



NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI

Delegatura w Katowicach

LKA.411.010.01.2019

Pani
Elżbieta Tkaczewska-Kuk

Prokurator Okręgowy
w Katowicach

WYSTĄPIENIE POKONTROLNE

D/19/502 – Prawidłowość korzystania z wyłączenia stosowania Prawa zamówień publicznych określonego w art. 4d ust. 1 pkt 8 tej ustawy

I. Dane identyfikacyjne

| | |
|-------------------------------------|---|
| Jednostka kontrolowana | Prokuratura Okręgowa w Katowicach ¹ , ul. Wita Stwosza 31, 40-042 Katowice |
| Kierownik jednostki kontrolowanej | Elżbieta Tkaczewska-Kuk, Prokurator Okręgowy w Katowicach, od dnia 1 lutego 2019 r. W okresie objętym kontrolą funkcję kierownika jednostki poprzednio pełnił Piotr Wolny, Prokurator Okręgowy w Katowicach, w okresie od 9 marca 2016 r. do 31 stycznia 2019 r. |
| Zakres przedmiotowy kontroli | 1. Prawdliwość udzielania zamówień przywieziennym zakładom pracy 2. Rzetelność wykonywania umów zawartych z przywieziennymi zakładami pracy |
| Okres objęty kontrolą | Od 1 stycznia 2017 roku do dnia zakończenia czynności kontrolnych oraz działania podejmowane przed tym okresem, jeśli miały bezpośredni związek z przedmiotem kontroli. |
| Podstawa prawna podjęcia kontroli | Art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli ² |
| Jednostka przeprowadzająca kontrolę | Najwyższa Izba Kontroli Delegatura w Katowicach |
| Kontrolerzy | Marcin Wesoly, główny specjalista kontroli państwowej, upoważnienie do kontroli nr LKA/328/2019 z 9 grudnia 2019 r. Mariusz Krynke, główny specjalista kontroli państwowej, upoważnienie do kontroli nr LKA/327/2019 z 9 grudnia 2019 r. |

(akta kontroli str.1-4)

¹ Dalej: *Prokuratura*.

² Dz. U. z 2019 r. poz. 489 ze zm., dalej: *ustawa o NIK*

II. Ocena ogólna³ kontrolowanej działalności

OCENA OGÓLNA

Najwyższa Izba Kontroli negatywnie ocenia działania Prokuratora Okręgowego w Katowicach w zakresie wykorzystania wyłączenia stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych⁴, określonego w art. 4d ust. 1 pkt 8 tej ustawy.

Uzasadnienie
oceny ogólnej

Prokurator Okręgowy w Katowicach, pomimo udzielenia zamówienia publicznego na realizację zadania pn. „Budowa siedziby prokuratur Rejonowych Północ i Południe w Sosnowcu” przywieziennemu zakładowi pracy, dopuścił do realizacji znacznej jego części (ponad 92%) przez podwykonawców, nieposiadających statusu takiego zakładu. Powyższe było zatem niezgodne z celem ustanowienia zastosowanego wyłączenia spod reżimu ustawy Pzp określonego w art. 4d ust. 1 pkt 8 tej ustawy, jakim było wsparcie przywieziennych zakładów pracy jako podmiotów, które stanowią naturalną bazę zatrudniania osadzonych i których ustawowym zadaniem jest tworzenie miejsc pracy dla tej kategorii pracowników⁵.

Ponadto, pomimo dopuszczenia do faktycznej realizacji Inwestycji przez przedsiębiorców, którzy nie mają obowiązku zatrudniania osadzonych na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów, Prokurator nie zapewnił sobie żadnych narzędzi wpływu na poziom tego zatrudnienia. W konsekwencji zatrudnienie osób pozbawionych wolności przy realizacji ww. zadania nastąpiło dopiero po upływie ponad roku od zawarcia umowy z przywieziennym zakładem pracy.

III. Opis ustalonego stanu faktycznego oraz oceny częściowej⁶ kontrolowanej działalności

OBSZAR

1. Udzielanie zamówień przywieziennym zakładom pracy

Opis stanu
faktycznego

1.1. Z dniem 1 stycznia 2018 r., zarządzeniem nr 164/17 Prokuratora Okręgowego w Katowicach z dnia 29 grudnia 2017 r., wprowadzono „Regulamin nabywania dostaw, usług i robót budowlanych o wartości nieprzekraczającej kwoty wskazanej w art. 4 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych lub realizowanych na podstawie art. 4d ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych”, wg którego:

- decyzję o zastosowaniu trybu wskazanego w art. 4d ust 1 pkt 8 ustawy Pzp podejmuje kierownik jednostki (Prokurator Okręgowy lub osoba go zastępująca),
- pracownik realizujący zamówienie występuje o przedstawienie oferty do wybranego lub wybranych podmiotów,
- zamówienie może być udzielone w przypadku, gdy wartość przedstawionej oferty nie odbiega w sposób znaczący od cen rynkowych lub wartości wynikających z posiadanych szacunków, np. kosztorysów inwestorskich lub innych dokumentów określających w rzetelny sposób wartość zamówienia.

