

DUR. 17.10. 8.2018



Fundusze Europejskie
Program Regionalny

Śląskie.

Unia Europejska
Europejski Fundusz
Rozwoju Regionalnego



Katowice, 27 kwietnia 2018r.
FR-RKPR.44.103.1.2018.IR
Dotyczy projektu nr 0407/16

Egzemplarz nr 2.....

OSTATECZNA INFORMACJA POKONTROLNA

Nazwa jednostki kontrolowanej: Gliwice- Miasto na prawach powiatu

Tytuł projektu: Eko-Światło w Gliwicach - Modernizacja i budowa oświetlenia ulicznego

Nr umowy o dofinansowanie: UDA-RPSL.04.05.01-24-0407/16-00

Podstawa prawna do przeprowadzenia kontroli:

- 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.2017.1460 tekst jednolity- dalej „ustawa wdrożeniowa”),
- § 17 Umowy nr UDA-RPSL.04.05.01-24-0407/16-00 z 26 maja 2017 r., w sprawie dofinansowania projektu pn. Eko-Światło w Gliwicach - Modernizacja i budowa oświetlenia ulicznego.

Rodzaj kontroli:

- W trakcie realizacji projektu.

Tryb kontroli:

- planowa

1. Skład Zespołu Kontrolującego:

Imię i nazwisko	Stanowisko służbowe	Funkcja w zespole kontrolującym
Iwona Raczyńska	Główny Specjalista	Kierownik Zespołu Kontrolującego
Marta Kurek	Inspektor	Członek Zespołu Kontrolującego

2. Data przeprowadzenia kontroli: od 15.01.2018r. do 21.03.2018r.

Kontrola w siedzibie IZ RPO (analiza dokumentacji)

- e-mail z dnia 24.01.2018r. (konto iraczynska@slaskie.pl) z prośbą o uzupełnienie dokumentów
- e-mail z dnia 26.01.2018r. (konto soltysek_i@um.gliwice.pl) prośba o przedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów
- e-mail z dnia 29.01.2018r. (konto iraczynska@slaskie.pl) odpowiedź IZ RPO WSL
- e-mail z dnia 09.02.2018r. (konto brm@um.gliwice.pl) z uzupełnieniem dokumentów
- e-mail z dnia 19.02.2018r. (konto iraczynska@slaskie.pl) z prośbą o ponowne uzupełnienie dokumentów
- e-mail z dnia 22.02.2018r. (konto brm@um.gliwice.pl) z uzupełnieniem dokumentów
- e-mail z dnia 01.03.2018r. (konto iraczynska@slaskie.pl) z prośbą o ponowne uzupełnienie dokumentów
- e-mail z dnia 08.03.2018r. (konto Ferenc_k@um.gliwice.pl) z uzupełnieniem dokumentów
- e-mail z dnia 15.03.2018r. (konto Ferenc_k@um.gliwice.pl) z uzupełnieniem odpowiedzi na korespondencję

FS

2



- pismo DYR.1710.8.2018 z 11.04.2018r. (data wpływu do tut. Urzędu 16.04.2018r.) z zastrzeżeniami do Informacji pokontrolnej.

3. Miejsce przeprowadzenia kontroli:

Siedziba IZ RPO WSL 2014-2020

4. Zakres oraz przedmiot kontroli:

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

Opis skontrolowanych procesów:

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

5. Opis stwierdzonego w wyniku kontroli stanu faktycznego:

5.1 Zamówienia

W ramach prowadzonej kontroli zweryfikowano dwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. 2015.2164 ze zmianami - zwana dalej ustawą Pzp) oraz cztery zamówienia o wartości nieprzekraczającej 50 000,00 zł netto.

5.1.1

Nazwa i przedmiot postępowania: Budowa oświetlenia na ul. Wrocławskiej w ramach projektu Eko-Światło w Gliwicach - Modernizacja i budowa oświetlenia ulicznego w mieście Gliwice

Rodzaj zamówienia: Roboty budowlane

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: ZA.271.93.2017

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: 559575-N-2017 z dnia 2017-07-28 r.

Tryb udzielenia zamówienia: Przetarg nieograniczony

Szacunkowa wartość zamówienia: 691 351,11 zł netto = 165 597,05 euro, w tym wartość przedmiotowego zamówienia 309 120,00 zł netto = 74 045,56 euro.

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

Umowa nr PU.7021.2.121.2017 z 7.09.2017r. zawarta z Markiem Brodałą prowadzącym działalność gospodarczą Zakład Projektowo-Wykonawczy Instalacji Elektrycznej Marek Brodała na kwotę 301 965,00 zł brutto.

