

RPIII.44.52.2021

Departament  
ds. Regionalnego Programu Operacyjnego  
Wydział Kontroli Zamówień Publicznych

### Informacja pokontrolna nr RPIII.44.52.2021

I.	<b>Podstawa prawna kontroli</b>	Na podstawie zapisów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 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 ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006, art. 9, art. 22 i art. 23 Ustawy z dnia 11.07.2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1431, z późn. zm.) oraz na podstawie postanowień umowy o dofinansowanie nr UDA-RPLD.04.01.02-10-0047/18-00 z dnia 18 lipca 2019 r. z późniejszymi aneksami.
II.	<b>Imiona i nazwiska osób przeprowadzających kontrolę</b>	[dane zanonimizowano]
III.	<b>Termin kontroli</b>	17 – 18 czerwca 2021 r.
IV.	<b>Rodzaj kontroli</b>	doraźna
V.	<b>Nazwa Podmiotu kontrolowanego</b>	Gmina Skomlin
VI.	<b>Adres Podmiotu kontrolowanego i miejsca, w którym przeprowadzono czynności kontrolne</b>	- ul. Trojanowskiego 1, 98-346 Skomlin - kontrola w siedzibie IZ RPO WŁ
VII.	<b>NIP Podmiotu kontrolowanego</b>	8321025278
VIII.	<b>Imię i nazwisko kierownika Podmiotu kontrolowanego</b>	[dane zanonimizowano]
IX.	<b>Osoba zastępująca kierownika podczas jego nieobecności, upoważniona do uczestniczenia w czynnościach kontrolnych</b>	nie dotyczy
X.	<b>Pozycja w książce kontroli, pod którą odnotowano przedmiotową kontrolę</b>	nie dotyczy

XI.	<b>Osoby składające wyjaśnienia lub udzielające informacji w imieniu Podmiotu kontrolowanego</b>	[dane zanonimizowano]
XII.	<b>Nr umowy o dofinansowanie</b>	UDA- RPLD.04.01.02-10-0047/18-00 z dnia 18 lipca 2019 r. z późniejszymi aneksami
XIII.	<b>Tytuł kontrolowanego projektu</b>	„Ochrona powietrza w gminie Skomlin poprzez montaż odnawialnych źródeł energii”
XIV.	Wartość projektu (wg umowy/aneksu)	1 918 584,03 PLN
XV.	<b>Zakres kontroli</b>	sprawdzenie prawidłowości przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.:  Ochrona powietrza w gminie Skomlin poprzez montaż odnawialnych źródeł energii Numer referencyjny: ZP.2710.2.2020
XVI.	<b>Data sporządzenia informacji pokontrolnej</b>	listopada 2021 r.

#### XVII. Opis kontrolowanych obszarów i ustalenia kontroli

**Postępowanie pn. Ochrona powietrza w gminie Skomlin poprzez montaż odnawialnych źródeł energii Numer referencyjny: ZP.2710.2.2020** przeprowadzono w trybie przetargu nieograniczonego o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 zgodnie z art. 39 ustawy Pzp (t.j. Dz. U. z 2018r. poz. 1986 ze zm.).

**Przedmiot zamówienia** obejmował dostawę i montaż wraz z zaprojektowaniem i uruchomieniem 28 instalacji kolektorów słonecznych, 28 instalacji kotłów na biomasę i 54 mikro-instalacji fotowoltaicznych z przeznaczeniem dla gospodarstw domowych.

**Wartość szacunkowa** zamówienia została ustalona w dniu 3.03.2020 r. na podstawie programu funkcjonalno-użytkowego na kwotę 1 816 916,00 zł netto, co stanowi równowartość 425 577,03 euro.

Zamawiający wymagał wniesienia **wadium** w kwocie 50 000,00 PLN, tj. w wysokości nie przekraczającej 3% wartości zamówienia, zgodnie art. 45 ust 4 ustawy Pzp.

Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert wariantowych i częściowych (powody niepodzielenia zamówienia na części wskazano w Protokole postępowania) oraz udzielenia zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Postępowanie przeprowadziła **komisja przetargowa** powołana w dniu 27 marca 2020 r. na podstawie Zarządzenia Wójta Gminy Skomlin Nr 241/2018 z dnia 22 lutego 2018 r.

**Ogłoszenie o zamówieniu** zostało w dniu 24.03.2020 r. przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 062 - 147523 w dniu 27.03.2020 r. W dniu 27.03.2020 r., ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego, oraz w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego.

**SIWZ** została w marcu 2020 r. zatwierdzona przez Wójta Gminy Skomlin oraz w dniu 27.03.2020 r. zamieszczona wraz z załącznikami na stronie internetowej Zamawiającego.

**Termin składania ofert** został wyznaczony na dzień 4.05.2020 r. do godz. 10:00.

**Otwarcie ofert** nastąpiło w dniu 4.05.2020 r. o godz. 12:00. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał **kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia** w wysokości **2 002 000,00 zł** brutto.

Do Zamawiającego wpłynęła **oferta**, złożona przez:

1. Grupa EKOENERGIA Sp. z o.o., Sierakowice PRAWE 141d, 96-100 Skierniewice, cena: 2 000 409,42 zł.

Zamawiający niezwłocznie, tj. w dniu 4.05.2020 r. zamieścił na swojej stronie internetowej informacje z otwarcia ofert, o których mowa w art. 86 ust. 5 ustawy Pzp.

**Termin związania ofertą** wynosił 60 dni.

**Kryterium wyboru** najkorzystniejszej oferty były:

- Cena – 50%,
- Doświadczenie personelu kluczowego – 20%
- Sprawność kolektora słonecznego SPR1 – 6%
- Temperatura stagnacji kolektora słonecznego T1 – 6%
- Sprawność kotła SPR2 – 6%
- Sprawność panelu fotowoltaicznego – 6%
- Gwarancja producenta na panel fotowoltaiczny – 6%

Zamawiający w dniu 13.05.2020 r., na podstawie **art. 26 ust. 3 ustawy Pzp**, wezwał wykonawcę Grupa EKOENERGIA Sp. z o.o., którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia/uzupełnienia dokumentów lub udzielenia wyjaśnień w zakresie dokumentów poświadczających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca złożył wymagane dokumenty w wyznaczonym terminie.

Zamawiający w dniu 25.05.2020 r., na podstawie **art. 26 ust. 2 ustawy Pzp**, wezwał wykonawcę Grupa EKOENERGIA Sp. z o.o., którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca złożył wymagane dokumenty i oświadczenia w wyznaczonym terminie.

Zamawiający w dniu 10.06.2020 r., na podstawie **art. 26 ust. 3 ustawy Pzp**, wezwał wykonawcę Grupa EKOENERGIA Sp. z o.o., którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia/uzupełnienia dokumentów lub udzielenia wyjaśnień w zakresie dokumentów poświadczających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca złożył wymagane dokumenty w wyznaczonym terminie.

W dniu 14.07.2020 r. Zamawiający dokonał **wyboru najkorzystniejszej oferty** złożonej przez Wykonawcę Grupa EKOENERGIA Sp. z o.o. W tym samym dniu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 23.07.2020 r. Zamawiający zawarł **umowę** nr ZP.272.2.2020 z wyłonionym wykonawcą za wynagrodzeniem wskazanym w ofercie. Przedstawiona na dzień kontroli dokumentacja przetargowa nie zawiera aneksów do ww. umowy.

**Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia** zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 3.08.2020 r. i opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 7.08.2020 r. pod numerem 2020/S 152-371020.

