

OPINIA POKONTROLNA KONTROLI nr POIS.01.01.02-U/12(2)/2023

A. Podstawowe informacje o kontroli i jednostce kontrolowanej

1.	Numer kontroli	POIS.01.01.02-U/12/2023
2.	Numer projektu	POIS.01.01.02-00-0005/21
3.	Tytuł projektu	„Budowa linii WN Brzezińska-Radogoszcz”
4.	Podstawa prawna przeprowadzenia kontroli	§ 13 Umowy o dofinansowanie nr UDA-POIS.01.01.02-00-0005/21-00
5.	Nazwa jednostki kontrolowanej	PGE Dystrybucja S.A.
6.	Adres jednostki kontrolowanej	ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin
7.	Osoba dokonująca czynności kontrolnych	Joanna Białas Główny specjalista Biuro Kontroli i Audytu (BKA) Ministerstwo Klimatu i Środowiska (MKiŚ)
8.	Termin i rodzaj kontroli	22.09.2023 r. – 09.02.2024 r., kontrola planowa na dokumentach, ex - post
9.	Zakres kontroli	Kontrola procedur zawierania umów – umowy na wykonanie robót budowlanych w branży elektroenergetycznej dla zadania: „Budowa linii kablowej 110 kV RPZ Brzezińska – RPZ Radogoszcz.”
Dane identyfikujące kontrolowaną umowę		
10.	Numer umowy oraz data zawarcia z wykonawcą	Umowa nr 28926/2022 zawarta 29.11.2022 r.

11.	Podstawa prawna zawarcia umowy	Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) Data wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: 22.07.2022 r.
12.	Nazwa Wykonawcy umowy	ELEKTROTIM S.A., 54-156 Wrocław, ul. Stargardzka 8, KRS 0000035081
13.	Wartość umowy bez podatku VAT	29 950 000,00 zł
14.	Wartość umowy z podatkiem VAT (23%)	36 838 500,00 zł

B. Ustalenia kontroli

Procedury wewnętrzne Beneficjenta w zakresie wyboru wykonawcy i zawierania umów

Beneficjent na podstawie zawartej Umowy o dofinansowanie nr POIS.01.01.02-00-0005/21-00 (dalej: Umowa o dofinansowanie lub UoD) zobowiązał się do realizacji projektu w pełnym zakresie, zgodnie z Umową i jej załącznikami, z należytą starannością, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa krajowego i unijnego. W Umowie o dofinansowanie zawarta jest klauzula, na podstawie której warunkiem uznania wydatków za kwalifikowalne jest ich poniesienie zgodnie z postanowieniami Umowy oraz Wytycznymi w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014 – 2020 (dalej: Wytyczne) oraz Szczegółowym opisem osi priorytetowych Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020.

Do oceny prawidłowości zawarcia umowy w ramach realizacji projektu w wyniku przeprowadzonego postępowania, stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych¹ (dalej: uPzp lub ustawa Pzp), wersję Wytycznych obowiązującą w dniu wszczęcia postępowania², które zakończyło się podpisaniem danej umowy. W przypadku kontrolowanej Umowy stosuje się Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020 z 21.12.2020 r. Do oceny prawidłowości uwzględniono Procedurę zakupów PGE Dystrybucja S.A. PROC 30031/F z 20.12.2021 r. (dalej: Procedura zakupów).

¹ t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.

²Do oceny prawidłowości umów zawartych w ramach realizacji projektu w wyniku przeprowadzonych postępowań, w tym postępowań określonych w podrozdziale 6.5, stosuje się wersję Wytycznych obowiązującą w dniu wszczęcia postępowania, które zakończyło się zawarciem umowy (rozdział 4 pkt.9 Wytycznych).

Umowa nr 28926/2022 z 29.11.2022 r. na wykonanie robót budowlanych w branży elektroenergetycznej dla zadania: „Budowa linii kablowej 110 kV RPZ Brzezińska – RPZ Radogoszcz” (dalej: Umowa), zawarta została w wyniku rozstrzygnięcia postępowania nr POST/DYS/OLD/GZ/12102/2022, które było przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego jako zamówienie sektorowe.

PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna (dalej: PGE Dystrybucja S.A. lub PGE) na podstawie zawartej Umowy o dofinansowanie, została zobowiązana do zrealizowania Projektu nr POIS.01.01.02-00-0005/21 pod nazwą „Budowa linii WN Brzezińska-Radogoszcz” w ramach działania 1.1 „Wspieranie wytwarzania i dystrybucji energii pochodzącej ze źródeł odnawialnych”, oś priorytetowa I „Zmniejszenie emisyjności gospodarki” Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014 – 2020 (dalej: Projekt), między innymi: w pełnym zakresie, zgodnie z Umową i jej załącznikami, z należytą starannością, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa krajowego i unijnego³. W szczególności w Umowie o dofinansowanie znajduje się klauzula, zgodnie z którą Beneficjent jest zobowiązany do udzielania zamówień w ramach wydatków kwalifikowalnych z uwzględnieniem postanowień UoD, przepisów prawa powszechnie obowiązującego, w tym w szczególności przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, w przypadku, gdy wymóg jej stosowania wynika z ustawy Pzp.

PGE jest zamawiającym sektorowym, o którym mowa w art. 5 ust. 4 uPzp, w związku z czym zobowiązany jest do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie określonym w ustawie.

Ocena zgodności procedur Beneficjenta w zakresie udzielania zamówień publicznych określonych w Procedurze zakupów, w zakresie spełnienia wymagań zgodnych z kryteriami obowiązującymi w Programie Operacyjnym Infrastruktura i Środowisko (dalej: POIiŚ), wytycznymi w zakresie kwalifikowalności, była przedmiotem kontroli nr POIS.01.01.02-U/14/2023⁴ przeprowadzonej przez BKA MKiŚ, w wyniku której potwierdzono zgodność jej zapisów z Wytycznymi.

Przygotowanie postępowania

Postępowanie na wykonanie robót budowlanych (dalej: postępowanie) zostało wszczęte na podstawie Uchwały nr 568/III/2019 Zarządu PGE Dystrybucja S.A. z dnia 06.06.2019 r. oraz Uchwały nr 636/IV/2022 Zarządu PGE Dystrybucja S.A. z dnia 12.04.2022 r., na mocy której było możliwe zaciągnięcie zobowiązania finansowego na realizację zamówienia, zatwierdzonego Wniosku Oddziału Łódź do Zarządu PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna z dnia 17.03.2022 r. oraz zaakceptowanego, zgodnie z zasadami określonymi w Procedurze zakupów PGE Dystrybucja S.A., Wniosku zakupowego⁵ dotyczącego postępowania na budowę linii kablowej 110 kV RPZ Brzezińska – RPZ Radogoszcz.

³ §4 ust. 1 Umowy o dofinansowanie.

⁴ Ustalenia kontroli zostały przedstawione w Opinii pokontrolnej kontroli nr POIS.01.01.02-U/14/2023.

⁵ Procedowanie i akceptacja Wniosku zakupowego odbywała się w elektronicznym systemie zakupowym Grupy Kapitałowej PGE, do akt kontroli przedłożono dokument (wydruk) wygenerowany z systemu.

