



URZĄD MARSZAŁKOWSKI WOJEWÓDZTWA DOLNOŚLĄSKIEGO

Departament Funduszy Europejskich

Wydział Obsługi Wdrażania EFRR

ul. Mazowiecka 17, 50-412 Wrocław, tel. 71/ 776 90 41, e-mail: sekretariatdef@dolnyslask.pl

Załącznik do Ostatecznej Informacji pokontrolnej nr FEDS.02.01-IZ.00-0028/23-001

DEFR-O-III.44.111.2024

Wrocław, dnia 06 listopada

2024 r.

Pisemne stanowisko wobec zgłoszonych Zastrzeżeń do Informacji pokontrolnej nr FEDS.02.01-IZ.00-0028/23-001-INF

W związku z wniesieniem w dniu 22.10.2024 r. Zastrzeżeń do Informacji pokontrolnej nr FEDS.02.01-IZ-0014/23-001-INF (pismo z dnia 21.10.2024 r.) [dalej Zastrzeżenia], poniżej dokonano szczegółowej analizy podniesionej przez Zamawiającego argumentacji w zakresie dotyczącym stwierdzonego w trakcie kontroli naruszenia zapisów § 16 ust. 1 Umowy o dofinansowanie w związku z naruszeniem art. 16 ust. 1 i 3 oraz art. 112 ust. 1 ustawy PZP poprzez sformułowanie nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących żądania doświadczenia w zakresie realizacji termomodernizacji budynku użyteczności publicznej i dysponowania kierownikiem robót z doświadczeniem w analogicznym zakresie.

Po analizie treści Zastrzeżeń w pierwszej kolejności należy stwierdzić, iż Zamawiający nie wskazał żadnych nowych okoliczności faktycznych mogących posłużyć do zakwestionowania ustaleń stwierdzonego stanu faktycznego w rozpatrywanej sprawie. Ten pozostaje bowiem bezsporny.

Zamawiający w złożonych Zastrzeżeniach podniósł, że sformułowany przez niego warunek udziału w postępowaniu był proporcjonalny do przedmiotu zamówienia ponieważ obejmował wymaganie posiadania doświadczenia w realizacji 3 zamówień polegających na wykonaniu termomodernizacji budynku/budynków o sumarycznej kubaturze minimum 14 000 m³ wraz z wymianą stolarki okiennej, w tym jednego zadania polegającego na wykonaniu termomodernizacji budynku oświatowego lub innego budynku użyteczności publicznej o kubaturze minimum 4000 m³ wraz z wymianą stolarki okiennej podczas gdy przedmiot zamówienia obejmował 4 roboty a kubatura budynków objętych przedmiotem zamówienia wynosiła 30 492 m³. Ponadto Zamawiający podkreślił, że warunek był proporcjonalny ponieważ wymaganie w zakresie budynku użyteczności publicznej dotyczyło wykazania doświadczenia jedynie w odniesieniu do 1 obiektu tego typu, podczas gdy zamówienie obejmowało 4 budynki użyteczności publicznej. Zamawiający wskazał, że dopuścił doświadczenie w zakresie całej kategorii budynków użyteczności publicznej, gdy tymczasem roboty były wykonywane na budynkach oświatowych – żłobkach i szkołach. Tym samym, zdaniem Zamawiającego, tak sformułowany przez Niego warunek był otwierający na konkurencję a nie zawężający ją. Ponadto w przekonaniu Zamawiającego dopuszczenie możliwości wykazania przez wykonawcę wymaganego doświadczenia zawodowego w odrębnych lub jednym zadaniu (zapis IDW – Rozdział 2 SWZ) dodatkowo zwiększało krąg potencjalnych wykonawców.

Z Zastrzeżeń wynika, że Zamawiający stoi na stanowisku, iż warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej został określony prawidłowo na poziomie mniejszym niż wynikałoby to z zakresu przedmiotu zamówienia, zaś odniesienie doświadczenia do kategorii budynków użyteczności publicznej – zamiast do kategorii budynków oświatowych – wręcz otworzyło zamówienie na konkurencję.