#### **Kontrola wykazała:**

Zamawiający naruszył art. 41 pkt 7, 7a i 9 Ustawy Pzp poprzez niewskazanie w Ogłoszeniu o zamówieniu podstaw wykluczenia, wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz kryteriów oceny ofert. Prawidłowe wypełnienie normy wynikającej z treści art. 41 Ustawy Pzp nakazuje obligatoryjne ujęcie przedmiotowych informacji w treści ogłoszenia. Przedmiotowe dane są istotnym elementem procedury i muszą być w sposób precyzyjny wskazane przez Zamawiającego już na etapie wszczęcia postępowania. W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) z dnia 08.01.2018 r., sygn. akt KIO/KD 67/17, wskazano, iż „treść ogłoszenia o zamówieniu stanowi dla wykonawców ważną informację dotyczącą warunków ubiegania się o dane zamówienie publiczne (stanowi pierwszy element informacyjny dla wykonawcy o prowadzonym postępowaniu i informacje w nim zawarte mają umożliwić wykonawcy podjęcie decyzji o możliwości i woli ubiegania się o zamówienie publiczne)”. Zatem brak zamieszczenia w ogłoszeniu informacji wymaganych przepisami prawa skutkuje również naruszeniem zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji. Warto podkreślić, że Izba nie uwzględniła argumentacji Zamawiającego dotyczącej uszczegółwiającego charakteru SIWZ w stosunku do treści ogłoszenia o zamówieniu.

Wobec powyższego Zamawiający naruszył art. 41 pkt 7, 7a i 9 Ustawy Pzp poprzez nieumieszczenie w Ogłoszeniu o zamówieniu informacji o braku podstaw do wykluczenia wykonawcy, wykazu dokumentów potwierdzających, iż wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz kryteriów oceny ofert.

Powyższe działanie Zamawiającego wpisuje się wprost w kategorię nieprawidłowości indywidualnej, wskazaną w pozycji nr 11 dokumentu pn. „Stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych”, stanowiącego Załącznik do Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29.01.2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 971), zwanego dalej Taryfikatorem. W związku z przedmiotowym naruszeniem przewidziano stawkę procentową stosowaną przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń w wysokości 25%, z możliwością obniżenia do 10% lub 5%.

**XVIII. Stwierdzone nieprawidłowości/uchybień, w tym ustalenia w zakresie wartości korekt finansowych (należy wskazać wysokość, podstawę prawną i sposób wyliczenia nieprawidłowego**

wydatku; w przypadku obniżenia wskaźnika procentowego nakładanej korekty należy wskazać przesłanki jej obniżenia):

**Postępowanie pn. Ochrona powietrza w gminie Skomlin poprzez montaż odnawialnych źródeł energii**  
**Numer referencyjny: ZP.2710.2.2020**

**Naruszenie art. 41 pkt 7, 7a i 9 Ustawy Pzp** poprzez nieumieszczenie w Ogłoszeniu o zamówieniu wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia i kryteriów oceny ofert.

Ponieważ skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej są pośrednie, rozproszone oraz trudne do oszacowania, wysokość stawki procentowej została ustalona na podstawie Taryfikatora.

Powyższe naruszenie wpisuje się wprost w kategorię nieprawidłowości indywidualnej, wskazaną w pozycji **nr 11** dokumentu pn. „Stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych”, stanowiącego Załącznik do Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29.01.2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 971), zwanego dalej Taryfikatorem.

W związku z przedmiotowym naruszeniem przewidziano stawkę procentową stosowaną przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń w wysokości 25%, z możliwością obniżenia do 10% lub 5%.

Jednocześnie brak jest możliwości obniżenia, stawki korekty poniżej 10% ze względu na Decyzję Komisji Europejskiej nr C (2019) 3452 z dnia 14 maja 2019 r. ustanawiającą *Wytoczne dotyczące określania korekt finansowych w odniesieniu do wydatków finansowanych przez Unię w przypadku nieprzestrzegania obowiązujących przepisów dotyczących zamówień publicznych*, która w sposób istotny ograniczyła możliwość miarkowania korekty. Dla zbieżnego rodzaju nieprawidłowości indywidualnej jak stwierdzone w niniejszej informacji, przewidziano **stawkę korekty 10%, bez możliwości dalszego miarkowania**.

