenie jego wartości skutkujące niezastosowaniem wymogów związanych z publikacją zapytania ofertowego].

Z uwagi na charakter i wagę stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej uchybiającej jednej z zasadniczych kwestii w zamówieniach publicznych, jaką jest szacowanie wartości zamówienia, od

którego uzależnione jest stosowanie przepisów ustawy oraz które determinuje sposób upublicznienia zamiaru udzielenia zamówienia oraz ze względu na fakt, iż Zamawiający nie przedstawił przekonujących argumentów na obronę swojego stanowiska – w przedmiotowym przypadku nie ma zastosowania stawka procentowa o niższej niż maksymalna wysokość przewidziana dla danej kategorii nieprawidłowości.

#### 5.1.6.b

##### **Dotyczy postępowania TD.LK.075-4.51/17**

W toku czynności kontrolnych ustalono, iż Zamawiający w dniu 02.10.2017 r. drogą elektroniczną wysłał zaproszenie do złożenia oferty do 5 wybranych firm. W rezultacie otrzymał 3 oferty, na podstawie których dnia 17.10.2017 r. złożył zamówienie w firmie F.H.U. Koralewscy z Rudy Śląskiej na dostawę 60 szt. separatorów U-25b (dostawa o wartości 3.769,95 zł brutto została zrealizowana 23.10.2017 r.).

Po zrealizowaniu przez Dostawcę, firmę F.H.U. Koralewscy z Rudy Śląskiej dostawy 60 szt. separatorów U-25b w dniu 23.10.2017 r., Zamawiający stwierdził, iż nastąpiła rozbieżność pomiędzy obmiarem i opisem technicznym projektu, a co za tym idzie wystąpiła potrzeba dostawy kolejnych 35 szt. separatorów U-25b.

Zgodnie z notatką służbową (TD.MU.071-1.8.6/18) ze względu na krótki okres, który upłynął od pierwszego zamówienia separatorów w dniu 17.10.2017 r. (dostawę zrealizowano 23.10.2017 r.), Zamawiający nie przeprowadził ponownej procedury rozeznania rynku oraz zebrania ofert i zdecydował się złożyć dodatkowe zamówienie w firmie wybranej w poprzednim rozeznaniu rynku (zamówienie 35 szt. separatorów z dnia 24.11.2017 r.).

Wykonanie dodatkowego zamówienia bez zastrzeżeń, zostało potwierdzone fakturą VAT nr FV/11/2017/12 z dnia 12.12.2017 r. na kwotę 2.263,20 zł brutto.

Zgodnie z treścią §8 ust. 6 Umowy o dofinansowanie projektu nr UDA-RPSL.04.05.02-24-0714/17-00 z dnia 07.08.2018 r. „szczegółowe zasady kwalifikowalności wydatków określają przepisy prawa unijnego, krajowego, wytyczne oraz Przewodnik dla beneficjentów EFRR RPO WSL 2014-2020, o którym mowa w §25 ust. 3 pkt 6)”. Mówi o tym również treść §15 ust. 1 umowy, ponadto w ust. 4 tegoż paragrafu czytamy, iż „w przypadku naruszenia przez beneficjenta zasad udzielania zamówień określonych w ust. 1 IZ RPO WSL uznaje całość lub część wydatków za niekwalifikowalne”.

W związku z powyższym, zgodnie z treścią rozdziału 7 pkt 4 c Przewodnika dla beneficjentów EFRR RPO WSL 2014-2020 (wersja 5, dalej: „Przewodnik”), obowiązującego w okresie od 02.09.2017 r. do 27.11.2017 r. (tj. w dniu złożenia przez Zamawiającego dodatkowego zamówienia na 35 szt. separatorów), dla zamówień współfinansowanych ze środków RPO WSL 2014-2020 o wartości nieprzekraczającej 20 tys. zł netto, Beneficjent zobowiązany jest do udokumentowania sposobu w jaki został wybrany dostawca, poprzez:

- notatkę z rozeznania cenowego,
- (lub) potwierdzenie rozesłania zaproszeń do składania ofert do trzech potencjalnych wykonawców,
- (lub) potwierdzenie zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej.

W przedmiotowym przypadku Zamawiający wybrał dostawcę 60 szt. separatorów U-25b na podstawie wysłanego zaproszenia do złożenia oferty do 5 wybranych firm. Natomiast w przypadku dodatkowej dostawy 35 szt. separatorów, która miała miejsce ponad miesiąc później, Zamawiający (zgodnie z notatką służbową (TD.MU.071-1.8.6/18) nie przeprowadził wyboru dostawcy zgodnie z wymaganiami przewodnika.

Dlatego też, zespół kontrolny nie może uznać wydatku dotyczącego dodatkowego zamówienia za kwalifikowalny, gdyż wybór dostawcy nie został we właściwy sposób udokumentowany, a co za tym idzie, zgodnie z treścią rozdziału 7 pkt 3 przewodnika, wydatek ten nie został poniesiony „w sposób racjonalny, efektywny i przejrzysty, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów”.

Nie można przecież wykluczyć sytuacji, w której Zamawiający rozsyłając zapytanie ofertowe do minimum 3 firm lub dokonując telefonicznego rozeznania cenowego, uzyskałby inną cenę jednostkową dla dostawy 35 szt. separatorów, od ceny jaką uzyskał zapytując potencjalnych dostawców o dostawę 60 szt. tego samego towaru.