5.1.1 a

Zamawiający nie zamieścił w opisie przedmiotu zamówienia wymogu dotyczącego zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia. Jego brak oznacza naruszenie art. 36 ust. 2 pkt 8) ustawy PZP.

Zgodnie z brzmieniem art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm.). Mając na uwadze powyższy przepis definicja stosunku pracy brzmi następująco: przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem.

45

7



Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: UZP) dotyczącej stosowania art. 29 ust.3a ustawy Prawo zamówień publicznych „ustawodawca regulując brzmienie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp miał na celu zobligowanie zamawiających do dokonania oceny, czy przy realizacji konkretnego zamówienia publicznego na usługi lub roboty budowlane wykonanie określonych czynności będzie zawierało cechy stosunku pracy. Jeśli wystąpią te czynności, to po stronie zamawiającego będzie spoczywał obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności”.

W wyjaśnieniach przesłanych drogą mailową 9 lutego 2018r. Zamawiający potwierdza niezastosowanie dyspozycji art. 29 ust. 3a ustawy Pzp.

W uzasadnieniu swojej decyzji Beneficjent „jedynie w kryterium oceny ofert Zamawiający wprowadził kryterium "zatrudnienie na umowę o pracę" o wadze 20,00 pkt." Tym samym naruszono dyspozycję art. 29 ust. 3a Pzp, jednak powyższa sytuacja nie miała wpływu na wynik postępowania. Powyższe stanowi uchybienie formalne.

Beneficjent do powyższych zapisów wniósł zastrzeżenia, w których motywuje powód nie zamieszczenia w opisie przedmiotu zamówienia wymogu dotyczącego zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia faktem nie występowania cech stosunków pracy w ramach zamówienia.

Ustawodawca regulując brzmienie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp miał na celu nałożenie na zamawiających obowiązku wymagania od wykonawców, by w określonych sytuacjach osoby zaangażowane w realizację zamówienia, były zatrudniane na podstawie umowy o pracę.

Wymóg zatrudniania na podstawie umowy o pracę jest uprawniony, o ile wskazane przez zamawiającego czynności ze swojej istoty polegają na świadczeniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 ustawy Kodeks pracy. Zgodnie z art. 22 § 1 Kodeksu pracy w ramach stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę. Istotnymi elementami decydującymi o tym, czy dane czynności można zakwalifikować jako wykonywane w ramach umowy o pracę są: zobowiązanie do starannego działania przy wykonywaniu powierzonych czynności, a nie osiągnięcie ustalonego przez strony rezultatu, podporządkowanie przełożonemu nadzorującemu wykonywanie pracy, wykonywanie pracy na stanowisku wskazanym przez pracodawcę i w czasie wskazanym przez pracodawcę.

Zdaniem IZ zakres pracy świadczony w niniejszym zamówieniu obejmuje pracę, która zobowiązuje wykonawcę do zatrudnienia osób na umowę o pracę. W niniejszych robotach budowlanych jest to np.: montaż słupów oświetleniowych (poz. 1.1.1 kosztorysu inwestorskiego), czy też montaż przewodów do opraw oświetleniowych (poz. 1.1.4 kosztorysu inwestorskiego). Mając na uwadze powyższe IZ RPO WSL podtrzymuje swoje stanowisko.

5.1.2

Nazwa i przedmiot postępowania: Budowa oświetlenia na ul. Częstochowskiej w ramach projektu Eko-Światło w Gliwicach - Modernizacja i budowa oświetlenia ulicznego w mieście Gliwice

Rodzaj zamówienia: Roboty budowlane

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: ZA.271.92.2017

Numer ogłoszenia oraz data publikacji: 563624-N-2017 z dnia 2017-08-04 r.

Tryb udzielenia zamówienia: Przetarg nieograniczony

Szacunkowa wartość zamówienia: 691 351,11 zł netto = 165 597,05 euro, w tym wartość przedmiotowego zamówienia 215 750,65 zł netto = 51 678,04 euro.



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

Umowa nr PU.7021.2.122.2017 z 12.10.2017r. zawarta z Łukaszem Burzawą prowadzącym działalność gospodarczą EL-PROJEKT Łukasz Burzawa na kwotę 214 020,00 zł brutto.

Aneks nr 3. PU.7021.2.122.2017-3 z 13.12.2017 na kwotę 202 335,00 zł brutto.