**DOLNY
ŚLĄSK**

URZĄD MARSZAŁKOWSKI WOJEWÓDZTWA DOLNOŚLĄSKIEGO

Wybrzeże Juliusza Słowackiego 12-14
50-411 Wrocław

www.umwd.dolnyslask.pl

umwd@dolnyslask.pl

www.bip.dolnyslask.pl



Fundusze Europejskie
dla Dolnego Śląska



Rzeczpospolita
Polska

Dofinansowane przez
Unię Europejską



**DOLNY
ŚLĄSK**



Odnosząc się do powyższej argumentacji Zamawiającego w pierwszej kolejności należy podkreślić, że w ramach przeprowadzonych czynności kontrolnych nie zakwestionowano wymaganych poziomów doświadczenia w zakresie ilości zrealizowanych robót (3 roboty) oraz ich kubatury (min. 14 000 m³). W tym kontekście działanie Zamawiającego należy uznać za zgodne z zapisami art. 112 ustawy PZP. Sformułowanie przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu poprzez przyjęcie mniejszych wartości referencyjnych w zakresie kubatury i ilości obiektów, z punktu widzenia jego proporcjonalności, nie stanowi jednak okoliczności łagodzącej przy ocenie postawionego przez Zamawiającego wymagania w zakresie posiadania doświadczenia w realizacji termomodernizacji budynku użyteczności publicznej. Nie jest bowiem możliwe rekompensowanie negatywnego wpływu wymagania w zakresie wymaganego doświadczenia w realizacji zadania termomodernizacyjnego budynku użyteczności publicznej, faktem że pozostałe elementy warunku udziału w postępowaniu nie były zawyżone.

Zgodnie z zasadą proporcjonalności, jedną z naczelnych zasad udzielania zamówień, wyrażoną w art. 16 pkt 3 ustawy PZP oraz w art. 112 ust. 1 ustawy PZP, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Kluczowe jest zatem odniesienie zakresu stawianych warunków do przedmiotu zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą być bowiem określone w sposób abstrakcyjny, lecz muszą odnosić się do konkretnego zamówienia i jego przedmiotu. Przytoczone wyżej przepisy stanowią przełożenie na grunt ustawodawstwa krajowego zapisów art. 58 ust. 1 akapit drugi dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Tekst mający znaczenie dla EOG) [dalej dyrektywa klasyczna], zgodnie z którym wszystkie wymagania dotyczące udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do tego przedmiotu. Konstruując warunek zamawiający powinien odpowiedzieć na pytanie, jakie wymagania wobec wykonawców mają znaczenie z punktu widzenia opisu przedmiotu zamówienia i jego realizacji, jakie kompetencje muszą mieć wykonawcy, aby zrealizować prawidłowo zamierzenie zamawiającego.

Odpowiadając na tak postawione pytanie i odnosząc się do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w dokumentacji przetargowej, nie jest możliwe potwierdzenie, że w analizowanym przypadku doświadczenie w realizacji termomodernizacji budynków użyteczności publicznej stanowiło uprawnione wymaganie Zamawiającego. Dla rodzaju przewidzianych do realizacji prac i sposobu prowadzenia robót budowlanych, tj. organizacji budowy nie miało znaczenia, że w przypadku tego konkretnego zamówienia roboty budowlane miały być prowadzone na obiektach użyteczności publicznej. Z dokumentacji technicznej wynika, że w taki sam sposób roboty te mogłyby być prowadzone na jakimkolwiek innym rodzaju budynku. Odniesienie się do doświadczenia dotyczącego realizacji robót termomodernizacji budynku użyteczności publicznej jest w tym przypadku nieuprawnione i ma poważne konsekwencje z punktu widzenia zachowania zasady uczciwej konkurencji ponieważ zamyka dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy posiadają doświadczenie w zakresie wykonywania prac termomodernizacyjnych a zdobyli je wykonując te roboty na budynkach innych niż budynki użyteczności publicznej.

Zasada proporcjonalności w zakresie warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do rodzaju zamówienia, jego przedmiotu oraz wymagań związanych z realizacją zamówienia, w szczególności z punktu widzenia charakteru i zakresu nabywanych robót budowlanych, dostaw lub usług. Poprzez proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy rozumieć opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia i nie stanowi nieuzasadnionego, z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy, ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu.



