

KOFEŁ.IV.44.1.259.2023.MM

Urząd Marszałkowski Województwa Łódzkiego  
Departament Kontroli i Odwołań FEŁ 2027  
Wydział Kontroli Projektów RPO WŁ 2014-2020

### Informacja pokontrolna nr 2 - WYCIĄG

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 (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 818 ze zm.) oraz na podstawie postanowień umowy nr RPLD.04.01.02-10-0027/21-00 z dnia 30 maja 2022 r.
II.	<b>Imiona i nazwiska osób przeprowadzających kontrolę</b>	Maciej Małecki Kamil Łuniewski Anna Dudka
III.	<b>Termin kontroli</b>	8-12 stycznia 2024 r.
IV.	<b>Rodzaj kontroli</b>	Planowa na zakończenie realizacji projektu
V.	<b>Nazwa Podmiotu kontrolowanego</b>	Gmina Witonia
VI.	<b>Adres Podmiotu kontrolowanego i miejsca, w którym przeprowadzono czynności kontrolne</b>	Gmina Witonia, ul. Stefana Starzyńskiego 6A, 99-335 Witonia i miejscowości na terenie gminy Witonia: Romartów, Gledzianów, Nędzrzew, Oraczew, Kuchary, Gledzianówek.
VII.	<b>NIP Podmiotu kontrolowanego</b>	7752406978
VIII.	<b>Imię i nazwisko kierownika Podmiotu kontrolowanego</b>	Pan Mirosław Włodarczyk – Wójt Gminy Witonia
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</b>	Pozycja nr 1 w 2024 r.

	<b>odnotowano przedmiotową kontrolę</b>	
<b>XI.</b>	<b>Osoby składające wyjaśnienia lub udzielające informacji w imieniu Podmiotu kontrolowanego</b>	<i>[dane zanonimizowano]</i> – Podinspektor ds. Obsługi Rady Gminy Witonia, Gospodarowania Odpadami Komunalnymi oraz Ochrony Przeciwpożarowej.
<b>XII.</b>	<b>Nr umowy o dofinansowanie</b>	RPLD.04.01.02-10-0027/21-00
<b>XIII.</b>	<b>Tytuł kontrolowanego projektu</b>	„Ochrona środowiska naturalnego gminy Witonia poprzez instalacje OZE” Okres realizacji projektu: 04.07.2022 r. – 29.06.2023 r.
<b>XIV.</b>	<b>Wartość projektu (wg umowy/aneksu)</b>	2 118 964,71 zł
<b>XV.</b>	<b>Zakres kontroli</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– sprawdzenie prawidłowości przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego związanego z realizacją projektu,</li> <li>– sprawdzenie sposobu przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych nieobjętych ustawą Prawo zamówień publicznych, związanych z realizacją projektu, w zakresie zgodności z zasadą uczciwej konkurencji,</li> <li>– potwierdzenie zgodności realizowanego projektu z zawartą umową o jego dofinansowanie oraz z wnioskiem aplikacyjnym,</li> <li>– sprawdzenie faktycznego zakresu rzeczowego realizacji projektu i weryfikacja dokumentów dotyczących projektu w miejscu jego realizacji,</li> <li>– potwierdzenie dostarczenia współfinansowanych robót, dostaw i usług,</li> <li>– sprawdzenie prawidłowości przekazanych przez Beneficjenta, za pośrednictwem SL2014, dokumentów będących podstawą do sporządzenia wniosków o płatność, w zakresie zgodności wersji elektronicznej z oryginałami,</li> <li>– sprawdzenie ujęcia poniesionych wydatków w systemie finansowo-księgowym i prawidłowości oznaczenia środków otrzymanych w ramach RPO WŁ,</li> <li>– potwierdzenie kwalifikowalności wydatków ujętych we wnioskach o płatność oraz faktu ich poniesienia,</li> <li>– sprawdzenie wypełnienia przez Beneficjenta obowiązków w zakresie promocji i informacji dotyczących projektu,</li> <li>– sprawdzenie kompletności i zgodności z przepisami posiadanej dokumentacji związanej z realizowanym projektem,</li> <li>– sprawdzenie wypełniania przez Beneficjenta obowiązków w zakresie zabezpieczania i archiwizacji dokumentacji</li> </ul>

		związanej z realizowanym projektem.
XVI.	<b>Data sporządzenia Informacji pokontrolnej</b>	03.06.2024 r.

**XVII. Opis kontrolowanych obszarów i ustalenia kontroli:** Zespół kontrolny dokonał sprawdzenia zrealizowanego projektu wg umowy RPLD.04.01.02-10-0027/21-00 i złożonych wniosków o płatność od nr WNP-RPLD.04.01.02-10-0027/21-001 do wniosku końcowego nr WNP- RPLD.04.01.02-10-0027/21-006.

**A. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego związanego z realizacją projektu objęte ustawą Pzp.**

Zgodnie z oświadczeniem Beneficjenta z dnia 10.01.2024 r. przedmiotowe postępowanie na dzień złożenia oświadczenia nie było kontrolowane przez inne uprawnione instytucje.

**Postępowanie pn. „Ochrona środowiska naturalnego gminy Witonia poprzez instalacje OZE” (system „zaprojektuj i wybuduj”) – numer referencyjny: BD.271.VII.5.2022.**

Beneficjent przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), dalej ustawy Pzp.

**Zamawiającym** była Gmina Witonia.

**Przedmiotem zamówienia** było zdefiniowanie zakresu rzeczowego i wykonanie w oparciu o posiadany przez Zamawiającego Program Funkcjonalno-Użytkowy (dalej: PFU) oraz warunki wskazane w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) zaprojektowania i wykonania dokumentacji projektowej oraz dostawę, montaż i uruchomienie następujących ilości zestawów instalacji OZE:

- kotłów na pellet – 7 szt.,
- instalacji kolektorów słonecznych – 21 zestawów,
- instalacji fotowoltaicznych – 63 zestawy,

dla prywatnych gospodarstw domowych położonych na terenie gminy Witonia.

Przedmiot zamówienia opisano szczegółowo w PFU – załącznik nr 1 do SWZ oraz w Projekcie umowy – załącznik nr 5 do SWZ.

**Wartość szacunkowa** przedmiotowego zamówienia została ustalona w dniu 27.06.2022 r. na podstawie programu funkcjonalno-użytkowego, oszacowania planowanych kosztów realizacji inwestycji dokonanego przez [dane zanonimizowano] oraz Analizy potrzeb i wymagań na kwotę 1 844 268,00 zł netto, co według kursu euro 4,4536 zł stanowi równowartość 414 107,24 euro.