5.1.2 a

Zamawiający nie zamieścił w opisie przedmiotu zamówienia wymogu dotyczącego zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia. Jego brak oznacza naruszenie art. 36 ust. 2 pkt 8) ustawy PZP.

Zgodnie z brzmieniem art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm.). Mając na uwadze powyższy przepis definicja stosunku pracy brzmi następująco: przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem.

Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: UZP) dotyczącej stosowania art. 29 ust.3a ustawy Prawo zamówień publicznych „ustawodawca regulując brzmienie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp miał na celu zobligowanie zamawiających do dokonania oceny, czy przy realizacji konkretnego zamówienia publicznego na usługi lub roboty budowlane wykonanie określonych czynności będzie zawierało cechy stosunku pracy. Jeśli wystąpią te czynności, to po stronie zamawiającego będzie spoczywał obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności”.

W wyjaśnieniach przesłanych drogą mailową 9 lutego 2018r. Zamawiający potwierdza nie zastosowania zapisów art. 29 ust. 3a ustawy Pzp.

W uzasadnieniu swojej decyzji Beneficjent „jedynie w kryterium oceny ofert Zamawiający wprowadził kryterium "zatrudnienie na umowę o pracę" o wadze 20,00 pkt.”

W uzasadnieniu swojej decyzji Beneficjent „jedynie w kryterium oceny ofert Zamawiający wprowadził kryterium "zatrudnienie na umowę o pracę" o wadze 20,00 pkt.” Tym samym naruszono dyspozycję art. 29 ust. 3a Pzp, jednak powyższa sytuacja nie miała wpływu na wynik postępowania. Powyższe stanowi uchybienie formalne.

Beneficjent do powyższych zapisów wniósł zastrzeżenia, w których motywuje powód nie zamieszczenia w opisie przedmiotu zamówienia wymogu dotyczącego zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia faktem nie występowania cech stosunków pracy w ramach zamówienia.

Ustawodawca regulując brzmienie art. 29 ust. 3a ustawy Pzp miał na celu nałożenie na zamawiających obowiązku wymagania od wykonawców, by w określonych sytuacjach osoby zaangażowane w realizację zamówienia, były zatrudniane na podstawie umowy o pracę.

Wymóg zatrudniania na podstawie umowy o pracę jest uprawniony, o ile wskazane przez zamawiającego czynności ze swojej istoty polegają na świadczeniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 ustawy Kodeks pracy. Zgodnie z art. 22 § 1 Kodeksu pracy w ramach stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę. Istotnymi elementami

Handwritten mark in blue ink, possibly initials or a signature.

Handwritten mark in blue ink, possibly initials or a signature.



decydującymi o tym, czy dane czynności można zakwalifikować jako wykonywane w ramach umowy o pracę są: zobowiązanie do starannego działania przy wykonywaniu powierzonych czynności, a nie osiągnięcie ustalonego przez strony rezultatu, podporządkowanie przełożonemu nadzorującemu wykonywanie pracy, wykonywanie pracy na stanowisku wskazanym przez pracodawcę i w czasie wskazanym przez pracodawcę.

Zdaniem IZ zakres pracy świadczony w niniejszym zamówieniu obejmuje pracę, która zobowiązuje wykonawcę do zatrudnienia osób na umowę o pracę. W niniejszych robotach budowlanych jest to np.: montaż słupów oświetleniowych (poz. 1.1.1 kosztorysu inwestorskiego), czy też montaż przewodów do opraw oświetleniowych (poz. 1.1.4 kosztorysu inwestorskiego). Mając na uwadze powyższe IZ RPO WSL podtrzymuje swoje stanowisko.

5.1.2 b

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ oraz formularzu umowy jak również w samej umowie nr PU.7021.2.122.2017 z 12.10.2017r. wyznaczył termin wykonania umowy na dzień 31.10.2017 r. Jednakże termin ten został przesunięty. Na podstawie §10 ust.2 pkt 1) lit. g) Strony Aneksu nr 1 z 12.10.2017r., dokonały zmiany treści postanowienia § 2 ust.2 umowy, zastępując ustalony w umowie termin wykonania zamówienia z dnia 31.10.2017r. na nowy termin upływający w dniu 30.11.2017r. Tym samym pierwotny termin realizacji zamówienia uległ wydłużeniu z ustalonych w umowie 19 dni na 49 dni.

