

DEFR-O-III.44.295.2022

**Ostateczna Informacja Pokontrolna
z kontroli projektu RPDS.07.02.01-02-0013/20**

1. Informacje ogólne.

1.1. Podstawa prawna kontroli:

- art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 45 ust.1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 roku o samorządzie województwa (Dz. U. z 2022 r. poz. 2094).
- art. 9 ust.1 pkt 2 i ust. 2 pkt 7 oraz pkt 8, art. 22 ust. 1 pkt 1 i ust. 4, art. 23 ust. 4, art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020, (Dz. U. z 2020 r., poz. 818 ze zm.).
- § 18 umowy o dofinansowanie projektu.

1.2. Nazwa Jednostki Kontrolującej:

Instytucja Zarządzająca Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Dolnośląskiego 2014-2020 działająca poprzez Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego – Departament Funduszy Europejskich.

1.3. Skład zespołu kontrolującego:

Michalina Maksoń – Kierownik zespołu kontrolującego.
Agnieszka Świątkowska – Członek zespołu kontrolującego.

1.4. Nazwa jednostki kontrolowanej:

Powiat Ząbkowicki.

1.5. Adres jednostki kontrolowanej:

ul. Henryka Sienkiewicza 11, 57-200 Ząbkowice Śląskie.

1.6. Numer i nazwa projektu:

RPDS.07.02.01-02-0013/20, pn.: „Poprawa infrastruktury dydaktycznej i dostępności dla osób niepełnosprawnych szkół zawodowych Powiatu Ząbkowickiego”.

1.7. Numer i data decyzji o dofinansowaniu:

RPDS.07.02.01-02-0013/20 z dnia 29.06.2021 r.

1.8. Typ kontroli:

Kontrola własna instytucji na dokumentach.

1.9. Tryb kontroli:

Planowa.

1.10. Rodzaj kontroli:

W trakcie realizacji projektu.

1.11. Data rozpoczęcia kontroli:

27.02.2023 r.

1.12. Zakres kontroli:

Kontrola ex-post prawidłowości udzielania zamówień.

1.12.1. Zamówienie publiczne pn.: Dostawa wyposażenia pracowni branży mechanicznej (ZSZ, ZSP i SOSW) w ramach projektu „Poprawa infrastruktury dydaktycznej i dostępności dla osób niepełnosprawnych szkół zawodowych Powiatu Ząbkowickiego” WBKZP.272.38.2022.

Nr i data ogłoszenia: 2022/BZP 00245379/01 z dnia 08.07.2022 r.

Tryb udzielenia zamówienia: tryb podstawowy (art. 275 pkt 1 ustawy PZP).

Szacunkowa wartość zamówienia: 459 842,96 zł netto / 103 251,97 euro.

Wybrany wykonawca:

Część 1:

Przedsiębiorstwo Handlowe KOGEX Sp. z o.o., ul. Myszkowska 16, 52-019 Wrocław.

Nr i data umowy z wykonawcą: WBKZP.273.51.2022 z dnia 03.10.2022 r.

Wartość umowy: 61 710,33 zł brutto.

Część 2:

Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „BMS” Sp. jawna Z. Bielecki, ul. Staszica 22, 82-500 Kwidzyn.

Nr i data umowy z wykonawcą: WBKZP.273.52.2022 z dnia 03.10.2022 r.

Wartość umowy: 103 866,12 zł brutto.

Część 3:

Przedsiębiorstwo Handlowe KOGEX Sp. z o.o., ul. Myszkowska 16, 52-019 Wrocław.

Nr i data umowy z wykonawcą: WBKZP.273.53.2022 z dnia 03.10.2022 r.

Wartość umowy: 78 600,69 zł brutto.

Część 4:

Metal-Trade.pl Wojciech Adamowicz, ul. Jantarowa 24, 80-180 Jankowo Gdańskie.

Nr i data umowy z wykonawcą: WBKZP.273.54.2022 z dnia 03.10.2022 r.

Wartość umowy: 239 727,00 zł brutto.

1.12.2. Zamówienie publiczne pn.: Dostawa wyposażenia dydaktycznego do pozostałych pracowni (ZSP i SOSW) w ramach projektu „Poprawa infrastruktury dydaktycznej i dostępności dla osób niepełnosprawnych szkół zawodowych Powiatu Ząbkowickiego” WBKZP.272.48.2022.

Nr i data ogłoszenia: 2022/BZP 00364004/01 z dnia 26.09.2022 r.

Tryb udzielenia zamówienia: tryb podstawowy (art. 275 pkt 1 ustawy PZP).

Szacunkowa wartość zamówienia: 620 170,97 zł netto / 139 251,61 euro.

Wybrany wykonawca:

Część 1:

Postępowanie unieważniono.

Część 2:

Fabryka Pomocy Naukowych Sp. z o.o., ul. Słowiańska 7, 48-300 Nysa.

Nr i data umowy z wykonawcą: WBKZP.273.63.2022 z dnia 10.11.2022 r.

Wartość umowy: 32 722,92 zł brutto.

1.12.3. Zamówienie publiczne pn.: Dostawa wyposażenia i narzędzi TIK do pracowni dydaktycznych w ramach projektu „Poprawa infrastruktury dydaktycznej i dostępności dla osób niepełnosprawnych szkół zawodowych Powiatu Ząbkowickiego” WBKZP.272.32.2022.

Nr i data ogłoszenia: 2022/S 116-324048 z dnia 17.06.2022 r.

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony (art. 132 ustawy PZP).

Szacunkowa wartość zamówienia: 1 013 506,10 zł netto / 227 570,08 euro.

Wybrany wykonawca:

Część 1:

13p Sp. z o.o., ul. Międzyleska 2-4, 50-514 Wrocław.

Nr i data umowy z wykonawcą: WBKZP.273.61.2022 z dnia 06.10.2022 r.

Wartość umowy: 429 922,38 zł brutto.

Część 2:

Postępowanie unieważniono.

Część 3:

13p Sp. z o.o., ul. Międzyleska 2-4, 50-514 Wrocław.

Nr i data umowy z wykonawcą: WBKZP.273.62.2022 z dnia 06.10.2022 r.

Wartość umowy: 118 313,18 zł brutto.

1.12.4. Zamówienie publiczne pn.: Dostawa wyposażenia i narzędzi TIK do pracowni dydaktycznych do Zespołu Szkół Ponadpodstawowych im. Hipolita Cegielskiego w Ziębicach w ramach projektu „Poprawa infrastruktury dydaktycznej i dostępności dla osób niepełnosprawnych szkół zawodowych Powiatu Ząbkowickiego” WBKZP.272.50.2022.

Nr i data ogłoszenia: 2022/S 196-555191 z dnia 11.10.2022 r.

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony (art. 132 ustawy PZP).

Szacunkowa wartość zamówienia: 278 311,45 zł netto / 62 491,34 euro.

Wybrany wykonawca: 13p Sp. z o.o., ul. Międzyleska 2-4, 50-514 Wrocław.

Nr i data umowy z wykonawcą: WBKZP.273.75.2022 z dnia 30.12.2022 r.

Wartość umowy: 283 925,73 zł brutto.

2. Ustalenia i wnioski z kontroli.

2.1. Zamówienie publiczne pn.: Dostawa wyposażenia pracowni branży mechanicznej (ZSZ, ZSP i SOSW) w ramach projektu „Poprawa infrastruktury dydaktycznej i dostępności dla osób niepełnosprawnych szkół zawodowych Powiatu Ząbkowickiego” WBKZP.272.38.2022.

Ocena postępowania: Bez zastrzeżeń.

2.2. Zamówienie publiczne pn.: Dostawa wyposażenia dydaktycznego do pozostałych pracowni (ZSP i SOSW) w ramach projektu „Poprawa infrastruktury dydaktycznej i dostępności dla osób niepełnosprawnych szkół zawodowych Powiatu Ząbkowickiego” WBKZP.272.48.2022.

Ocena postępowania: Bez zastrzeżeń.

2.3. Zamówienie publiczne pn.: Dostawa wyposażenia i narzędzi TIK do pracowni dydaktycznych w ramach projektu „Poprawa infrastruktury dydaktycznej i dostępności dla osób niepełnosprawnych szkół zawodowych Powiatu Ząbkowickiego” WBKZP.272.32.2022.

Ocena postępowania: Bez zastrzeżeń.

2.4. Zamówienie publiczne pn.: Dostawa wyposażenia i narzędzi TIK do pracowni dydaktycznych do Zespołu Szkół Ponadpodstawowych im. Hipolita Cegielskiego w Ziębicach w ramach projektu „Poprawa infrastruktury dydaktycznej i dostępności dla osób niepełnosprawnych szkół zawodowych Powiatu Ząbkowickiego” WBKZP.272.50.2022.