Realizacja postępowania przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm

1. W toku kontroli sprawdzono, czy kierownik zamawiającego, członkowie komisji oraz wszystkie osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia po stronie zamawiającego lub osoby mogące wpłynąć na wynik tego postępowania lub osoby udzielające zamówienia nie podlegały wyłączeniu z dokonywania tych czynności ze względu na wystąpienie konfliktu interesów, o którym mowa w art. 56 ust. 2 uPzp.

W celu zapewnienia realizacji postępowania przez osoby bezstronne, kierownik zamawiającego ma obowiązek odebrania od tych osób oświadczeń złożonych w formie pisemnej, potwierdzających brak istnienia okoliczności, o których mowa w art. 56 ust. 2 uPzp.

Potwierdzono, że nie później niż przed zakończeniem postępowania wszystkie osoby wymienione w art. 56 ust. 1 ustawy złożyły oświadczenia w formie pisemnej deklarując, że nie podlegają wyłączeniu z postępowania ze względu na konflikt interesów.

2. Odnosząc się do dyspozycji art. 56 ust 3 ustawy sprawdzono, czy kierownik zamawiającego, członkowie komisji oraz inne osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia po stronie zamawiającego lub osoby mogące wpłynąć na wynik tego postępowania lub osoby udzielające zamówienia nie podlegały wyłączeniu z dokonywania tych czynności ze względu na prawomocne skazanie za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 228–230a, art. 270, art. 276, art. 286, art. 287, art. 296, art. 296a, art. 297, art. 303 lub art. 305 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1138, 1726 i 1855), zwanej dalej „Kodeksem karnym”, o ile nie nastąpiło zatarcie skazania.

Zgodnie z art. 56 ust. 6 oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 56 ust. 3 (dalej: oświadczenia o niekaralności), składa się przed rozpoczęciem wykonywania czynności związanych z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia.

Ustalono, że dokumentacja postępowania przekazana do kontroli zawiera oświadczenia o niekaralności złożone przez dwóch członków komisji przetargowej, które zostały złożone papierowo i podpisane własnoręcznym podpisem niezawierające dat, potwierdzających kiedy zostały złożone. W toku prowadzonych czynności kontrolnych uzyskano od Beneficjenta wyjaśnienia złożone przez osobę trzecią, że wskazani członkowie komisji złożyli oświadczenia w tej samej dacie co oświadczenia z art. 56 ust. 2 czyli 27.10.2022 r. Na podstawie przedłożonych dokumentów oraz wyjaśnień nie można w sposób wiarygodny ustalić kiedy faktycznie zostały złożone oświadczenia przez te osoby. Ponadto wyjaśnienia złożone przez przedstawiciela Beneficjenta wskazują na to, że oświadczenia z art. 56 ust. 3 zostały złożone z naruszeniem art. 56 ust. 6, bowiem czynność ta miała miejsce po ocenie ofert, trzy dni przed ogłoszeniem wyboru najkorzystniejszej oferty. Kontrolujący stoi na stanowisku, że wyjaśnienia złożone przez Beneficjenta odnośnie daty

oświadczeń z art. 56 ust. 3, składanych przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu nie mogą być wzięte pod uwagę, zważywszy na fakt, że dotyczą szczególnych dokumentów jakimi są oświadczenia konkretnych osób, które mogą być złożone tylko przez te osoby pod groźbą odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia. W związku z tym, że istotą oświadczenia z art. 56 ust. 3 jest złożenie go w odpowiednim momencie postępowania – przed rozpoczęciem wykonywania czynności - należy uznać, że oświadczenie bez daty nie spełnia celu, któremu ma służyć. Kontrolujący wyraża pogląd, że oba oświadczenia nie zostały skutecznie złożone. Ponadto gdyby uznać, że przekazanie przez osobę, która nie składała oświadczeń, informacji odnośnie daty złożenia oświadczeń przez dwóch członków komisji za wystarczające to i tak należałoby stwierdzić, że zostały one złożone z naruszeniem art. 56 ust. 6 ustawy.

Potwierdzono, że pozostałe osoby wykonujące czynności w postępowaniu, z wyłączeniem osoby która zatwierdziła specyfikację warunków zamówienia (dalej: SWZ), złożyły oświadczenia o niekaralności z naruszeniem art. 56 ust. 6 ustawy, bowiem złożyły je dopiero 27.10.2022 r., czyli po wykonaniu wszystkich czynności w postępowaniu.

Osoba, która zatwierdziła SWZ złożyła oświadczenie 27.07.2022 r., czyli w dniu zatwierdzenia SWZ. Czynności te były wykonane z zachowaniem prawidłowej kolejności wynikającej z art. 56 ust. 6 uPzp.

Biorąc pod uwagę literalne brzmienie art. 56 ust. 6 w związku z art. 56 ust. 3 oraz cel wskazanej normy prawnej, kluczowym jest aby nie dopuścić do wykonywania czynności w postępowaniu osób, które utraciły wiarygodność potwierdzoną prawomocnym skazaniem za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, chyba, że przed wykonaniem tych czynności nastąpiło zatarcie skazania. Należy uznać, że złożenie oświadczeń o niekaralności przez osoby wykonujące czynności w kontrolowanym postępowaniu na 3 dni przed ogłoszeniem wyboru najkorzystniejszej oferty było spóźnione. Takie działanie mogło wynikać z niewiedzy albo niewłaściwego stosowania przepisów prawa przez osoby odpowiedzialne za prowadzenie postępowania. Hipotetycznie, nie można jednak wykluczyć sytuacji, że mogło to być działanie celowe, powodujące, że złożenie oświadczenia w późniejszym terminie odbyło się po zatarciu skazania, zatem czynności wykonywane w postępowaniu były wykonywane przez osoby lub osobę na tamten moment figurującą w Krajowym Rejestrze Sądowym jako osoba karana. Brak złożenia wiarygodnych oświadczeń przed wykonaniem czynności w postępowaniu przez osoby biorące udział w postępowaniu powoduje utratę wiarygodności w stosunku do tych osób.

„Obowiązek zapobiegania, rozpoznawania i likwidowania konfliktu interesów nakłada na zamawiającego art. 24 dyrektywy klasycznej. Celem tych działań jest zapobieganie zakłóceniom konkurencji i zapewnienie równego traktowania wszystkich wykonawców. Motyw 16 preambuły dyrektywy klasycznej wskazuje, że „instytucje zamawiające powinny wykorzystywać wszelkie możliwe środki, jakimi dysponują na mocy prawa krajowego, w

celu zapobiegania zakłóceniom w postępowaniach o udzielenie zamówienia wynikającym z konfliktów interesów.”⁶

W kontrolowanym postępowaniu zamawiający nie dopełnił obowiązku wynikającego z art. 56 ust. 6 ustawy, tym samym nie zapewnił, aby czynności w postępowaniu były wykonywane przez osoby wiarygodne w rozumieniu art. 56 ust. 3 uPzp. Zamawiający naruszył zasadę wynikającą z art. 17 ust. 3, która stanowi, że „Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.”

21 marca 2024 r. Beneficjent wniósł pismo⁷ zawierające zastrzeżenia do wyniku kontroli wskazującego, że wykryte naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wraz z pismem Beneficjent przedłożył oświadczenie, złożone w dniu 20 marca 2024 r. przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu⁸, które oświadczyły, jako osoby wykonujące czynności w toku postępowania⁹, że na każdym jego etapie nie zachodziły wobec nich okoliczności, o których mowa w art. 56 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto oświadczyły, że nigdy nie zostały prawomocnie skazane i nie toczyło się wobec nich postępowanie karne dotyczące przestępstwa popełnionego w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 228–230a, art. 270, art. 276, art. 286, art. 287, art. 296, art. 296a, art. 297, art. 303 lub art. 305 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j. Dz. U. z 2024 r. z późn. zm.).