Postępowanie przygotowała i przeprowadziła **Komisja Przetargowa** powołana przez Wójta Gminy Witonia Zarządzeniem nr 7a/2023 z dnia 26.01.2021 r. w sprawie: powołania stałej Komisji Przetargowej jako zespołu pomocniczego Kierownika Zamawiającego do przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówień publicznych dla zadań realizowanych przez Gminę Witonia.

**Ogłoszenie o zamówieniu** zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (dalej: UPUE) w dniu 29.08.2022 r. i opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (dalej: DUUE) pod nr 2022/S 169-476400 w dniu 02.09.2022 r. Ponadto w dniu 02.09.2022 r. ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono na stronie internetowej prowadzonego postępowania: <https://miniportal.uzp.gov.pl>.

**SWZ** została w dniu 29.08.2022 r. zatwierdzona przez Kierownika Zamawiającego i w dniu 02.09.2022 r. została zamieszczona wraz z załącznikami na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Zamawiający nie przewidział możliwości udzielenia zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz nie dopuścił możliwości składania **ofert wariantowych** oraz **ofert częściowych**.

**Termin składania ofert** został pierwotnie wyznaczony do dnia 10.10.2022 r. do godz. 14:00, a **termin otwarcia ofert** na dzień 10.10.2022 r. o godz. 14:00.

W dniu 09.09.2022 r. do Zamawiającego wpłynęły od Wykonawcy **zapytania do treści SWZ**, na które Zamawiający udzielił odpowiedzi w dniu 22.09.2022 r., publikując je na stronie internetowej prowadzonego postępowania, zgodnie z art. 135 ust. 6 ustawy Pzp.

W dniu 23.09.2022 r. do Zamawiającego wpłynęło od Wykonawcy **zapytanie do treści SWZ**, na które Zamawiający udzielił odpowiedzi w dniu 30.09.2022 r., publikując je na stronie internetowej prowadzonego postępowania, zgodnie z art. 135 ust. 6 ustawy Pzp.

Zamawiający wymagał wniesienia **wadium** w wysokości 15 000,00 zł, tj. w kwocie nie większej niż 3% wartości zamówienia, zgodnie z art. 97 ust. 2 ustawy Pzp.

**Kryteriami wyboru** najkorzystniejszej oferty dla każdej części były:

- cena brutto – 60%;
- okres gwarancji produktowej na moduły fotowoltaiczne – 40%.

W dniu 10.10.2022 r. Zamawiający udostępnił na stronie internetowej prowadzonego postępowania kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości: 2 069 764,00 zł brutto.

Do Zamawiającego w wyznaczonym terminie, za pośrednictwem miniPortalu, wpłynęły nw. oferty:

- **Oferta nr 1** – z ceną oferty 2 210 856,30 zł brutto, okresem gwarancji produktowej na moduły fotowoltaiczne 20 lat;
- **Oferta nr 2** – z ceną oferty 2 895 386,01 zł brutto, okresem gwarancji produktowej na moduły fotowoltaiczne 20 lat;
- **Oferta nr 3** – z ceną oferty 2 689 200,00 zł brutto, okresem gwarancji produktowej na moduły fotowoltaiczne 25 lat;
- **Oferta nr 4** – z ceną oferty 2 038 704,12 zł brutto, okresem gwarancji produktowej na moduły fotowoltaiczne 25 lat.

**Termin związania ofertą** wynosił 90 dni, tj. do dnia 07.01.2023 r.

Zamawiający niezwłocznie, tj. w dniu 10.10.2022 r. zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania informacje z otwarcia ofert, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp.

W dniu 06.12.2022 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 81 ust. 1 ustawy Pzp, za pośrednictwem platformy e-Zamówienia przekazał Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: UZP) informację o złożonych ofertach w przedmiotowym postępowaniu.

W dniu 17.10.2022 r. Zamawiający, na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę, który złożył ofertę nr 4, do złożenia, *aktualnych na dzień złożenia, wymaganych przez Zamawiającego uzupełnień i wyjaśnień do Przedmiotowych środków dowodowych*, w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw

z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Wykonawca przedłożył dokumenty w wyznaczonym terminie.

W dniu 25.10.2022 r. Zamawiający, na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę, który złożył ofertę nr 4, do złożenia, *aktualnych na dzień złożenia, wymaganych przez Zamawiającego uzupełnień i wyjaśnień do Przedmiotowych środków dowodowych*, w celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Wykonawca złożył dokumenty w wyznaczonym terminie.

W dniu 31.10.2022 r. Zamawiający, na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona (oferta nr 4), do złożenia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca złożył dokumenty w wyznaczonym terminie.

W dniu 14.11.2022 r. Zamawiający dokonał **wyboru najkorzystniejszej oferty** (oferty nr 4) złożonej przez *[dane zanonimizowano]* z ceną oferty 2 038 704,12 zł brutto, okresem gwarancji produktowej na moduły fotowoltaiczne 25 lat.

W dniu 14.11.2022 r. na podstawie art. 253 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający opublikował zawiadomienie o wynikach postępowania na stronie internetowej prowadzonego postępowania oraz przesłał je Wykonawcom za pośrednictwem poczty elektronicznej.

Zamawiający żądał wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5% wartości umowy. Wykonawca złożył zabezpieczenie w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

W toku postępowania Wykonawcy nie korzystali z przysługujących im środków ochrony prawnej.

W wyniku przeprowadzonego postępowania w dniu 09.12.2022 r. Beneficjent zawarł umowę nr **PO/5/2022** z firmą *[dane zanonimizowano]*, za wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie 2 038 704,12 zł brutto, z terminem wykonania umowy do sześciu miesięcy od dnia podpisania umowy. Zgodnie z treścią umowy Wykonawca udzielił na okres 60 miesięcy gwarancji i rękojmi na wykonane prace budowlano – montażowe i poszczególne elementy instalacji oraz na okres 25 lat gwarancji produktowej na moduły fotowoltaiczne.

W ramach przedmiotowej umowy Zamawiający zawarł aneks nr 1/2023 z dnia 18.05.2023 r., zgodnie z którym zwiększono wynagrodzenie Wykonawcy do kwoty 2 046 833,49 zł brutto oraz wskazano kwotę podatku Vat w wysokości 168 179,30 zł. Ww. aneks posiada załącznik nr 1 pn. Lokalizacja zamienna montażu zestawu instalacji PV. Wskazano, iż w zakresie 5 lokalizacji ze względu na warunki techniczne braku możliwości montażu instalacji zmieniono lokalizację z dachów budynków na grunt (4 lokalizacje) i zmieniono lokalizację z gruntu na dach budynku (1 lokalizacja). Kwota zwiększająca wynagrodzenie Wykonawcy stanowi wydatki niekwalifikowalne w ramach projektu.

W ramach przedmiotowej kontroli Zamawiający przedstawił innych aneksów do ww. umowy.

**Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia** zostało przekazane UPUE w dniu 02.01.2023 r. i opublikowane w DUUE pod nr 2023/S 005-011655 z dnia 06.01.2023 r.

**Ogłoszenie o wykonaniu umowy** zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych (dalej BZP) pod nr 2024/BZP 00032327/01z dnia 12.01.2024 r.

Na potwierdzenie wykonania przedmiotu zamówienia realizowanego w ramach umowy z firmą [dane zanonimizowano], Beneficjent przedłożył Protokół odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji z dnia 07.06.2023 r. (bez uwag).

#### **Kontrola wykazała:**

1. Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2c w związku z art. 128 ust. 1 oraz w związku z zapisami art. 125 ust. 1 ustawy Pzp i art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia.

Zgodnie z zapisami SWZ (pkt 10) Zamawiający w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 oraz w art. 109 ust. 1 pkt 4), 5) i 7) ustawy Pzp - Wykonawca zobowiązany był złożyć wraz z ofertą m. in:

*10.1.1. Aktualne na dzień składania ofert oświadczenie, stanowiące wstępne potwierdzenie, że nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 9 SWZ w formie JEDZ.*

Ponadto – na podstawie pkt 10.2 SWZ - na wezwanie Zamawiającego, o którym mowa w art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona zobowiązany był do złożenia „w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia, następujących podmiotowych środków dowodowych:

1. oświadczenia Wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów,
2. odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, sporządzonych nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji,
3. oświadczenia Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp złożonym na formularzu JEDZ w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania,
4. wykazu dostaw wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie (...),
5. wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego.

W dniu 31.10.2022 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych wskazanych w pkt 1, 2, 4 i 5. Wykonawca nie został wezwany do złożenia oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp złożonym na formularzu JEDZ w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania, sporządzonego zgodnie z wzorem oświadczenia. Oświadczenie to nie zostało złożone przez Wykonawcę.





Zgodnie z art. 7 pkt 17 ustawy Pzp, przez podmiotowe środki dowodowe należy rozumieć środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp.

Wykaz żądanych podmiotowych środków dowodowych Zamawiający określa w SWZ (art. 134 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp). W przedmiotowej sprawie Zamawiający zawarł w SWZ wymóg przedłożenia tego dokumentu. Katalog podmiotowych środków dowodowych, które służą potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia wykonawcy został określony w § 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. poz. 2415), dalej „rozporządzenie”.

Zgodnie z przepisami zawartymi w tymże akcie, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający **zobowiązany jest** do żądania m.in. dokumentu określonego w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia, tj. oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego, o których mowa m.in. w art. 109 ust. 1 pkt 5-10 ustawy Pzp. Powyższy dokument ma na celu potwierdzenie aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 125 ust. 3 ustawy Pzp, oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio **na dzień składania** wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo **ofert, tymczasowo zastępujący** wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.

Zamawiający otrzymując od wykonawcy ww. oświadczenie powinien więc uzyskać potwierdzenie, że aktualne są informacje co do konkretnych podmiotowych kwestii wstępnie potwierdzonych w ramach oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, które ma charakter tymczasowy.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. c ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Wobec niezłożenia przez Wykonawcę oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy (JEDZ) oraz braku wezwania przez Zamawiającego do jego uzupełnienia w powyższym zakresie, Zamawiający naruszył art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w związku z zapisami art. 125 ust. 1 ustawy Pzp i art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp. W związku z powyższym Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia.

Dodatkowo z akt postępowania wynika, że inny Wykonawca w tym przetargu żądał wykreślenia fakultatywnych podstaw wykluczenia, co pozwoliłoby, jego zdaniem, zwiększyć konkurencyjność

w postępowaniu, jednakże Zamawiający nie zgodził się na zaproponowane zmiany. W toku postępowania Zamawiający nie dokonał jednak prawidłowej weryfikacji, czy w stosunku do wybranego wykonawcy nie zachodzą te fakultatywne podstawy do wykluczenia. W konsekwencji tych zaniechań Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której udzielił zamówienia Wykonawcy niepoprawnie zweryfikowanemu. Negatywnych skutków braku dokumentu podmiotowego nie niweczy złożenie przez Wykonawcę tego oświadczenia po zakończeniu postępowania, w toku kontroli. Zamawiający bowiem obowiązany jest dokonać oceny oferty Wykonawców i złożonych wraz z nią dokumentów na dzień dokonania wyboru, a nie po tym terminie.

Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, stanowi w ocenie Zespołu Kontrolnego nieprawidłowość indywidualną w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013, gdyż spełnione są wszystkie 3 przesłanki niezbędne do jej stwierdzenia – mamy do czynienia z naruszeniem przepisów ustawy Pzp oraz zaniechaniem Zamawiającego, które mogło mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem. W ocenie Zespołu Kontrolnego działanie Zamawiającego, jak zostało wyżej opisane, mogło ograniczyć krąg podmiotów biorących udział w postępowaniu, a w konsekwencji przynieść szkodę w budżecie UE.

Biorąc pod uwagę powyższe, stwierdzona nieprawidłowość indywidualna skutkuje koniecznością nałożenia korekty finansowej (w wysokości 25 % wydatków kwalifikowalnych) oraz pomniejszenia wydatków poniesionych nieprawidłowo (patrz pkt XVIII przedmiotowej informacji pokontrolnej).

2. Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2c w związku z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie, przedmiotowego środka dowodowego.

W celu potwierdzenia, iż oferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z wymogami określonymi przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania, o której mowa w art. 106 w związku z art. 107 ustawy Pzp – Zamawiający żądał **złożenia wraz z ofertą**, następujących przedmiotowych środków dowodowych m.in.

**w zakresie kolektorów słonecznych (pkt 10.3 a SWZ):**

1. Certyfikat Solar Keymark dla oferowanych kolektorów słonecznych lub inny równoważny certyfikat wydany przez akredytowaną jednostkę w zgodności z normą PN – EN 12975 – 1:2007: „Słoneczne systemy grzewcze i ich elementy – kolektory słoneczne – część 1: Wymagania ogólne” lub z normą równoważną, którego integralną częścią powinno być sprawozdanie z badań kolektorów, przeprowadzonych zgodnie z normą PN-EN 12975 – 2:2007: „Słoneczne systemy grzewcze i ich elementy – kolektory słoneczne – część 2: Metody badań” lub z normą PN-EN ISO 9806 „Energia słoneczna -Słoneczne kolektory grzewcze - Metody badań” lub z normą równoważną,
2. Certyfikat potwierdzający zgodność zbiornika z normą EN 12664:2001 lub z normą równoważną oraz z normą IEC 61730 wydany przez właściwą akredytowaną jednostkę certyfikującą,



3. Pełne sprawozdanie z pełnych badań na normę PN EN 12975-1 przeprowadzone zgodnie z normą PN EN 12975-2 lub wg PN-EN ISO 9806, potwierdzające wymogi zawarte w PFU w odniesieniu do kolektora słonecznego,
4. Karta techniczna oferowanego kolektora słonecznego potwierdzająca spełnianie przez to urządzenia parametrów zawartych w PFU dla tego urządzenia,
5. Karta techniczna oferowanego zbiornika akumulacyjnego potwierdzająca spełnianie przez to urządzenie parametrów zawartych w PFU dla tego urządzenia.