Przed 2018 r. w Prokuraturze nie obowiązywały wewnętrzne procedury regulujące udzielanie zamówień publicznych w trybie art. 4d ust 1 pkt 8 ustawy Pzp. W kontrolowanym okresie Prokuratura nie otrzymała od jednostek nadrzędnych wytycznych dotyczących udzielania zamówień w powyższym trybie.

(akta kontroli str. 324-344)

³ Najwyższa Izba Kontroli formułuje ocenę ogólną jako ocenę pozytywną, ocenę negatywną albo ocenę w formie opisowej.

⁴ Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., dalej: ustawa Pzp.

⁵ Podobne stanowisko zajął Urząd Zamówień Publicznych w opinii sporządzonej dla NIK z dnia 4 maja 2020 roku (UZP/DP/O/026/85(4)/20/PK KW-2602/20).

⁶ Oceny częściowe to oceny działalności w poszczególnych obszarach badań kontrolnych. Ocena częściowa może być sformułowana jako ocena pozytywna, ocena negatywna albo ocena w formie opisowej.

1.2. W okresie objętym kontrolą udzielono 12 zamówień czterem podmiotom⁷ w trybie art. 4d ust 1 pkt 8 ustawy Pzp na łączną kwotę 27 992 421,09 zł brutto, z czego kontrolą NIK objęto zadanie pn. „Budowa siedziby prokuratur Rejonowych Północ i Południe w Sosnowcu”⁸.

(akta kontroli str. 345-346)

1.3. Pracownicy Prokuratury, przed udzieleniem w trybie art. 4d ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamówienia na realizację ww. Inwestycji, podjęli następujące czynności:

- 1) pozyskali opinię prawną z 23 maja 2017 r. dotyczącą możliwości zastosowania art. 4 d ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przy realizacji Inwestycji;
- 2) skontaktowali się telefonicznie z czterema przywieziennymi zakładami pracy uzyskując wstępne zainteresowanie i potwierdzenie możliwości realizacji przez nie Inwestycji⁹;
- 3) przeprowadzili rozeznanie działalności ww. czterech podmiotów - przedsiębiorstw państwowych i instytucji gospodarki budżetowej, w wyniku którego ustalili, że podmiotem o największym potencjale ekonomicznym i organizacyjnym¹⁰ jest PIGB „POMERANIA” realizująca wówczas największą liczbę robót budowlanych (także w ramach konsorcjum z PEPEBE), co skutkowało – wg zapisów protokołu dotyczącego udzielenia tego zamówienia - podjęciem rozmów z przedstawicielami tych podmiotów w celu ewentualnej realizacji Inwestycji.
- 4) w dniu 30 kwietnia 2017 r. Zastępca Prokuratora oraz przedstawiciele PEPEBE Włocławek Przedsiębiorstwo Państwowe we Włocławku¹¹ oraz Pomorskiej Instytucji Gospodarki Budżetowej „POMERANIA” w Koszalinie¹² podpisali list intencyjny w sprawie prowadzenia wstępnych rozmów związanych z zamiarem udzielenia przez Prokuraturę zamówienia na podstawie art. 4 d ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

(akta kontroli str. 26-33, 49-66)

Ustalona na podstawie koncepcji wielobranżowej i programu funkcjonalno-użytkowego z czerwca 2017 r.¹³ szacunkowa wartość zamówienia na realizację Inwestycji, obejmująca planowane koszty prac projektowych oraz robót budowlanych, wyniosła 21 642 593,40 zł netto i nie przekroczyła równowartości 5 225 000 euro określonej na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp¹⁴, co umożliwiło zastosowanie art. 4d ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

(akta kontroli str. 19-22, 47-48)

W dniu 14 sierpnia 2017 r. Konsorcjum firm PEPEBE i PIGB „POMERANIA” złożyło ofertę na realizację Inwestycji w formule *zaprojektuj i wybuduj* za kwotę

⁷ (1) Konsorcjum firm: PEPEBE Włocławek Przedsiębiorstwo Państwowe we Włocławku i Pomorskiej Instytucji Gospodarki Budżetowej „POMERANIA” – 1 zamówienie, (2) Państwowe Przedsiębiorstwo Odzieżowe „RAKON” w Raciborzu – 7 zamówień, (3) Mazowiecka Instytucja Gospodarki Budżetowej MAZOVIA Oddział w Wołowie Zakład w Rawiczu – 2 zamówienia, (4) Przedsiębiorstwo Państwowe SETAR w Siedlcach – 2 zamówienia.

⁸ Dalej: „Inwestycja” lub „Obiekt”.