Uwzględniając oświadczenie z 20.03.2024 r., złożone po terminie określonym przepisami prawa, jednakże odnoszące się do okresu prowadzonego postępowania i okresu przed przystąpieniem do wykonywania w nim czynności, Kontrolujący odstępuje od nałożenia korekty finansowej, bowiem naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania.

Szacowanie wartości zamówienia

Zgodnie z zapisem zawartym w dokumencie pn.: „Szacowanie wartości zakupu”, wystawionym 11.05.2022 r., zamawiający ustalił wartość zamówienia¹⁰ w oparciu o wskaźniki cenowe, a także o wskaźniki cenowe przyjęte na podstawie dotychczas prowadzonych prac projektowych i dla robót budowlanych z ostatnich pięciu lat. W pkt. 3 protokołu postępowania zamawiający uszczegółowił, że w obliczaniu wartości zamówienia uwzględnił także planowane koszty prac projektowych zgodnie z § 10 pkt. 1 i 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym. Zważywszy na fakt, że przedmiotem zamówienia jest

⁶ Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, wydanie 2021 rok, Urząd Zamówień Publicznych.

⁷ L. dz. / PGED0286079KW24/2024 z dnia 21 marca 2024 r.

⁸ Oświadczenie zostało podpisane przez Piotra Pietruszewskiego, Karolinę Kostrzewę, Marzenę Bagińską (której prawidłowe oświadczenie złożone w dokumentacji kontroli nie zostało zakwestionowane przez Kontrolującego), Włodzimierza Kosmatkę, Roberta Szczęsnego, Pawła Ściborka, Adama Kapustę. Poświadczono za zgodność z oryginałem przez Pawła Chęcińskiego.

⁹ Powołano się na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dla zadania inwestycyjnego pod nazwą „Budowa linii kablowej 110 kV Brzezińska – RZP Radogoszcz”, nr postępowania POST/DYS/GZ/12102/2022.

¹⁰ Zgodnie z art. 28 uPzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.

wykonanie robót budowlanych w oparciu o sporządzoną i przekazaną wraz z SWZ dokumentacją projektową, wycenianie prac projektowych było bezzasadne.

Zgodnie z art. 34 ust. 1 ustawy Pzp wartość zamówienia na roboty budowlane ustala się na podstawie kosztorysu inwestorskiego, którego metody i podstawy sporządzania określone zostały w rozporządzeniu wydanym na podstawie delegacji art. 32 ust. 2 ustawy.¹¹

W toku czynności kontrolnych, w drodze wyjaśnień Beneficjent dostarczył do akt kontroli kosztorys inwestorski, sporządzony 15.12.2021 r., który jak wynika z dokumentacji postępowania nie był uwzględniony w procesie szacowania wartości zamówienia. Wskazuje na to data sporządzenia kosztorysu oraz wartość kosztorysowa robót budowlanych. Kosztorys inwestorski został opracowany w terminie dłuższym niż 6 miesięcy od daty wszczęcia postępowania. Postępowanie zostało wszczęte 22.07.2022 r. Wartość kosztorysowa robót określona w kosztorysie wynosi 22 402 195,96zł a wartość szacunkowa zamówienia określona w dokumencie szacowania wynosi 32 000 000,00 zł.

Powyższe ustalenia potwierdzają, że czynności szacowania wartości zamówienia zostały udokumentowane w sposób niejednoznaczny, dokumenty zawierają rozbieżne dane, co zaburza ocenę prawidłowości procesu szacowania wartości zamówienia, a tym samym nie zapewnia właściwej ścieżki audytu.

Biorąc pod uwagę okoliczności badanego postępowania, w szczególności fakt, że wartość szacunkowa zamówienia nie odbiegała zbyt od wartości złożonych ofert oraz mieściła się w tym samym progu udzielenia zamówienia, do którego mają zastosowanie przepisy ustawy dla postępowań unijnych uznano, że uchybienie nie miało wpływu na przebieg postępowania oraz na wybór oferty, zatem nie zachodzą przesłanki do nałożenia korekty finansowej.

Przebieg postępowania

Komisję Przetargową składającą się z 5 członków, powołał pełnomocnik kierownika zamawiającego, zgodnie z podziałem kompetencji i odpowiedzialności określonym w Załączniku nr 19 do PROC 30031/F Procedura Zakupów PGE Dystrybucja S.A.

Ogłoszenie o zamówieniu, zostało przekazane do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22.07.2022 r., opublikowane w dniu 27.07.2022 r. pod numerem 2022/S 143-410474 oraz w tym samym dniu na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Wraz z ogłoszeniem na stronie internetowej zamawiającego 27.07.2022 r. zamieszczono specyfikację warunków zamówienia z załącznikami.

¹¹ Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2021 r. poz. 2458).

Beneficjent przygotował ogłoszenie o zamówieniu na wzorze standardowego formularza¹², o którym mowa w art. 87 ust. 1 uPzp, w którym zawarł informacje zgodne z treścią SWZ.

Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na 30.08.2022 r., co potwierdza, że wynosił on więcej niż 35 dni, licząc od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (dalej: DUUE lub TED¹³), co dowodzi, że termin ustalono zgodnie z dyspozycją art. 138 ust. 1 uPzp.

Ustalono, że do treści SWZ wpłynęły pytania od potencjalnych wykonawców, na które zamawiający udzielił odpowiedzi. Wszystkie pytania i odpowiedzi zostały opublikowane na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Wszystkie opublikowane pisma zawierające odpowiedzi na pytania wykonawców nie zawierały źródła zapytania.

W związku z zadanymi pytaniami, zamawiający dokonał zmian treści SWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu oraz zmian terminu składania ofert, w wyniku czego dwukrotnie zmienił treść ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób:

1. Potwierdzono¹⁴, że sprostowanie opublikowane w DUUE pod numerem 2022/S 166-472420 zostało wysłane do publikacji 25.08.2022 r. czyli niezgodnie z art. 135 ust. 2, bo w terminie krótszym niż 6 dni przed upływem terminu składania ofert. Publikacja w TED nastąpiła 30.08.2022 r. czyli w pierwotnie określonym dniu składania i otwarcia ofert. Sprostowanie ogłoszenia zostało opublikowane na stronie internetowej prowadzonego postępowania 6.09.2022 r. czyli 7 dni po terminie składania i otwarcia ofert. Przytoczone fakty dowodzą, że zmiana terminu została dokonana z naruszeniem art. 135 ust. 2, art. 137 ust. 1 w związku z art. 137 ust. 6. W protokole postępowania, sporządzonym na druku ZP-PN, podano nieprawdziwą datę zamieszczenia ogłoszenia na stronie internetowej postępowania, czyli 30.08.2022 r.
2. Drugie sprostowanie ogłoszenia o zamówieniu opublikowane w TED pod numerem 2022/S 172-488472 zostało wysłane do publikacji 2.09.2022 r., w terminie nie krótszym niż 6 dni przed upływem terminu składania ofert (zmienionego poprzednim sprostowaniem) – zgodnie z dyspozycją art. 135 ust. 2 ustawy.