Dokumenty te powinny być przekazane w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub elektronicznej kopii dokumentu poświadczonej za zgodność z oryginałem.

Zamawiający dwukrotnie wezwał Wykonawcę do złożenia tego samego dokumentu przedmiotowego.

W piśmie z dnia 17.10.2022 r. w pkt 2 (w zakresie instalacji kolektorów słonecznych) zażądał potwierdzenia żądanych funkcjonalności za pomocą sprawozdania z badań oraz certyfikatu zgodności.

W piśmie z dnia 25.10.2022 r. również w zakresie instalacji kolektorów słonecznych Zamawiający wskazał, że Wykonawca przedłożył wymagane sprawozdanie z badań, jednakże ponownie wezwał do złożenia certyfikatu.

W dniu 14.11.2022 r. Zamawiający dokonał wyboru Wykonawcy, tj. *[dane zanonimizowano]*.

Zgodnie z art. 107 ustawy Pzp Zamawiający powinien jednokrotnie wezwać wykonawcę do złożenia przedmiotowych środków dowodowych.

W myśl dyspozycji art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający wezwał dwukrotnie do przedłożenia dokumentów i w związku z powyższym nie powinien uwzględnić drugiego ze złożonych dokumentów, tj. certyfikatu.

Wobec powyższego Zamawiający postąpił niezgodnie z dyspozycją przepisu art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, a oferta Wykonawcy *[dane zanonimizowano]*, winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp.

Zasada jednokrotności wezwania nie została wprawdzie wyrażona wprost w przepisach prawa, ale można ją wywieść z zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wprowadza ona bowiem przejrzystość w działaniach zamawiającego i eliminuje uznaniowość w zakresie ewentualnego wielokrotnego kierowania wezwań do wykonawcy bądź wykonawców.

Dodatkowo należy zauważyć, że gdyby Zamawiający nie żądał dokumentów przedmiotowych, to nie można wykluczyć, że większa liczba wykonawców wzięłaby udział w postępowaniu, co mogło spowodować, że ceny w przetargu byłyby niższe.

Naruszenie 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w związku z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego, stanowi w ocenie Zespołu Kontrolnego nieprawidłowość indywidualną w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013, gdyż spełnione są wszystkie 3 przesłanki niezbędne do jej stwierdzenia – mamy do czynienia z naruszeniem przepisów ustawy Pzp oraz działaniem Zamawiającego, które mogło mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii

poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem. W ocenie Zespołu Kontrolnego, najkorzystniejsza została wybrana oferta Wykonawcy, który w wyznaczonym terminie na pierwsze wezwanie, nie złożył przedmiotowych środków dowodowych, a udzielenie zamówienia takiemu Wykonawcy stanowi nieuzasadniony wydatek z budżetu UE.

Biorąc pod uwagę powyższe, stwierdzona nieprawidłowość indywidualna skutkuje koniecznością nałożenia korekty finansowej (w wysokości 25 % wydatków kwalifikowalnych) oraz pomniejszenia wydatków poniesionych nieprawidłowo (patrz pkt XVIII przedmiotowej informacji pokontrolnej).

3. W ofercie nr 2 Wykonawca w Formularzu ofertowym – załącznik nr 2 do SWZ w pkt 6 wskazał, iż wadium wniósł w kwocie 93 906,00 zł w formie Poręczenia wadium. Faktycznie do oferty zostało dołączone Oświadczenie Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium Nr 6/W/2022/77/10/2022 z dnia 07.10.2022 r. na kwotę 15 000,00 zł. Wadium w takiej wysokości było żądane w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający winien dokonać poprawy oczywistej omyłki pisarskiej na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, czego zaniechał.
4. W dniu 31.10.2022 r. Zamawiający, na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę, którego oferta nr 4 została najwyżej oceniona, do złożenia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z uwagi na tryb postępowania, powyższe wezwanie winno być dokonane na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wyznaczył prawidłowy termin na złożenie dokumentów.
5. Zamawiający naruszył przepis art. 81 ust. 1 ustawy Pzp przekazując Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych informację o złożonych ofertach w dniu 06.12.2022 r. Zgodnie z powyższym przepisem ww. informację, składa się nie później niż w terminie 7 dni od dnia otwarcia ofert (w przedmiotowym postępowaniu otwarcie ofert nastąpiło w dniu 10.10.2022 r.).
6. W dniu 29.11.2022 r. Wykonawca, który złożył ofertę nr 3, zwrócił się o zwrot wadium. Zamawiający przekazał wadium wniesione w pieniądzu w dniu 14.12.2022 r., czym naruszył dyspozycję art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto Zamawiający nie dokonał zwrotu wadium wniesionego w innej formie niż w pieniądzu, poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium, czym naruszył dyspozycję art. 98 ust. 5 ustawy Pzp.
7. Zgodnie z art. 448 ustawy Pzp Zamawiający, w terminie 30 dni od wykonania umowy, zamieszcza w BZP ogłoszenie o wykonaniu umowy, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2, tj. na zasadach dotyczących zamieszczania ogłoszeń w BZP. Obowiązek zamieszczenia w BZP ogłoszenia o wykonaniu umowy, o którym mowa w art. 448 ustawy Pzp, będzie się co do zasady, aktualizował od dnia sporządzenia protokołu odbioru lub uznania przez Zamawiającego całej umowy za wykonaną. Zamawiający opublikował ww. ogłoszenie w BZP w dniu 12.01.2024 r., a Protokół odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji został podpisany, przez strony umowy, w dniu 07.06.2023 r. bez uwag, tym samym naruszył art. 448 ustawy Pzp.
8. Zamawiający zawarł błędny zapis w SWZ – pkt 10.3. lit. a) tiret drugi, w którym wskazał, że odnośnie potwierdzenia warunków technicznych zbiornika kolektorów słonecznych, będzie wymagał między innymi jako dokumentu przedmiotowego Certyfikatu potwierdzającego zgodność zbiornika z normą EN12664:2001 lub z normą równoważną oraz z normą IEC 61730 wydanego przez właściwą akredytowaną jednostkę certyfikującą. W piśmie nr BD.21.VII.5.2022 z dnia 12.02.2024 r. wyjaśnił, iż

zapis wskazujący certyfikat zgodności z normą IEC 61730, był zapisem omyłkowym, bo taki dokument odnośnie zbiornika kolektorów słonecznych fizycznie nie istnieje, a wskazana norma dotyczy modułów fotowoltaicznych. Z uwagi na fakt, iż nie wpłynęło od Wykonawców zapytanie w tym zakresie w trakcie trwania postępowania oraz że wpłynęły 4 oferty, Zespół kontrolny stwierdza, że powyższe nie miało wpływu na wynik postępowania oraz na krąg wykonawców.