Podkreślić należy, iż powyższa zmiana została dokonana w dniu podpisania umowy na roboty budowlane – 12.10.2017r. z inicjatywy Zamawiającego i w sytuacji kiedy zamawiający w §13 umowy o wykonanie zamówienia, zawarł postanowienie, iż zastrzega sobie prawo do naliczenia wykonawcy kary umownej w wysokości 0,5% wartości umowy za każdy dzień zwłoki za niedotrzymanie terminu realizacji zamówienia.

Zamawiający odnosząc się do tych kwestii wskazał, iż przedłużenie terminu realizacji zadania objętego umową, wynikało z przedłużającej się procedury przetargowej a dokładniej z dużego obciążenia pracownika prowadzącego postępowanie oraz zmianie osoby nadzorującej pracę Wydziału Zamówień Publicznych. Podkreśla dodatkowo, że „wszystkie okoliczności wymienione powyżej przyczyniły się do przedłużenia procedury zawarcia umowy.”

Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający w złożonych wyjaśnieniach/dokumentach nie zawarł żadnego merytorycznego odniesienia, i w zasadzie wskazywały jedynie na fakt braku zdolności organizacyjnej Zamawiającego, który zdaniem zespołu kontrolującego nie stanowi przesłanki wpisującej się w zapis Umowy – §10 ust.2 pkt 1) „Zmiana terminu realizacji przedmiotu umowy oraz harmonogramu terminowo - rzeczowego (bez zmiany wynagrodzenia) z powodu: lit. g) zmian będących następstwem okoliczności leżących po stronie Zamawiającego, w szczególności wstrzymanie robót przez Zamawiającego.” Należy zauważyć, że przeprowadzeniem postępowania przetargowego zajmuje się komisja przetargowa, która została wyznaczona przez Naczelnika Wydziału Zamówień Publicznych.

Powyższe nie stanowi okoliczności jakich zamawiający nie mógł przewidzieć, przy dołożeniu należytej staranności podczas wykonywania czynności przygotowujących postępowanie, z uwzględnieniem przez zamawiającego specyfiki przedmiotu zamówienia. Do przewidzenia było na etapie przygotowywania postępowania przetargowego, że „osoba odpowiedzialna za przeprowadzenie w/w przetargu prowadziła jednocześnie cztery inne postępowania przetargowe oraz wykonywała weryfikacji dokumentacji projektowych” organizacyjnie nie jest w stanie należycie przeprowadzić przedmiotowe postępowanie. Należy nadmienić, że odpowiedzialność za przeprowadzenie postępowania ponosi powołana komisja przetargowa – przewodniczący, sekretarz oraz członek, a nie jedna osoba jak wskazał Beneficjent. Ponadto, kwestie organizacyjne Zamawiającego pozostają poza zainteresowaniem Wykonawców dla których istotny jest wybór ich oferty jako najkorzystniejszej i w konsekwencji podpisanie umowy. Wskazać należy, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek należytej staranności przy przygotowaniu i przeprowadzeniu

45

→



procedury przetargowej. Pojęcie należytej staranności należy rozumieć jako sposób postępowania odpowiadający określonemu wzorcowi, skonstruowanemu z reguł postępowania ocenianych pozytywnie. Jest to działanie ostrożne, zapobiegliwe, przezorne, uważne oraz rozsądne. Przy ocenie, czy zachowało się należyta staranność, bierze się pod uwagę takie elementy jak ogólny poziom wiedzy, treść przepisów, zasady współzycia społecznego, ukształtowane zwyczaje, doświadczenie życiowe, ogólne rozeznanie w danej dziedzinie.

Ponadto, trwająca procedura przetargowa – od ogłoszenia o zamówieniu tj. 4.08.2017r. do dnia wyboru najkorzystniejszej oferty tj. 28.9.2017 – wynosiła 1,5 miesiąca oraz wyznaczony przez Zamawiającego termin na podpisanie umowy (łącznie 14 dni) nie były obiektywnie nienaturalne. Przepisy nie określają maksymalnego terminu zawarcia umowy, wskazują jedynie na terminy, od upływu których można zawrzeć umowę. Zamawiający już od momentu wyboru oferty jako najkorzystniejszej, tj. od 28.09.2017r. powinien zacząć dopełniać wszelkie formalności związane z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy.