Odnosząc się do pierwszego sprostowania ogłoszenia, należy wskazać, że zgodnie z komunikatem zamieszczonym na oficjalnej stronie internetowej Unii Europejskiej w zakładce SIMAP – Informacje o europejskich zamówieniach publicznych – Wysyłanie ogłoszeń elektronicznych, ogłoszenia są publikowane w Dz.U. serii S, w serwisie TED, w ciągu 5 dni od ich otrzymania przez Urząd Publikacji. Niedotrzymanie terminu 6 dni określonego w art. 135 ust. 2 spowodowało, że ogłoszenie o zmianie terminu składania ofert zostało opublikowane w dniu składania ofert. Norma wynikająca z polskiego prawa zamówień publicznych zawarta w art. 135 ust. 2 ustawy Pzp, koresponduje z zasadami publikacji ogłoszeń w DUUE. Ustawodawca określił obowiązek udzielania wyjaśnień

¹² Standardowe wzory formularzy określone w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiającym standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającym rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz. Urz. UE L 296 z 12.11.2015, str. 1, z późn. zm.).

¹³ TED (Tenders Electronic Daily) – Suplement do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej do publikacji ogłoszeń o zamówienia publiczne.

¹⁴ Daty publikacji ogłoszeń na stronie internetowej ustalono w oparciu o dane na platformie zakupowej zamawiającego w strefie niepublicznej – Kontrolujący otrzymał uprawnienia - dostęp do platformy zakupowej prowadzonego postępowania na czas kontroli. Wydruk ze strony platformy z datami publikacji poszczególnych dokumentów znajduje się w dokumentacji kontroli.

przez zamawiających niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert, także z tego względu, aby zmiany powodujące zmiany ogłoszenia były możliwe do opublikowania w DUUE przed upływem terminu składania ofert i mogły dotrzeć do szerokiego kręgu wykonawców potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem.

W badanym obszarze stwierdzono naruszenie art. 88 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1, art. 135 ust. 2, art. 137 ust. 1 w związku z art. 137 ust. 6, które wynika z udzielenia odpowiedzi na pytania wykonawców w postaci dokonania zmiany treści SWZ i zmiany ogłoszenia o zamówieniu w terminie krótszym niż 6 dni przed upływem terminu składania i otwarcia ofert. Termin składania ofert oraz treść SWZ zostały zmienione w dniu składania ofert, a nie przed tym dniem – oba zdarzenia miały miejsce 30.08.2022 r. Publikacja zmienionego ogłoszenia na stronie internetowej prowadzonego postępowania nastąpiła 7 dni po terminie składania i otwarcia ofert – niezgodnie z art. 88 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1 uPzp.

Wykonawcy, którzy na początkowym etapie postępowania nie byli zainteresowani udziałem w postępowaniu, ponieważ nie spełniali określonych w nim pierwotnych warunków udziału w postępowaniu, nie mieli szansy na powzięcie wiadomości o tym, że warunki zostały zmienione i został przedłużony termin składania ofert, bowiem ogłoszenie zmieniające te warunki opublikowało się w dniu składania ofert. Gdyby ogłoszenie, z wydłużonym terminem składania i otwarcia ofert oraz z informacją, że obniżono warunki udziału w postępowaniu, zostało opublikowane przed tym dniem, byłaby szansa na zainteresowanie nim szerszego kręgu wykonawców, a w rezultacie wybranie innej korzystniejszej oferty.

Ponadto ustalono, że zamawiający poinformował o zmianie terminu składania ofert i zmianie warunku udziału w postępowaniu jedynie wykonawców, którzy zadawali pytania w postępowaniu, publikując odpowiedzi na pytania na stronie internetowej prowadzonego postępowania, co dowodzi tego, że zostali oni potraktowani w sposób uprzywilejowany w stosunku do pozostałych uczestników rynku zamówień publicznych. Jest to poważne naruszenie ustawy, które mogło lub miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ doprowadziło do ograniczenia kręgu wykonawców mogących złożyć korzystniejszą ofertę w postępowaniu, która mogła by być wybrana.

Takie działanie doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a co za tym idzie obowiązku przejrzystości. Zamawiający nie zapewnił spoczywającego na nim obowiązku zagwarantowania upublicznienia informacji dotyczących zamówienia publicznego, tym samym ograniczył krąg wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu, a szczególnie przedsiębiorców mających siedzibę w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej. Przedsiębiorcy spoza Polski co do zasady śledzą informacje o zamówienia na stronie internetowej Unii Europejskiej, a nie na stronach internetowych poszczególnych zamawiających w Polsce.

Specyfikacja warunków zamówienia

Specyfikacja warunków zamówienia została zaakceptowana przez pełnomocnika zamawiającego w dniu 27.07.2022 roku.

Ustalono, że SWZ nie zawiera pełnych informacji wymaganych art. 134, bowiem przedmiot zamówienia jest opisany niezgodnie z art. 99 ust. 1 i 2 oraz art. 103 ust. 1 i 4 ustawy. Opis przedmiotu zamówienia nie zawiera specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych (dalej: STWiORB). Zgodnie z dyspozycją art. 103 ust. 1 „Zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych.” W dokumentacji postępowania znajduje się dokument nazwany „Specyfikacją techniczną”¹⁵, którego treść nie wypełnia wymogów Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego¹⁶ (dalej: rozporządzenie). § 12 rozporządzenia stanowi, że STWiORB, w zależności od stopnia skomplikowania robót budowlanych, składają się ze specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót podstawowych, rodzajów robót według przyjętej systematyki lub grup robót. Kolejne przepisy rozporządzenia określają w jaki sposób należy opracować STWiORB pod względem szczegółowej zawartości merytorycznej, zakresu oraz formy tych dokumentów. Załącznik nr 1.1. do SWZ nie zawiera treści ani nie spełnia wymagań określonych rozporządzeniem, a opis przedmiotu zamówienia w nim zawarty nie daje rękojmi wykonania zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące: sytuacji ekonomicznej lub finansowej, zdolności technicznej lub zawodowej. W odniesieniu do każdego warunku zamawiający określił sposób spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 117 ustawy zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełnienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.

Potwierdzono, że sposób spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia został przez zamawiającego określony z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ w SWZ zostały sformułowane zapisy dające możliwość członkom konsorcjum lub innym wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego połączyć zdolności techniczne i zawodowe w sposób dowolny, co jest sprzeczne z art. 117 ust. 4 w związku z art. 117 ust. 2 i 3 uPzp.

Zamawiający w SWZ zawarł następujący zapis: „W przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie niniejszego zamówienia przez dwóch lub więcej Wykonawców wystarczy, że Wykonawcy spełnią warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej wspólnie.”

¹⁵ Załącznik nr 1.1 do SWZ nr postępowania POST/DYS/OLD/GZ/12102/2022

¹⁶ Dz.U. z 2021 r. poz. 2454

Tym samym dał możliwość dowolnego łączenia potencjałów, jak również bez znaczenia dla zamawiającego było to, który z tych podmiotów będzie faktycznie wykonywał zamówienie, czy ten z doświadczeniem i kwalifikacjami, który wykazał spełnienie warunku, czy ten który nie posiada zdolności technicznej lub zawodowej na wymaganym poziomie. Tym samym zamawiający sformułował pozorny wymóg wykazania się przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia potencjałem technicznym i zawodowym.