Powyższe naruszenia opisane w pkt 3 - 8 stanowią uchybienia formalne i nie skutkują nałożeniem korekty finansowej. Zaleca się, aby w przyszłości Zamawiający dochowywał należytej staranności w zakresie właściwego stosowania przepisów ustawy Pzp.

**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):**

Nieprawidłowość opisana w pkt XVII.A informacji pokontrolnej ppkt 1) i 2) „Kontrola wykazała”.

Zgodnie z § 2 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 2021 r. poz. 2179), zwanego dalej Rozporządzeniem w sprawie korekt finansowych (Taryfikator), wartość korekty finansowej związanej z nieprawidłowością indywidualną stwierdzoną w danym zamówieniu jest równa wartości wydatków objętych współfinansowaniem UE poniesionych w ramach zamówienia, natomiast wartość pomniejszenia związanego z nieprawidłowością indywidualną stwierdzoną w danym zamówieniu jest równa kwocie wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach tego zamówienia.

1. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2c w związku z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp oraz w związku z zapisami art. 125 ust. 1 ustawy Pzp i art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia.

W ocenie Zespołu Kontrolnego, anulowanie całości współfinansowania UE lub całości wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach zamówienia byłoby niewspółmierne do charakteru i wagi stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej. Ponieważ nie jest możliwe precyzyjne wskazanie kwoty wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych ze stwierdzoną nieprawidłowością indywidualną, gdyż skutki finansowe tej nieprawidłowości są pośrednie, rozproszone, trudne do oszacowania, wysokość stawki procentowej korekty finansowej oraz pomniejszenia wydatków poniesionych nieprawidłowo została ustalona na podstawie Taryfikatora. **Pozycja nr 14 Taryfikatora** dotyczy nieprawidłowości indywidualnej polegającej na wprowadzeniu zmiany w kryteriach kwalifikacji (lub specyfikacji technicznej) po otwarciu ofert lub sytuacji, gdy kryteria te (lub specyfikacja) zostały zastosowane nieprawidłowo. W związku z przedmiotowym naruszeniem Taryfikator przewiduje w pozycji nr 14 dla nieprawidłowości indywidualnej stawkę procentową stosowaną przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń w wysokości **25% wydatków kwalifikowalnych**, bez możliwości obniżenia stawki korekty.

2. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2c w związku z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie, przedmiotowego środka dowodowego.

W ocenie Zespołu Kontrolnego, anulowanie całości współfinansowania UE lub całości wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach zamówienia byłoby niewspółmierne do charakteru i wagi stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej. Ponieważ nie jest możliwe precyzyjne wskazanie kwoty wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych ze stwierdzoną nieprawidłowością indywidualną, gdyż skutki finansowe tej nieprawidłowości są pośrednie, rozproszone, trudne do oszacowania, wysokość stawki procentowej korekty finansowej oraz pomniejszenia wydatków poniesionych nieprawidłowo została ustalona na podstawie Taryfikatora. **Pozycja nr 14 Taryfikatora** dotyczy nieprawidłowości indywidualnej polegającej na wprowadzeniu zmiany w kryteriach kwalifikacji (lub specyfikacji technicznej) po otwarciu ofert lub sytuacji, gdy kryteria te (lub specyfikacja) zostały zastosowane nieprawidłowo. W związku z przedmiotowym naruszeniem Taryfikator przewiduje w pozycji nr 14 dla nieprawidłowości indywidualnej stawkę procentową stosowaną przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń w wysokości **25% wydatków kwalifikowalnych**, bez możliwości obniżenia stawki korekty.

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

Nieprawidłowość opisana w pkt XVII.A informacji pokontrolnej ppkt 1) i 2) „Kontrola wykazała”.

W przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych wartość korekt finansowych lub pomniejszeń nie podlega sumowaniu. W takiej sytuacji do wszystkich stwierdzonych nieprawidłowości indywidualnych stosuje się jedną korektę finansową lub jedno pomniejszenie o najwyższej wartości. W związku z wykryciem w kontrolowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dwóch przypadków naruszenia przepisów ustawy Pzp skutkujących nałożeniem korekty finansowej oraz pomniejszeniem wydatków poniesionych nieprawidłowo, stosuje się jedną korektę finansową o najwyższej wartości, tj. w wysokości **25% wydatków kwalifikowalnych** w ramach kontrolowanego 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 znaczenie poszczególnych symboli jest następujące:

$W_k$  - wysokość korekty finansowej

$W\%$  - wskaźnik procentowy korekty

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

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

Faktura nr	Data wystawienia	Brutto	Kwalifikowalne z faktury	Niekwalifikowalne (z uwzględnieniem wskaźnika korekty)	Łącznie Korekta po uwzględnieniu wysokości dofinansowania – do zwrotu	Numer Wniosku o płatność	Data naliczania odsetek
FVS/WIKO/2 023/06/2	22.06.2023	151 000,50 zł	134 350,00 zł	33 587,50 zł	<b>28 549,37 zł</b>	WNP- RPLD.04.01.0 2-10-0027/21- 006 (korygowany)	27.06.2023
FVS/WIKO/2 023/06/1	22.06.2023	349 051,51 zł	318 050,00 zł	79 512,50 zł	<b>67 585,63 zł</b>	WNP- RPLD.04.01.0 2-10-0027/21- 006 (korygowany)	27.06.2023
FVS/WIPV/2 023/06/1	22.06.2023	1 546 781,48 zł	1 418 727,00 zł	354 681,75 zł	<b>261 104,34 zł</b>	WNP- RPLD.04.01.0 2-10-0027/21- 006 (korygowany)	27.06.2023
					<b>40 375,15 zł</b>	WNP- RPLD.04.01.02- 10-0027/21-006 (korygowany)	nie dotyczy, kwota do pomniejszenia

Na dzień sporządzenia informacji pokontrolnej Zespół Kontrolny dokonał wyliczenia kwoty korekty finansowej z dowodów księgowych przedstawionych Instytucji Zarządzającej do wniosku o płatność **WNP-RPLD.04.01.02-10-0027/21-006** (korygowany):

- Faktura **FVS/WIKO/2023/06/2** wystawiona w dniu 22.06.2023 r. na kwotę **151 000,50 zł brutto**, w tym kwota wydatków kwalifikowalnych **134 350,00 zł**;
- Faktura **FVS/WIKO/2023/06/1** wystawiona w dniu 22.06.2023 r. na kwotę **349 051,51 zł brutto**, w tym kwota wydatków kwalifikowalnych **318 050,00 zł**;
- Faktura **FVS/WIPV/2023/06/1** wystawiona w dniu 22.06.2023 r. na kwotę **1 546 781,48 zł brutto**, w tym kwota wydatków kwalifikowalnych **1 418 727,00 zł**;

Zobowiązuje się Beneficjenta do zwrotu kwoty:

- **357 239,34 zł** wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania środków tj. od dnia **27.06.2023 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, zobowiązuje się Beneficjenta do wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnej płatności

o kwotę 40 375,15 zł (bez odsetek) – w myśl zapisów art. 207 ust. 8 ustawy o finansach publicznych – należy przedłożyć stosowne oświadczenie.<sup>1</sup>

Obliczenie kwoty pomniejszenia dokonano 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.