**XIX. Zalecenia pokontrolne/rekomendacje (ze wskazaniem terminu na ich wykonanie oraz terminu na przekazanie informacji o sposobie ich wdrożenia):**

**Postępowanie pn. Ochrona powietrza w gminie Skomlin poprzez montaż odnawialnych źródeł energii**  
**Numer referencyjny: ZP.2710.2.2020**

Wartość korekty finansowej wynosi 10% wydatków kwalifikowanych w ramach przedmiotowego zamówienia z uwzględnieniem procentowej wysokości współfinansowania ze środków UE. Obliczenie kwoty korekty następuje wg wzoru:

$W_k = W\% \times W_{kw} \times W_s$ , gdzie:

$W_k$  - wysokość korekty finansowej

$W\%$  - wskaźnik procentowy korekty

$W_{kw}$  - wydatki kwalifikowalne dla danego zamówienia

$W_s$  – procentowa wysokość współfinansowania ze środków funduszy UE.

Faktura VAT nr	Data wystawienia	Brutto	Kwalifikowalne z faktury	Niekwalifikowalne (z uwzględnieniem wskaźnika korekty)	Korekta po uwzględnieniu wysokości dofinansowania – do zwrotu	Numer Wniosku o płatność	Data naliczania odsetek
FV/0014/20/10	15.10.2020	455 736,28	419 440,54	41 944,05	35 652,45	RPLD.04.01.02 -10-0047/18-007-03	22.09.2020
FV/0032/20/11	24.11.2020	16 461,71	13 383,50	1 338,35	1 137,60	RPLD.04.01.02 -10-0047/18-007-09	15.12.2020
FV/0033/20/11	24.11.2020	93 540,65	76 049,31	7 604,93	6 464,19	RPLD.04.01.02 -10-0047/18-007-09	15.12.2020
FV/0034/20/11	24.11.2020	1 007 997,98	933 331,46	93 333,15	79 333,18	RPLD.04.01.02 -10-0047/18-007-09	15.12.2020

Na dzień sporządzenia informacji pokontrolnej Zespół Kontrolny dokonał wyliczenia kwoty korekty finansowej z dowodów księgowych przedstawionych Instytucji Zarządzającej do wniosków o płatność (tabela powyżej).

Zobowiązuje się Beneficjenta do zwrotu kwoty:

- **35 652,45 zł** wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków tj. od dnia **22.09.2020** r. do dnia dokonania zwrotu na rachunek bankowy Instytucji Zarządzającej w Banku Polska Kasa Opieki S.A. nr **39 1240 3073 1111 0010 6415 6197**;
- **86 934,97 zł** wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków tj. od dnia **15.12.2020** r. do dnia dokonania zwrotu na rachunek bankowy Instytucji Zarządzającej w Banku Polska Kasa Opieki S.A. nr **39 1240 3073 1111 0010 6415 6197**;

Jednocześnie, pozostałe wydatki kwalifikowalne dotyczące umowy nr **ZP.272.2.2020**, należy pomniejszyć o 10%, wg wzoru:

$$Wp = W\% \times Wkw,$$

gdzie znaczenie poszczególnych symboli jest następujące:

Wp – wartość pomniejszenia,



W% - stawka procentowa,

Wkw – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia.

Zmniejszenie wartości wydatków kwalifikowalnych w wyniku nałożonej korekty finansowej wydatków poniesionych nieprawidłowo może spowodować konieczność ponownego przeliczenia kwot wydatków objętych limitami, w szczególności wydatków na zarządzanie projektem oraz wydatków na przygotowanie dokumentacji, które nie mogą przekraczać limitów ustalonych przez IZ RPO WŁ.