Zgodnie z aktualnymi przepisami ustawy oraz ukształtowaną linią orzeczniczą, co do zasady potencjały dotyczące doświadczenia zawodowego i kwalifikacji nie podlegają sumowaniu. Wymagania mają być równe w stosunku do wszystkich wykonawców. Doświadczenie wykonawcy, który samodzielnie ubiega się o udzielenie zamówienia polegające na tym, że wykonał np.: trzy podobne roboty budowlane, nie równa się doświadczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, spośród których każdy z konsorcjantów wykonał po jednej podobnej robocie budowlanej, a jeden nie wykonał żadnej podobnej. Takie sformułowanie warunku świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców, ponieważ więcej wymagano od wykonawcy samodzielnie startującego w przetargu niż od wykonawców startujących wspólnie po to by połączyć swoje doświadczenie.

Dodatkowo należy wskazać, że zamawiający nie określił wymogu, iż roboty budowlane musi wykonywać ten z wykonawców, który to doświadczenie posiada. Skoro przedmiotem zamówienia jest specjalistyczna robota budowlana, którą powinien wykonać wykonawca dający rękojmię należytego jej wykonania, finansowana ze środków publicznych (unijnych), zatem odpowiednio doświadczony tym, że już kilkakrotnie podobną wykonywał, to nieuzasadnionym i szkodliwym działaniem jest dopuszczenie do wykonania przedmiotowego zamówienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy każdy z nich wykonał po jednej takiej robocie, a przedmiot niniejszego zamówienia będzie przez nich wykonywany dopiero drugi raz.

Powyższy wywód pokazuje, że na tle sformułowanego przez zamawiającego warunku o treści:

„O udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w Postępowaniu (...), dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej, tj.: W okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali co najmniej 3 roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia: każda z prac związana z budową linii kablowych 110kV z zastosowaniem przepływu żył powrotnych – crossbondingu, oraz minimum jedna związana z zabudową systemu DTS.”

Wykonawców łącznie występujących w postępowaniu nie należy traktować, jakby byli jednym wykonawcą i w rezultacie sumować ich potencjały. Zgodnie z interpretacją UZP¹⁷

¹⁷ Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, wydanie 2021 rok, Urząd Zamówień Publicznych.

„O sposobie łączenia zdolności decyduje z reguły charakter zasobów. Niektóre z zasobów dopełniają się wzajemnie, co pozwala na ich sumowanie. Z kolei natura innych zdolności nie pozwala na ich łączenie, ponieważ mogłoby to doprowadzić jedynie do sytuacji dysponowania kilkoma zasobami o poziomie niższym niż wymagany od pojedynczego wykonawcy.”

Art. 117 ust. 1 uPzp stanowi, że „Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.” Wskazany przepis określa, że sposób spełnienia warunków przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia musi być obiektywnie uzasadniony charakterem zamówienia, a także musi być proporcjonalny. Precyzując sposób spełnienia warunków podmiotowych, zamawiający powinien więc uwzględnić specyfikę danego postępowania o udzielenie zamówienia, a w szczególności jego przedmiotu.

Potwierdzono, że udziałem w postępowaniu nie zainteresowali się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, natomiast jeden z wykonawców wykorzystał potencjał podmiotu trzeciego do wykazania spełnienia doświadczenia zawodowego w taki sposób, że wykazał wykonanie 3 robót budowlanych związanych z budową linii kablowych 110kV z zastosowaniem przeplotu żył powrotnych – crossbondingu samodzielnie oraz jednej roboty budowlanej związanej z zabudową systemu DTS wykonanej przez podmiot trzeci a zarazem podwykonawcę, który będzie wykonywał przedmiot zamówienia w tym zakresie. W tej sytuacji idea celu jaki chciał osiągnąć zamawiający formułując konkretną treść warunku udziału w postępowaniu została zachowana i nie miała wpływu na wynik postępowania.

Odnosząc się do przedstawionego stanu faktycznego postępowania, gdy wykonawcy, którzy złożyli oferty wykazali podobne wymagane doświadczenie, a zamawiający nie sumował potencjałów wykonawców występujących wspólnie, stwierdzono, że niezgodne z przepisami sformułowanie wskazanego warunku udziału w postępowaniu należy potraktować jako uchybienie niemające wpływu na wybór oferty.

Zamawiający w pkt. 15.2. SWZ zażądał złożenia wszystkich podmiotowych środków dowodowych przez wszystkich wykonawców wraz z ofertą, powołując się na art. 126 ust. 2 uPzp.

Beneficjent w odpowiedzi na pytania kontrolującego¹⁸ wyjaśnił, że jego działanie wynikało z normy zawartej w art. 308 ust. 1 uPzp, która stanowi, że przeprowadzenie aukcji elektronicznej jest możliwe między innymi w sytuacji, gdy zostały złożone co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. Kontrolujący wskazuje, że art. 308 ust. 1 uPzp dotyczy postępowań o udzielenie zamówienia prowadzonych w trybie podstawowym, a kontrolowane postępowanie udzielone było w trybie przetargu

¹⁸ Pismo z dnia 10.01.2024 r.

nieograniczonego, co dowodzi, że Beneficjent powołał się na nieprawidłowy przepis prawa. W przypadku przedmiotowego postępowania należało odnieść się do art. 227 ustawy. Zażądanie wszystkich podmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą dawało możliwość wyeliminowania sytuacji gdy po aukcji elektronicznej okazało by się, że oferta zwycięskiego wykonawcy kwalifikuje się do odrzucenia, ponieważ wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania.

Ponadto jak wynika ze SWZ oraz wyjaśnień Beneficjenta, zamawiający zażądał wraz z ofertą od wszystkich wykonawców, aktualnego na dzień złożenia, podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia wykonawcy **o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu JEDZ** w zakresie: art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp dotyczących orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego, art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp dotyczących naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1170), oraz art. 109 ust. 1 pkt 7-10 ustawy Pzp (dalej: oświadczenie o aktualności informacji).

Zażądanie wskazanego wyżej oświadczenia na tym etapie postępowania było bezpodstawne i niezgodne z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy¹⁹ (dalej: Rozporządzenie w sprawie dokumentów). Zamawiający miał obowiązek zażądać tego oświadczenia (aktualnego na dzień złożenia) zgodnie z wymogiem zawartym w art. 126 ust. 1 ustawy Pzp od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, bowiem celem tego dokumentu jest potwierdzenie na późniejszym etapie postępowania (przed wyborem oferty) przez wybranego wykonawcę, że złożone przez niego wraz z ofertą oświadczenie JEDZ oraz podmiotowe środki dowodowe są nadal aktualne i prawidłowe. W przedstawionym stanie faktycznym nie może być mowy o zasadnym i prawidłowym żądaniu oświadczenia JEDZ oraz oświadczenia o aktualności informacji zawartych w JEDZ wraz z ofertą w tym samym czasie (obu dokumentów aktualnych na ten sam moment), bo nie spełni ono celu, któremu ma służyć - art. 126 ust. 2 Pzp nie ma w tym wypadku zastosowania.

Zgodnie z kontekstem regulacji zawartej w art. 126 Pzp wykonawca musi spełniać warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria selekcji przez cały okres postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i do chwili zawarcia z nim umowy nie może ani przez chwilę podlegać wykluczeniu. Dlatego składane podmiotowe środki dowodowe powinny być aktualne na dzień ich złożenia, co oznacza, że mają poświadczać pożądane okoliczności na ten właśnie dzień.