Powiat Ząbkowicki [dalej Zamawiający] realizując przedmiotowe zamówienie jako podmiot zamawiający, o którym mowa w art. 4 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) [dalej ustawa PZP], zobligowany był do stosowania przepisów ustawy PZP. Biorąc pod uwagę status Zamawiającego, wartość oraz przedmiot zamówienia należy stwierdzić, iż przepisy ustawy PZP mają w tym przypadku zastosowanie.

Zamawiający przeprowadził przedmiotowe zamówienie w trybie przetargu nieograniczonego, o którym mowa w art. 132 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej [dalej DUUE] w dniu 11.10.2022 r. pod numerem 2022/S 196-555191. Specyfikację Warunków Zamówienia [dalej SWZ] zamieszczono na stronie internetowej prowadzonego postępowania <http://bip.powiat-zabkowicki.pl/> w dniu 11.10.2022 r.

Zamawiający zakwalifikował przedmiotowe zamówienie jako dostawę, a jego wartość w wysokości 278 311,45 zł netto / 62 491,34 euro została określona na podstawie szacunkowych ofert od potencjalnych wykonawców. Przedmiotem zamówienia była dostawa wyposażenia i narzędzi TIK do pracowni dydaktycznych do Zespołu Szkół Ponadpodstawowych im. Hipolita Cegielskiego w Ziębicach. Zamówienie to wchodziło w zakres przeprowadzonego wcześniej postępowania w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa wyposażenia i narzędzi TIK do pracowni dydaktycznych w ramach projektu „Poprawa infrastruktury dydaktycznej i dostępności dla osób niepełnosprawnych szkół zawodowych Powiatu Zabkowickiego” nr WBKZP.272.32.2022 tj. stanowiło część nr 2 tego zamówienia, która została unieważniona na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy PZP.

Zgodnie z zapisami Ogłoszenia o zamówieniu (Sekcja IV.2.2) oraz SWZ (Rozdział XVII ust. 4) Zamawiający wyznaczył termin składania ofert do dnia 14.11.2022 r. do godz. 10:00, tj. 39 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Zapisami Ogłoszenia o zamówieniu (Sekcja IV.2.6) oraz SWZ (Rozdział XVI) Zamawiający określił termin związania ofertą do dnia 11.02.2023 r., tj. 90 dni od dnia upływu terminu składania ofert.

Zamawiający żądał wniesienia wadium w wysokości 5 000,00 zł (Rozdział XV ust. 1 SWZ).

Zgodnie z zapisami Rozdziału XIII SWZ Zamawiający żądał złożenia oferty w formie elektronicznej podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Ponadto zgodnie z zapisami Rozdziału IX SWZ Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia w postaci Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zastosował tzw. „procedurę odwróconą”, określoną w art. 139 ustawy PZP (Rozdział III ust. 2 SWZ).

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP przez progi unijne należy rozumieć (cyt.): „(...) kwoty wartości zamówień lub konkursów określone w art. 4 i art. 13 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.), zwanej dalej "dyrektywą 2014/24/UE".

Na podstawie wydanego, zgodnie z delegacją ustawową wskazaną w art. 3 ust. 3 ustawy PZP, *Obwieszczenia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 grudnia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów* (M.P.2021 r., poz. 1177) [dalej *obwieszczenie Prezesa UZP*] ustalono, iż w przypadku zamówień klasycznych na dostawy i usługi, aktualny próg unijny dla zamówień udzielanych przez zamawiających publicznych innych niż określonych w pkt 2 wynosi 215 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 957 524 zł. A zatem zapisy Działu II ustawy PZP, dotyczące postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, winny mieć zastosowanie w przypadku udzielenia zamówienia na dostawy i usługi o wartości równej lub przekraczającej kwotę 957 524 zł.

Wartość poddanego weryfikacji zamówienia, ustalona na podstawie szacunkowych ofert od potencjalnych wykonawców, wyniosła 278 311,45 zł, a zatem Zamawiający powinien przeprowadzić przedmiotowe postępowanie w oparciu o zapisy Działu III ustawy PZP, właściwe dla postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne. Tymczasem Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zastosował tryb przetargu nieograniczonego w rozumieniu art. 132 ustawy PZP, który jest trybem właściwym dla postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne.

W warunkach stanu faktycznego tej konkretnej sprawy brak jest uzasadnienia dla zastosowania trybu przetargu nieograniczonego w przedmiotowym postępowaniu. Bez znaczenia bowiem jest fakt, iż przedmiot zamówienia odpowiada unieważnionej części uprzednio przeprowadzonego postępowania w trybie art. 132 ustawy PZP. Należy podkreślić, iż w sytuacji kiedy Zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych i unieważnia postępowanie tylko w jednej części zamówienia, przeprowadzając ponownie postępowanie dla unieważnionej części stosuje przepisy właściwe dla tej części zamówienia.

Powyższy sposób postępowania jest zgodny ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych¹ (cyt.): „*Brak rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego co do poszczególnych części zamówienia, w przypadku gdy zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, skutkuje koniecznością unieważnienia wyłącznie tych części postępowania, które nie zostały rozstrzygnięte. W pozostałym zakresie postępowanie jest ważne i zamawiający może zawrzeć umowy z wykonawcami, którzy złożyli najkorzystniejsze oferty co do poszczególnych części zamówienia. W celu wyboru wykonawców na pozostałe części zamówienia, zamawiający przystępuje do kolejnego postępowania. Zamawiający powinien wówczas ponownie oszacować wartość zamówienia co do części nierozstrzygniętych wcześniejszym postępowaniem. Pamiętać należy, że **przystępując do udzielenia zamówienia na pozostałe części nierozstrzygniętego postępowania zamawiający udziela nowego zamówienia (ponownie określane są między innymi przedmiot zamówienia i jego wartość szacunkowa), dlatego też do postępowania takiego stosuje się przepisy wynikające z ponownego oszacowania wartości zamówienia.***”.

Przywołana opinia Urzędu Zamówień Publicznych została wydana w okresie obowiązywania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, jednak pozostaje aktualna również na gruncie obecnie obowiązującej ustawy PZP.

Zamawiający, przeprowadzając przedmiotowe postępowanie w oparciu o zapisy Działu II ustawy PZP, w konsekwencji nie zastosował odpowiednich przepisów, do których stosowania zobligowany był z uwagi na ustaloną wartości zamówienia w wysokości nie przekraczającej progów unijnych.

Z art. 267 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP wynika dla Zamawiającego obowiązek publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, który jest właściwym publikatorem dla zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne.

Zgodnie z art. 273 ust. 2 ustawy PZP Zamawiający powinien wymagać od wykonawcy dołączenia do oferty składanej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP. W postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne Zamawiający dokonuje bowiem w pierwszej kolejności kwalifikacji podmiotowej wykonawców, a następnie przystępuje do badania i oceny ofert.

W przypadku postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne w przepisach powszechnie obowiązujących nie określono wzoru oświadczenia wstępnego, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP i może on zostać złożony w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym (art. 63 ust. 2 ustawy PZP). Również oferty, podmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty w postępowaniu można składać w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Natomiast w przypadku postępowania o wartości zamówienia równej lub przekraczającej progi unijne oświadczenie wstępne wykonawcy składa się na formularzu JEDZ (art. 125 ust. 2 ustawy PZP) opatrzonym, pod rygorem nieważności, kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 63 ust. 1 ustawy PZP).

Do postępowań o wartości poniżej progów unijnych nie ma zastosowania tzw. procedura odwrócona uregulowana w art. 139 ustawy PZP, tj. możliwość dokonania w pierwszej kolejności badania i oceny ofert, a następnie dokonania kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Stosownie bowiem do dyspozycji art. 266 ustawy PZP, zamawiający publiczni przygotowujący i przeprowadzający

¹ Informator Urzędu Zamówień Publicznych Nr 4/2011, str. 23-24, Urząd Zamówień Publicznych.

postępowania o udzielenie zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne, nie stosują przepisów art. 132–188 ustawy PZP.

Zgodnie z art. 307 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający może wyznaczyć termin związania ofertą nie dłuższy niż 30 dni od dnia upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert. W przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą określonego w dokumentach zamówienia, Zamawiający może przedłużyć ten termin za zgodą wykonawców maksymalnie o dalsze 30 dni. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, stosując art. 220 ust. 1 ustawy PZP, wyznaczył 90-dniowy termin związania ofertą tj. o 60 dni dłuższy niż maksymalny możliwy termin w postępowaniach poniżej progów unijnych.

Ustalenie terminu związania ofertą w postępowaniu ma szczególne znaczenie w sytuacji, kiedy Zamawiający wymaga od Wykonawcy wniesienia wadium. Zgodnie z art. 97 ust. 5 ustawy PZP wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 ustawy PZP.