**XX. Wykaz załączników:** nie dotyczy.

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

Beneficjent pismem znak: PO.1610.18.2024 z dnia 24.05.2024 r. przekazał do IZ RPO WŁ zastrzeżenia do treści ustaleń pokontrolnych, zawartych w Informacji pokontrolnej nr 1 znak: KOFEŁIV.44.1.259.2023.MM z dnia 06.05.2024 r. Ponadto Beneficjent odesłał niepodpisane 2 egzemplarze informacji pokontrolnej.

Zespół kontrolny nie uznaje zastrzeżeń Beneficjenta i w całości podtrzymuje ustalenia zawarte w Informacji pokontrolnej nr 1 znak: KOFEŁIV.44.1.259.2023.MM z dnia 06.05.2024 r.

**1. W zakresie nieprawidłowości polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia.**

Zgłoszone przez Beneficjenta zastrzeżenia stanowią w znacznej mierze powielenie argumentacji, zawartej uprzednio w piśmie Beneficjenta znak: BD.271.VII.5.2022 z dnia 07.02.2024 r., złożonym w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień. Stąd też, w opinii Zespołu kontrolnego, bezzasadne i niecelowe jest przytaczanie tych samych sformułowanych przez Beneficjenta tez i wniosków oraz – w odpowiedzi na nie – powtarzanie stanowiska Zespołu kontrolnego oraz ustaleń pokontrolnych.

- Beneficjent podniósł w piśmie również: *„że Wykonawca nie podlegał wykluczeniu, mimo wskazanego braku formalnego, który wyniknął z niedopełnienia w tym zakresie obowiązków przez podmiot zewnętrzny, któremu zlecono przygotowanie i przeprowadzenie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (...) Zamawiający miał także wiedzę o realizowanych przez Wykonawcę innych zamówień, np. w Gminie Góra Św. Małgorzaty, w której ogłoszono wybór najkorzystniejszej oferty tego samego dnia co składający niniejsze zastrzeżenia, tj. 14 listopada 2022 r.”* Zespół kontrolny zaznacza, że niezależnie kto przeprowadza postępowanie, odpowiedzialność za jego prawidłowość spoczywa na Kierowniku Zamawiającego,

<sup>1</sup> IZ RPO WŁ na etapie zatwierdzania wniosku o płatność nr RPLD. RPLD.04.01.02-10-0027/21-006 zgodnie z zapisami § 14 ust. 2 pkt 1) umowy o dofinansowanie projektu ma możliwość „(...) W przypadku stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej: 1) przed zatwierdzeniem wniosku o płatność – Instytucja Zarządzająca zatwierdzająca wniosek o płatność dokonuje pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych ujętych we wniosku o płatność złożonym przez Beneficjenta o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo”.



- w tym przypadku na Wójcie Gminy Witonia. Ponadto stwierdza, że wiedza o tym, że inna gmina wybrała jako najkorzystniejszą ofertę ten sam podmiot, w tym samym czasie co Beneficjent, nie daje podstaw do uznania tego argumentu. Po pierwsze - nie wiadomo czy Zamawiający - Gmina Góra Św. Małgorzaty w SWZ zawarła takie same przesłanki dot. wykluczenia z postępowania, czy ich nie zmieniła w trakcie trwania procedury (Beneficjent ich nie wykreślił, pomimo zapytania wniesionego przez podmiot, który chciał wziąć udział w postępowaniu), po drugie - nie wiadomo jest też, czy oferta została prawidłowo zweryfikowana przez Zamawiającego (nie jest bowiem ona przedmiotem kontroli).
- Beneficjent wskazał także, że *„Zupełnie inny charakter (ciężar) ma niezłożenie przez wykonawcę dokumentu podmiotowego wskazanego w wezwaniu Zamawiającego potwierdzającego warunki udziału w postępowaniu (np. wystawionego tak jak w podanym powyżej przykładzie przez organ podatkowy), gdzie w wyniku kontroli następczej mogłoby się okazać, że Wykonawca nie złożył stosownego dokumentu ze względu na zaległości podatkowe, a Zamawiający dokonuje wyboru oferty.”* Kontrolujący nie zgadzają się z powyższym stwierdzeniem. Każdy dokument, który zgodnie z zapisami SWZ wykonawca ma przedłożyć na potwierdzenie, że nie podlega wykluczeniu, ma taki sam ciężar dowodowy.
2. **Beneficjent w zakresie nieprawidłowości polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie, przedmiotowego środka dowodowego** wskazał m. in. że:
- Beneficjent podniósł w wyjaśnieniach: *„że w stosunku do Wykonawcy nie można wywodzić negatywnych skutków spowodowanych brakiem precyzyjności wezwania, niedoskonałością wezwań ze strony Zamawiającego, a także kwestie wydatkowania środków publicznych, Zamawiający mimo że w treści przywołano analogiczną podstawę prawną, to wezwanie nie dotyczyły tych samych kwestii mimo że dotyczyły tych samych elementów. Pierwsze precyzowały zakres informacji jednak nie wskazywały na konkretne dokumenty i zawierały wewnętrzną sprzeczność.”* Kontrolujący zgadzają się z przywołanym w zastrzeżeniach orzecznictwem w zakresie jednokrotnego wezwania i że Wykonawca nie może ponosić negatywnych skutków nieprecyzyjności zapytania. Jednakże Zespół kontrolny nie zgadza się z treścią, że skierowane do Wykonawcy wezwania (z dnia 17.10.2022 r. i z dnia 25.10.2022 r.) dotyczyły różnych zakresów żądania oraz że pierwsze wezwanie było wezwaniem niekompletnym. W wezwaniu z dnia 17.10.2022 r. Beneficjent, działając na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał do uzupełnień *„w zakresie instalacji kolektorów słonecznych należy wyjaśnić (potwierdzić dokumentem) spełnienie wymaganych parametrów poprzez przedstawienie pełnego sprawozdania z badań, certyfikatu zbiornika – zgodnie z uwagami w poniższej tabeli:”*. W ww. piśmie została zamieszczona tabela, w której wskazano m.in. *„szczelność kolektora na deszcz potwierdzone wynikami z badań Solar Keymark wg EN ISO 9806, potwierdzona przez Solar Keymark lub równoważny, brak pełnego sprawozdania z badań, odporność na uderzenia – gradobicie potwierdzone wynikami z badań Solar Keymark EN ISO 9806, potwierdzona przez Solar Keymark lub równoważny - brak pełnego sprawozdania z badań, odporność mechaniczna – Średnica kuli lodowej użyta w próbie gradobicia/wynik badania prawidłowy/pozytywny, 45 mm, brak pełnego sprawozdania z badań, certyfikat zbiornika – brak”*. Zdaniem Kontrolujących treść wezwania zawierała jasno sprecyzowane zapisy, których dokumentów brakuje i jakie należy uzupełnić. W dalszej części zastrzeżeń Beneficjent podnosi, że *„Podmiot wzywany nie mógł domyślić się, na podstawie treści*