¹⁹ (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415)

Zgodnie z art. 97 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający zażądał wniesienia wadium w kwocie 640 000 zł – w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia. Sposób, forma oraz termin wniesienia wadium zostały określone zgodnie z dyspozycją art. 97 ust. 5, 7, 8 i 10 uPzp.

Zamawiający wymagał wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5% ceny całkowitej podanej w ofercie – zgodnie z art. 452 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający określił termin związania ofertą do 12.12.2022 r., nie dłuższy niż 90 dni licząc od dnia upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem związania ofertą był dzień, w którym upłynął termin składania ofert, zatem zgodnie z dyspozycją art. 220 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Czynności po otwarciu ofert, ocena i wybór najkorzystniejszej oferty

Do upływu terminu składania ofert określonego w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ wpłynęły trzy oferty, złożone przez wykonawców:

1. ELEKTROTIM S.A., 54-156 Wrocław, ul. Stargardzka 8, NIP 8942460042;
2. ELMONT Sp. z o.o., 16-070 Łyski, ul. Białostocka 5, NIP 5420010723;
3. ELEKTROPAKS Sp. z o.o., 24-100 Puławy, ul. Dęblińska 6, NIP 5050130144.

Potwierdzono, że zgodnie z dyspozycją art. 222 ust. 4 ustawy Pzp 14.09.2022 r. o godz. 10:35, czyli przed otwarciem ofert, została zamieszczona na stronie internetowej prowadzonego postępowania informacja o kwocie, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Otwarcie ofert nastąpiło 14.09.2022 r. o godz. 11:00. Ustalono w oparciu o dane na platformie zakupowej zamawiającego w strefie niepublicznej, że 14.09.2022 r. o godz. 12:45 zamawiający zamieścił na stronie internetowej informacje z otwarcia ofert, do czego był zobligowany treścią art. 222 ust. 5 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 81 ust. 1 uPzp w terminie nie później niż 7 dni od dnia otwarcia ofert, czyli 15.09.2022 r. zamawiający przekazał Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych informację o złożonych ofertach²⁰.

Potwierdzono, że zamawiający dokonał badania i oceny ofert uwzględniając wymagania zawarte w SWZ, czyli warunki udziału w postępowaniu, podstawy wykluczenia, kryteria oceny ofert, w wyniku czego stwierdził, że wszystkie oferty są ważne i nie podlegają odrzuceniu.

Zgodnie z dyspozycją art. 227 uPzp, w myśl postanowień określonych w SWZ, zamawiający wybrał najkorzystniejszą ofertę z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Potwierdzono, że terminy przekazania oraz treść zaproszeń do udziału w aukcji elektronicznej były zgodne z art. 232 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert i dane zawarte w ofertach, a następnie rezultat aukcji elektronicznej za najkorzystniejszą (najwyżej ocenioną) zamawiający uznał ofertę,

²⁰ Wydruk wygenerowany na Platformie e-Zamówienia pod nazwą Informacja o złożonych ofertach i wnioskach do Prezesa UZP.

która uzyskała największą liczbę punktów, to jest: ofertę złożoną przez wykonawcę ELEKTROTIM S.A. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Stargardzkiej 8.

Zgodnie z dyspozycją art. 126 ust. 1 uPzp zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Jak wskazano w treści niniejszej opinii zamawiający nie wezwał wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych, ponieważ zażądał ich złożenia przez wszystkich wykonawców wraz z ofertami, wskazując na podstawę swojego działania wynikającą z art. 308 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto zamawiający nie wezwał wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia oświadczenia o aktualności informacji, zatem dokonał wyboru wykonawcy, który nie został prawidłowo – zgodnie z art. 126 ust. 1 uPzp w związku z art. 108 i 109 ustawy Pzp zweryfikowany (pod kątem czy nie pojawiły się przesłanki do wykluczenia go z postępowania).

Zamawiający nie zweryfikował, zgodnie z dyspozycją art. 126 ust. 1 uPzp, przed wyborem najkorzystniejszej oferty, czy nie pojawiły się przesłanki do jej wykluczenia. Kontrolujący przeanalizował czy w okolicznościach badanej sprawy nieprawidłowe zastosowanie przepisów Pzp podczas weryfikacji oferty uznanej za najkorzystniejszą, mogło mieć wpływ na wynik postępowania oraz czy wywarło negatywne skutki finansowe. Kontrolujący w swoich rozważaniach uwzględnił fakt, że w przedmiotowym postępowaniu została wybrana oferta z najniższą ceną. Ponadto nie bez znaczenia, w okolicznościach badanej sprawy ma to, że umowa została zrealizowana przez wybranego wykonawcę należycie²¹, a podczas jej realizacji nie ujawniły się symptomy wskazujące na brak doświadczenia czy wiarygodności wykonawcy, które dałyby podstawy do wykluczenia go z postępowania. Uznano, że brak prawidłowej weryfikacji przed zawarciem kontrolowanej umowy nie miał w tym przypadku negatywnego wpływu na budżet Unii Europejskiej, zatem odstąpiono od nałożenia korekty finansowej.

Potwierdzono, że 31.10.2022 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem platformy zakupowej wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty²².

Z informacji zawartych na stronie internetowej prowadzonego postępowania – platformie zakupowej PGE oraz dokumentów przekazanych przez Beneficjenta do akt kontroli wynika, że zamawiający nie udostępnił informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imion i nazwisk, siedzib albo miejsc zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktacji przyznanej ofertom w

²¹ zgodnie z Ogłoszeniem o wykonaniu umowy nr 2024/BZP 00055368 z dnia 2024-01-22 oraz pismem Beneficjenta z dnia 22 stycznia 2024 r. – dokumentami znajdującymi się w aktach kontroli.

²² Pismo nr z dnia 31.10.2022 r. z nagłówkiem „WYKONAWCY” zatytułowane „Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty” oraz zrzut z ekranu platformy zakupowej PGE z informacjami o dacie wystąpienia pisma oraz dacie wyświetlenia przez wykonawców, przysłany w drodze wyjaśnień na prośbę Kontrolującego w toku czynności kontrolnych.

każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji, do czego był zobligowany dyspozycją art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Podczas czynności kontrolnych ustalono, że zamawiający prowadził przedmiotowe postępowanie oraz publikował dokumenty i informacje dla wykonawców na platformie zakupowej pod adresem:

<https://swpp2.gkpge.pl/app/demand/notice/public/62531/details>

Postępowanie znajduje się w strefie publicznej w zakładce: Ogłoszenia o zamówieniach i kwalifikacjach – Archiwalne, pod numerem postępowania:

POST/DYS/OLD/GZ/12102/2022. Kontrolujący potwierdził brak informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty na platformie prowadzonego postępowania. Beneficjent na żadnym etapie kontroli, w tym podczas składania wyjaśnień w badanym zakresie, nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu opublikowania informacji na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Na okres prowadzenia czynności kontrolnych takiej informacji na stronie internetowej postępowania nie było i nie ma, mimo, że pozostałe opublikowane dokumenty są dostępne i możliwe do odczytania. W innych archiwalnych postępowaniach opublikowanych na tej samej platformie są zamieszczone informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty, co dowodzi, że zamawiający w kontrolowanym postępowaniu takiej informacji nie zamieścił i nie wynika to z funkcjonalności technicznych platformy.