Określony w art. 97 ust. 5 ustawy PZP obowiązek utrzymania wadium nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą ma zapewnić, że jeśli w okresie terminu związania ofertą wystąpi podstawa do zatrzymania wadium, to roszczenia Zamawiającego z tego tytułu zostaną zaspokojone. W doktrynie oraz orzecznictwie przyjmuje się, że wadium ma zabezpieczać prawidłowy przebieg postępowania, pełniąc funkcję dyscyplinującą wykonawców i powstrzymującą ich przed niezgodnymi z prawem działaniami utrudniającymi zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z istoty wadium wynika, że zabezpiecza ono złożoną ofertę do momentu zawarcia umowy, a zatem przez cały okres związania ofertą. Realizacja zabezpieczającej funkcji wadium polega na tym, że jeżeli od zawarcia umowy uchyla się wykonawca, którego oferta została wybrana, to zamawiający może pobraną jako wadium sumę zachować albo dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia zapłaty wadium.

Zgodnie z art. 97 ust. 2 ustawy PZP Zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia. Zgodnie z art. 266 ustawy PZP do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne nie stosuje się przepisu art. 97 ust. 2 ustawy PZP. Zgodnie zatem z art. 281 ust. 4 ustawy PZP kwota wadium w przedmiotowym postępowaniu nie powinna być większa niż 1,5% wartości zamówienia. Tym samym maksymalna kwota wadium, liczona jako iloczyn kwoty wartości zamówienia netto tj. 278 311,45 zł oraz 1,5%, powinna wynieść 4 174,67 zł. Tymczasem Zamawiający, żądając 5 000,00 zł tytułem wadium, wymagał od wykonawców kwoty przekraczającej dopuszczalną wartość wadium dla postępowań poniżej progów unijnych.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia należy stwierdzić, iż Zamawiający przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów Działu II ustawy PZP naruszył:

- **art. 132 ustawy PZP** poprzez przeprowadzenie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego bez spełnienia ustawowej przesłanki dotyczącej wartości zamówienia, od której uzależnione jest zastosowanie procedury z obowiązkiem przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej,
- **art. 267 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP** poprzez brak publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, który jest właściwym publikatorem dla zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne,
- **art. 273 ust. 2 ustawy PZP** poprzez brak wymagania od wykonawcy dołączenia do oferty składanej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP.
- **art. 63 ust. 2 ustawy PZP** poprzez brak dopuszczenia możliwości złożenia oferty oraz oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym,

- **art. 125 ust. 2 ustawy PZP** poprzez żądanie oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji na formularzu JEDZ bez spełnienia ustawowych przesłanek do jego żądania,
- **art. 139 ust. 1 ustawy PZP** poprzez zastosowanie tzw. procedury odwróconej bez spełnienia ustawowej przesłanki dotyczącej wartości zamówienia, od której uzależniona jest możliwość jej zastosowania,
- **art. 307 ust. 1 ustawy PZP** poprzez wyznaczenie terminu związania ofertą dłuższego niż 30 dni od dnia upływu terminu składania ofert,
- **art. 281 ust. 4 ustawy PZP** poprzez żądanie wniesienia wadium w wysokości 5 000,00 zł, tj. w wysokości przekraczającej 1,5% wartości zamówienia,

Reasumując, poprzez przeprowadzenie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego Zamawiający naruszył zapisy art. 132, art. 267 ust. 2 pkt 1, art. 273 ust. 2, art. 63 ust. 2, art. 125 ust. 2, art. 139 ust. 1, art. 307 ust. 1 oraz art. 281 ust. 4 w związku z zapisami art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP.

Ocena postępowania: z zastrzeżeniami.

Zespół Kontrolujący:

Michalina Maksoń
/zaakceptowano elektronicznie/
(podpis kierownika zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 26 czerwca 2023 r.

Agnieszka Świątkowska
/zaakceptowano elektronicznie/
(podpis członka zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 26 czerwca 2023 r.

3. Stanowisko wobec zgłoszonych zastrzeżeń.

W związku z wniesieniem przez Zamawiającego (Powiat Ząbkowicki) w dniu 13.06.2023 r. pisemnych zastrzeżeń do Informacji pokontrolnej z dnia 31.05.2023 r. [dalej Zastrzeżenia], dokonano szczegółowej analizy podniesionej w złożonych Zastrzeżeniach argumentacji zarówno w zakresie dotyczącym ustaleń co do naruszenia art. 132, art. 267 ust. 2 pkt 1, art. 273 ust. 2, art. 63 ust. 2, art. 125 ust. 2, art. 139 ust. 1, art. 307 ust. 1 oraz art. 281 ust. 4 w związku z zapisami art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP (punkt 2.4 Informacji Pokontrolnej) jak i w zakresie ewentualnych skutków tych naruszeń w kontekście wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej (punkt 4.1 Informacji pokontrolnej). Po analizie opisanych Zastrzeżeń należy stwierdzić, iż Zamawiający nie wskazał żadnych nowych okoliczności faktycznych, mogących posłużyć do zakwestionowania ustaleń stwierdzonego stanu faktycznego w sprawie.

Zamawiający w złożonych Zastrzeżeniach podniósł, iż w Informacji pokontrolnej nie został wskazany przepis, zgodnie z którym zamówienie publiczne pn. „Dostawa wyposażenia i narzędzi TIK do pracowni dydaktycznych do Zespołu Szkół Ponadpodstawowych im. Hipolita Cegielskiego w Ziębicach w ramach projektu „Poprawa infrastruktury dydaktycznej i dostępności dla osób niepełnosprawnych szkół zawodowych Powiatu Ząbkowickiego” nr WBKZP.272.50.2022 nie powinno zostać przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, gdyż Zamawiający powinien zastosować tryb właściwy dla zamówień poniżej tzw. progów unijnych.

Ponadto Zamawiający wyjaśnił, iż *„suma planowanych wydatków w roku budżetowym 2022 na dostawy tożsame przedmiotowo przewyższa progi unijne i zastosowanie trybu postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne naraziłoby Zamawiającego na konsekwencje związane z naruszeniem przepisów Pzp dotyczących zasad szacowania przedmiotu zamówienia, w szczególności art. 29 i art. 30 ust. 2.”.*

Zamawiający stoi na stanowisku, iż przywołana przez Zespół Kontrolujący w Informacji pokontrolnej opinia Urzędu Zamówień Publicznych nie wskazuje na nieprawidłowe działanie Zamawiającego przy wyborze trybu postępowania. Podkreśla również, iż stanowisko to nie powinno być interpretowane w oderwaniu od innej opinii Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Szacowanie wartości i udzielanie zamówień, w tym zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej”.

Argumentując swoje stanowisko Zamawiający wyjaśnił, iż ponowne szacowanie wartości unieważnionej uprzednio części zamówienia nie było spowodowane zmianą przedmiotu zamówienia, ale wynikało jedynie z obowiązku narzuconego przez zapisy art. 36 ustawy PZP. Wybór trybu postępowania był podyktowany planowanymi w danym roku budżetowym również innymi dostawami tożsamymi, które zwiększały łączną wartość szacunkową tych zamówień do kwoty powyżej progów unijnych.

Zamawiający w złożonych Zastrzeżeniach nie zgadza się z ustaleniami Zespołu Kontrolującego twierdząc, iż wybór trybu przetargu nieograniczonego dla przedmiotowego zamówienia publicznego był właściwy, a więc nie może stanowić naruszenia art. 132, art. 267 ust. 2 pkt 1, art. 273 ust. 2, art. 63 ust. 2, art. 125 ust. 2, art. 139 ust. 1, art. 307 ust. 1 oraz art. 281 ust. 4 ustawy PZP. Zdaniem Zamawiającego zastosowanie trybu właściwego dla zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne stanowiłoby naruszenie przepisów art. 30 ustawy PZP.

Odnosząc się do przedstawionej w złożonych Zastrzeżeniach argumentacji w pierwszej kolejności należy podkreślić, iż brak możliwości zastosowania trybu przetargu nieograniczonego dla zamówienia publicznego pn. „Dostawa wyposażenia i narzędzi TIK do pracowni dydaktycznych do Zespołu Szkół Ponadpodstawowych im. Hipolita Cegielskiego w Ziębicach w ramach projektu „Poprawa infrastruktury dydaktycznej i dostępności dla osób niepełnosprawnych szkół zawodowych Powiatu Żąbkowskiego” wynika z zapisów art. 3 ustawy PZP, który definiuje tzw. progi unijne czyli kwoty wartości zamówień, od których uzależnione jest stosowanie odpowiednich przepisów ustawy PZP. Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia ustalona z należytą starannością wyniosła 278 311,45 zł netto / 62 491,34 euro, a więc nie przekroczyła progu unijnego dla zamówień klasycznych na dostawy udzielanych przez zamawiających publicznych innych niż określani w pkt 2 tj. 215 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 957 524 zł. Zamawiający powinien zatem przeprowadzić przedmiotowe postępowanie w oparciu o zapisy Działu III ustawy PZP, właściwe dla postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne.

Zamawiający, stosując w przedmiotowym postępowaniu tryb przetargu nieograniczonego, naruszył zapisy art. 132 w związku z zapisami art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, gdyż nie zostały spełnione ustawowe przesłanki dotyczące wartości zamówienia, od których uzależniona jest możliwość zastosowania przepisów Działu II ustawy PZP.

