



**PROGRAM
REGIONALNY**
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



Śląskie.
Pozytywna energia

UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI FUNDUSZ
ROZWOJU REGIONALNEGO



Katowice, 21 grudnia 2012 r.
RR RKPR.44.185.1.2012.HM
Nr projektu: 1113

Egzemplarz nr 2

INFORMACJA POKONTROLNA

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

Nazwa jednostki kontrolowanej: Gmina Konopiska

Tytuł projektu: Gminna Hala Sportowa wraz zapleczem socjalnym w Konopiskach

Nr decyzji o dofinansowanie: UDA-RPSL.09.03.00-00-017/09-00; ID: 1113

Podstawa prawna do przeprowadzenia kontroli:

1. Art. 26 ust.1 pkt 14 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (tekst jednolity: Dz.U. z 2009 r. Nr 84, poz. 712 z późniejszymi zmianami),
2. § 15 Umowy Zarządu Województwa Śląskiego nr UDA-RPSL.09.03.00-00-017/09-00 z dnia 12 marca 2012 r. w sprawie dofinansowania projektu „Gminna Hala Sportowa wraz z zapleczem socjalnym w Konopiskach”.

1. Skład Zespołu Kontrolującego:

Imię i nazwisko	Stanowisko służbowe	Funkcja w zespole kontrolującym
Hubert Musialik	Inspektor	Kierownik Zespołu Kontrolującego
Paulina Łach – Mnich	Główny Specjalista	Członek Zespołu Kontrolującego

2. Data przeprowadzenia kontroli: 30 października 2012r.

3. Miejsce przeprowadzenia kontroli:

Siedziba Beneficjenta
Urząd Gminy Konopiska
ulica Lipowa 5
Konopiska 42-274

4. Wyjaśnień zespołowi kontrolującemu udzielili:

Pani Kinga Zygiel – Kierownik Referatu Gospodarki i Rozwoju Urzędu Gminy Konopiska
Zastrzeżenia wniesione pismem z dnia 3 grudnia 2012r. o nr GOIE 042/03.2012

5. Kontrola została zarejestrowana w księdze kontroli beneficjenta pod numerem:
4/2012



6. Zakres oraz przedmiot kontroli:

Ocena prawidłowości przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia pn. Budowa Gminnej Hali Sportowej wraz z zapleczem socjalnym w Konopiskach (nr zamówienia GR/341/19/09).

Czynności kontrolne udokumentowane są w liście sprawdzającej, stanowiącej integralną część akt kontroli projektu.

7. Opis stwierdzonego w wyniku kontroli stanu faktycznego:

W ramach postępowania przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Budowa Gminnej Hali Sportowej wraz z zapleczem socjalnym w Konopiskach (nr zamówienia GR/341/19/09) stwierdzono następujące naruszenia:

W punkcie 9 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pn. *Opis warunków udziału w postępowaniu, opis sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków (...)*, litera b1 niniejszego punktu zawiera następujący opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunku:

w ciągu pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zrealizowali (rozpoczęli i zakończyli) co najmniej 2 zamówienia obejmujące budowę obiektu użyteczności publicznej (zawarty również w ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 16 listopada 2009 r. nr 209253 – 2009).

Z powyżej przedstawionego opisu wynika, że roboty budowlane jakimi mieli wykazać się wykonawcy ograniczono wyłącznie do budynków użyteczności publicznej.

Poprzez postawienie takiego wymogu wykluczono wykonawców, którzy mając doświadczenie w robotach budowlanych na obiektach innego rodzaju ale w zakresie prac o zbliżonym charakterze i funkcji których poziom skomplikowania jest taki sam jak w przypadku inwestycji objętej ww. postępowaniem. Jak podaje komentarz do Prawa Zamówień Publicznych (M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz LEX 2010 wyd. IV „Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwość. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców”.

W związku z powyższym należy również zauważyć, że zamawiający może zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655 z późn. zm.) dopuścić do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy spełniają między innymi warunki:

- posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- posiadania wiedzy i doświadczenia

Formułując więc opis spełnienia warunku udziału w postępowaniu zamawiający winien więc dla robot budowlanych wziąć pod uwagę technologię wykonania, innowacyjność używanych materiałów i rozwiązań, specyficzne warunki gruntowe czy otoczenia budowy nie zaś rodzaj obiektu będącego przedmiotem zamówienia, tym bardziej, że wykonanie robót budowlanych jest



wyłącznie odzwierciedleniem projektu zawartego w treści dokumentacji przygotowanej przez projektanta.

Wobec powyższego stwierdzono naruszenie art. 7 ust 1 w związku z art. 22-ust 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Do powyższego zastrzeżenia beneficjent pismem z dnia 3 grudnia 2012 r. wniósł zastrzeżenia. Po przeanalizowaniu przedstawionej argumentacji zespół kontrolujący podtrzymuje swoje stanowisko.