Ponadto zaleca się, aby Beneficjent w trakcie dalszej realizacji projektów współfinansowanych z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Łódzkiego na lata 2014–2020 zachował większą staranność w szczególności w zakresie przygotowywania ogłoszenia o zamówieniu.

Termin na wykonanie rekomendacji: 14 dni kalendarzowych od dnia otrzymania informacji pokontrolnej. Beneficjent zobowiązany jest powiadomić pisemnie Urząd Marszałkowski Województwa Łódzkiego o sposobie ich wykonania.

**XX. Wykaz załączników:** nie dotyczy

**XXI. Uwagi/zastrzeżenia Podmiotu kontrolowanego do ustaleń kontroli oraz odniesienie Zespołu kontrolnego do przedmiotowych uwag:**

Zastrzeżenia Beneficjenta wniesione do informacji pokontrolnej pismem z dnia 15 października 2021 r. znak: IG.7011.1.2019 uznaje się za niezasadne.

Zamawiający nie wskazał w swoim ogłoszeniu informacji, o których mowa w art. 41 pkt 7 i 7a Ustawy Pzp, nie odwołał się też do właściwych punktów SIWZ, gdzie mógłby wykonawca odnaleźć, kryteria oceny ofert, podstawy wykluczenia wraz z dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia. Brak informacji o podstawach wykluczenia oraz czytelnego, precyzyjnego odesłania do SIWZ mógł zatem wpłynąć na ograniczenie zainteresowania postępowaniem przez wykonawców zarówno krajowych jak i potencjalnie zagranicznych – brak wystarczających szczegółów ogłoszenia mógł mieć skutek odstraszący.

W kontrolowanym postępowaniu Beneficjent potencjalnie naraził budżet Unii Europejskiej na szkodę, bowiem poniósł wydatki, które mogłyby być niższe, a tym samym niższy byłby wkład finansowy z budżetu UE. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 11.01.2017 r., sygn. akt II GSK 3148/15, uznał, że szkodą w interesach finansowych UE jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, a nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa unijnego lub krajowego, w tym zasad określonych w przepisach ustawy Pzp. Wskazał również, że wystarczy stwierdzenie możliwości wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie. Podobnie Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 10.10.2018 r., sygn. akt III SA/Po 409/18, stwierdził, że szkoda nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało zagrożenie, że szkoda powstanie, a brak jest okoliczności, które wykluczyłyby wpływ uchybienia na budżet odnośnego funduszu. Analogicznie Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach w wyroku z dnia 15.04.2019 r., sygn. akt III SA/GI 1176/18, zaznaczył, że dla nałożenia sankcji wystarczy ustalenie, że wskutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna

możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE. Nie jest przy tym sporne, że przy braku możliwości ustalenia wysokości szkody stosuje się odpowiednie wytyczne i taryfikatory.

Jak wynika z opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (UZP) – Komunikat dotyczący wypełnienia normy prawnej wynikającej z treści art. 41 Ustawy Pzp w związku z ograniczeniami w standardowych formularzach służących do publikacji ogłoszeń w Dz.Urz.UE: *Zasadnym jest, aby zamawiający w przypadku w którym nie są w stanie zamieścić wszystkich informacji wymaganych przepisami ustawy PZP w odpowiedniej sekcji formularza, wykorzystali w tym celu również – przewidziane we wzorze ogłoszenia – sekcje dedykowane informacjom dodatkowym. Natomiast jeżeli z uwagi na charakter zamówienia, jego przedmiot lub wymagania zamawiającego, w dalszym ciągu niemożliwe jest opublikowanie w treści ogłoszenia wszystkich niezbędnych informacji, w tym także w sekcjach dedykowanych informacjom dodatkowym, zasadnym może być również zamieszczenie w treści ogłoszenia odesłania do strony internetowej, na której opublikowana została treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niemniej powyższe rozwiązanie stanowi wyjątek od zasady publikacji informacji określonych ww. przepisem i możliwe jest do zastosowania w szczególności z uwagi na ww. ograniczenia techniczne.*

