

DEFR-O-III.44.205.2021

**Informacja Pokontrolna
z kontroli projektu RPDS.04.02.03-02-0002/20**

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 2020 r. poz. 1668 ze zm.).
- 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:

Agnieszka Świątkowska – Kierownik zespołu kontrolującego.
Wojciech Szturo – Członek zespołu kontrolującego.

1.4. Nazwa jednostki kontrolowanej:

Gmina Wojcieszów.

1.5. Adres jednostki kontrolowanej:

ul. Pocztowa 1, 59-550 Wojcieszów.

1.6. Numer i nazwa projektu:

RPDS.04.02.03-02-0002/20, pn.: „Zakończenie budowy kanalizacji ściekowej w Wojcieszowie poprzez budowę oczyszczalni ścieków oraz kanalizacji sanitarnej - etap VB”.

1.7. Numer i data decyzji o dofinansowaniu:

RPDS.04.02.03-02-0002/20-00 z dnia 30.03.2021 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:

27.10.2021 r.

1.12. Zakres kontroli:

Kontrola ex-post prawidłowości udzielania zamówień.

1.12.1. Zamówienie pn.: „Zakończenie budowy kanalizacji ściekowej w Wojcieszowie poprzez budowę oczyszczalni ścieków oraz kanalizacji sanitarnej etap VB” PU.271.2.2021

Zamawiający: Gmina Wojcieszów.

Nr i data ogłoszenia: 2021/BZP 00020200/01 z dnia 19.03.2021 r.

Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia:

- 2021/BZP 00024318 z dnia 29.03.2021 r.
- 2021/BZP 00031447 z dnia 13.04.2021 r.
- 2021/BZP 00033613 z dnia 15.04.2021 r.

Tryb udzielenia zamówienia: tryb podstawowy

Szacunkowa wartość zamówienia: 11 439 388,75 zł netto / 2 679 453,01 euro.

Wybrany wykonawca: Konsorcjum Firm:

Lider Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjne i Handlowe COM-D Sp. z o.o. ul. Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor, Partner Konsorcjum: T4B Ekotechnologie Sp. z o.o., Aleja Stanów Zjednoczonych 32/U15, 04-036 Warszawa.

Nr i data umowy z wykonawcą: PU.271.2.2021 z dnia 02.06.2021

Wartość umowy: 17 838 130,31 zł brutto.

2. Ustalenia i wnioski z kontroli.

2.1. Zamówienie publiczne pn.: „Zakończenie budowy kanalizacji ściekowej w Wojcieszowie poprzez budowę oczyszczalni ścieków oraz kanalizacji sanitarnej etap VB”.

Gmina Wojcieszów [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 2019 r. poz. 2019 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 podstawowym bez negocjacji, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu, zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 19.03.2021 r. pod numerem 2021/BZP 00020200/01.

Specyfikację Warunków Zamówienia [dalej SWZ] zamieszczono na stronie internetowej <https://wojcieszow.ezamawiajacy.pl/pn/wojcieszow/demand/notice/public/24816/details> w dniu 19.03.2021 r.

Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ) w Rozdziale II Opis przedmiotu zamówienia w pkt 2 wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi dokumentacja projektowa, stanowiąca załącznik nr 8 oraz załącznik nr 9 do SWZ (dokumentacja projektowa - projekty wykonawcze, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót). W pkt 3 natomiast wskazał, że (cyt.): „w przypadkach, kiedy w opisie przedmiotu zamówienia wskazane zostały nazwy własne, znaki towarowe, patenty, pochodzenie, źródła lub szczególne procesy, które charakteryzuje produkty lub usługi, normy, oceny techniczne, specyfikacje techniczne, oznacza to, że zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia wystarczająco precyzyjnie i w zrozumiałym sposób. W takich sytuacjach ewentualne wskazania na znaki towarowe, patenty, pochodzenie, źródło lub szczególny proces, należy odczytywać z wyrazami „lub równoważne” (szczegóły w tym zakresie zostały wskazane w opisie przedmiotu zamówienia). Zamawiający uzna za równoważne rozwiązania, których zastosowanie nie spowoduje zmiany projektu w zakresie przyjętej technologii wykonania”. Kolejno w pkt 4 ww. Rozdziału wskazano, że (cyt.): „w przypadku, gdy Zamawiający odniósł się do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z

późniejszymi zmianami, dalej jako ustawa Pzp), Zamawiający wskazuje, iż należy je rozumieć jako przykładowe. Zamawiający, zgodnie z art. 101 ust. 4 Ustawy PZP dopuszcza w każdym przypadku zastosowanie rozwiązań równoważnych opisywanym w treści SWZ wraz z załącznikami. Każdorazowo, gdy wskazana jest w niniejszym SWZ wraz z załącznikami norma, ocena techniczna, specyfikacja techniczna lub system referencji, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 ustawy Pzp, należy przyjąć, że w odniesieniu do niej użyto sformułowania „lub równoważna”.