Na wstępie należy zauważyć, że formułując opis spełnienia warunków udziału w postępowaniu największą wagę trzeba przyłożyć do tego by przesłanki art. 22-ust. 1 pkt. 1 i 2 były odniesione do konkretnej branży, czy też, rodzaju zamówienia. SIWZ winny więc określać warunki ubiegania się o zamówienie, w taki sposób, aby Zamawiający mógł zapewnić sobie właściwy produkt lub usługę (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 4 kwietnia 2007 r. sygn. akt XIX/Ga 91/07). Skoro więc celem przeprowadzenia postępowania będzie uzyskanie jak najlepszego jakościowo produktu (budynku) warunek winien być tak opisany aby każdy wykonawca gwarantujący rzetelne jego wykonanie mógł wziąć udział w postępowaniu.

Nie można również w sposób akceptowalny i logiczny wyjaśnić przyczyny takiego określenia (dot. doświadczenia w budynku użyteczności publicznej), jak to wskazuje zamawiający, ponieważ wszelkie niezbędne informacje dotyczące przedmiotu zamówienia, wykonawca winien czerpać z jego opisu zawartego w dokumentacji przetargowej oraz dokumentacji projektowej. Te zaś informacje, dostatecznie jasno i precyzyjnie określone, powinny być podstawą decyzji wykonawcy o możliwości wzięcia przez niego udziału w postępowaniu.

Równocześnie zgodzić się należy z argumentem podniesionym przez zamawiającego, że zamówienie nie musi być „wygodne” wszystkim wykonawcom i dostosowane do profilu ich oferty i rodzaju a także, że grupa zdolnych wykonać je wykonawców, lub grupa najbardziej „uprzywilejowanych” jest wystarczająco liczna oraz formalnie „niezamknięta”. Jednak w analizowanym przykładzie grupa najbardziej uprzywilejowanych wykonawców została formalnie zamknięta poprzez opisywany warunek.

Odnosnie specyfiki budynku użyteczności publicznej należy wskazać, że proces budowlany takiego budynku nie różni się zasadniczo od budowy np. wielorodzinnego budynku mieszkalnego. Koniecznym więc jest odpowiedź na pytanie czy przedsiębiorca mający środki ku temu, by budynek taki wykonać nie będzie w stanie wykonać budynku użyteczności publicznej, który to status tenże uzyska dopiero po wybudowaniu, różnica pomiędzy tymi budynkami wynika wyłącznie z tego, że w pierwszym z nich normy jakie musi spełniać określa rozporządzenie i dokumentacja projektowa, w przypadku zaś drugiego dokumentacja projektowa. Odwracając zaś powyższe pytanie, to czy przedsiębiorca, który wybudował usługową halę magazynową, towarową lub handlową będącą budynkiem użyteczności publicznej da gwarancję właściwej realizacji budowy hali sportowej, satysfakcjonującą dla zamawiającego.

W związku z powyższym nie da się nabrać przekonania, że jest to poziom od którego zamawiający może uznać, że doświadczenie wykonawcy jest wystarczające do prawidłowego wykonania zamówienia i jako taki nie jest uzasadniony potrzebami zamawiającego.



Zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ – Wzór formularza oferty - zawarł pkt 7 o następującej treści:

Przedmiotowe zamówienie wykonamy: w minimum 50% siłami własnymi, resztę z udziałem podwykonawców (podać zakresy i kwoty robót powierzonych podwykonawcom)

Powyżej wskazane zastrzeżenie jest nieuprawnione na gruncie art. 36 ust. 5 ustawy Pzp.

„Nikt inny tylko zamawiający decyduje, jaką część zamówienia musi wykonać sprawdzony wykonawca siłami własnymi bez podwykonawstwa. [...] Część dotyczy przedmiotu zamówienia opisanego w zgodzie z art. 31 ust. 1 [ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych], a nie "% wartości zamówienia". Nie można się zgodzić z prezentowanym niekiedy poglądem, jakoby zamawiający, na podstawie art. 36 ust. 5 [ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych], miał prawo zastrzec w specyfikacji, że "98% przedmiotu zamówienia nie mogą wykonywać podwykonawcy". Jeżeli owych 98% nie można z przedmiotu wydzielić jako odrębnej części, opisanej zgodnie z art. 31 ust. 1 [ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych], to takie zastrzeżenie zamawiającego jest nieuprawnione i narusza zasady uczciwej konkurencji". (Olszowska Halina, Przetargi Publiczne 2007.12.32, Podwykonawca zamówienia publicznego.)

Stanowisko to potwierdza również Komisja Europejska w wynikach przeprowadzonego audytu operacji. W szczególności jako przykład niedopuszczalnego ograniczenia podwykonawstwa wskazano procentowe określenie części zamówienia, której wykonanie nie może być powierzone podwykonawcom.