W przedmiotowym przypadku Beneficjent nie wykazał w sposób jasny i nie budzący wątpliwości, że z uwagi na istniejące ograniczenia techniczne w tym limit znaków dla poszczególnych sekcji ogłoszenia, kryteria oceny ofert, informacje dotyczące wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia zawarte zostaną w dokumentacji przetargowej np. w SIWZ. Co więcej mała objętość tekstu znajdującego się w Ogłoszeniu o zamówieniu wskazuje, iż limit znaków dla poszczególnych sekcji ogłoszenia nie został wyczerpany w przedmiotowym przypadku.

*Zarówno Komisja Europejska jak również TSUE przyjmują szeroką wykładnię przesłanki naruszenia prawa wspólnotowego. Za nieprawidłowość należy w związku z tym uznać zarówno naruszenie prawa unijnego, jak i prawa krajowego. Oznacza to, iż do popełnienia nieprawidłowości, z punktu widzenia art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 dochodzi również wtedy, gdy naruszony został przepis krajowy ustanawiający wymogi związane z wydatkowaniem środków finansowych budżetu Unii, przyjęty w obszarach nieuregulowanych prawem unijnym lub ustanawiający wymogi bardziej rygorystyczne od tych, które wynikają z przepisów prawa Unii. Dlatego też zarówno wykrycie naruszenia prawa Unii Europejskiej, jak też naruszenia prawa krajowego takiego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego stanowi nieprawidłowość, w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 i skutkuje powstaniem obowiązku odzyskania przez państwo członkowskie kwot wydatkowanych nieprawidłowo, w tym nałożenia korekty finansowej (art. 98). Powyższe, na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa nie budzi żadnych wątpliwości, gdyż w art. 2 pkt 36 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 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 ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz.U.U.E.L z 20 grudnia 2013 r., nr 347, s. 320) prawodawca unijny uwzględnił orzecznictwo TSUE i prezentowane stanowisko*



*Komisji Europejskiej i zaznaczył wprost, że nieprawidłowością będzie także naruszenie prawa krajowego. Zgodnie bowiem z powołanym przepisem "nieprawidłowość" oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego 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 nieuzasadnionym wydatkiem - Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 18 stycznia 2018 r. V SA/Wa 1071/17.*

Należy mieć na uwadze, iż wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi (sygn. akt I C 112/20) przywoływany przez Beneficjenta w zastrzeżeniach, pomimo swojej prawomocności, może ulec zmianie w związku wniesioną przez Województwo Łódzkie skargą kasacyjną. W tym miejscu warto przytoczyć najnowszy wyrok Sądu Administracyjnego, który również dotyczył Województwa Łódzkiego.

*Zgodnie z orzeczeniem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi III SA/Łd 241/21 z dnia 11 sierpnia 2021 r. - ogłoszenie o zamówieniu powinno być sformułowane przez zamawiającego w sposób, który przynajmniej jednoznacznie wskazywałby gdzie zamieszczone są pełne wymagania co do warunków udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia oraz jakie dokumenty lub oświadczenia potwierdzające spełnienie tych warunków są wymagane, skoro nie było możliwości ich precyzyjnego wymienienia w ogłoszeniu o zamówieniu z uwagi na niedostosowanie formularza do wymogów określonych w art. 41 ust. 7 i 7a Pzp. Co do zasady, zamawiający jest bowiem zobowiązany, w sposób jednoznaczny określić i wymienić w ogłoszeniu o zamówieniu wszystkie przewidziane w postępowaniu przesłanki wykluczenia, nawet jeżeli są one obligatoryjne i wynikają wprost z przepisów. Należy podkreślić, że wyrazem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp jest zgodność postanowień SIWZ z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu. Dopuszczenie do rozbieżności w tym zakresie, co nastąpiło w niniejszej sprawie, i nieumieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o podstawach wykluczenia oraz czytelnego, precyzyjnego odesłania do SIWZ mogło spowodować ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców. Nie można bowiem wykluczyć, że w przypadku gdyby zapisy dotyczące pozytywnych i negatywnych warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających ich spełnienie zostały w ogłoszeniu o zamówieniu sformułowane w sposób zupełny i precyzyjny, krąg potencjalnych wykonawców mógł być inny, a przedstawione przez nich oferty korzystniejsze. Wątpliwości co do pozytywnych i negatywnych warunków udziału w postępowaniu powodują brak przejrzystości postępowania i mogły stanowić powód rezygnacji z zainteresowania się ofertą części potencjalnych wykonawców.*