W związku z powyższym należy uznać, że Beneficjent nie zastosował się do zapisów zawartych w treści rozdziału 7 pkt 4 Przewodnika, czym spowodował, iż zamówienie zostało udzielone w sposób nierynkowy, poprzez brak jego upublicznienia.

Ponadto Beneficjent naruszył zapis §15 ust. 1 umowy o dofinansowanie nr UDA-RPSL.04.05.02-24-0714/17-00 zgodnie z którym, zobowiązany został do ponoszenia wydatków przedstawionych w ramach projektu m.in. zgodnie z regulacjami zawartymi w Ustawie o finansach publicznych, Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach EFRR, EFS oraz FS na lata 2014-2020 oraz Przewodniku.

W rezultacie wydatek w wysokości 2.263,20 zł brutto, związany z dodatkową dostawą separatorów w ilości 35 szt., zostaje uznane za niekwalifikowalny w 100%.

Do powyższych ustaleń Beneficjent wniósł zastrzeżenia pismem o sygn. R.042.6.2018 z dnia 16.12.2019 r.

Po przeanalizowaniu argumentów Beneficjenta przedstawionych w zastrzeżeniach stwierdzono, iż są one powieleniem argumentacji, która była już przekazywana zespołowi kontrolnemu na etapie przeprowadzania czynności kontrolnych. Tym samym Beneficjent w dalszym ciągu nie przedstawił żadnych okoliczności, które uzasadniałyby udzielenie przedmiotowego zamówienia w sposób nierynkowy, bez jego upublicznienia, o czym mowa w treści rozdziału 7 pkt 4 Przewodnika. W związku z powyższym podtrzymuje się ustalenia z kontroli oraz kwalifikację uchybienia.

Powyższe naruszenie przepisów prawa, które na skutek działania Beneficjenta doprowadziło do powstania potencjalnej szkody finansowej stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia ogólnego.

Podsumowanie dla zamówienia:

| Uchybienie nr | Numer kategorii nieprawidłowości indywidualnej | Wartość wydatków niekwalifikowalnych |
|---------------|--|--------------------------------------|
| 5.1.5.a       | 3  | 100%                                 |
| 5.1.6.a       | 3  | 100%                                 |
| 5.1.6.b       | nd   | 2.263,20 zł                          |

### 5.1.7

**Nazwa i przedmiot zamówienia:** Budowa drogi rowerowej wzdłuż ulicy Żorskiej

**Rodzaj zamówienia:** roboty budowlane

**Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego:** ZP.271.143.2018

**Numer ogłoszenia oraz data publikacji:** BZP, Ogłoszenie nr 638451-N-2018 z dnia 18.10.2018r.

**Tryb udzielenia zamówienia:** przetarg nieograniczony

**Szacunkowa wartość zamówienia:** 1.828.830,42 zł netto (424.155,30 euro)

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

Umowa nr D-I.272.13.2018 / 28.12.2018r. / Auto-Trans Asfalty Sp. z o.o. / 2.785.000,00 zł brutto

Brak uchybień formalnych oraz uchybień mających skutki finansowe stwierdzonych w wyniku czynności kontrolnych.

### 5.1.8

**Nazwa i przedmiot zamówienia:** Zakup 14 szt. tablic informacyjnych w ramach projektu pn. Rozwój zrównoważonej mobilności miejskiej w Rybniku

**Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego:** TD.LK.075-45.57/18

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

Zamówienie z 30.10.2018 r. / Studio Reklamy RM Concept Robert Michalski, ul. Reymonta 20, 44-200 Rybnik / 2.302,56 zł brutto

Brak uchybień formalnych oraz uchybień mających skutki finansowe stwierdzonych w wyniku czynności kontrolnych.

### 5.1.9

**Nazwa i przedmiot zamówienia:** Ustawienie tablic promocyjnych – Rozwój zrównoważonej mobilności miejskiej w Rybniku – Budowa drogi rowerowej na odcinku od ulicy Wierzbowej do ulicy Rudzkiej

**Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego:** D-I.2151.14.2018

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

Umowa nr D-I.2151.14.2018 / 12.03.2019 r. / Przedsiębiorstwo Inżynierii Drogowej „DROGMOL” Wiesław Molik, ul. Wolności 84, 42-625 Pyrzowice / 4.428,00 zł brutto

Brak uchybień formalnych oraz uchybień mających skutki finansowe stwierdzonych w wyniku czynności kontrolnych.

## 6. Stwierdzone uchybienia oraz wnioski wynikające z przeprowadzonej kontroli:

Wynik kontroli: z istotnymi zastrzeżeniami

Konsekwencje finansowe:

- związane z zamówieniami:

| Zakres         | Nr uchybienia      | Wartość<br>% pomniejszenia/<br>wartość wydatków niekwalifikowalnych |
|----------------|--------------------|---|
| 5.1            | 5.1.1.b            | 5%  |
| <del>5.1</del> | <del>5.1.1.e</del> | <del>5%</del>   |
| 5.1            | 5.1.5.a            | 100%  |
| 5.1            | 5.1.6.a            | 100%  |
| 5.1            | 5.1.6.b            | 2.263,20 zł   |

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 jej akceptacją.*

*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

**Piotr Piszc**  
**Kinga Powroźnik**  
**Maja Wróbel**

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*