⁹ Wg protokołu dotyczącego udzielenia zamówienia w trybie art. 4d ust. 1 pkt 8 Pzp.

¹⁰ Założono, że w celu zminimalizowania ryzyka niepowodzenia oraz zapewnienia najbardziej optymalnych warunków prawnych jej realizacji wykonawstwo winno się powierzyć konsorcjum złożonemu z przedsiębiorstwa państwowego oraz z instytucji gospodarki budżetowej, a za kluczowe kryterium wyboru wykonawcy uznano jego potencjał organizacyjny i finansowy umożliwiający sprawną realizację przedsięwzięcia w jak najkrótszym czasie.”

¹¹ Dalej: PEPEBE.

¹² Dalej: PIGB „POMERANIA”.

¹³ Sporządzonych na podstawie umowy nr PO VII WB 262.84.2017 zawartej 20 kwietnia 2017 r. z podmiotem wybranym na podstawie przeprowadzonego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

¹⁴ W rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej – Dz. U. z 2017 r. poz. 1880.

21 813 000 zł netto. W wyniku negocjacji przeprowadzonych w dniu 17 sierpnia 2017 r. przez Prokuraturę z Konsorcjum ustalono m.in.:

- termin wykonania robót (zakończenie i uzyskanie pozwolenia na użytkowanie) – 20 sierpnia 2019 r.,
- ostateczną wartość oferty – 21 630 000 zł netto (niższą od szacunkowej wartości zamówienia o kwotę netto 12 593,40 zł).

Zarówno PEPEBE, jak i PIGB POMERANIA były ujęte w załączniku do obwieszczenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 1 sierpnia 2016 r. w sprawie wykazu jednostek organizacyjnych podległych Ministrowi Sprawiedliwości lub przez niego nadzorowanych¹⁵.

(akta kontroli str. 67-70)

1.4. W dniu 18 września 2017 r. Prokuratura zawarła z Konsorcjum budowlanym utworzonym przez dwa przywiązienne zakłady pracy: PEPEBE oraz PIGB „POMERANIA”¹⁶ umowę¹⁷ na realizację Inwestycji. Zgodnie z przedmiotową umową:

- 1) wykonanie Obiektu miało nastąpić w formule *zaprojektuj i wybuduj* obejmując:
 - a) opracowanie dokumentacji prawnej i technicznej (dokumentacja przedprojektowa, projektowa architektoniczno-budowlana i wykonawcza),
 - b) budowę Obiektu zgodnie z zatwierdzoną przez Zamawiającego dokumentacją,
 - c) uzyskanie pozwolenia na użytkowanie Obiektu.
- 2) zakres rzeczowy przedmiotu umowy obejmował wykonanie dokumentacji oraz wszystkich robót budowlanych, usług i dostaw, które były niezbędne dla oddania przedmiotu Umowy,
- 3) realizacja umowy miała nastąpić w terminie do 20 sierpnia 2019 r., przy czym aneksem nr 7 z 2 sierpnia 2019 r. termin ten został przedłużony do 30 sierpnia 2019 r.,
- 4) do obowiązków Zamawiającego należało m.in. udzielenie na wniosek Wykonawcy wszelkich koniecznych pełnomocnictw do występowania w imieniu Zamawiającego przed odpowiednimi organami, celem wykonania przedmiotu umowy z prawem do substytucji dla ewentualnego podwykonawcy, któremu Wykonawca powierzy wykonywanie prac projektowych,
- 5) do obowiązków Wykonawcy należało m.in. zrealizowanie całości przedmiotu umowy z zachowaniem wymogów art. 4d ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp związanych z zatrudnieniem osób pozbawionych wolności, przy spełnieniu innych wymienionych w umowie obowiązków w tym zakresie, tj. m.in. spełnienia wszelkich wymogów prawnych dotyczących zatrudniania osób pozbawionych wolności oraz prowadzenia na bieżąco wszelkiej dokumentacji tego zatrudnienia niezbędnej dla wykazania spełnienia obowiązków wynikających z przepisów prawa oraz wymogów realizacji zadania inwestycyjnego z zachowaniem przesłanek z art. 4d ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (§ 2 ust. 2 pkt 17 umowy),
- 6) w przypadku zamiaru zaangażowania podwykonawców miały mieć zastosowanie przepisy art. 647¹ Kodeksu cywilnego¹⁸; do zawarcia przez

¹⁵ M.P. poz. 801. PEPEBE ujęty w pkt II ust. 8 pkt 11, IGB POMERANIA w pkt II ust. 7 pkt 2 załącznika.