Odwołując się do argumentacji Zamawiającego należy wyjaśnić, iż zastosowanie przez Zamawiającego trybu właściwego dla zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne nie stanowiłoby naruszenia przepisów art. 29 oraz 30 ust. 2 ustawy PZP. Regule, wynikającej z art. 30 ust. 2 ustawy PZP dotyczącej łączenia wartości podobnych dostaw, podlegają bowiem tylko te zamówienia, które zostały lub powinny zostać przewidziane. W tym zakresie nie mieszczą się postępowania prowadzone z uwagi na niedokonanie wyboru oferty w poprzedniej procedurze z przedmiotem zamówienia podzielonym na części. Zamówienia pojawiające się następnie w sytuacji unieważnienia części postępowania, nie mogą być traktowane jako zaplanowane pomimo tego, że zawsze istnieje teoretyczna możliwość nie rozstrzygnięcia danej części postępowania. Należy podkreślić, iż łączne szacowanie wartości dotyczy tych zamówień, które Zamawiający zamierza udzielić w znanej mu perspektywie czasowej, tożsamych przedmiotowo i podmiotowo. Gdy potrzeba udzielenia zamówienia ujawnia się dopiero po udzieleniu innego zamówienia tożsamego przedmiotowo, nie można mówić o nieuprawnionym dzieleniu zamówienia, z uwagi na fakt, iż brak jest tożsamości czasowej takich zamówień.

Powyższe znajduje potwierdzenie w przywołanej przez Zamawiającego w Zastrzeżeniach opinii Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Szacowanie wartości i udzielanie zamówień, w tym zamówień objętych

projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej”² (cyt.): „Dla ustalenia, iż w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, istotne są okoliczności istniejące w chwili wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (...) Jeżeli potrzeba udzielenia określonego zamówienia ujawni się dopiero po udzieleniu innego zamówienia podobnego przedmiotowo i funkcjonalnie, to w tym przypadku nie mamy do czynienia z nieuprawnionym dzieleniem zamówienia z uwagi na fakt, iż brak jest tożsamości czasowej takich zamówień”.

Odnosząc się do argumentu Zamawiającego, iż wybór trybu postępowania był podyktowany planowanymi w danym roku budżetowym również innymi dostawami tożsamymi, które zwiększały łączną wartość szacunkową tych zamówień do kwoty powyżej progów unijnych, należy podkreślić, iż taki sposób określenia wartości zamówienia był właściwy dla przeprowadzonego uprzednio postępowania pn.: „Dostawa wyposażenia i narzędzi TIK do pracowni dydaktycznych w ramach projektu „Poprawa infrastruktury dydaktycznej i dostępności dla osób niepełnosprawnych szkół zawodowych Powiatu Ząbkowickiego” nr WBKZP.272.32.2022. Natomiast wartość zamówienia pn. „Dostawa wyposażenia i narzędzi TIK do pracowni dydaktycznych do Zespołu Szkół Ponadpodstawowych im. Hipolita Cegielskiego w Ziębicach w ramach projektu „Poprawa infrastruktury dydaktycznej i dostępności dla osób niepełnosprawnych szkół zawodowych Powiatu Ząbkowickiego” nr WBKZP.272.50.2022 mogła być szacowana łącznie tylko z takimi podobnymi dostawami, których konieczność udzielenia ujawniłaby się na moment wszczęcia przedmiotowego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia należy podkreślić, iż wartość przedmiotowego postępowania powinna być szacowana odrębnie od planowanych uprzednio podobnych dostaw, gdyż konieczności jego udzielenia Zamawiający nie mógł przewidzieć przy uwzględnieniu obiektywnie pojętej staranności. W przypadku zamówień o charakterze nieprzewidywalnym niemożliwe jest ich oszacowanie w chwili wszczęcia pierwszego postępowania, dlatego każde następne zamówienie o tożsamym przedmiocie należy potraktować jako odrębne, a nie jako część wcześniej udzielonego zamówienia ze względu na brak ich tożsamości czasowej.

Ponownie szacując wartość unieważnionej uprzednio części zamówienia Zamawiający przystąpił zatem do udzielenia nowego zamówienia i biorąc pod uwagę ustaloną jego wartość powinien przeprowadzić przedmiotowe postępowanie w oparciu o zapisy Działu III ustawy PZP, właściwe dla postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne.

Reasumując, po ponownej analizie dokumentacji tej konkretnej sprawy oraz po wnikliwym rozważeniu wszystkich podniesionych przez Zamawiającego argumentów Zastrzeżenia z dnia 13.06.2023 r. odrzucono w całości.

Tym samym zapisy Informacji pokontrolnej nie zostały zmienione.

4. Informacja o nałożonych korektach finansowych/dokonanych pomniejszeniach wartości wydatków kwalifikowalnych.

W wyniku przeprowadzonej kontroli pomniejsza się wartość wydatków kwalifikowalnych.

4.1. Zamówienie publiczne pn.: Dostawa wyposażenia i narzędzi TIK do pracowni dydaktycznych do Zespołu Szkół Ponadpodstawowych im. Hipolita Cegielskiego w Ziębicach w ramach projektu „Poprawa infrastruktury dydaktycznej i dostępności dla osób niepełnosprawnych szkół zawodowych Powiatu Ząbkowickiego” WBKZP.272.50.2022.

Na podstawie zapisów art. 2 pkt 14 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (t. j. Dz. U. z 2020 r., poz. 818 ze zm.) [zwanej dalej ustawą wdrożeniową], nieprawidłowością indywidualną jest nieprawidłowość, o której mowa w art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr

2. <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/przygotowanie,-wszczecie-i-przebieg-postepowania-o-udzielenie-zamowienia-publicznego/szacowanie-wartosci-i-udzielanie-zamowien,-w-tym-zamowien-objetych-projektem-wspolfinansowanym-ze-srodkow-unii-europejskiej>

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. Urz. UE 347 z 20.12.2013, s.320, z późn. zm.) [zwanego dalej Rozporządzeniem 1303/2013].

Zgodnie z zapisami ww. art. 2 pkt 36 Rozporządzenia ogólnego, 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.

Zatem, aby można mówić o nieprawidłowości muszą zostać spełnione kumulatywnie trzy przesłanki tj.: po pierwsze naruszenie prawa, po drugie działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego oraz po trzecie szkoda w budżecie ogólnym Unii Europejskiej, zwanym dalej budżet UE. W trakcie przeprowadzanej kontroli zbadano więc, czy w analizowanym stanie faktycznym doszło do kumulatywnego spełnienia wszystkich trzech przesłanek wystąpienia nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia ogólnego.

W zakresie pierwszej przesłanki, po gruntownym zbadaniu sprawy, należy bezspornie uznać za udowodnione, iż Zamawiający w poddanym weryfikacji postępowaniu naruszył art. 132, art. 267 ust. 2 pkt 1, art. 273 ust. 2, art. 63 ust. 2, art. 125 ust. 2, art. 139 ust. 1, art. 307 ust. 1 oraz art. 281 ust. 4 w związku z zapisami art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP [pkt 2.4 Informacji pokontrolnej].

Drugim elementem pojęcia nieprawidłowości jest działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego. Zgodnie z art. 2 pkt 37 Rozporządzenia 1303/2013 przez podmiot gospodarczy rozumie się każdą osobę fizyczną lub prawną lub inny podmiot biorący udział we wdrażaniu pomocy z EFSI, z wyjątkiem państwa członkowskiego wykonującego swoje uprawnienia władzy publicznej. Bezspornie Zamawiający spełnia także i tę przesłankę. Ponadto działanie Zamawiającego w zakresie wskazanym w pkt 2.4 Informacji pokontrolnej zostało bezspornie wykazane.

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 potwierdzenia 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* stwierdził³: „Niemniej jednak z definicji zawartej w art. 2 pkt 7 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 r. 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

3. Wyrok Trybunału (trzecia izba) z dnia 14 lipca 2016 r. C-406/14 - Wrocław – Miasto na prawach powiatu przeciwko Ministrowi Infrastruktury i Rozwoju.

210 z 31.07.2006 r., 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 r.

Tak więc w sytuacji wystąpienia naruszenia przepisów 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 12.12.2014 r.⁴: 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 19.02.2015 r.⁵ 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 r.⁶ *„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 na gruncie przywołanego przepisu, 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 wątpliwość, 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).”*

Dokonując zatem analizy stwierdzonego stanu faktycznego i prawnego należy w analizowanym przypadku wziąć pod uwagę kluczowe okoliczności mające wpływ na ostateczne wnioskowanie w zakresie skutków stwierdzonego naruszenia a tym samym na kwestię nałożenia ewentualnej korekty finansowej/pomniejszenia wydatków kwalifikowanych.

4. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12.12.2014 r., sygn. akt II GSK 1467/13.

5. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 19.02.2015 r., sygn. akt III SA/Wr 853/14.

6. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 stycznia 2017 r., sygn. akt. II GSK 1722/15.

Przechodząc do wykazanego naruszenia zapisów art. 132, art. 267 ust. 2 pkt 1, art. 273 ust. 2, art. 63 ust. 2, art. 125 ust. 2, art. 139 ust. 1, art. 307 ust. 1 oraz art. 281 ust. 4 w związku z zapisami art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP należy stwierdzić co następuje.

Przetarg nieograniczony, o którym mowa w art. 132 ustawy PZP, jest procedurą właściwą dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne i narzuca zarówno zamawiającym jak i wykonawcom określone obowiązki m.in. w zakresie publikacji ogłoszeń o zamówieniu, wzoru oświadczenia z art. 125 ustawy PZP, sposobu i zakresów weryfikacji podmiotowej wykonawców, zakresu składanych dokumentów w postępowaniu czy obowiązujących terminów. Z formalno-prawnego punktu widzenia w rozpatrywanej sprawie nie zaistniały przesłanki do zastosowania trybu przetargu nieograniczonego.

W warunkach tej konkretnej sprawy, pomimo naruszenia przepisu tj. przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego bez zaistnienia ustawowych przesłanek, nie można wskazać bezpośredniego związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy stwierdzonym naruszeniem a potencjalną szkodą. W tym wypadku sam fakt naruszenia art. 132 ustawy PZP jest naruszeniem proceduralnym, nie mającym bezpośredniego wpływu na krąg wykonawców. Niezbędnym jest natomiast dokonanie oceny wpływu naruszenia przepisów odnoszących się do poszczególnych elementów tej procedury na możliwości wystąpienia trzeciej przesłanki nieprawidłowości indywidualanej.

Bezpośrednią konsekwencją przeprowadzenia postępowania zgodnie z zapisami Działu II ustawy PZP, regulującego postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, była publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. To z kolei wiąże się z naruszeniem zapisów art. 267 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP tj. brakiem publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Upublicznienie ogłoszenia o zamówieniu jest kluczową czynnością dla zapewnienia prawidłowego przebiegu prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Publikacja ogłoszeń jest wypełnieniem obowiązku informacyjnego oraz stanowi instytucję zapewniającą powszechny i równy dostęp do zamówień publicznych. Ma ona za zadanie już na samym początku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dostarczenie w tym samym czasie wszystkim potencjalnym oferentom takich samych informacji o zamówieniu. Służy przede wszystkim spełnieniu zasady przejrzystości stanowiącej jedną z podstawowych zasad w zakresie zamówień publicznych wynikającej z Traktatu o Unii Europejskiej. Zasada ta w powiązaniu z zasadą niedyskryminacji i równego traktowania polega m.in. na zagwarantowaniu wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu upublicznienia informacji umożliwiającego rynkowi otwarcie na konkurencję.

Nie budzi wątpliwości, iż w sytuacji, w której Zamawiający publikuje ogłoszenie o zamówieniu w DUUE, a więc w oficjalnym publikatorze do publikacji ogłoszeń o zamówieniach publicznych, do którego dostęp na równych zasadach mają wykonawcy krajowi, jak i zagraniczni i z którego na takich samych zasadach, jak z BZP korzystają zarówno wyszukiwarki, jak i oficjalne serwisy przekazujące ogłoszenia o zamówieniach – o nierówności w dostępie do informacji o zamówieniu nie może być mowy.

Brak publikacji ogłoszenia o zamówieniu w publikatorze krajowym nie mógł spowodować szkody w budżecie UE. Należy bowiem zauważyć, że zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w DUUE Zamawiający zapewnił informację o zamówieniu możliwie najszerzej grupie potencjalnych wykonawców, wypełniając przy tym jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień tj. zasadę przejrzystości. Zamawiający, pomimo niezamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w obligatoryjnym publikatorze przewidzianym przepisami prawa krajowego, zagwarantował odpowiedni poziom upublicznienia informacji umożliwiającej rynkowi otwarcie na konkurencję. Należy bowiem wskazać, iż w praktyce wykonawcy korzystają z wyspecjalizowanych serwisów, w których zaznaczają jakiego rodzaju zamówieniami są zainteresowani czy też na jakim obszarze geograficznym. W tym kontekście bez znaczenia pozostaje miejsce publikacji ogłoszenia. Wyspecjalizowane systemy przeszukują bowiem informacje o zamówieniach ze względu na zadane kryteria a nie miejsce ich publikacji. Wykonawcy podejmując decyzję o udziale w postępowaniu kierują się bowiem w szczególności zakresem zamówienia i warunkami udziału w postępowaniu porównując wymagania stawiane przez zamawiających z własnymi możliwościami. Istotnym bowiem jest sam fakt potencjalnej możliwości

powzięcia informacji o prowadzonym zamówieniu a nie źródła tej informacji. Brak zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych nie wpłynął realnie na ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców „krajowych”, o czym świadczy fakt złożenia w prowadzonym postępowaniu ofert wyłącznie przez takich wykonawców zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem.

Po dokonaniu oceny ryzyka, na jakie budżet UE mógł zostać narażony w wyniku wskazanego naruszenia zapisów art. 267 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP należy stwierdzić, iż w tym przypadku nie wystąpiła trzecia z obligatoryjnych przesłanek, tj. możliwość wywołania szkodliwego wpływu w budżecie środków europejskich.

Kolejne naruszenie związane jest z wymogiem złożenia oświadczenia wstępnego, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia bez zaistnienia ustawowych przesłanek w tym zakresie, co oznaczało dla wykonawców bardziej sformalizowany sposób procedowania. Samą konieczność dokonania technicznej czynności wypełnienia formularza JEDZ trudno uznać za czynnik mogący mieć potencjalny wpływ na krąg wykonawców zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem. Zarówno oświadczenie własne wykonawcy, składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy PZP, jak i oświadczenie składane w formie JEDZ (art. 125 ust. 2 ustawy PZP) pełni identyczną funkcję, tzn. potwierdza wstępnie, że wobec wykonawcy nie zachodzą przesłanki wykluczenia i że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego.

Po dokonaniu oceny ryzyka, na jakie budżet UE mógł zostać narażony w wyniku wskazanego naruszenia zapisów art. 125 ust. 2 ustawy PZP należy stwierdzić, iż w tym przypadku nie wystąpiła trzecia z obligatoryjnych przesłanek, tj. możliwość wywołania szkodliwego wpływu w budżecie środków europejskich.

Kolejną konsekwencją zastosowania trybu przetargu nieograniczonego, uregulowanego w art. 132 ustawy PZP, był brak dopuszczenia możliwości złożenia oferty oraz oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, a tym samym naruszenie zapisów art. 63 ust. 2 ustawy PZP.

Kwalifikowany podpis elektroniczny zgodnie z jego definicją legalną, zawartą w art. 3 pkt 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające 17 dyrektywę 1999/93/WE (Dz. Urz. UE. L Nr 257, str. 73), oznacza zaawansowany podpis elektroniczny, który jest składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego i który opiera się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego.

Wymóg złożenia oferty, oświadczenia wstępnego, podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów i oświadczeń pod rygorem nieważności w formie elektronicznej potencjalnie mógł mieć wpływ na krąg wykonawców zainteresowanych przedmiotowym postępowaniem. Należy bowiem podkreślić, iż dopuszczenie w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne możliwości składania wskazanych dokumentów w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym co do zasady miało na celu ułatwienie udziału w tych postępowaniach i stanowi zachętę dla mniejszych przedsiębiorców. W przeciwieństwie bowiem do kwalifikowanego podpisu elektronicznego posiadanie i utrzymanie podpisu zaufanego lub podpisu osobistego nie wiąże się z żadnymi opłatami ani nie wymaga przedłużania certyfikatów na taki podpis. Posiadanie kwalifikowanego podpisu nie jest warunkiem niezbędnym do skutecznego uczestnictwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartościach poniżej progów unijnych. A ponieważ jego posiadanie wiąże się z nakładami finansowymi, z koniecznością przedłużania certyfikatów nie sposób bezsprzecznie wykluczyć, iż taki wymóg może stanowić barierę dla wykonawców, którzy ze względu na zainteresowanie postępowaniami krajowymi nie mają potrzeby angażowania dodatkowych środków w zakup oraz późniejsze odnawianie certyfikatu podpisu elektronicznego.

Jak już podkreślono ze szkodą potencjalną mamy do czynienia wtedy, gdy właściwa instytucja, stwierdzając naruszenie, nie może z całą stanowczością, z całą pewnością, wykluczyć, że takie skutki mogły wystąpić.