Zgodnie z pismem Ministerstwa Rozwoju Regionalnego sygn. DKR-IV-82630-50-JB/EŚ/10 przekazującym rekomendację będącą wynikiem przeprowadzonych przez Instytucję Audytową audytów operacji Zamawiający nie może wskazać w SIWZ, że tylko ograniczony zakres prac (np. tylko 30 % całkowitej wartości prac) można zlecić podwykonawcom.

Wobec powyższego stwierdzono naruszenie art. 7 ust 1 w związku z art. 36 ust 5 ustawy Pzp.

Do powyższego zastrzeżenia beneficjent pismem z dnia 3 grudnia 2012 r. wniósł zastrzeżenia.

Po przeanalizowaniu przedstawionej argumentacji zespół kontrolujący podtrzymuje swoje stanowisko.

Na wstępie należy odnieść się do treści ustawy Pzp, która przepisem art. 36 ust. 5 w stanie prawnym z dnia wszczęcia postępowania dopuszczała możliwość ograniczenia udziału w postępowaniu podwykonawcom gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.

Istota więc takiego zastrzeżenia jest specyfika przedmiotu zamówienia. Jak wskazuje Komentarz Prawo zamówień publicznych, (Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., LEX, 2012, Wydanie V) *Korzystanie z możliwości ograniczenia zlecania prac podwykonawcom powinno być poprzedzone wnikliwą analizą przedmiotu zamówienia - właściwości świadczenia wymaganego do spełnienia przez wykonawcę i zależności prawidłowego jego wykonania od cech wykonawcy. Ponadto z samej ustawy - Prawo zamówień publicznych wynikają kolejne cechy wpływające na możliwość ograniczenia podwykonawstwa.*

- nakaz dopuszczenia weryfikacji warunków przedmiotu zamówienia dotyczących wiedzy i doświadczenia, potencjału osobowego i technicznego oraz zdolności finansowej z uwzględnieniem właściwości innych podmiotów niezależnie od charakteru stosunków wiążących te podmioty z wykonawcą, wynikający z art. 26 ust. 2b



zasada zachowania uczciwej konkurencji, co wymaga analizy danego rynku, tak by zakaz posługiwania się podwykonawcą nie wpływał w sposób nieuprawniony na ograniczenie uczciwej konkurencji.

Zastrzeżenie osobistego spełnienia świadczenia dotyczy więc sytuacji wyjątkowych, specjalnych, związanych z charakterystyką przedmiotu zamówienia i wynikającymi z niej wymogami co do dłużnika (wykonawcy).

Należy zauważyć, że zamawiający nie może skorzystać z powyższej przesłanki wyłącznie dla stwierdzenia potencjału „wykonawczego” wykonawcy, a wyłącznie w celu zmniejszenia ilości podmiotów realizujących zamówienie ze względu na charakter robót.

Ograniczenie więc podwykonawstwa w robotach budowlanych bez wskazania wyjątkowości sytuacji (specyfiki) nie jest możliwe. W tym kontekście procentowe ograniczenie zamówienia nie służy podanemu powyżej celowi, gdyby bowiem zamawiającemu zależało na ograniczeniu podwykonawstwa w danej szczególnej części doprecyzowałby, której, specyficznej części ono dotyczy.

Innym problem jaki powoduje procentowe ograniczenie podwykonawstwa jest brak punktu odniesienia do elementu oferty którego ograniczenie to dotyczy (zakresu robót lub ich wartości kwotowej), gdyż może się zdarzyć, że wartość kwotowa prac podwykonawcy nie przekroczy 50%, przekraczając jednocześnie zakres robót. Prowadzić to będzie do nieporównywalności ofert, co naruszy zasadę uczciwej konkurencji.

8. Stwierdzone uchybienia oraz wnioski wynikające z przeprowadzonej kontroli:

Rodzaj kontroli:

- kontrola doraźna;

Projekt realizowany jest z istotnymi zastrzeżeniami.

Budowa Gminnej Hali Sportowej wraz z zapleczem socjalnym w Konopiskach (nr zamówienia GR/341/19/09) stwierdzono następujące naruszenia:

Zamawiający ograniczył warunek możliwość udziału w postępowaniu wykonawcom nie legitymującym się doświadczeniem w budynkach użyteczności publicznej, czym naruszył art. 7 ust 1 w związku z art. 22 ust 1 i 2 ustawy Pzp.

Niniejsze uchybienie zagrożone jest nałożeniem korekty finansowej o wskaźniku procentowym 5% (korekta zostanie nałożona po potwierdzeniu wystąpienia nieprawidłowości w rozumieniu Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006).