pierwszego wezwania, które zawierało żądanie wyłącznie wyjaśnień i dokumentów, które odnosiły się tylko do kwestii technicznych. Nie występowało w nich zapytanie o zgodność z normami, wymienionymi w wezwaniu drugim, które to dopiero dawało możliwość dokonania przez zamawiającego pełnej oceny złożonej oferty”. Zespół kontrolny zaznacza, że ww. dokumenty, o których mowa w pierwszym wezwaniu, należało złożyć wraz z ofertą (w SWZ w pkt 10.3 lit. a) były wskazane wymagane certyfikaty, sprawozdania, karty techniczne wraz z normami), więc Wykonawca, jako profesjonalista, winien wiedzieć z jakimi normami wymagany jest certyfikat zbiornika w zakresie kolektorów słonecznych. Beneficjent podnosi także, że „zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp, Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w tym przedmiotowych środków dowodowych, w związku z powyższym Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie (potwierdzenie dokumentem) przedmiotowych środków dowodowych”. Należy podkreślić, że Beneficjent nie skorzystał z tego uprawnienia, natomiast w dniu 25.10.2022 r. ponownie wezwał Wykonawcę na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp o uzupełnienie w zakresie instalacji kolektorów słonecznych o przedłożenie certyfikatu zbiornika.

Beneficjent podniósł w piśmie także, że „Dla stwierdzenia nieprawidłowości w powyższym rozumowaniu wymagane jest kumulatywne spełnienie trzech okoliczności: - naruszenie jakiegokolwiek przepisu prawa (procedury); - istnienie związku między działaniem lub zaniechaniem beneficjenta a takim naruszeniem; - szkodliwy wpływ na budżet UE, sprzeczność z interesem finansowy UE. (...) Jednakże w opinii Zamawiającego w związku ze stwierdzonym przez Kontrolującego naruszeniem – nie doszło jednak do szkodliwego wpływu tego naruszenia na budżet UE lub sprzeczności z interesem finansowym UE”.

Zespół Kontrolny wyjaśnia, że pojęcie nieprawidłowości na gruncie przepisów prawa unijnego zostało zdefiniowane w Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006.

Zgodnie z treścią art. 2 pkt 36 w/w Rozporządzenia „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 go nieuzasadnionym wydatkiem.**

Z powyższego wynika, że do "nieprawidłowości" dochodzi, gdy zostaną spełnione łącznie 3 przesłanki:

- doszło do naruszenia prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego,
- naruszenie to wynika z **działania** lub **zaniechania** podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie funduszy europejskich,
- nieprawidłowość **ma** lub **może mieć** szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

W zakresie pierwszej przesłanki, po gruntownym zbadaniu sprawy, należy bezspornie uznać za udowodnione, iż Beneficjent naruszył przepisy Prawa zamówień publicznych.

Niewątpliwie też naruszenie nastąpiło wskutek zaniechania Beneficjenta w zakresie braku wezwania do złożenia dokumentu podmiotowego i działania beneficjenta w zakresie powtórnego wezwania do złożenia dokumentu przedmiotowego.

Przechodząc do analizy trzeciej przesłanki w ramach tej konkretnej sprawy w pierwszej kolejności należy podkreślić, iż pojęcie szkody dla budżetu UE jest istotnym elementem w trakcie rozpatrywania przesłanek wystąpienia nieprawidłowości.

Powyższe stwierdzenie znajduje swoje potwierdzenie w judykaturze zarówno krajowej, jak i europejskiej.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej TSUE) w wyroku z 14 lipca 2016 C-406/14 Wrocław - miasto na prawach powiatu przeciwko Ministrowi Infrastruktury i Rozwoju stwierdził: *„Niemniej jednak z definicji zawartej w art. 2 pkt 7 (znajdującego zastosowanie w obecnym stanie prawnym), owego rozporządzenia wynika, że naruszenie prawa Unii stanowi nieprawidłowość w rozumieniu tego przepisu jedynie wtedy, gdy powoduje ono lub mogłoby powodować szkodę w budżecie ogólnym Unii w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku. Naruszenie takie należy zatem uznać za nieprawidłowość, o ile może ono jako takie mieć skutki budżetowe. Natomiast nie trzeba udowadniać wystąpienia konkretnych skutków finansowych (...). W konsekwencji należy stwierdzić, że uchybienie zasadom udzielania zamówień publicznych stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006, o ile nie można wykluczyć, że uchybienie to miało wpływ na budżet odnośnie funduszu”*.

Sentencja ta, w związku z przywołaną powyżej definicją nieprawidłowości określoną w art. 2 pkt 36 Rozporządzenia ogólnego, pozostaje aktualna również na gruncie rozpatrywanej sprawy, gdyż definicja ta została powtórzona i uzupełniona o „*naruszenie przepisu prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego*”. Wobec tego, wyroki TSUE dotyczące przepisów rozporządzenia Rady nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 roku ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. Urz. UE L 210z 31.07.2006, s. 25, z późn. zm.) i ich konkluzje znajdują zastosowanie do nowych regulacji, tj. Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 roku.

Tak więc w sytuacji wystąpienia naruszenia zapisów ustawy Pzp niezbędna jest ocena ryzyka, na jakie budżet UE w wyniku stwierdzonego uchybienia został narażony. Zgodnie z przywołanym wyrokiem TSUE 2016 C- 406/14 należy badać każdy przypadek indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności każdej sprawy istotne z punktu widzenia jednego z trzech wskazanych kryteriów.