¹⁶ Umowa ww. Konsorcjum z 30 czerwca 2017 r. przewidywała, m.in. że: członkowie Konsorcjum ponoszą solidarną odpowiedzialność wobec Zamawiającego, liderem Konsorcjum jest PEPEBE, szczegółowy zakres prac dla każdego z członków Konsorcjum określony zostanie w drodze wzajemnych ustaleń pomiędzy jego członkami, po podpisaniu umowy z Zamawiającym, każdy z członków Konsorcjum dokonuje czynności we własnym imieniu i na własny rachunek, na podstawie przedstawionych przez członków Konsorcjum faktur Lider wystawia fakturę zbiorczą Zamawiającemu.

¹⁷ Nr PO VII WB 262.465.2017.

Wykonawcę umów z podwykonawcami było wymagane uprzednie udzielenie zgody przez Zamawiającego w formie pisemnej i w tym celu Wykonawca był zobowiązany do przedłożenia Zamawiającemu projektu umowy z podwykonawcą wraz z częścią dokumentacji, obejmującą zakres prac zleconych podwykonawcy, a po wyrażeniu zgody i zawarciu takiej umowy – do przedłożenia jej kopii wraz z oświadczeniem podwykonawcy określającym zakres prac, jaki został mu zlecony (§ 3 ust. 1 i 2 umowy),

- 7) Zamawiający zastrzegł sobie prawo sprzeciwu wobec zawarcia umowy z proponowanym podwykonawcą (§ 3 ust. 3 umowy),
- 8) wynagrodzenie ryczałtowe miało wynieść 21 630 tys. zł netto. Aneks nr 4 z 30 stycznia 2019 r. zwiększono je do kwoty 21 703 tys. zł netto, a aneksem nr 8 z 30 września 2019 r. wynagrodzenie zmniejszono o 215 607,48 zł do kwoty 21 487 392,52 zł netto (po zmianach wynikających z protokołów konieczności). Wysokość wynagrodzenia należnego Wykonawcy wynikająca zarówno z pierwotnej umowy z 18 września 2017 r., jak i z umowy w jej ostatecznym brzmieniu (po aneksie nr 8), nie była wyższa niż równowartość kwoty 5 225 000 euro ustalonej dla robót budowlanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

(akta kontroli str. 88-172)

Stwierdzone
nieprawidłowości

W działalności kontrolowanej jednostki w przedstawionym wyżej zakresie stwierdzono następującą nieprawidłowość:

1. Prokuratura, przy zleceniu realizacji Inwestycji, nie określiła wymaganego poziomu zatrudnienia osób pozbawionych wolności (w tym liczby zatrudnionych osadzonych, okresu ich zatrudnienia i jego wymiaru czasowego), nie zapewniając sobie przy tym żadnych narzędzi gwarantujących skuteczny wpływ na poziom tego zatrudnienia, a jednocześnie dopuszczając podwykonawstwo realizowane przez przedsiębiorców, którzy nie mają obowiązku zatrudniania osadzonych na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów.

(akta kontroli str. 88-172, 183-279)

Prokurator Okręgowy wyjaśniła m.in., że obowiązujące regulacje prawne dotyczące realizacji zamówień w trybie art. 4d ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie określają wymaganego udziału osadzonych (tj. liczby osób, rodzaju prac, wymiaru czasu pracy, etapu realizacji). Prokurator podała również, że obowiązujące uregulowania prawne nie nakładają na zamawiającego korzystającego z trybu art. 4d ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jakichkolwiek obowiązków związanych ze szczegółową ewidencją zatrudniania osób osadzonych przy realizacji zamówienia, gdyż ww. przepis prawa nie określa wymaganego udziału osób osadzonych, momentu ich zatrudnienia oraz czasu ich wykorzystania w toku realizacji zadania, a wyłącznie sam fakt ich udziału w przedmiocie umowy. Prokurator dodała również, że zamawiający nie znajdował podstaw do wprowadzania postanowień wykraczających poza obowiązujące w tym zakresie przesłanki wynikające z powszechnie obowiązującej normy prawnej, tj. art. 4d ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

(akta kontroli str. 321-322, 406)

Odnosząc się do powyższych wyjaśnień NIK wskazuje, że zwolnieniem z art. 4d ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp mogły być objęte wyłącznie zamówienia związane z zatrudnieniem osób pozbawionych wolności, co miało zapewnić wsparcie przywieziennych zakładów pracy jako podmiotów ustawowo zobligowanych do tworzenia miejsc pracy dla osadzonych. Wyłączeniu określonym w ww.

¹⁸ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny – Dz. U. z 2019 r. poz. 1145, ze zm.

przepisie podlegały zatem jedynie zamówienia publiczne których realizacja związana była z zapewnieniem takiego zatrudnienia, które odpowiada skali i zakresowi tego zamówienia, a nie zamówienia, przy których realizacji jedynie dodatkowo zatrudnia się osadzonych, a ich realizacja w znacznej części jest prowadzona z pominięciem tej kategorii pracowników.