Podstawą prawną ustalania i nakładania korekt finansowych w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia ogólnego nr 1303/2013 oraz odzyskiwania od beneficjenta kwoty współfinansowania UE w wysokości odpowiadającej wartości korekty finansowej jest art. 24 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz.U. z 2018 r. poz. 1431), dalej jako: "ustawa wdrożeniowa". Z art. 24 ust. 1 ustawy wdrożeniowej wynika, że stwierdzenie wystąpienia nieprawidłowości powoduje powstanie obowiązku podjęcia przez właściwą instytucję działań, o których mowa w ust. 9 lub ust. 11. Zgodnie z tymi przepisami, instytucja odzyskuje od beneficjenta kwotę współfinansowania UE w wysokości odpowiadającej wartości korekty finansowej równej kwocie wydatków poniesionych nieprawidłowo. Zasadą jest, że kwoty środków odzyskiwanych od beneficjentów odpowiadają wartości wydatków poniesionych w sposób nieprawidłowy (100% kwoty nieprawidłowości). Niemniej, w związku z uznaniem przez Komisję Europejską (KE), że precyzyjne określenie skutków finansowych nieprawidłowości w obszarze zamówień publicznych nie jest

możliwe, na poziomie unijnym wprowadzono możliwość obniżania wartości wydatków, które podlegają procedurze korygowania. Wytyczne dotyczące określania korekt finansowych w odniesieniu do wydatków finansowanych przez UE w przypadku nieprzestrzegania obowiązujących przepisów dotyczących zamówień publicznych stanowią załącznik do decyzji KE C(2019) 3452 z dnia 14 maja 2019 r. Dlatego, na podstawie art. 24 ust. 6 ustawy wdrożeniowej, instytucja odpowiedzialna za korygowanie wydatków i odzyskiwanie środków od beneficjentów może podjąć decyzję o obniżeniu wartości korekty finansowej, o której mowa w ust. 5, albo wartości wydatków poniesionych nieprawidłowo, stanowiącej pomniejszenie, o którym mowa w ust. 9 pkt 1 – zgodnie z decyzją C(2019) 3452 z dnia 14 maja 2019 r. Z brzmienia wyżej przywołanych przepisów i wprost z art. 24 ust. 7 ustawy wdrożeniowej wynika, że jeżeli kwoty nieprawidłowo poniesionych wydatków nie można określić, wartość korekty finansowej ustala się zgodnie z art. 143 ust. 2 rozporządzenia ogólnego, z uwzględnieniem ww. decyzji KE, a także przepisów rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U. z 2018 r. poz. 971), dalej jako „rozporządzenie”. Rozporządzenie, zgodnie z przepisami art. 24 ust. 6 i ust. 13 ustawy wdrożeniowej, uwzględnia stanowisko KE wyrażone w decyzji C(2019) 3452 z dnia 14 maja 2019 r. W § 3 ust. 1 i 2 rozporządzenia przyjęto, że wartość korekty finansowej lub pomniejszenia może zostać obniżona, jeżeli anulowanie całości współfinansowania UE lub całości wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach zamówienia jest niewspółmierne do charakteru i wagi nieprawidłowości indywidualnej. Charakter i wagę nieprawidłowości indywidualnej ocenia się odrębnie dla każdego zamówienia, biorąc pod uwagę stopień naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i niedyskryminacji. Ustalenie wysokości korekty finansowej zależy przede wszystkim od rodzaju i stopnia naruszenia oraz od skutków finansowych dla wydatków ze środków z funduszy Unii Europejskiej. W rozporządzeniu wskazano, że w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej, dla której w załączniku do rozporządzenia nie określono stawki procentowej, stosuje się stawkę procentową odpowiadającą najbliższej rodzajowo kategorii nieprawidłowości indywidualnych (§ 6). Dalej, w przypadku kategorii nieprawidłowości indywidualnych, której w załączniku do rozporządzenia przypisano więcej niż jedną stawkę procentową, zastosowanie stawki procentowej o niższej wysokości niż maksymalna wysokość dla danej kategorii nieprawidłowości indywidualnych jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy jest to uzasadnione charakterem i wagą stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej (§ 7). Decyzja co do skorzystania z ww. możliwości obniżenia stawki procentowej uzależniona jest od indywidualnej oceny danego zamówienia, stopnia naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i niedyskryminacji. Tego rodzaju obniżenie stawek procentowych powinno być przez właściwą instytucję należycie uzasadnione. Takie obniżenie nie będzie możliwe w przypadku kategorii nieprawidłowości, której charakter i waga – zgodnie z decyzją C(2019) 3452 z dnia 14 maja 2019 r. – nie uzasadnia obniżenia stawki procentowej. Wynika to wprost z przepisów § 3 ust. 1 i § 7 rozporządzenia. Postanowienia decyzji C(2019) 3452 z dnia 14 maja 2019 r. nie stoją w sprzeczności z przywołanymi powyżej przepisami ustawy wdrożeniowej i rozporządzenia, co więcej, są pomocne przy prawidłowym określaniu wysokości korekt finansowych i pomniejszeń wynikających z nieprawidłowości w obszarze udzielania zamówień w ramach projektów.