Zatem jeśli na podstawie konkretnych, indywidualnych okoliczności sprawy właściwa instytucja poweźmie wątpliwości co do tego, że określone naruszenie ustawy mogło skutkować ryzykiem wystąpienia nieuzasadnionego wydatku poniesionego z naruszeniem przepisów obowiązującego prawa a więc wyrządzeniem szkody w budżecie UE to absolutnie tego rodzaju wydatku nie można uznać za kwalifikowalny w całości. Zamawiający poprzez swoje działania do ryzyka takiego doprowadził potencjalnie ograniczając krąg wykonawców zainteresowanych udziałem w prowadzonym postępowaniu. Tym samym w warunkach rozpatrywanej sprawy bezsprzecznie wystąpił związek przyczynowo skutkowy pomiędzy stwierdzonym naruszeniem prawa (art. 63 ust. 2 ustawy PZP) a potencjalną szkodą w budżecie UE.

Reasumując, należy stwierdzić, że ww. działanie Zamawiającego mogło doprowadzić do szkody potencjalnej w budżecie UE. Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż w tym wypadku wystąpiły wskazane trzy przesłanki wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej tj. po pierwsze naruszenie prawa, po drugie zaniechanie Zamawiającego i po trzecie możliwość wywołania szkodliwego wpływu w budżecie środków europejskich.

Dokonując wieloaspektowej analizy, należy stwierdzić, iż wykryte naruszenie przepisów art. 63 ust. 2 w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP spełnia definicję nieprawidłowości z art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013.

Kolejne naruszenie wynika z zastosowania przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu tzw. procedury odwróconej, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy PZP. Możliwość dokonania w pierwszej kolejności badania i oceny ofert, a następnie kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest procedurą przewidzianą wyłącznie dla postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równiej lub przekraczającej progi unijne. Ponieważ wartość zamówienia podlegającego kontroli nie przekroczyła tzw. progu unijnego, Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania art. 139 ust. 1 ustawy PZP. Konsekwencją zastosowania tzw. procedury odwróconej było naruszenie art. 273 ust. 2 ustawy PZP poprzez brak wymagania od wykonawców dołączenia do oferty składanej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP. W postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne Zamawiający w pierwszej kolejności powinien dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawców, a następnie przystąpić do badania i oceny ofert, jednak należy uznać, iż w ramach weryfikowanego postępowania odwrócenie tej kolejności było naruszeniem wyłącznie proceduralnym i nie miało bezpośredniego wpływu na krąg potencjalnych wykonawców. Zamawiający, mimo iż najpierw dokonał oceny ofert, a dopiero później wezwał wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, to wypełnił obowiązek kwalifikacji podmiotowej wykonawcy przed wyborem najkorzystniejszej oferty i ostatecznie udzielił zamówienia wykonawcy niepodlegającemu wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Po dokonaniu oceny ryzyka, na jakie budżet UE mógł zostać narażony w wyniku wskazanego naruszenia zapisów art. 139 ust. 1 oraz 273 ust. 2 ustawy PZP należy stwierdzić, iż w tym przypadku nie wystąpiła trzecia z obligatoryjnych przesłanek, tj. możliwość wywołania szkodliwego wpływu w budżecie środków europejskich.

Kolejną konsekwencją zastosowania trybu przetargu nieograniczonego, przewidzianego w art. 132 ustawy PZP, było ustalenie kwoty wadium w wysokości 5 000,00 zł, tj. w wysokości przekraczającej 1,5% wartości zamówienia. Tym samym doszło do naruszenia art. 281 ust. 4 ustawy PZP poprzez żądanie wniesienia wadium w wysokości przekraczającej ustawowo dopuszczalną wartość dla postępowań o wartości poniżej progów unijnych.

Wskazane uregulowanie art. 281 ust. 4 ustawy PZP zawiera definitywnie określony górny próg możliwej do określenia kwoty wymaganego wadium, którego przekroczenie w sposób niewątpliwy będzie wywierało wpływ na dostępność postępowania dla potencjalnych wykonawców, godząc w ten sposób w naczelną zasadę zamówień publicznych jaką jest zasada uczciwej konkurencji. Wadium stanowi warunek uczestnictwa w przetargu, który w wypadku jego niespełnienia uprawnia organizatora przetargu do niedopuszczenia uczestnika do udziału w nim. Z tego też względu wymaganie wadium stanowi w każdym

przypadku wyraźną barierę finansową, zapewniającą udział w przetargu podmiotów wyłącznie zainteresowanych zawarciem umowy a także dysponujących odpowiednim potencjałem ekonomicznym. Wprowadzona ustawowo nieprzekraczalna górna granica możliwego do wymagania przez Zamawiającego wadium skutkować powinna ujednoliceniem działań Zamawiających, którzy nie mogą samowolnie określać warunku w tym zakresie, a tym samym ograniczać ponad miarę dostępu wykonawców do postępowania. Działanie Zamawiającego, polegające na ustaleniu kwoty wadium w wysokości przekraczającej dopuszczalną maksymalną wartość, odpowiadającą 1,5 % wartości zamówienia, w tym konkretnym przypadku mogło wpłynąć na wynik postępowania z uwagi na fakt, że decyzja wykonawców o przystąpieniu do postępowania podejmowana jest także w oparciu o warunki formalne związane z samym przystąpieniem do przetargu, w tym także te dotyczące kwoty wymagalnego wadium. Jakkolwiek decyzja w zakresie wadium należy do Zamawiającego, to jednak jest on ograniczony zapisami ustawy PZP, w tym zapisami dotyczącymi maksymalnej jego wartości. W warunkach stanu faktycznego rozpatrywanej sprawy nie można bezsprzecznie wykluczyć negatywnego wpływu stwierdzonego naruszenia na krąg potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w prowadzonym postępowaniu.

W tym miejscu podkreślić należy, że nieprawidłowość indywidualna ma miejsce w sytuacji, gdy skutek naruszenia procedur doszło do powstania szkody lub mogłoby dojść do jej powstania w budżecie ogólnym UE. Możliwość powstania szkody należy rozumieć jako możliwość uszczuplenia środków unijnych. Dla uznania zatem, że doszło do powstania nieprawidłowości w rozumieniu wskazanego powyżej art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013 wystarczy ustalenie, że skutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, iż wskazany powyżej art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013 nie zawiera definicji szkody. Zawiera natomiast definicję nieprawidłowości, w której możliwość wystąpienia szkodliwego wpływu na budżet UE poprzez obciążenie tegoż Budżetu nieuzasadnionym wydatkiem jest jednym z jej elementów.

Szkodą w interesach finansowych Unii Europejskiej jest więc 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 ustawie PZP. Dla wystąpienia potencjalnej szkody wystarczy zatem stwierdzenie możliwości jej wystąpienia nie zaś jej wykazanie.

Dokonując analizy tego konkretnego stanu faktycznego sprawy w kontekście wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej nie bez znaczenia jest także, że szczególna interpretacja postanowień wskazanego powyżej rozporządzenia jest uzasadniona podkreślaną w orzecznictwie europejskim zasadą, że Unia co do zasady zmierza do finansowania z funduszy strukturalnych i funduszy spójności jedynie działań podejmowanych w całkowitej zgodności z prawem Unii (por. wyrok TS z 21 grudnia 2011 r. w sprawie C - 465/10, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*).

Należy w tym miejscu podkreślić, iż dla wystąpienia ryzyka zaistnienia potencjalnej szkody wystarczy tylko samo uprawdopodobnienie, że wydatek został poniesiony z naruszeniem prawa. Powyższe potwierdza pogląd wyrażony w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który w wyroku z dnia 15.09.2005 r. w sprawie C-199/03 *Irlandia przeciwko Komisji*, Zb. Orz. s. I/8027, orzekł, że (cyt.): „(...) *nawet takie nieprawidłowości, które nie mają szczególnego wpływu finansowego i nie prowadzą do żadnych nienależnych wypłat lub nadpłat ze strony Wspólnoty, mogą poważnie szkodzić interesom finansowym UE i z tego względu uzasadniają zastosowanie korekt finansowych*”.

Reasumując, należy stwierdzić, że ww. działanie Zamawiającego mogło doprowadzić do szkody potencjalnej w budżecie UE. Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż w tym wypadku wystąpiły wskazane trzy przesłanki wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej tj. po pierwsze naruszenie prawa, po drugie działanie Zamawiającego i po trzecie możliwość wywołania szkodliwego wpływu w budżecie środków europejskich.

Dokonując wieloaspektowej analizy, należy stwierdzić, iż wykryte naruszenie przepisów art. 281 ust. 4 w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP spełnia definicję nieprawidłowości z art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013.

Kolejną konsekwencją zastosowania trybu przetargu nieograniczonego, przewidzianego art. 132 ustawy PZP, było wyznaczenie 90-dniowego terminu związania ofertą. Tym samym doszło do naruszenia art. 307 ust. 1 ustawy PZP poprzez wyznaczenie terminu związania ofertą przekraczającego ustawowo dopuszczalny 30 dniowy termin związania ofertą w przypadku postępowań o wartości poniżej progów unijnych.