W umowie Prokuratury z Wykonawcą określono jednak jedynie ogólnie, że w toku realizacji Inwestycji należy zatrudnić osoby pozbawione wolności. W ocenie NIK przebieg realizacji inwestycji dowiódł, że takie zapisy nie były wystarczające, gdyż nie zapewniały one Prokuratorowi wystarczającego wpływu na poziom tego zatrudnienia. Prokuratura jako zamawiający korzystający z ww. wyłączenia spod reżimu ustawy Pzp nie mógł bowiem zwolnić się z obowiązku zapewnienia zatrudnienia osadzonych na odpowiednim poziomie, przekazując decyzję w tym zakresie do wyłącznej właściwości Wykonawcy (i podwykonawców).

NIK wskazuje, że stosując zwolnienie określone w art. 4 d ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, w pierwszej kolejności należało zadbać o stosowny poziom tego zatrudnienia m.in. w stosunku do skali i wartości przedmiotu zamówienia, gwarantując w ten sposób realizację ww. celu dla którego ustanowiono wyłączenie spod reżimu ustawy Pzp tego zamówienia. W przypadku, gdy nie jest możliwa realizacja istotnej części danej inwestycji przez przywiązany zakład pracy przy udziale osadzonych bądź w przypadku gdy nie jest możliwe zatrudnienie osadzonych w ramach jej realizacji np. z powodu konieczności zatrudnienia personelu wykwalifikowanego posiadającego odpowiednie wykształcenie, predyspozycje, uprawnienia i zdolności, to wtedy należy zastosować inny tryb udzielenia zamówienia publicznego wskazany w ustawie Pzp.

W konsekwencji zawarcia jedynie ogólnego zapisu w umowie z Wykonawcą o konieczności zatrudnienia osadzonych, udzielona następnie zgoda Prokuratury na praktycznie całościowe wykonanie zlecenia przez zwykłych przedsiębiorców¹⁹ w znacznym stopniu uzależniła to zatrudnienie od działań podmiotów, którzy nie mają obowiązku zatrudniania osadzonych na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów. W dodatku umowa z głównym podwykonawcą nie odnosiła się szczegółowo do kwestii zatrudnienia tych osób, odsyłając jedynie do postanowień odrębnej umowy (którą Prokuratura nie dysponowała), co zauważyła sama Prokuratura w toku opiniowania tej umowy, nie doprowadzając jednak do żadnych zmian jej treści w tym zakresie. W rezultacie zatrudnienie osób pozbawionych wolności nastąpiło dopiero od listopada 2018 r., tj. po upływie ponad roku od zawarcia umowy z Wykonawcą i po upływie ponad 7 miesięcy od zawarcia umowy z głównym podwykonawcą, co było niezgodne z celem ustanowienia zwolnienia określonych zamówień publicznych spod reżimu ustawy Pzp, a którym była m.in. maksymalizacja miejsc pracy dla osób pozbawionych wolności.

OCENA CZĄSTKOWA

Prokuratura udzieliła zamówienia publicznego dotyczącego realizacji Inwestycji przy spełnieniu formalnych przesłanek warunkujących zastosowanie zwolnienia spod regulacji ustawy Pzp określonych w art. 4d ust. 1 pkt 8 tej ustawy takich jak wartość zamówienia (poniżej równowartości kwoty 5 225 000 euro) oraz status podmiotu, któremu udzielono zamówienie (przywiązany zakład pracy). Realizacja zadania wykazała, że Prokuratura nie zapewniła jednak w wystarczającym stopniu wykonania zamówienia przy udziale osób pozbawionych wolności, co stanowiło kolejny warunek zastosowania zwolnienia spod reżimu ustawy Pzp.

¹⁹ Co szczegółowo przedstawiono w pkt 2 niniejszego wystąpienia pokontrolnego.

2. Wykonanie umowy zawartej z przywieziennym zakładem pracy

Opis stanu faktycznego

2.1. Zgodnie z § 3 ust. 2 umowy z 18 września 2017 r., Prokuratura udzieliła na wniosek Konsorcjum zgody na powierzenie wykonania niektórych zakresów przedmiotu umowy czterem wskazanym przez to Konsorcjum podwykonawcom. Przedmiotem umów podwykonawstwa było:

- opracowanie kompleksowej wielobranżowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej (umowa z 23 października 2017 r. po zmianach na kwotę 310 500 zł netto i 381 915 zł brutto),
- wykonanie kolumn żwirowych (umowa z 21 listopada 2017 r. na kwotę 410 000 zł netto i 504 300 zł brutto),
- wykonanie robót budowlanych za wyjątkiem: palowania i robót ziemnych do palowania, zasilania elektrycznego, trafostacji, zasilania centralnego ogrzewania wraz z węzłem oraz wyposażenia (umowa z 23 marca 2018 r. po zmianach na kwotę 18 800 000 zł netto i 23 124 000 zł brutto)²⁰,
- wykonanie przyłącza oraz dostawa i montaż stacji transformatorowej (umowa z 8 kwietnia 2019 r. na kwotę 275 000 zł netto i 338 250 zł brutto).