W projekcie wykonawczym, stanowiącym załącznik nr 8 do SWZ w pkt. 6.1.3 - ROZWIĄZANIA ARCHITEKTONICZNO – MATERIAŁOWE w zakresie izolacji wskazano cyt. „Izolacja posadzki w pom. higieniczno-sanitarnych oraz izolacja ścian w kabinie natryskowej i wc oraz przedsionku do wc: - podkład penetrujący na jastrychu cementowym: Murexin Tiefengrund LF **prod. Baumit**, - izolacja przeciwwilgociowa w płynie - Murexin Flüssigfolie, **prod. Baumit**, - taśmę uszczelniającą w narożnikach ścian - Murexin Dichtband, **prod. Baumit** lub materiały temu podobne”.

W zakresie pkt 6.1.4 – ROZWIĄZANIA ZASADNICZYCH ELEMENTÓW WYPOSAŻENIA BUDOWLANOINSTALACYJNEGO wskazano cyt.: „Instalacja mechaniczna wywiewna - W obiekcie zaprojektowano wentylację mechaniczną wywiewną. Wywiew powietrza z pomieszczenia technologicznego odbywać się będzie przez wentylator dachowy. W pozostałych pomieszczeniach sanitarnych zamontować osiowe wentylatory wywiewne np. **firmy MONROSE** typu XF 100 i 120 lub inne o wydajności ok. 120 m³/h”.

W zakresie pkt 6.1.5 – WARUNKI OCHRONY PRZECIWPOŻAROWEJ wskazano cyt.: „Stopień rozprzestrzeniania ognia: Zastosowano wszystkie elementy nie rozprzestrzeniające ogień (NRO). Drewniane elementy konstrukcji więźby dachowej należy impregnować do stopnia niezapalności, środkami powłokowego systemu zabezpieczania elementów drewnianych Pyroplast HW **firmy Mercor**”.

Przyjmując założenie, że Przedmiar robót jest również elementem opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego podstawę do sporządzenia kosztorysu, po analizie treści Załącznika nr 10 do SWZ, autor opracowania w wielu miejscach Przedmiaru wskazuje na „**Studzienki kanalizacyjne systemu "WAVIN"**”.

Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy PZP przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Natomiast zgodnie z art. 99 ust. 5 ustawy PZP przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności (art. 99 ust. 6 ustawy PZP).

Norma wyrażona w art. 99 ust. 4 i 5 ustawy PZP ma swoje źródło w dyrektywie 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Urz. UE L 94 z 28.03.2014r.) (zwana dalej dyrektywą UE). W art. 42 ust. 4 dyrektywy UE wskazano: „Jeżeli nie uzasadnia tego przedmiot zamówienia, specyfikacje techniczne nie zawierają odniesienia do konkretnej marki lub źródła, ani do szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, ani do znaku handlowego, patentu, typu bądź konkretnego pochodzenia lub produkcji, które to odniesienie mogłoby prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania pewnych przedsiębiorstw lub produktów. W wyjątkowych przypadkach dopuszcza się stosowanie takich odniesień, jeżeli niemożliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób zgodnie z ust. 3. Takim odniesieniom towarzyszą słowa „lub równoważne”.

Decydując się na opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie np. na znaki towarowe poza wymogiem użycia sformułowania „lub równoważny”, zamawiający zobowiązany jest do wskazania w opisie przedmiotu zamówienia kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności. Kryteria równoważności muszą być tak

ukształtowane, aby w pierwszej kolejności dać zamawiającemu możliwość uzyskania informacji czy oferta wykonawcy przedstawia rozwiązanie równoważne opisanemu, czy też nie, a następnie ocenić czy to rozwiązanie spełnia kryteria równoważności wskazane w opisie przedmiotu zamówienia. Z kolei wykonawca w sposób niebudzący wątpliwości powinien odczytać intencje zamawiającego co do wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia¹.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 02.20.2014 r. sygn. akt KIO 1931/14 wskazała, iż „w doktrynie i orzecznictwie Izby ugruntowany jest pogląd, zgodnie z którym nie jest wystarczające ograniczenie się przez zamawiającego li tylko do zamieszczenia w opisie przedmiotu zamówienia ww. sformułowania („lub równoważne”) bez jednoczesnego wskazania parametrów, w oparciu o które ustalana będzie równoważność rozwiązań proponowanych przez wykonawców”. Wypełniając nałożony art. 99 ust. 6 ustawy PZP obowiązek, niezbędne jest wskazanie takich kryteriów równoważności, na podstawie których wykonawca i zamawiający jednoznacznie będą w stanie ocenić, czy dane rozwiązanie spełnia parametry wymagane przez zamawiającego i w konsekwencji stwierdzić, czy jest rozwiązaniem równoważnym. Wskazanie kryteriów równoważności nie może być pozorne.