Wprowadzone zmiany prowadziły do zmiany równowagi ekonomicznej stron umowy na korzyść wykonawcy. Takie zmiany mogłyby wpływać na rozszerzenie kręgu wykonawców zainteresowanych realizacją przedmiotowego zamówienia. Niewątpliwie innej ocenie przez wykonawców podlegałaby sytuacja, gdyby od początku było wiadomym, iż termin realizacji zamówienia zostanie wydłużony, co także de facto eliminowało niebezpieczeństwo zapłaty kar umownych. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że wprowadzono również krótkie termin płatności za wykonywane zamówienie umożliwiłoby wzięcie udziału wykonawcom, którzy dla jego wykonanie praktycznie nie musieliby angażować własnych środków finansowych, czy też realizować zamówienie w oparciu z zaciągnięty kredyt bankowy. Zamawiający jako dysponent środków publicznych jest odpowiedzialny, za prawidłowe ich wydatkowanie zarówno co do efektywności i gospodarności, oraz za zachowanie procedur udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości postępowania.

Podejście zamawiającego było nieuzasadnionym sprzyjaniem wykonawcy wraz z pozbawieniem się możliwości uzyskania kwot z tytułu kar umownych.

Mając na uwadze powyższe, działanie Beneficjenta stanowi naruszenie normy prawnej określonej w treści art. 144 ust. 1 Pzp „Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy (...)”. Bowiem, wobec Beneficjenta nie zaistniała żadna z przesłanek określonych w art. 144 Pzp, dopuszczająca modyfikację treści zawartej umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Powyższe naruszenie przepisów prawa, które na skutek działania Beneficjenta doprowadziło do powstania potencjalnej szkody finansowej stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) NR 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz.U.UE.L.2013.347.320 – dalej „rozporządzenie ogólne”).

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

43

2



Za powyższe naruszenie przewidziana jest stawka procentowa 25 % odpowiadająca kategorii nieprawidłowości indywidualnej nr 28 pn. Niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia lub umowy koncesji.

Beneficjent do powyższych zapisów wniósł zastrzeżenia, w których argumentuje m.in., że „postępowanie przetargowe zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych (pzp). Wszystkie terminy ustawowe dla poszczególnych czynności zostały zachowane przez Zamawiającego.” Wyszczególnia również etapy postępowania od ogłoszenia postępowania do formalności przed zawarciem umowy. Podkreśla również, że „ustawodawca przewiduje, że w postępowaniu mogą wystąpić okoliczności mające wpływ na przedłużenie procedury”.

IZ RPO WSL zgadza się z powyższymi argumentami, co było zresztą ujęte w pierwotnej wersji IPK - „trwająca procedura przetargowa – nie była obiektywnie nienaturalna. Przepisy nie określają maksymalnego terminu zawarcia umowy, wskazują jedynie na terminy, od upływu których można zawrzeć umowę.” Instytucja Zarządzająca stwierdziła jedynie naruszenie określone jako niedozwoloną zmianę postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego, które stanowiło naruszenie normy prawnej określonej w treści art. 144 ust. 1 Pzp, bowiem, wobec Beneficjenta nie zaistniała żadna z przesłanek określonych w art. 144 Pzp, dopuszczająca modyfikację treści zawartej umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Jak czytamy w wyjaśnieniach Beneficjenta przesłanych drogą mailową w dniu 22 lutego 2018r. - „Powodem przedłużającej się procedury było duże obciążenie pracownika prowadzącego postępowanie, osoba odpowiedzialna za przeprowadzenie w/w przetargu prowadziła jednocześnie cztery inne postępowania przetargowe oraz wykonywała weryfikacji dokumentacji projektowych. Jednocześnie pragnę nadmienić, że w miesiącu wrześniu 2017 r, kiedy prowadzone było przedmiotowe postępowanie, nastąpiła reorganizacja pracy Wydziału Zamówień Publicznych, polegająca na zmianie osoby nadzorującej pracę Wydziału. W IV kwartale 2017 r. do Wydziału Zamówień Publicznych wpłynęła większa ilość postępowań w stosunku do roku poprzedniego. Wszystkie okoliczności wymienione powyżej przyczyniły się do przedłużenia procedury zawarcia umowy.”

W zastrzeżeniach Zamawiający również podnosi kwestię komisji przetargowej, a dokładnie „za przygotowanie postępowania przetargowego oraz jego prowadzenie do momentu otwarcia ofert odpowiada jedna osoba (...).”