Niewątpliwie sformułowanie warunku udziału w postępowaniu z zastrzeżeniem posiadania doświadczenia w zakresie realizacji termomodernizacji budynku użyteczności publicznej stanowi naruszenie zasady proporcjonalności, wprowadza bowiem warunek, który utrudnia dostęp do zamówienia grupie wykonawców, którzy nie mogli wykazać się doświadczeniem w termomodernizacji budynku użyteczności publicznej, a pomimo tego posiadają odpowiednie kompetencje do realizacji zamówienia, ponieważ wykonali niezbędną ilość robót polegających na dociepleniu ścian zewnętrznych i stropodachów budowli innych niż budynki użyteczności publicznej. Podkreślić bowiem należy, że sposób wykonania tych robót zależy od zastosowanej technologii a nie od rodzaju budynku na którym roboty te są prowadzone. Stąd przyjąć należy, że na rynku mogli być wykonawcy zdolni do wykonania tego konkretnego zamówienia ponieważ wykonali odpowiednią ilość robót polegających na dociepleniu ścian zewnętrznych budynków wraz z wymianą stolarki okiennej, dociepleniem stropodachu wraz z niezbędnymi pracami towarzyszącymi, jednak ze względu na fakt, że roboty te nie były przeprowadzone na budynkach użyteczności publicznej nie uzyskali dostępu do przedmiotowego zamówienia.

Jak wyjaśniła Krajowa Izba Odwoławcza [dalej KIO] w wyroku z dnia 18.03.2024 r., (cyt.): "(...) *ocena czy sposób sformułowania warunku udziału w postępowaniu narusza zasadę proporcjonalności jest ściśle zależna od specyfiki danego zamówienia i od tego, czy instytucja zamawiająca będzie w stanie wykazać, że dane wymaganie jest uzasadnione przedmiotem zamówienia i niezbędne, aby zagwarantować, że wybrany wykonawca będzie dawał rękojmię należytego wykonania zamówienia*"¹. W analizowanym przypadku kluczowe było ustalenie, czy fakt, że roboty budowlane miały być realizowane na budynku użyteczności publicznej miał znaczenie z punktu widzenia realizacji i osiągnięcia zamierzonego celu, jakim była termomodernizacja zewnętrznych powierzchni 4 obiektów oświatowych. Przeprowadzona już wcześniej analiza wykazała, że z punktu widzenia doświadczenia wykonawców, nie miało znaczenia na jakim budynku wykonywali oni roboty termomodernizacyjne. Doświadczenie w zakresie docieplenia ścian zewnętrznych, stropodachów i niezbędnych robót towarzyszących wykonawca mógł zdobyć na dowolnym obiekcie budowlanym. O określeniu warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia można mówić wówczas, gdy warunki te zostaną określone na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego. W warunkach stanu faktycznego tej konkretnej sprawy nie można uznać, że żądanie posiadania doświadczenia w realizacji termomodernizacji budynku użytku publicznego było uzasadnione potrzebami Zamawiającego. Z punktu widzenia udzielanego zamówienia potrzebą Zamawiającego było dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców posiadających stosowne kompetencje w zakresie dociepleń zewnętrznych powierzchni obiektów budowlanych i na tym poziomie powinien być kształtowany warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy uznać za dopuszczalne tylko w takim zakresie, w jakim jest to usprawiedliwione dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. W wyroku z dnia 31.10.2023 r., KIO wyjaśniła, (cyt.): "*W związku z powyższym przepis art. 112 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności, należy interpretować przede wszystkim jako zakaz ustanawiania zbyt rygorystycznych warunków udziału w postępowaniu. Warunki powinny być określone na minimalnym poziomie,*

1. Wyrok KIO z dnia 18.03.2024 r., KIO 545/24, KIO 561/24 LEX nr 3702061



wystarczającym do należytego zrealizowania zamówienia. Natomiast zdolności wykraczające poza ten minimalny poziom mogą być przedmiotem kryteriów oceny ofert”².

Ważną tezę w tym kontekście zawiera również wyrok KIO z dnia 8.02.2023 r., zgodnie z którym (cyt.): „Zamawiający powinien więc za każdym razem dążyć do takiego opisu warunków, by udział w postępowaniu mogli wziąć wykonawcy legitymujący się doświadczeniem wystarczającym dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Izba pragnie przy tym podkreślić (...) że sam fakt, iż określone przedsięwzięcie stanowi przedmiot zamówienia nie oznacza, że wykonawca winien legitymować się doświadczeniem w realizacji dokładnie takiego samego przedsięwzięcia. Bardzo często doświadczenie zdobyte na innych polach wciąż daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, a mimo to, przez błędny opis warunków udziału, legitymowanie się takim doświadczeniem uniemożliwia wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia wzięcie udziału w postępowaniu”³.