W przekazanych dokumentach znajduje się jedynie pismo z 31.10.2022 r. – Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty, które zostało wytworzone, ale nie ma potwierdzenia, że było udostępnione na stronie internetowej.

Zamawiający nie opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, tym samym uniemożliwił podmiotom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

Odnosząc się do literalnego brzmienia art. 264 ust. 1 uPzp²³ oraz uwzględniając okoliczności kontrolowanego postępowania, czyli fakt, że żadna oferta w postępowaniu nie została odrzucona i to, że zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty wysyłając do nich pisma środkami komunikacji elektronicznej, niezastosowanie art. 253 ust. 2 ustawy można potraktować jako uchybienie, które nie miało wpływu na przebieg postępowania oraz wybór oferty.

Udzielenie zamówienia

W wyniku rozstrzygnięcia postępowania PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna 29 listopada 2022 r. zawarła Umowę Nr 28926/2022 (dalej: Umowa) z wykonawcą ELEKTROTIM S.A. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Stargardzkiej 8, reprezentowaną przez dwóch Prokurentów, zgodnie z zasadami reprezentacji wynikającymi z informacji z Krajowego Rejestru Sądowego. W imieniu Zamawiającego umowę podpisał zastępca Dyrektora

²³ Art. 264.1. ustawy Prawo zamówień publicznych: „Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem art. 577, w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 15 dni – jeżeli zostało przesłane w inny sposób.”

Generalnego, na podstawie pełnomocnictwa substytucyjnego nr 8746/OLD/GO/2022 wystawionego 9.11.2022 r., stanowiącego załącznik nr 6 do umowy.

Powyższe dowodzi, że umowa została zawarta w terminie nie krótszym niż 10 dni od przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty przy użyciu środków komunikacji elektronicznej – zgodnie z art. 264 ust. 1 uPzp.

Potwierdzono²⁴, że zamawiający zamieścił ogłoszenie o zawarciu umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych (dalej: BZP) po terminie określonym w art. 448 uPzp, czyli w terminie 84 dni licząc od dnia podpisania protokołu końcowego odbioru robót budowlanych będących przedmiotem umowy. Wskazane uchybienie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Protokół z postępowania

Wypełniając dyspozycję art. 71 oraz art. 72 ustawy Pzp, zamawiający udokumentował przebieg postępowania sporządzając protokół postępowania. Potwierdzono, że jego treść zawiera obligatoryjne elementy i informacje określone we wskazanych przepisach prawa, natomiast w treści protokołu znajduje się nieprawdziwa data zamieszczenia ogłoszenia na stronie internetowej postępowania. Tym samym zamawiający naruszył § 2 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego²⁵ (dalej: Rozporządzenie w sprawie protokołów). Wskazane uchybienie nie miało wpływu na przebieg postępowania i wybór oferty.

Protokół został zatwierdzony 9.12.2022 r. przez pracownika PGE Dystrybucja S.A. upoważnionego do wykonywania czynności w imieniu kierownika zamawiającego.

Symptomy mogące wskazywać na wystąpienie nadużycia finansowego

Na podstawie analizy symptomów określonych w Zaleceniach w zakresie przeciwdziałania nieprawidłowościom w tym nadużyciom finansowym w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014 – 2020 w części 6.3: Sygnały ostrzegawcze nadużyć finansowych, nie zidentyfikowano symptomów mogących wskazywać, że mogło dojść do nadużyć finansowych w trakcie przeprowadzania postępowania objętego kontrolą.

Zastosowane techniki kontrolne

Do weryfikacji niniejszego zakresu kontroli wykorzystano:

- ✓ analizę procedur obowiązujących w jednostce kontrolowanej,

²⁴ Pismo z 22.01.2024 r. oraz wydruk ogłoszenia BZP nr 2024/BZP 00055368 z dnia 2024-01-22.

²⁵ Dz.U.2020 poz. 2434.

- ✓ analizę dokumentów źródłowych, w tym dokumentów zamieszczonych na stronie internetowej prowadzonego postępowania oraz ogłoszeń opublikowanych w DUUE i Biuletynie Zamówień Publicznych²⁶,
- ✓ wyjaśnienia Beneficjenta.

Wypełniono następujące listy sprawdzające:

- ✓ lista sprawdzająca dokumenty/informacje w postępowaniach objętych zakresem stosowania ustawy PZP,
- ✓ lista sprawdzająca dotycząca symptomów mogących wskazywać na wystąpienie nadużycia finansowego.

C. Wykaz stwierdzonych naruszeń i nieprawidłowości

1. Na podstawie badanej dokumentacji oraz złożonych wyjaśnień stwierdzono, że:
 - 1) Beneficjent naruszył art. 88 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1, 135 ust. 2, art. 137 ust. 1 w związku z art. 137 ust. 6 uPzp, ponieważ udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców w postaci dokonania zmiany treści SWZ i zmiany ogłoszenia o zamówieniu w terminie krótszym niż 6 dni przed upływem terminu składania i otwarcia ofert. Termin składania ofert oraz treść SWZ zostały zmienione w dniu składania ofert, a nie przed tym dniem. Publikacja zmienionego ogłoszenia na stronie internetowej prowadzonego postępowania nastąpiła 7 dni po terminie składania i otwarcia ofert – niezgodnie z art. 88 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1 uPzp;
 - 2) Beneficjent niewystarczająco i nieprecyzyjnie opisał przedmiot zamówienia, nie sporządził Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych – dokumentacji wymaganej dla robót budowlanych - naruszenie art. 99 ust. 1 i 2 oraz art. 103 ust. 1 i 4 ustawy.
2. W toku kontroli stwierdzono również następujące uchybienia, które nie mają wpływu na przebieg postępowania oraz wybór najkorzystniejszej oferty:
 - 1) Beneficjent nie dopełnił obowiązku wynikającego z art. 56 ust. 6 ustawy Pzp – członkowie komisji przetargowej nie złożyli oświadczenia o niekaralności przed przystąpieniem do wykonania czynności w postępowaniu. Oświadczenie zostało złożone 20.03.2024 r. i dostarczone do akt kontroli na etapie zastrzeżeń;
 - 2) Beneficjent dokonał ustalenia wartości zamówienia nieprawidłową metodą dedykowaną dla robót budowlanych - nie sporządził kosztorysu inwestorskiego, co stanowi naruszenie art. 34 ust. 1 uPzp;
 - 3) Beneficjent określił warunki udziału w postępowaniu, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej formułując zapisy dające możliwość członkom konsorcjum lub innym wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie

²⁶ Zgodnie z art. 448 Pzp w Biuletynie Zamówień Publicznych zamieszcza się ogłoszenie o wykonaniu umowy w postępowaniach krajowych oraz unijnych.

zamówienia publicznego połączyć zdolności techniczne i zawodowe w sposób dowolny, co jest sprzeczne z art. 117 ust. 4 w związku z art. 117 ust. 2 i 3 uPzp. Beneficjent nierówno potraktował wykonawców biorących udział w postępowaniu, ustalając inne warunki dla wykonawcy samodzielnie występującego w postępowaniu oraz inne dla wykonawców występujących wspólnie.