Mając powyższe na uwadze Zespół Kontrolny nie uznaje w całości zastrzeżeń Beneficjenta i wskazuje na naruszenie art. art. 41 pkt 7 i 7a Ustawy Pzp poprzez nieumieszczenie w ogłoszeniu

o zamówieniu przekazanych UPUE wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia .

Jednostka kontrolująca przekazuje dwa egzemplarze Informacji pokontrolnej/ostatecznej Informacji pokontrolnej . Jeden egzemplarz pozostaje w siedzibie Podmiotu kontrolowanego a drugi jest odsyłany do Jednostki kontrolującej. Wszelkie dokumenty zgromadzone w trakcie kontroli pozostają w aktach kontroli w siedzibie Jednostki kontrolującej i na wniosek Podmiotu kontrolowanego są udostępniane do wglądu w uzgodnionym wcześniej terminie w godzinach pracy Urzędu.

**Pouczenie:**

Do ostatecznej Informacji pokontrolnej nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń.

Kierownik Podmiotu kontrolowanego lub osoba przez niego upoważniona podpisuje dwa egzemplarze Informacji pokontrolnej i w terminie 14 dni od daty ich doręczenia przesyła jeden egzemplarz Jednostce kontrolującej.

W przypadku odmowy podpisania ostatecznej Informacji pokontrolnej Podmiot kontrolowany odsyła Jednostce kontrolującej jeden egzemplarz Informacji pokontrolnej w terminie 14 dni od daty jej doręczenia. Odmowa podpisania Informacji pokontrolnej nie zwalnia Podmiotu kontrolowanego z realizacji zaleceń pokontrolnych/rekomendacji.

**Zespół kontrolny:**

**Podmiot kontrolowany:**

.....  
(data, podpis członka zespołu kontrolnego)

.....  
(data, podpis i pieczęć kierownika podmiotu kontrolowanego)

.....  
(data, podpis członka zespołu kontrolnego)