Wobec naruszenia art. 7 ust 1 w związku z art. 22 ust 1 i 2 ustawy Pzp w ww. postępowaniu przy niemożności oszacowania wartości szkody, uchybienie powyższe zagrożone jest korektą finansową w wysokości 5%, zgodnie z §13 ust. 7 umowy o dofinansowanie nr UDA-RPSL.09.03.00-00-017/09-00, oraz wytycznymi Ministerstwa Rozwoju Regionalnego pn. Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE, Tabela 4 poz. 5 ppkt1 (naruszenie art. 7 ust. 1 poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz nie zapewnia równego traktowania wykonawców).

Stanowisko IZ RPO WSL w przedmiotowej sprawie zostało podtrzymane – szczegółowe wyjaśnienia w pkt 7.



**PROGRAM
REGIONALNY**
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



Śląskie.
Pozytywna energia

UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI FUNDUSZ
ROZWOJU REGIONALNEGO



Zamawiający poprzez procentowe ograniczenie podwykonawstwa w treści oferty (oświadczenie, że wykonawca wykona zamówienie w min. 50% siłami własnymi) naruszył art. 7 ust 1 w związku z art. 36 ust. 5 ustawy Pzp.

Niniejsze uchybienie zagrożone jest nałożeniem korekty finansowej o wskaźniku procentowym 5%, (korekta zostanie nałożona po potwierdzeniu wystąpienia nieprawidłowości w rozumieniu Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006).

Wobec naruszenia art. 7 ust 1 w związku z art. 36 ust. 5 ustawy Pzp w ww. postępowaniu przy niemożności oszacowania wartości szkody, uchybienie powyższe zagrożone jest korektą finansową w wysokości 5%, zgodnie z §13 ust. 7 umowy o dofinansowanie nr UDA-RPSL.09.03.00-00-017/09-00, oraz wytycznymi Ministerstwa Rozwoju Regionalnego pn. Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE, Tabela 4 poz. 5 ppkt1 (naruszenie art. 7 ust. 1 poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz nie zapewnia równego traktowania wykonawców).

Stanowisko IZ RPO WSL w przedmiotowej sprawie zostało podtrzymane – szczegółowe wyjaśnienia w pkt 7.

Zgodnie z zapisami wytycznych Ministerstwa Rozwoju Regionalnego pn. Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE, w przypadku wykrycia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dwóch lub większej ilości przypadków niezastosowania zasad zamówień publicznych, IZ RPO ma obowiązek zastosować korektę finansową o największej wartości procentowej.

Przy obliczaniu kwoty, o którą zostanie pomniejszone dofinansowanie, wzięty pod uwagę będzie również procent dofinansowania projektu.

Wartość umowy z wykonawcą – 7 207 735,01 zł.

Przy obliczaniu kwoty o którą zostanie pomniejszone dofinansowanie, wzięty pod uwagę będzie również procent dofinansowania projektu). Wyliczenie korekty przedstawia się następująco:

$5\% \times 7\,207\,735,01 \text{ zł} = 360\,386,75 \text{ zł}$ $5\% \times 5\,205\,991,27 = 260\,299,56 \text{ zł}$ zmiana korekty wynika z błędnego przyjęcia wartości zawartej z wykonawcą umowy jako kosztów kwalifikowalnych według wzoru: wysokość korekty x wysokość faktycznych wydatków kwalifikowanych dla danego zamówienia

Wydatki niekwalifikowalne w ramach wniosku o płatność:

WNP-RPSL.09.03.00-00-017/09-01-v01

Pouczenie:

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



**PROGRAM
REGIONALNY**
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



Śląskie.
Pozytywna energia

UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI FUNDUSZ
ROZWOJU REGIONALNEGO



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

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

Kierownikowi jednostki kontrolowanej przysługuje prawo do odmowy podpisania zmienionej i uzupełnionej informacji pokontrolnej, z jednoczesnym obowiązkiem złożenia pisemnych wyjaśnień tej odmowy, w terminie 14 dni od dnia jej otrzymania.

W takim przypadku o decyzji IZ RPO WSL i ostatecznych ustaleniach w zakresie kontroli kierownik jednostki kontrolowanej informowany jest odrębnym pismem.

Podpis członków zespołu kontrolującego

Referat ds. Kontrol Projektów

13.12.2012

Wydział Rozwoju Regionalnego

Referat ds. Kontroli Projektów

Paulina Kucharska
Główny Specjalista

Podpis Kierownika jednostki kontrolowanej

WÓJT GMINY
KONOPISKA

mgr inż. Jerzy Socha

Konopiska, 04.01.2013 r.

(miejsce, data, podpis)

(data, podpis)

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

Wydział Rozwoju Regionalnego
Referat ds. Kontroli Projektów

mgr inż. Jerzy Socha
Kierownik Referatu

Zastępca Dyrektora

Wydziału Rozwoju Regionalnego

Strona 7 z 7

RR RKPR.44.185.1.2012.HM