W pierwszej kolejności należy wskazać, że powołanie komisji przetargowej, właściwe określenie zasad udzielania zamówień publicznych, odpowiedzialności imiennej osób uczestniczących na różnych etapach w postępowaniu, zakresu prac komisji i indywidualnej odpowiedzialności jej członków warunkuje prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z dyspozycją art. 21 ust. 1 ustawy Pzp. Członków komisji przetargowej powołuje i odwołuje kierownik zamawiającego. Komisja przetargowa jako organ kolegialny składa się z co najmniej trzech osób. W świetle ust. 3 kierownik zamawiającego określa organizację, skład, tryb pracy oraz zakres obowiązków członków komisji przetargowej, mając na celu zapewnienie sprawności jej działania, indywidualizacji odpowiedzialności jej członków za wykonywane czynności oraz przejrzystości jej prac. Indywidualizacja odpowiedzialności polega na przypisaniu konkretnych czynności poszczególnym członkom komisji przetargowej. Jest konieczna m.in. ze względu na art. 4 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Indywidualizacja zadań w praktyce przejawia się w określeniu zadań właściwych dla przewodniczącego komisji i jej sekretarza, choć ustawodawca nie wyłączył możliwości powierzenia określonych zadań poszczególnym członkom komisji. Zgodnie z ust. 4, jeżeli dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych, kierownik zamawiającego, z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej, może powołać

45

—



powołać na biegłego zarówno pracowników zamawiającego, jak i inne osoby niebędące pracownikami zamawiającego. W świetle powyższego niezrozumiały dla IZ jest argument, iż to jedna osoba w niniejszym postępowaniu odpowiadała za przeprowadzenie postępowania.

W dalszej części Beneficjent podnosi, że „Zamawiający zawarł z wykonawcą aneks przedłużający termin realizacji zamówienia zgodnie z przepisami prawa” i że „przewidział zmiany terminu §10 ust.2 pkt 1 lit. g umowy: „Zamawiający określa następujące warunki, w jakich przewiduje możliwość dokonania zmian postanowień zawartej umowy: zmiana terminu realizacji przedmiotu umowy oraz harmonogramu terminowo - rzeczowego (bez zmiany wynagrodzenia) z powodu: zmian będących następstwem okoliczności leżących po stronie Zamawiającego, w szczególności wstrzymanie robót przez Zamawiającego.”

IZ zwraca uwagę, iż sformułowanie „okoliczności leżące po stronie zamawiającego” jest ogólne i nieprecyzyjne. Przedłużenie terminu realizacji zadania objętego umową, wynikającego z przedłużającej się procedury przetargowej a dokładniej z dużego obciążenia pracownika prowadzącego postępowanie oraz zmianie osoby nadzorującej pracę Wydziału Zamówień Publicznych nie wpisywały się w powyższy zapis Umowy.

W dalszej części Beneficjent podnosi, że „termin realizacji nie stanowił kryterium oceny ofert, nie był więc czynnikiem znaczącym z punktu widzenia wyboru tego, a nie innego Wykonawcy (...).” Z tego też powodu Beneficjent nie uznaje argumentacji IZ RPO WSL wyrażonej w IPK, i stoi na stanowisku, iż zmiana terminu nie mogła wpłynąć potencjalnie na rozszerzenie kręgu Wykonawców.

W opozycji do stanowiska Beneficjenta wyrażonego w zastrzeżeniach do IPK, należy podkreślić, że w opinii IZ RPO WSL zmiana umowy w czasie jej trwania może zostać uznana za istotną, jeśli wprowadza ona warunki, które - gdyby były określone na etapie postępowania o udzielaniu zamówienia, umożliwiłyby tym samym dopuszczenie innych oferentów niż tych, którzy brali udział w postępowaniu lub też mogło przyczynić się do złożenia innych ofert. Dla wykonawców sporządzających oferty istotna jest wiedza, iż termin realizacji zamówienia wynosi 49 dni a nie 11.

Beneficjent jednocześnie powołuje się na Wyrok WSA we Wrocławiu z 2018-01-24 sygnatura akt III SA/Wr 680/17.

Należy zatem odnieść się do przepisu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006, który stanowi, że nieprawidłowość to jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Brzmienie powołanego przepisu wskazuje, że nie chodzi tu wyłącznie o szkodę rzeczywistą, ale także o szkodę potencjalną. Ze swej istoty szkoda potencjalna, czyli taka, która mogłaby wystąpić, jest niemierzalna. Z tego powodu nie można wymagać od Instytucji Zarządzającej, aby poddawała ocenie rozmiary i skutki naruszenia przepisów w zakresie realizacji programu operacyjnego dla finansów publicznych Unii Europejskiej. Podkreślić należy, iż zarówno Komisja Europejska, jak i Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej przyjmują szeroką wykładnię przesłanki naruszenia prawa wspólnotowego, obejmującą zarówno naruszenie prawa unijnego, jak i prawa krajowego.