Łączna wartość ww. czterech umów (po zmianach) wyniosła 19 795 500 zł netto i 24 348 465 zł brutto.

(akta kontroli str. 173-178, 186-306, 311, 346, 408-410)

W jednej spośród ww. czterech umów z 23 marca 2018 r. dotyczącej wykonania głównych robót budowlanych zawarto ustalenia odnoszące się do zatrudnienia osadzonych. W § 2 ust. 2 pkt 4 tej umowy postanowiono mianowicie, że do podstawowych obowiązków Podwykonawcy należy umożliwienie Konsorcjum realizacji uzgodnionego zakresu robót przy udziale osób pozbawionych wolności, na zasadach określonych odrębną umową. Powyższy zapis był tożsamy z zapisem zawartym w projekcie tej umowy, przedłożonym Prokuraturze do zaopiniowania. W ramach tego opiniowania Prokuratura wskazała²¹, iż żadne z postanowień umowy nie odnosi się szczegółowo do kwestii zatrudnienia osób pozbawionych wolności (odsyłając jedynie do postanowień odrębnej umowy), w związku z tym zgoda na powierzenie robót Podwykonawcy jest warunkowana spełnieniem przez Konsorcjum wymogów art. 4d ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, za co odpowiedzialność spoczywa na Konsorcjum. Prokuratura nie sformułowała natomiast żadnych uwag odnoszących się do zatrudniania osób pozbawionych wolności, które winny zostać uwzględnione w umowie z podwykonawcą. W związku z powyższym ostateczna zgoda Prokuratury na zawarcie przedmiotowej umowy z podwykonawcą nie była uzależniona od wprowadzenia zmian w projekcie umowy w tym zakresie.

(akta kontroli str. 222-277)

Konsorcjum, w ramach realizacji Inwestycji, udzieliło ponadto kolejnych trzech zamówień/zleceń podwykonawcom na łączną kwotę 165 134 zł netto (203 114,82 zł brutto), o których nie poinformowano Prokuratury, a które dotyczyły:

- czynności organizacyjnych i przygotowawczych na terenie Inwestycji (zlecenie z 1 listopada 2017 r.),

²⁰ Po zawarciu umowy z dnia 18 września 2017 r. na realizację Inwestycji, Konsorcjum pismem z 26 września 2017 r. zgłosiło zamiar powierzenia wykonania robót budowlanych w ramach podwykonawstwa firmie N.G., lecz Prokuratura nie wyraziła zgody z uwagi na powiązania rodzinne pomiędzy jej pracownikiem a współwłaścicielem podwykonawcy, co skutkowało koniecznością poszukiwania kolejnego.

²¹ W piśmie do Konsorcjum nr PO VII WB 262.465.2017 z 15 marca 2018 r.

- wykonania na terenie Inwestycji robót przygotowawczych w tym podbudowy z kruszywa wraz z jej zagęszczeniem (zlecenie z 5 grudnia 2017 r.),
- podłączenia instalacji sieciowych (zlecenie z 16 sierpnia 2019 r.).

(akta kontroli str. 311-315)

Łącznie wartość zrealizowanych umów i zleceń zawartych przez Konsorcjum z podwykonawcami w ramach Inwestycji wyniosła netto 19 960 634 zł i brutto 24 551 579,82 zł, co stanowiło 92,9 % wartości umowy po zmianach zawartej pomiędzy Prokuraturą a Konsorcjum²².

(akta kontroli str. 311, 345-346)

2.2. Prokuratura dwukrotnie otrzymała od PEPEBE pisemne informacje o zatrudnianiu przy realizacji Obiektu osób pozbawionych wolności:

- 1) pismem z dnia 7 lutego 2019 r., w którym poinformowano o zatrudnieniu od 21 listopada 2018 r. 7 pracowników osadzonych - zgodnie z umową z 5 listopada 2018 r.,
- 2) pismem z 6 czerwca 2019 r., w którym złożono oświadczenie o spełnianiu warunków określonych w art. 4d ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, wskazując m.in., iż:
 - PEPEBE jest przywieziennym zakładem pracy prowadzonym jako przedsiębiorstwo państwowe,
 - działalność przedsiębiorstwa związana jest z zatrudnianiem osób pozbawionych wolności,
 - zasadnicza działalność przywieziennego zakładu pracy dotyczy wykonywania zadań powierzonych przez Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego lub jednostki organizacyjne mu podległe lub przez niego nadzorowane,
 - przy realizacji zadania budowy siedziby prokuratur w Sosnowcu były i są zatrudnione osoby pozbawione wolności.