Zamawiający winien zatem za każdym razem dążyć do takiego opisu warunków udziału w postępowaniu aby mogli w nim wziąć udział wykonawcy legitymujący się doświadczeniem wystarczającym dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. W tym miejscu należy wyraźnie podkreślić, iż oczywistym jest, że do postępowania w zakresie zamówień publicznych nie należy dopuszczać wszystkich podmiotów, a jedynie te, które dają gwarancje należytego wykonania zamówienia. Niemniej zgodnie z tym co zostało wskazane powyżej, formułując warunki udziału w postępowaniu należy z jednej strony zrównoważyć interes zamawiającego w rzetelnym wykonaniu przedmiotu zamówienia, a z drugiej strony interes potencjalnych podmiotów w możliwości przystąpienia do postępowania. Jeżeli przedmiot zamówienia nie ma charakteru specjalistycznego to nieuzasadnione jest zawężanie grona potencjalnych wykonawców.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego rozpatrywanej sprawy należy wskazać, że skoro Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nie określił, na czym miałyby polegać specyfika wykonania przedmiotu zamówienia w budynku użyteczności publicznej oraz nie doprecyzował szczegółowych parametrów/wymogów wykonania robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia w kontekście budynku użyteczności publicznej, powinien dopuścić do udziału w postępowaniu wszystkich potencjalnych wykonawców posiadających doświadczenie w realizacji dociepleń zewnętrznych powierzchni obiektów budowlanych jako wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż w rozpatrywanej sprawie przedmiot zamówienia nie miał charakteru specjalistycznego. A zatem kluczowym w rozpatrywanym przypadku jest to, że wymaganie posiadania doświadczenia w termomodernizacji budynku oświatowego lub budynku użyteczności publicznej wprost powodowało nieuzasadnione ograniczenie dostępu do zamówienia podmiotom zdolnym do jego realizacji.

W tym miejscu ponownie odnieść się należy do definicji budynku użyteczności publicznej, która została określona w § 3 pkt 6 rozporządzenia w sprawie warunków technicznych. Zgodnie z tym przepisem, przez budynek użyteczności publicznej należy rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim

2. Wyrok KIO z dnia 31.10.2023 r., KIO 3054/23, LEX nr 3643946

3. Wyrok KIO z dnia 8.02.2023 r., KIO 224/23, LEX nr 3505521



lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny.

Pojęcie „budynku użyteczności publicznej” zostało przywołane w kilku przepisach rozporządzenia w sprawie warunków technicznych (§ 16, 23, 42, 54, 55, 56) w celu określenia, jakie warunki muszą spełniać obiekty użyteczności publicznej w zakresie dostępności: urządzeń technicznych, dojazdów, wind, posiadanych instalacji itd. Przepisy te nie regulują natomiast żadnej specyfiki w zakresie wykonywania robót budowlanych w odniesieniu do typu obiektów. Wskazane warunki są precyzowane już na etapie projektowania oraz ubiegania się o pozwolenie na budowę, a samo wykonywanie takich budynków w istocie niczym się nie różni od wykonania innych budynków. Warunki dotyczące ww. budynków określone w przepisach rozporządzenia w sprawie warunków technicznych nie dotyczą więc samej technologii wykonywanych robót, gdyż ww. rozporządzenie w żadnej mierze nie różnicuje technologii wykonywania takich obiektów z innymi budynkami, budowlami itd. Jakkolwiek obowiązujące przepisy przewidują pewne wymagania dotyczące budynków użyteczności publicznej, jak choćby przepisy nakładające obowiązek uzgodnienia projektu budowlanego budynku użyteczności publicznej pod względem ochrony przeciwpożarowej (§ 3 Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 5 sierpnia 2023 r. w sprawie uzgadniania projektu zagospodarowania działki lub terenu, projektu architektoniczno-budowlanego, projektu technicznego oraz projektu urządzenia przeciwpożarowego pod względem zgodności z wymaganiami ochrony przeciwpożarowej, Dz. U. z 2023 r. poz. 1563), czy obowiązek ustanowienia inspektora nadzoru inwestorskiego (§ 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 19.11.2001 r. w sprawie rodzajów obiektów budowlanych, przy których realizacji jest wymagane ustanowienie inspektora nadzoru inwestorskiego, Dz. U. z 2001 r. nr 138 poz. 1554), to jednak powyższe wymagania również nie dotyczą samego wykonania robót budowlanych.