Stanowisko IZ RPO WSL opiera się na następujących wyrokach:

Wyrok WSA w Gliwicach IV SA/GI 873/17 - Data orzeczenia 2018-02-07, w którym jak czytamy „dla nałożenia sankcji wystarczy ustalenie, że wskutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE; nie musi powstać szkoda rzeczywista. Okoliczność tą prawidłowo wykazał organ wskazując na możliwość innego potencjalnego wykonawcy, który przy dodatkowo wydłużonym czasie realizacji podjąłby się wykonawstwa przedmiotu ewentualnej umowy przy tak rozszerzonym zakresie przedmiotowym.”

Wyrok WSA w Gdańsku I SA/Gd 995/16 - Data orzeczenia 2017-04-19

45

7



„W przedmiotowej sprawie Beneficjent poniósł wydatki z naruszeniem przepisów prawa, umowy oraz Wytycznych obowiązujących w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa, narażając budżet UE na straty, bowiem poniósł te wydatki niezgodnie z obowiązującymi procedurami. Zgodnie z powyższą definicją szkoda nie musi być rzeczywista, wystarczy tylko potencjalna. Nie istnieje konieczność wykazywania wystąpienia szkody, aby domagać się zwrotu dofinansowania w związku z naruszeniem przez beneficjenta przepisów prawa, umowy oraz Wytycznych obowiązujących w ramach Programu.”

Wyrok WSA w Opolu II SA/Op 352/15 - Data orzeczenia 2016-12-29

„W tym miejscu wskazać można na trafne stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego, wedle którego z przepisu art. 98 ust. 2 i art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 należy wyprowadzić wniosek, że szkoda w budżecie - wskutek naruszenia prawa - może być hipotetyczna. Szkodą w rozumieniu tych unormowań jest więc już sama możliwość niezasadnego finansowania wydatku z budżetu ogólnego. NSA wyjaśnił ponadto, że skoro, stosownie do art. 98 ust. 2 powoływanego rozporządzenia, unijny prawodawca zestawia charakter i wagę nieprawidłowości oraz straty finansowe poniesione przez fundusze - jako okoliczności wymagające uwzględnienia przy dokonywaniu korekt - to przyjmując należy, że tak jak do dokonania korekty nie jest konieczne wykazanie faktycznej szkody (wskutek naruszenia prawa), tak też strata finansowa poniesiona przez fundusze może być hipotetyczna. Zdaniem NSA, nie powinno budzić wątpliwości, że brak zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, z naruszeniem art. 7 ustawy prawo zamówień publicznych - co do zasady - jest przesłanką do stwierdzenia, że mogło dojść do nieuzasadnionego wydatku (por. wyrok NSA z dnia 6 sierpnia 2015 r., II GSK 1618/14).”

IV SA/GI 873/17 - Wyrok WSA w Gliwicach „Podkreślenia wymaga, że dla nałożenia sankcji wystarczy ustalenie, że wskutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE; nie musi powstać szkoda rzeczywista. Okoliczność tą prawidłowo wykazał organ wskazując na możliwość innego potencjalnego wykonawcy, który przy dodatkowo wydłużonym czasokresie realizacji podjąłby się wykonawstwa przedmiotu ewentualnej umowy przy tak rozszerzonym zakresie przedmiotowym.”

Konkludując, powyższe nie stanowi okoliczności jakich zamawiający nie mógł przewidzieć, przy dołożeniu należytej staranności podczas wykonywania czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia. Zdaniem kontrolujących doszło do przewlekłości postępowania. Zamawiający powinien dołożyć należytej staranności aby w pierwotnym terminie związania ofertą doprowadzić do zakończenia postępowania, bowiem warunki zamówienia muszą gwarantować termin realizacji zamówienia, a więc w sposób umożliwiający wybranemu wykonawcy podjęcie działań na rzecz realizacji zamówienia, z zaangażowaniem finansowym i organizacyjnym włącznie.

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

Podsumowanie dla zamówienia:

Uchybienie nr	Numer kategorii nieprawidłowości indywidualnej	Wartość % korekty/pomniejszenia/wartość wydatków niekwalifikowalnych
5.1.2.b	28	25%

KS

6



5.1.3

Nazwa i przedmiot zamówienia: Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania "Budowa oświetlenia na ul. Wrocławskiej w ramach projektu 'Eko-Światło w Gliwicach - modernizacja i budowa oświetlenia ulicznego w mieście Gliwice'"

Rodzaj zamówienia: Usługa

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: PU.7021.2.160.2017

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

Umowa nr PU.7021.2.160.2017 z 13.09.2017 z Pawłem Nowotnym prowadzącym działalność gospodarczą PW WAPAN Paweł Nowotny na kwotę 6 765,00 zł brutto.