(akta kontroli str. 307-309)

Osoby pozbawione wolności były zatrudnione przy realizacji Obiektu w okresie od listopada 2018 r. do czerwca 2019 r., a łączny czas ich pracy wyniósł 4 128 roboczogodzin.

(akta kontroli str. 310)

Stwierdzone
nieprawidłowości

W działalności kontrolowanej jednostki w przedstawionym wyżej zakresie stwierdzono następujące nieprawidłowości:

1. Prokuratura, pomimo udzielenia Konsorcjum przywieziennych zakładów pracy zamówienia publicznego na realizację Inwestycji w szczególnym trybie określonym art. 4d ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, dopuściła do faktycznej realizacji tego zamówienia przez inne podmioty – podwykonawców, nieposiadających statusu takich zakładów. Wartość wynagrodzenia tych podwykonawców wyniosła aż 92,9% wartości wynagrodzenia z tytułu umowy zawartej z Konsorcjum, tym samym przywiezienne zakłady pracy wchodzące w skład tego Konsorcjum sprowadzając jedynie do roli pośredników.

Powyższe było niezgodne z celem, dla którego ustanowione zostało ww. zwolnienie zamówień publicznych spod rygoru ustawy Pzp, a którym było wsparcie podmiotów, których pozycja na konkurencyjnym rynku była osłabiona z uwagi na konieczność realizacji obowiązków, którymi ustawodawca obciążył te podmioty, a które dotyczyły tworzenia miejsc pracy dla osób pozbawionych wolności.

²² Odbiór przedmiotu umowy nastąpił wg protokołu odbioru końcowego robót z dnia 30 września 2019 r.

Prokurator Okręgowa wyjaśniła, że w związku z faktem, iż w obowiązujących uregulowaniach prawnych brak jest przeciwwskazań do udziału podwykonawców w realizacji zamówienia publicznego wykonywanego w trybie art. 4d ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie ww. zamówienia dopuszczono udział podwykonawców, warunkowany uprzednim zgłoszeniem i pisemną zgodą zamawiającego, a w piśmie z dnia 25 marca 2018 r. zamawiający udzielając zgody na zatrudnienie głównego podwykonawcy²³ warunkował ją spełnieniem wymogów określonych w art. 4d ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

(dowód: akta kontroli str. 316-323)

NIK nie podziela stanowiska zaprezentowanego przez Prokuratora Okręgowego. Zgodnie z art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych²⁴ zasadą jest wydatkowanie środków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonego celu. Wyłączenie stosowania przepisów regulujących zasady i tryb udzielania zamówień, określone w art. 4d ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, adresowane jest do wyraźnie sprecyzowanej grupy podmiotów i związane jest z realizacją konkretnie oznaczonego celu w postaci ułatwienia prowadzenia resocjalizacji skazanych poprzez pracę. Istnienie owej szczególnej relacji podmiotowej oraz ujęcie funkcjonalne wyłączenia powodują, że wynikające z tego przepisu ograniczenie określonej w art. 3 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zasady powszechności zamówień publicznych należy traktować zawężająco. Celowe zastosowanie tego wyłączenia zdaniem NIK wymaga, co do zasady, samodzielnej realizacji zamówienia przez podmioty wskazane w tym przepisie. Oznacza to w konsekwencji, że podmioty te muszą posiadać zdolności i zasoby niezbędne do wykonania zamówienia, co powinno być przedmiotem weryfikacji przez zamawiającego. W rezultacie powyższego, zdaniem NIK należy ograniczyć dopuszczalność podwykonawstwa (w tym realizowanego przez podmioty nieposiadające statusu Zakładu), do posiłkowania się zewnętrznymi podmiotami, co do skali i charakteru, które świadczą konieczną pomoc w postaci prac usprawiedliwionych okolicznościami, np. czynnościami wymagającymi wysokospecjalistycznej wiedzy lub narzędzi.

Wskazując powyższe, NIK zauważa ponadto, że podejmując decyzję o zastosowaniu wyłączenia z art. 4d ust.1 pkt 8 ustawy Pzp, Zamawiający powinien rozważyć także inne możliwości określone na gruncie prawa zamówień publicznych, umożliwiające zapewnienie realizacji celu resocjalizacji skazanych poprzez pracę, przy zachowaniu wymogów powszechności i konkurencyjności postępowania. NIK zwraca w tym zakresie uwagę na instytucję tzw. klauzul społecznych określonych w art. 22 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ustawodawca dopuścił w tym przepisie możliwość zastrzeżenia przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wyłącznie zakłady pracy chronionej oraz inni wykonawcy, których działalność lub działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, w szczególności osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie – Kodeks karny wykonawczy, mających trudności w integracji ze środowiskiem.

²³ Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A.

²⁴ Dz. U. z 2019 r. poz. 869 ze zm.