Zamawiający, odwołując się do bliżej nieokreślonego orzecznictwa KIO podniósł w złożonych Zastrzeżeniach, iż zgodnie z zasadą proporcjonalności warunki udziału w postępowaniu winny być uzasadnione nie tylko wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, lecz także stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. W tym kontekście zdaniem Zamawiającego z uwagi, iż termomodernizacja dotyczyła budynku oświatowego tj. budynku obsługującego ludzi z zewnątrz, w tym rodziców z dziećmi wymóg dotyczący posiadania doświadczenia polegającego na realizacji jednej termomodernizacji budynku oświatowego lub innego budynku użyteczności publicznej był uzasadniony a to z uwagi na konieczność zapewnienia dodatkowych zabezpieczeń bezpiecznych wejść, wyjść i przejść, składowania materiałów budowlanych oraz usuwania odpadów i gruzu w sposób najmniej uciążliwy i bezpieczny.

Odnosząc się zatem do podniesionego przez Zamawiającego stopnia złożoności przedmiotu zamówienia oraz warunków jego realizacji raz jeszcze podkreślić należy (w ślad za zapisami Informacji pokontrolnej z dnia 09.10.2024 r.), że żadne zapisy dokumentacji przetargowej nie odnosiły się do podkreślanej przez Zamawiającego specyfiki zamówienia i związanego z tym sposobu jego realizacji. W dokumentacji technicznej nie zidentyfikowano zapisów odnoszących się do organizacji robót w kontekście funkcjonowania budynku i jego użytkowania w trakcie prowadzonych prac. I tak przykładowo w „Dokumentacji technicznej” Żłóbka przy ul. Anielewicza, (str. 7) zapisano, (cyt.): „(...) *przed przystąpieniem do prac budowlanych należy oznakować teren zgodnie z obowiązującymi przepisami w sposób uniemożliwiający dostęp osobom nieupoważnionym. Roboty powinny być wykonywane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, warunkami technicznymi wykonywania i odbioru robót budowlanych oraz przepisami BHP.*” W tożsamy ogólny sposób sformułowano wymagania dla dwóch pozostałych żłóbków. Z kolei w przypadku budynku szkoły nr 7 w Informacji BIOZ (str. 4) zapisano: (cyt.):



„Teren budowy winien być ogrodzony i zabezpieczony przed dostępem osób postronnych. (...) Na obwodzie budynku umieścić tablice ostrzegawcze o pracach na wysokościach.” Zawarte w opracowaniu zalecenia odnoszą się w głównej mierze do pracowników wykonawcy i obowiązujących na terenie budowy zasad BHP. Zapisy SWZ i dokumentacja projektowa nie zawierały szczególnych uregulowań, zaleceń czy wymagań dotyczących bezpieczeństwa osób postronnych. W zapisach dokumentacji przetargowej nie znalazły się także szczególne wymagania w zakresie organizacji i realizacji robót z uwagi na fakt pozostawiania obiektów w ciągłym użytkowaniu.

Ponadto, jak już podkreślano w zapisach Informacji pokontrolnej tak sformułowany warunek udziału w postępowaniu nie gwarantował osiągnięcia założonego przez Zamawiającego celu jakim było (zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami) dopuszczenie do udziału w postępowaniu tylko takich wykonawców, którzy przynajmniej raz wykonali termomodernizację funkcjonującego na bieżąco budynku oświatowego czy też budynku użyteczności publicznej obsługującego ludzi z zewnątrz, w tym rodziców z dziećmi. Należy bowiem stanowczo podkreślić, iż tak sformułowany warunek udziału w postępowaniu nie gwarantował wyeliminowania z udziału w postępowaniu tych wykonawców którzy wykonali termomodernizację budynku wyłączanego z użytkowania na czas prowadzenia robót. Wykonawcy, którzy wykonali termomodernizację budynku oświatowego lub budynku użyteczności publicznej wyłączanego z użytkowania na czas prowadzenia tych prac spełniali bowiem tak opisany warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Nie sposób zatem dowieść, jak chce Zamawiający w złożonych Zastrzeżeniach, bezpośredniego związku pomiędzy stopniem złożoności tego konkretnego przedmiotu zamówienia oraz warunkami jego realizacji a zapisami SWZ dotyczącymi wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia w zakresie będącym przedmiotem niniejszej analizy.