Zespół Kontrolujący nie wnosi uwag do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia.

5.1.4

Nazwa i przedmiot zamówienia: Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania "Budowa oświetlenia na ul. Częstochowskiej w ramach projektu 'Eko-Światło w Gliwicach - modernizacja i budowa oświetlenia ulicznego w mieście Gliwice'"

Rodzaj zamówienia: Usługa

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: PU.7021.2.174.2017

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

Umowa nr PU.7021.2.174.2017 z 12.10.2017 z Markiem Brodałą prowadzącym działalność gospodarczą Zakład Projektowo-Wykonawczy Instalacji Elektrycznej Marek Brodała na kwotę 2 460,00 zł brutto.

Zespół Kontrolujący nie wnosi uwag do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia.

5.1.5

Nazwa i przedmiot zamówienia: Pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją zadania "Budowa oświetlenia na ul. Wrocławskiej w ramach projektu 'Eko-Światło w Gliwicach - modernizacja i budowa oświetlenia ulicznego w mieście Gliwice'"

Rodzaj zamówienia: Usługa

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: PU.7021.2.173.2017

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

Umowa nr PU.7021.2.173.2017.1 z 26.09.2017 z Markiem Brodałą prowadzącym działalność gospodarczą Zakład Projektowo-Wykonawczy Instalacji Elektrycznej Marek Brodała na kwotę 1 230,00 zł brutto.

Zespół Kontrolujący nie wnosi uwag do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia.

5.1.6

Nazwa i przedmiot zamówienia: Pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją zadania "Budowa oświetlenia na ul. Częstochowskiej w ramach projektu 'Eko-Światło w Gliwicach - modernizacja i budowa oświetlenia ulicznego w mieście Gliwice'"

Rodzaj zamówienia: Usługa

Numer zamówienia nadany przez Zamawiającego: PU.7021.2.176.2017

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

Umowa nr PU.7021.2.173.2017z 22.09.2017 z Markiem Brodałą prowadzącym działalność gospodarczą Zakład Projektowo-Wykonawczy Instalacji Elektrycznej Marek Brodała na kwotę 1 845,00 zł brutto.

Zespół Kontrolujący nie wnosi uwag do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia.



6. Stwierdzone uchybienia oraz wnioski wynikające z przeprowadzonej kontroli:

Wynik kontroli: z istotnymi zastrzeżeniami

Konsekwencje finansowe:

- związane z zamówieniami:

Zakres	Nr uchybienia	Wartość % korekty/pomniejszenia/ wartość wydatków niekwalifikowalnych
5.1	5.1.2.b	25%

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 2016, poz. 1137, z późn. zm.) albo przestępstwa skarbowego, o którym mowa w ustawie z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz. U. z 2016 r., poz. 2137 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 2016, poz. 1870).

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

7. Zalecenia pokontrolne:

Nie dotyczy

Pouczenie:

Kierownikowi jednostki kontrolowanej przysługuje prawo do zgłoszenia, na piśmie uzasadnionych zastrzeżeń do ustaleń zawartych w informacji pokontrolnej, w terminie 14 dni od dnia otrzymania informacji pokontrolnej 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.



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

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

Wydział Europejskiego Funduszu
Rozwoju Regionalnego
Referat kontroli projektów
I. Rzymke
Iwona Kaczyńska

Wydział Europejskiego Funduszu
Rozwoju Regionalnego
Referat kontroli projektów
M. Kurek
Marta Kurek

(podpis)

Zatwierdził:

Zastępca Dyrektora Wydziału
Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

27.04.2018 *Monika Duda-Szmyd*
(data, podpis)

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

Wydział Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego
Referat kontroli projektów
Szyjon Fojcik
Szyjon Fojcik
Koordynator

Wydział Europejskiego Funduszu
Rozwoju Regionalnego
Referat kontroli projektów
Piotr Ręza
Piotr Ręza
Kierownik Referatu

27-04-2018

12/12

Przyjęta do wiadomości
Dyrektor
Urzędu Miejskiego w Gliwicach

- 4. MAJ 2018
Katarzyna Spewok
Katarzyna Spewok

FR-RKPR.44.103.1.2018.IR