2. Prokuratura w niewystarczającym zakresie sprawowała nadzór nad wykonywaniem umowy nr PO VII WB 262.465.2017 z 18 września 2017 r. zawartej pomiędzy Prokuratūrą a Konsorcjum. Prokuratura nie wyegzekwowała bowiem od Konsorcjum ostatecznej wersji umowy zawartej 8 kwietnia 2019 r. przez Konsorcjum z podwykonawcą na wykonanie przyłącza elektrycznego i montaż stacji transformatorowej na terenie Inwestycji, pomimo że zgodnie z § 3 ust. 2 ww. umowy nr PO VII WB 262.465.2017 z 18 września 2017 r. Konsorcjum było zobowiązane do przesłania do Prokuratury kopii umów zawartych z podwykonawcami wraz z ich oświadczeniami określającymi zakres prac jaki został im zlecony.

(akta kontroli str. 281-306)

Prokurator Okręgowa w Katowicach wyjaśniła, że powyższe było wynikiem niedopatrzenia niemającego wpływu na przebieg realizacji zadania w tej części.

(akta kontroli str. 406-407)

Odnosząc się do powyższego NIK zauważa, iż w interesie Prokuratury było pozyskanie ostatecznej wersji umowy aby mieć wiedzę, czy Konsorcjum udzieliło zamówienia zgłaszanemu wcześniej podwykonawcy oraz czy jej postanowienia były zgodne z zapisami otrzymanego wcześniej (na etapie uzgodnień) projektu.

(dowód: akta kontroli str. 281-295)

OCENA CZĄSTKOWA

Prokuratura nie podjęła niezbędnych działań w celu zapewnienia, by udzielone zamówienie realizowane było, co do zasady, osobiście przez wykonawcę spełniającego kryteria podmiotowe określone w art. 4d ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Było to wbrew przesłankom ustanowienia zwolnienia spod reżimu ustawy Pzp zamówień publicznych udzielanych przywieziennym zakładom pracy jako podmiotom, których działalność związana jest ze społeczną i zawodową integracją osób pozbawionych wolności. Przeciwnie do wymogów tego zwolnienia, dopuszczono do sytuacji, w której zdecydowana większość prac objętych zamówieniem udzielonym w ramach badanej umowy wykonywana była przez podwykonawców, niespełniających powyższych kryteriów, którzy nie mają obowiązku zatrudniania osadzonych na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów. W ramach badanego zamówienia podwykonawcy byli w praktyce jego głównymi beneficjentami, absorbując ponad 92% wydatków, wynikających z zawartej umowy.

IV. Wnioski

W związku ze stwierdzonymi nieprawidłowościami, Najwyższa Izba Kontroli, na podstawie art. 53 ust. 1 pkt 5 ustawy o NIK, wnosi o wdrożenie w Prokuraturze Okręgowej w Katowicach mechanizmów zapewniających prowadzenie postępowań i udzielania zamówienia publicznych, z zastosowaniem wyłączenia z art. 4d ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, które zapobiegłyby nadużywaniu zlecenia podwykonawstwa podmiotom zewnętrznym zamówień uzyskanych przez przywiezienny zakład pracy, przy możliwie szerokim udziale osób pozbawionych wolności.

V. Pozostałe informacje i pouczenia

Wystąpienie pokontrolne zostało sporządzone w dwóch egzemplarzach; jeden dla kierownika jednostki kontrolowanej, drugi do akt kontroli.

Prawo zgłoszenia
zastrzeżeń

Zgodnie z art. 54 ustawy o NIK kierownikowi jednostki kontrolowanej przysługuje prawo zgłoszenia na piśmie umotywowanych zastrzeżeń do wystąpienia pokontrolnego, w terminie 21 dni od dnia jego przekazania. Zastrzeżenia zgłasza się do Dyrektora Delegatury NIK w Katowicach. Prawo zgłaszania zastrzeżeń, zgodnie

Obowiązek
poinformowania
NIK o sposobie
wykonania wniosku

z art. 61b ust. 2 ustawy o NIK, nie przysługuje do wystąpienia pokontrolnego zmienionego zgodnie z treścią uchwały w sprawie zastrzeżeń.

Zgodnie z art. 62 ustawy o NIK należy poinformować Najwyższą Izbę Kontroli, w terminie 21 dni od otrzymania wystąpienia pokontrolnego, o sposobie wykonania wniosku oraz o podjętych działaniach lub przyczynach niepodjęcia tych działań.

W przypadku wniesienia zastrzeżeń do wystąpienia pokontrolnego, termin przedstawienia informacji liczy się od dnia otrzymania uchwały o oddaleniu zastrzeżeń w całości lub zmienionego wystąpienia pokontrolnego.

Katowice, 15 czerwca 2020 r.

Najwyższa Izba Kontroli
Delegatura w Katowicach

Kontroler
Marcin Wesoly
Główny specjalista kontroli
państwowej

.....