Zamawiający podniósł również, iż nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia dopuszczając tym samym, dla zwiększenia kręgu potencjalnych wykonawców, możliwość wykonania robót przez podwykonawców lub podmiot, na którego zdolnościach technicznych lub zawodowych polegałby wykonawca – zwiększenie możliwości dostępu wykonawców do zamówienia, poprzez podwykonawstwo lub założenie konsorcjum. Także i ten argument Zamawiającego jest nietrafiony. Bez względu bowiem na fakt, czy wykonawcy przystąpią do postępowania współpracując horyzontalnie (konsorcjum lub poleganie na zasobach podmiotów trzecich) czy też wertykalnie (podwykonawstwo) muszą spełnić warunki udziału w postępowaniu. Stosowanie przywołanych wyżej instytucji wspólnego lub wspomaganego przez inne podmioty ubiegania się o udzielenie zamówienia wynika wprost z ustawy i ich stosowanie nie zależy od arbitralnej decyzji Zamawiającego w tym zakresie. Na marginesie, zastrzeżenie wykonania kluczowej części zadania przez Wykonawcę nie jest swobodną decyzją zamawiającego. Wskazując określone czynności jako kluczowe zamawiający powinien ocenić takie czynniki jak charakter, specyfika, stopień skomplikowania, zakres, znaczenie oraz przeznaczenie konkretnych prac. Decyzja o zastrzeżeniu do osobistego wykonania kluczowych zadań musi więc mieć charakter indywidualny i opierać się na obiektywnych przesłankach. Kluczowe zadania to zadania istotne, krytyczne, wrażliwe z punktu widzenia zagwarantowania należytego wykonania zamówienia i dlatego wymagające wykonania przez podmiot, którego kwalifikacje zostały zweryfikowane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Dotyczy to przede wszystkim świadczeń, które zlecono wykonawcy ze względu na jego szczególne kwalifikacje, umiejętności, środki zarządzania jakością itp. Jeżeli zamówienie obejmuje swoim zakresem jakiekolwiek typowe, standardowe i powszechnie dostępne prace – a z takimi mamy do czynienia w tym przypadku – które mogą być wykonane przez podwykonawcę bez istotnego ryzyka nienależytego wykonania to powinny one zostać wyłączone z zakresu



czynności zastrzeżonych. Podobnie prace, do których wykonania nie jest wymagana specjalistyczna wiedza i kompetencje.

Odnosząc się do podniesionej przez Zamawiającego kwestii związanej z brakiem jakiejkolwiek reakcji potencjalnych wykonawców na zapisy SWZ należy stwierdzić iż fakt ten również nie może mieć wpływu na dokonaną ocenę. Zaniechanie wykonawców ze skorzystania z przysługujących im uprawnień i wystąpienie bezsprzecznego faktu, iż w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie wpłynęły zapytania w zakresie będącym przedmiotem tej analizy nie stanowi i nie może stanowić o braku wystąpienia naruszenia przepisów ustawy PZP. Te bowiem są konsekwencją działania ze strony Zamawiającego i brak reakcji ze strony potencjalnych wykonawców nie może sanować błędów Zamawiającego popełnionych na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia. Podobnie, jak podkreślony w złożonych Zastrzeżeniach fakt wpływu 7 ofert w ramach przeprowadzonej procedury nie może być uznany za argument przemawiający za brakiem wystąpienia naruszenia przepisów ustawy PZP.

Na zakończenie Instytucja Zarządzająca Funduszami Europejskimi dla Dolnego Śląska 2021-2027 podkreśla, iż każdorazowo analiza w zakresie ewentualnego stwierdzenia naruszenia przepisów obowiązującej ustawy PZP jest przeprowadzana indywidualnie dla każdego przypadku, w okolicznościach faktycznych i prawnych konkretnie rozpatrywanej sprawy, przy uwzględnieniu wiedzy i doświadczenia na dzień prowadzenia czynności kontrolnych. W związku z powyższym powoływanie się na wynik innej kontroli przeprowadzonej w odmiennych warunkach jest bezprzedmiotowe. Wyniki te, z oczywistych względów, są bowiem wiążące tylko dla tej konkretnej sprawy.

Reasumując, po dokonaniu szczegółowej analizy przedłożonej przez Zamawiającego argumentacji, po uwzględnieniu wszystkich wskazanych powyżej okoliczności faktycznych i prawnych, **złożone Zastrzeżenia odrzucono w całości. Tym samym zapisy Informacji pokontrolnej nie uległy zmianie.**

Małgorzata Kuruc
Zastępca Dyrektora
Departamentu Funduszy Europejskich
/podpisano elektronicznie/
(z upoważnienia ZWD na podstawie
Uchwały nr 7401/VI/23 z dnia 11 września 2023 r.)