Powyższe potwierdza także wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12 grudnia 2014 roku, zgodnie z którym: *„Warunkiem nałożenia korekty i wydania decyzji o zwrocie środków jest wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. Konieczne jest zatem przeprowadzenie takiej operacji myślowej, w której zaprezentowane zostanie logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE. Tylko w takiej sytuacji można mówić o „nieprawidłowości” w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 (...).”*

Również WSA we Wrocławiu w swoim orzecznictwie zgodny jest co do kwestii, iż faktyczne wystąpienie uszczerbku finansowego w budżecie ogólnym Unii Europejskiej nie jest przesłanką konieczną do zakwalifikowania danego działania jako nieprawidłowości, wystarczy bowiem potencjalna możliwość jego wystąpienia. W wyroku z dnia 19 lutego 2015 roku WSA we Wrocławiu stwierdził: „*Jeśli idzie o szkodę w budżecie ogólnym UE, Sąd podkreśla, że może to być nie tylko szkoda rzeczywista, ale i potencjalna, o którą chodzi w rozpatrywanej sprawie, wbrew sugestiom zawartym w skardze, że w istocie może chodzić tylko o szkodę rzeczywistą, a taka nie wystąpiła*”.

Zgodnie natomiast z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 stycznia 2017 roku (sygn. akt. II GSK 1722/15) „W świetle dotychczas przedstawionych uwag stwierdzić należy - zwłaszcza gdy ponownie odwołać się do treści art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 definiującego pojęcie "nieprawidłowości" - że naruszenie prawa unijnego lub krajowego skutkujące szkodą dla budżetu UE wiąże się z **wydatkową stroną tego budżetu, a mianowicie ze sfinansowaniem lub ryzykiem sfinansowania nieuzasadnionego wydatku.**

W sytuacji więc, gdy z punktu widzenia przywołanego przepisu istota nieprawidłowości, o której w nim mowa, wiąże się z bezprawnym działaniem lub zaniechaniem skutkującym naruszeniem norm prawa unijnego lub krajowego, to za oczywiste uznać należy, że obowiązkiem organu krajowego jest (powinno być) skonfrontowanie wskazanego działania lub zaniechania z punktu widzenia jego zgodności z konkretnym wzorcem zachowania w celu ustalenia, czy doszło do jego naruszenia, a następnie, w razie ustalenia i potwierdzenia tego naruszenia, zastosowanie odpowiedniej normy konsekwencyjnej. W związku z tym również, że prawodawca unijny operuje pojęciem „działania lub zaniechania powodującego lub mogącego spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego”, nie może budzić wątpliwości, że szkoda o której mowa w tym przepisie, nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda ta powstanie (por. wyrok NSA z dnia 19 marca 2013 r., sygn. akt II GSK 51/13). Tym samym, odstąpić od nałożenia korekty organ orzekający może wyłącznie w przypadku, jeżeli naruszenie prawa, w tym naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych, **miało wyłącznie charakter formalny** i nie mogło mieć wpływu na powstanie rzeczywistej czy też potencjalnej szkody, ani też na jej wysokość (por. wyrok NSA z dnia 25 kwietnia 2014 r., sygn. akt II GSK 173/13).

Postępowanie o udzielenie zamówienia jest sformalizowanym procesem, podczas którego wykonawcy muszą przedłożyć w ściśle określonym terminie i trybie (art. 107 Pzp oraz art. 125-128 Pzp), oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub podmiotowe i przedmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia - a niezłożenie ich skutkuje odrzuceniem oferty. Niezłożenie wymaganego oświadczenia lub podmiotowego (lub przedmiotowego) środka dowodowego, złożenie niekompletnego lub takiego, który nie potwierdza, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu (lub oferta spełnia określone cechy lub kryteria, na potwierdzenie czego wymaga się dokumentów przedmiotowych) - skutkuje odrzuceniem jego oferty, z zastrzeżeniem art. 128 ust. 1 Pzp (oraz art. 107 Pzp dla dokumentów, przedmiotowych).

Reasumując stwierdzić należy, iż w wyniku wskazanego powyżej zaniechania Zamawiającego naruszono art. 16 pkt 1, art. 107 ust. 2, 109 ust. 1 pkt 5 i 7, art. 125 ust. 3 i art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy Pzp.

Z tych powodów Zespół kontrolny przyjął, że w przedmiotowej sprawie doszło do naruszenia Prawa zamówień publicznych i że to naruszenie nie ma charakteru formalnego (proceduralnego), gdyż wpływa na krąg podmiotów wybranych do realizacji zamówienia. W konsekwencji mamy do czynienia z nieprawidłowością w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. i szkodą potencjalną.

Stanowisko Kontrolujących w tym zakresie jest zgodne z poniższym poglądem: „Szkodą bowiem w interesach finansowych Unii Europejskiej 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 Pzp”. Wystarczy stwierdzenie możliwości wystąpienia „potencjalnej” szkody w budżecie Unii Europejskiej. Stwierdzenie wystąpienia szkody „rzeczywistej” nie ma podstawowego znaczenia (por. wyrok NSA z dnia 10 września 2015 r., sygn. akt II GSK 175/15).

Ponadto, zdaniem Zespołu Kontrolnego można wskazać w tym przypadku szkodę potencjalną. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, w której gdyby oferta wykonawcy była oceniana w sposób prawidłowy, nie zostałaby wybrana, a z uwagi na fakt, iż druga złożona oferta przewyższała kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, postępowanie zostałoby unieważnione i w kolejnym postępowaniu krąg wykonawców mógłby być inny i mogliby oni przedstawić oferty z niższą ceną, a to z kolei mogłoby zmniejszyć kwotę wydatkowanych z budżetu Unii Europejskiej środków na realizację tego projektu. Nie sposób również stwierdzić, ilu potencjalnych wykonawców zrezygnowało z udziału w procedurze zamówienia publicznego uważając, że nie spełniają warunku udziału w postępowaniu. Poza tym nawet w sytuacji dynamicznego wzrostu cen na rynku budowlanym, nie można wykluczyć sytuacji, iż znalazłby się na rynku Wykonawca, który zaproponowałby korzystniejszą cenę, a który nie wziął udziału w pierwotnym postępowaniu z uwagi np. na zaangażowanie w inny projekt. W tej sytuacji istniałoby prawdopodobieństwo uzyskania oferty korzystniejszej cenowo od wybranej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp w pierwotnym postępowaniu.

Jednostka kontrolująca przekazuje dwa egzemplarze ostatecznej Informacji pokontrolnej<sup>2</sup>. 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:**<sup>3</sup>

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.

<sup>2</sup> niepotrzebne skreślić/usunąć

<sup>3</sup> Pouczenie ma zastosowanie do II Informacji pokontrolnej sporządzonej po zastrzeżeniach. Usunąć w przypadku I Informacji pokontrolnej

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 członków zespołu kontrolnego)

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