Przechodząc do analizy wskazanego naruszenia z punktu widzenia możliwości wystąpienia trzeciej przesłanki nieprawidłowości indywidualnej wskazać należy, iż jednym z najważniejszych skutków złożenia oferty dla wykonawcy jest związanie treścią złożonej oferty, które oznacza obowiązek pozostawania w gotowości do zawarcia zaproponowanej umowy. Zamawiający nie ma jednak pełnej dowolności w ustaleniu terminu związania ofertą dla wykonawców w konkretnym postępowaniu. Dla zabezpieczenia wykonawców przed nadmiernym wydłużaniem terminu związania ofertą ustawodawca określa maksymalne terminy związania. Zamawiający może wyznaczyć krótszy termin, nie może jednak wskazać terminu związania ofertą dłuższego niż przewidziany w art. 307 ust. 1 ustawy PZP. Jak podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19.04.2013 r.⁷(cyt.) *„(...) przepis ten chroni również wykonawców, gdyż są oni związani swoimi ofertami jedynie przez określony czas, a po jego upływie mogą zrezygnować z udziału w postępowaniu bez żadnych negatywnych dla siebie konsekwencji. Przepis ten chroni więc wykonawców w sytuacji, gdy przedłużające się postępowanie i zmiany na rynku czynią niekorzystnym dalsze pozostawanie wykonawców w postępowaniu”*.

Biorąc pod uwagę fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający żądał wniesienia wadium, dla Wykonawcy powstał obowiązek utrzymania tego wadium nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą tj. przez 90 dni. Wykonawca, którego oferta została wybrana, nie mógł zatem bez konsekwencji finansowych odmówić zawarcia umowy w okresie związania ofertą. Zgodnie bowiem z art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. a) ustawy PZP Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie. Nie można zatem wykluczyć, iż tak długi okres związania ofertą w sytuacji konieczności wniesienia wadium bezsprzecznie mógł potencjalnie wpłynąć na krąg wykonawców zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem ze względu na skutki jakie niesie za sobą takie związanie.

Jak już podkreślono, nieprawidłowość indywidualna ma miejsce w sytuacji, gdy skutek naruszenia procedur doszło do powstania szkody lub mogłoby dojść do jej powstania w budżecie ogólnym UE. Możliwość powstania szkody należy rozumieć jako możliwość uszczuplenia środków unijnych. Dla uznania zatem, że doszło do powstania nieprawidłowości w rozumieniu wskazanego powyżej art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013 wystarczy ustalenie, że skutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, iż wskazany powyżej art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013 nie zawiera definicji szkody. Zawiera natomiast definicję nieprawidłowości, w której możliwość wystąpienia szkodliwego wpływu na budżet UE poprzez obciążenie tegoż Budżetu nieuzasadnionym wydatkiem jest jednym z jej elementów.

Szkodą w interesach finansowych Unii Europejskiej jest więc 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 ustawie PZP. Dla wystąpienia potencjalnej szkody wystarczy zatem stwierdzenie możliwości jej wystąpienia nie zaś jej wykazanie.

Dokonując analizy tego konkretnego stanu faktycznego sprawy w kontekście wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej nie bez znaczenia jest także, że szczególna interpretacja postanowień wskazanego powyżej rozporządzenia jest uzasadniona podkreślaną w orzecznictwie europejskim zasadą, że Unia co do zasady

⁷ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19.04.2013 r., sygn. akt KIO 776/13.

zmierza do finansowania z funduszy strukturalnych i funduszy spójności jedynie działań podejmowanych w całkowitej zgodności z prawem Unii (por. wyrok TS z 21 grudnia 2011 r. w sprawie C - 465/10, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*).

Należy w tym miejscu podkreślić, iż dla wystąpienia ryzyka zaistnienia potencjalnej szkody wystarczy tylko samo uprawdopodobnienie, że wydatek został poniesiony z naruszeniem prawa. Powyższe potwierdza pogląd wyrażony w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który w wyroku z dnia 15.09.2005 r. w sprawie C-199/03 *Irlandia przeciwko Komisji*, Zb. Orz. s. I/8027, orzekł, że (cyt.): „(...) *nawet takie nieprawidłowości, które nie mają szczególnego wpływu finansowego i nie prowadzą do żadnych nienależnych wypłat lub nadpłat ze strony Wspólnoty, mogą poważnie szkodzić interesom finansowym UE i z tego względu uzasadniają zastosowanie korekt finansowych*”.

Reasumując, należy stwierdzić, że ww. działanie Zamawiającego mogło doprowadzić do szkody potencjalnej w budżecie UE. Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż w tym wypadku wystąpiły wskazane trzy przesłanki wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej tj. po pierwsze naruszenie prawa, po drugie działanie Zamawiającego i po trzecie możliwość wywołania szkodliwego wpływu w budżecie środków europejskich.

Dokonując wieloaspektowej analizy, należy stwierdzić, iż wykryte naruszenie przepisów art. 307 ust. 1 w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP spełnia definicję nieprawidłowości z art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013.

Stwierdzenie nieprawidłowości indywidualnych powoduje zgodnie z zapisami art. 24 ust. 1 ustawy wdrożeniowej powstanie obowiązku podjęcia przez właściwą instytucję, którą w przypadku regionalnego programu operacyjnego jest zarząd województwa (art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy wdrożeniowej), odpowiednich działań, o których mowa w ust. 9 ww. artykułu. Zgodnie z tymi zapisami, w przypadku stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej przed zatwierdzeniem wniosku o płatność, instytucja zatwierdzająca wniosek o płatność dokonuje pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych ujętych we wniosku o płatność złożonym przez beneficjenta o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo (art. 24 ust. 9 pkt 1 ustawy wdrożeniowej). Natomiast w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej w uprzednio zatwierdzonym wniosku o płatność właściwa instytucja nakłada korektę finansową (art. 24 ust. 9 pkt 2 ustawy wdrożeniowej).

Zgodnie z zapisami art. 24 ust. 6 ustawy wdrożeniowej wartość korekty finansowej, o której mowa w ust. 5, albo wartość wydatków poniesionych nieprawidłowo, stanowiąca pomniejszenie, o którym mowa w ust. 9 pkt 1, mogą zostać obniżone, jeżeli Komisja Europejska określi możliwość obniżania tych wartości.

W tym celu Minister Rozwoju wydał Rozporządzenie z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzieleniem zamówienia (t.j. Dz. U. z 2021, poz. 2179 ze zm.) - zwane dalej *Rozporządzeniem*.

Zgodnie z zapisami § 2 ust. 2 ww. *Rozporządzenia*, wartość pomniejszenia związanego z nieprawidłowością indywidualną stwierdzoną w danym zamówieniu jest równa kwocie wydatków kwalifikowalnych, poniesionych w ramach tego zamówienia.

Jeżeli jednak anulowanie całości współfinansowania UE lub całości wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach zamówienia jest niewspółmierne do charakteru i wagi nieprawidłowości indywidualnej wartość pomniejszenia może zostać obniżona (§ 3 ust. 1 *Rozporządzenia*). W przypadku gdy skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej są pośrednie, rozproszone, trudne do oszacowania lub gdy nieprawidłowość indywidualna mogłaby zniechęcić potencjalnych wykonawców do złożenia oferty, wartość pomniejszenia może zostać obniżona, zgodnie ze wzorem określonym w § 5 ust. 1 pkt 2 ww. *Rozporządzenia* z uwzględnieniem odpowiedniej stawki procentowej stosowanej przy obniżeniu wartości pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości.

Stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości pomniejszeń, przypisane do odpowiednich kategorii nieprawidłowości indywidualnych określono w Załączniku do *Rozporządzenia*. Zatem obniżenie wartości pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych przy zastosowaniu odpowiedniej stawki procentowej następuje

co do zasady w mniejszym rozmiarze, niż miałyby to miejsce w przypadku stosowania ogólnych zasad kwalifikowalności wydatków – za wydatek w całości niekwalifikowany należałoby uznać całą kwotę wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach przeprowadzonego zamówienia, w którym stwierdzono nieprawidłowość indywidualną.

W przedmiotowej sprawie należy stwierdzić, iż anulowanie całości wydatków kwalifikowalnych, poniesionych w ramach zamówienia opisanego w pkt. 2.4 Informacji pokontrolnej jest niewspółmierne do charakteru i wagi stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej, a skutki finansowe tych nieprawidłowości są pośrednie, rozproszone oraz trudne do oszacowania.

W związku z powyższym, spełniona została przesłanka do obniżenia wartości pomniejszenia związanego ze stwierdzonymi w przedmiotowym zamówieniu nieprawidłowościami indywidualnymi przy zastosowaniu odpowiednich stawek procentowych wynikających z zapisów *Rozporządzenia*.

Zgodnie z zapisami § 6 *Rozporządzenia* (cyt.): „*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*”.