- 4) Beneficjent nieprawidłowo zastosował procedurę oceny oferty najkorzystniejszej. Nie zweryfikował - zgodnie z dyspozycją art. 126 ust. 1 uPzp - przed wyborem najkorzystniejszej oferty, czy nie pojawiły się przesłanki do jej wykluczenia - naruszenie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia w sprawie dokumentów.
- 5) Beneficjent wpisał do protokołu postępowania nieprawidłową datę zamieszczenia ogłoszenia o sprostowaniu na stronie internetowej postępowania, co stanowi naruszenie § 2 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie protokołów;
- 6) Beneficjent zamieścił ogłoszenie o zawarciu umowy w BZP po terminie określonym w art. 448 uPzp, czyli w terminie 84 dni licząc od dnia podpisania protokołu końcowego odbioru robót budowlanych będących przedmiotem umowy.

D. Informacja o korektach finansowych

Wskazane w części C pkt 1 ppkt 1 – 2 naruszenia stanowią zidentyfikowane nieprawidłowości indywidualne w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z 17.12.2013 r. ustanawiającego 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 ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego i uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 347 z 20.12.2013 r. ze zm.).

Definicja zawarta w ww. przepisie wskazuje, że nieprawidłowość indywidualna oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczące stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii Europejskiej nieuzasadnionym wydatkiem.

Stwierdzone w Części C pkt 1 ppkt 1 - 2 naruszenia mogły wywrzeć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem, co wyczerpuje definicję nieprawidłowości indywidualnej. Naruszenia te wynikały z działania lub zaniechania Beneficjenta i doprowadziły do zakłócenia konkurencji, a także mogły mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania i spowodować potencjalną szkodę w budżecie ogólnym UE.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy z 11.07.2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 stwierdzenie

wystąpienia nieprawidłowości powoduje powstanie obowiązku podjęcia przez właściwą instytucję odpowiednich działań, o których mowa w art. 9 lub 11 niniejszej ustawy.

Wartość pomniejszenia ustalono na podstawie Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień z późniejszymi zmianami²⁷ (dalej: Rozporządzenie).

Stwierdzenie wystąpienia nieprawidłowości indywidualnych wiąże się z koniecznością podjęcia odpowiednich działań korygujących polegających na pomniejszeniu wydatków kwalifikowalnych. Zgodnie z Taryfikatorem²⁸ na badane postępowanie należy nałożyć korektę finansową wynikającą:

- ✓ z pkt. 6 Taryfikatora w wysokości 10%, z tytułu naruszenia wskazanego w Części C pkt 1 ppkt 1, tj.: niedopełnienia przez zamawiającego obowiązku wynikającego z art. 88 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1, art. 135 ust. 2, art. 137 ust. 1 w związku z art. 137 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający opublikował informację o przedłużeniu terminu składania ofert w dniu składania ofert, a nie przed upływem tego terminu. Jest to poważne naruszenie ustawy, które mogło lub miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ doprowadziło do ograniczenia kręgu wykonawców mogących złożyć korzystniejszą, w tym tańszą ofertę w postępowaniu. Naruszenie to mogło spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej, ponieważ doszło złamania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawcy krajowi, którzy wiedzieli o zmianach SWZ i o wydłużeniu terminu składania ofert mieli niedozwoloną przewagę nad wykonawcami z pozostałego obszaru Unii Europejskiej, którzy takiej wiedzy nie mieli z powodu niezamieszczenia przez zamawiającego ogłoszenia o zmianach przed terminem składania ofert. Takie działanie doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a co za tym idzie obowiązku zapewnienia przejrzystości;
- ✓ z pkt. 12 Taryfikatora w wysokości 10% z tytułu naruszenia wskazanego w Części C pkt 1 ppkt 2, tj.: niedopełnienia przez zamawiającego obowiązku wynikającego z art. 99 ust. 1 i 2 oraz art. 103 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, czyli opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewystarczający i nieprecyzyjny, polegającego na braku specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, które zamawiający powinien był przekazać wykonawcom razem z SWZ. Brak tego dokumentu uniemożliwił wykonawcom uwzględnienie w cenie oferty wszystkich kosztów, jakie będą musieli ponieść przy realizacji zamówienia, a tym samym wykonanie zamówienia należycie na odpowiednim poziomie jakości. Naruszenie to mogło spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej, ponieważ niedookreślane wymagań jakościowych odnośnie wykonania przedmiotu zamówienia mogło doprowadzić do nieuzasadnionego wydatkowania

²⁷ Tekst jednolity Dz.U.2021 poz. 2179 z dnia 30 listopada 2021 r.

²⁸ Taryfikator określony w załączniku do Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień, z późniejszymi zmianami, pod nazwą: STAWKI PROCENTOWE STOSOWANE PRZY OBNIŻANIU WARTOŚCI KOREKT FINANSOWYCH I POMNIEJSZEŃ DLA POSZCZEGÓLNYCH KATEGORII NIEPRAWIDŁOWOŚCI INDYWIDUALNYCH (tekst jedn. Dz.U.2021 poz. 2179 z dnia 30 listopada 2021 roku)

środków unijnych na inwestycję, która nie spełnia standardów ani norm jakościowych wynikających z przepisów i zasad wiedzy technicznej.

W ramach kontrolowanego zamówienia stwierdzono kilka nieprawidłowości indywidualnych, do których, zgodnie z § 9 Rozporządzenia, zastosowano jedną korektę finansową o najwyższej wartości, bowiem wartość korekt finansowych lub pomniejszych nie podlega sumowaniu.

Na wydatki poniesione z tytułu zawartej Umowy nr 28926/2022 z 29.11.2022 r. należy nałożyć korektę w wysokości 10%.

E. Zalecenia

Lp.	Treść zaleceń	Termin realizacji	Stopień ważności
1.	Należy stosować przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przykładać większą staranność przy sporządzaniu dokumentacji postępowania.	Zalecenie prewencyjne ²⁹ przy następnych postępowaniach realizowanych w kolejnych projektach.	Wysoki
Termin przekazania informacji o sposobie wdrożenia zaleceń pokontrolnych lub przyczynach niepodjęcia odpowiednich działań: w przypadku wydania zaleceń prewencyjnych – nie dotyczy.			

F. Informacja o wystąpieniu z wnioskiem do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o przeprowadzenie kontroli

Nie dotyczy.

Kontrolujący:

Joanna Białas

Główny specjalista

Podpis jest prawidłowy

Dokument podpisany przez Joanna Białas;
Ministerstwo Klimatu i Środowiska
Data: 2024.04.04 16:06:29 CEST

²⁹ zalecenie prewencyjne, odstępuje się od zobowiązania Beneficjenta do przekazania informacji o sposobie wdrożenia zaleceń pokontrolnych lub przyczynach niepodjęcia odpowiednich działań

Podpis Kierownika jednostki kontrolującej lub osoby upoważnionej:

Natalia Mikielska

Dyrektor Biura Kontroli i Audytu

Podpis jest prawidłowy

Dokument podpisany przez Natalia Mikielska;
Ministerstwo Klimatu i Środowiska
Data: 2024.04.04 16:14:00 CEST

Pouczenie:

Zgodnie z rozdziałem 5 Załącznika nr 1 oraz z pkt 26 podrozdział 3 rozdział 4.3 Zaleceń dla instytucji zaangażowanych w realizację PO Infrastruktura i Środowisko 2014–2020 w zakresie procedur kontrolnych oraz systemu rocznych rozliczeń, Kontrolowanemu nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń do ostatecznej Opinii pokontrolnej.