Stwierdzona w ramach przeprowadzonej kontroli nieprawidłowość indywidualna związana z naruszeniem art. 63 ust. 2, art. 281 ust. 4 i art. 307 ust. 1 w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP powstała w konsekwencji wszczęcia i przeprowadzenia przedmiotowego postępowania w oparciu o przepisy Działu II ustawy PZP bez wystąpienia ustawowych przesłanek w tym zakresie i jest związana z zastosowaniem ograniczających kryteriów dotyczących możliwości wzięcia udziału w postępowaniu wyłącznie przez wykonawców posiadających kwalifikowany podpis elektroniczny, określenia kwoty wadium w wysokości przekraczającej maksymalną dopuszczalną ustawowo wartość oraz wyznaczenia terminu związania ofertą przekraczającego maksymalny termin określony przepisami ustawy PZP.

W warunkach stanu faktycznego tej konkretnej sprawy najbliższą rodzajowo kategorią nieprawidłowości indywidualnej jest kategoria nieprawidłowości pn. **„Zastosowanie: - kryteriów wykluczenia, kwalifikacji, udzielenia zamówienia lub - warunków realizacji zamówień lub - specyfikacji technicznej - które nie są dyskryminacyjne w rozumieniu poprzedniego rodzaju nieprawidłowości, ale w inny sposób ograniczają dostęp dla wykonawców” (pkt 11)**, która przewiduje stawkę procentową w wysokości 5% („przypadki, w których zastosowano ograniczające kryteria/warunki/specyfikację, ale mimo to zapewniono minimalny poziom konkurencji, tj. otrzymano i przyjęto od pewnej liczby wykonawców oferty spełniające kryteria kwalifikacji”).

W związku z powyższym, obniżenie wartości wydatków kwalifikowalnych związanych z realizacją ww. zamówienia winno nastąpić przy zastosowaniu 5% stawki pomniejszenia.

Tym samym należy stwierdzić, że wskazana w treści niniejszej Informacji pokontrolnej nieprawidłowość indywidualna związana z realizacją zamówienia pn.: „*Dostawa wyposażenia i narzędzi TIK do pracowni dydaktycznych do Zespołu Szkół Ponadpodstawowych im. Hipolita Cegielskiego w Ziębicach w ramach projektu „Poprawa infrastruktury dydaktycznej i dostępności dla osób niepełnosprawnych szkół zawodowych Powiatu Ząbkowickiego” skutkuje pomniejszeniem w wysokości 5% faktycznych wydatków kwalifikowanych wynikających z realizacji umowy nr WBKZP.273.75.2022 z dnia 30.12.2022 r. Wartość umowy 283 925,73 zł brutto.*

Zgodnie z zapisami art. 24 ust. 4 ustawy wdrożeniowej, do stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości, pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych ujętych we wniosku o płatność, złożonym przez beneficjenta, o którym mowa w ust. 9 pkt 1 i nałożenia korekty finansowej nie stosuje się przepisów ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. — Kodeks postępowania administracyjnego.

5. Wynik kontroli.

Z istotnymi zastrzeżeniami.

6. Zalecenia pokontrolne.

Stwierdzona nieprawidłowość indywidualna związana z realizacją zamówienia pn.: „Dostawa wyposażenia i narzędzi TIK do pracowni dydaktycznych do Zespołu Szkół Ponadpodstawowych im. Hipolita Cegielskiego w Ziębicach w ramach projektu „Poprawa infrastruktury dydaktycznej i dostępności dla osób niepełnosprawnych szkół zawodowych Powiatu Ząbkowickiego” **pomniejsza wydatki kwalifikowane o 5 % faktycznych wydatków kwalifikowanych wynikających z realizacji umowy nr WBKZP.273.75.2022 z dnia 30.12.2022 r. Wartość umowy 283 925,73 zł brutto.**

Przygotowując wniosek o płatność i wprowadzając do SL2014 kwotę wydatków kwalifikowalnych, odpowiadającą fakturze (lub innemu dokumentowi księgowemu o równoważnej wartości dowodowej), wykazanej w Zestawieniu dokumentów i dotyczącej stwierdzonej w przedmiotowej Informacji pokontrolnej nieprawidłowości, Beneficjent zobowiązany jest do pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo.

7. Informację pokontrolną sporządzono w dwóch egzemplarzach, po jednym dla kontrolującego i kontrolowanego. Dane osobowe zawarte w niniejszej Informacji pokontrolnej są chronione na podstawie ustawy z dnia 10.05.2018 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1781) oraz ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233).

8. Lista załączników.

Lp.	Nr załącznika	Nazwa załącznika	
1.	1	Deklaracje bezstronności	2 egzemplarze
2.	2	Listy sprawdzające	4 komplety
3.	3	Dokumentacja postępowania	SL 2014

Zespół Kontrolujący:

Michalina Maksoń
/zaakceptowano elektronicznie/
(podpis kierownika zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 26 czerwca 2023 r.

Agnieszka Świątkowska
/zaakceptowano elektronicznie/
(podpis członka zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 26 czerwca 2023 r.

Magdalena Bednarska-Wajerowska
Dyrektor Departamentu Funduszy Europejskich
Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
/podpisano elektronicznie/
(z upoważnienia ZWD na podstawie Uchwały nr
1718/VI/20 z dnia 29 stycznia 2020 r.)

Wrocław, dnia 27 czerwca 2023

Pouczenie:

1. Podmiotowi kontrolowanemu, zgodnie z zapisami art. 25 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 przysługuje prawo do zgłoszenia, w terminie 14 dni od dnia otrzymania informacji pokontrolnej, umotywowanych pisemnych zastrzeżeń do informacji pokontrolnej.

2. Zastrzeżenia wnoszą się do Wydziału Obsługi Wdrażania EFRR w Urzędzie Marszałkowskim Województwa Dolnośląskiego.
3. W przypadku przekroczenia ww. ustawowego terminu zastrzeżenia pozostawia się bez rozpatrzenia a *informacja pokontrolna* uznana zostaje za ostateczną po upływie ustawowego terminu na ich wniesienie.
4. Jednostka kontrolująca, w terminie 14 dni kalendarzowych od dnia otrzymania zastrzeżeń, dokonuje ich rozpatrzenia i przekazuje ostateczną *informację pokontrolną* zawierającą skorygowane ustalenia kontroli lub pisemne stanowisko wobec zgłoszonych zastrzeżeń wraz z uzasadnieniem odmowy skorygowania ustaleń.
5. Podjęcie dodatkowych czynności kontrolnych w celu ustalenia zasadności złożonych zastrzeżeń, żądanie przedstawienia dokumentów lub złożenia dodatkowych wyjaśnień na piśmie każdorazowo przerywa bieg terminu na rozpatrzenie zastrzeżeń.
6. Do ostatecznej *informacji pokontrolnej* oraz do pisemnego stanowiska wobec zgłoszonych zastrzeżeń nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń.
7. Ostateczna *informacja pokontrolna* stanowi podstawę realizacji ustaleń pokontrolnych w niej zawartych.
8. Licząc terminy należy stosować zasady określone w tytule V ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (art. 110-116). I tak: termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, przy obliczaniu tego terminu nie uwzględnia się dnia, w którym zdarzenie nastąpiło. Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany za ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego.

Potwierdzam zgodność kopii z dokumentem elektronicznym:

Identyfikator dokumentu	1254601.3329739.3545853
Nazwa dokumentu	Ostateczna Informacja pokontrolna nr projektu RPDS.07.02.01-02-0013_20 Powiat Ząbkowicki.pdf
Tytuł dokumentu	Ostateczna Informacja pokontrolna nr projektu RPDS.07.02.01-02-0013_20 Powiat Ząbkowicki
Sygnatura dokumentu	DEFR-O-III.44.295.2022
Data dokumentu	2023-06-27 11:01:33
Skrót dokumentu	1F2B1BA7F02C71652B9AAB9A936F26F00A2AA151
Wersja dokumentu	1.3
Data podpisu	2023-06-27
Podpisane przez	Magdalena Bednarska-Wajerowska Dyrektor Departamentu
Rodzaj certyfikatu	Certyfikat kwalifikowany podpisu elektronicznego
Akceptacja	Dobrowolska Ewa, 2023-06-27 09:26:15, wersja 1.0 (Dyrektor Wydziału, Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O), Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O)) Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
Akceptacja	Aleksandrowicz Marek, 2023-06-26 11:35:21, wersja 1.0 (Kierownik Działu, Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O), Dział Kontroli Projektów EFRR (DEFR-O-III)) Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
Akceptacja	Świątkowska Agnieszka, 2023-06-26 11:29:20, wersja 1.0 (Główny Specjalista, Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O), Dział Płatności i Rozliczeń EFRR (DEFR-O-I)) Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
Akceptacja	Maksoń Michalina, 2023-06-26 11:27:56, wersja 1.0 (Inspektor, Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O), Dział Płatności i Rozliczeń EFRR (DEFR-O-I)) Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
	EZD 3.112.1.1.
Data wydruku:	2023-06-27 11:56:52
Autor wydruku:	Świątkowska Agnieszka w zastępstwie za Maksoń Michalina