Mając na uwadze powyższe regulacje w zakresie prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający nie powinien ogólnie odwoływać się do sformułowania „lub równoważne” w odniesieniu do wszystkich występujących w opisie nazw własnych bez wskazywania kryteriów równoważności. W przedmiotowym postępowaniu, jak wykazała analiza treści załączników do SWZ, w projekcie wykonawczym oraz w Przedmiarze pojawiło się odwołanie do materiałów określonego producenta bądź firmy. Zatem obowiązkiem Zamawiającego było wskazanie rozwiązań równoważnych z powołaniem jasnym kryteriów oceny tej równoważności. Zalecenia dla zamawiających, będących beneficjentami Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Dolnośląskiego 2014-2020 umieszczone na stronie internetowej <https://rpo.dolnyslask.pl/realizuje-projekt/kontrola-i-naduzycia/>, zatytułowane „Informacja dotycząca stosowania rozwiązań równoważnych w dokumentach przetargowych”, z których treścią zamawiający, w celu uniknięcia błędów w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, powinni się zapoznać, przewidywały zobowiązanie Beneficjentów/Partnerów (Zamawiających) do ścisłego stosowania dyrektyw UE w sprawie zamówień publicznych tak, aby specyfikacje warunków zamówienia były w pełni z nimi zgodne oraz zaprzestania używania jedynie ogólnego sformułowania dotyczącego równoważnych rozwiązań na początku specyfikacji technicznej. Wymogi określone w dyrektywie UE stanowią jasno, że zwrot „lub równoważne” musi towarzyszyć każdemu odniesieniu.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż **Zamawiający naruszył zapisy art. 99 ust. 5 i 6 ustawy PZP poprzez wskazanie w załącznikach do SWZ nazw własnych bez użycia przy tych nazwach zwrotu „lub równoważne” oraz poprzez brak określenia kryterium stosowanego w celu oceny równoważności.**

Ocena postępowania: Z zastrzeżeniami.

Zespół Kontrolujący:

Agnieszka Świątkowska
zaakceptowano elektronicznie

(podpis kierownika zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 18 listopada 2021 r.

Wojciech Szturo
zaakceptowano elektronicznie

(podpis członka zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 18 listopada 2021 r.

1. „Rozwiązania równoważne na gruncie nowego Prawa zamówień publicznych Nowe Prawo zamówień publicznych” Agnieszka Matusiak, ZPDORADCA 2020, Nr 11, str. 55.

3. Stanowisko wobec zgłoszonych zastrzeżeń.

Nie dotyczy.

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

W wyniku przeprowadzonej kontroli nie dokonano pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych.

4.1 Zamówienie publiczne pn.: „Zakończenie budowy kanalizacji ściekowej w Wojcieszowie poprzez budowę oczyszczalni ścieków oraz kanalizacji sanitarnej etap VB”.

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

Zgodnie z zapisami ww. art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013 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. W trakcie przeprowadzanej kontroli zbadano czy w analizowanym stanie faktycznym doszło do kumulatywnego ich spełnienia.

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 1303/2013.

W zakresie stwierdzonego naruszenia po gruntownym zbadaniu sprawy należy bezsprzecznie uznać za udowodnione, iż Zamawiający naruszył zapisy art. 99 ust. 5 i 6 ustawy PZP [pkt 2.1 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. Bezsprzecznie Zamawiający spełnia także i tę przesłankę, gdyż zaniechanie Zamawiającego w toku przygotowywania i przeprowadzenia postępowania, o którym mowa w pkt 2.1 Informacji pokontrolnej zostało bezsprzecznie 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 stwierdził²: „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 1303/2013, 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 210 z 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 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.³: 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.⁴ 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.⁵ „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

². Wyrok Trybunału (trzecia izba) z dnia 14 lipca 2016 r. C-406/14 - Wrocław – Miasto na prawach powiatu przeciwko Ministrowi Infrastruktury i Rozwoju.

³. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12.12.2014 r., sygn. akt II GSK 1467/13.

⁴. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 19.02.2015 r., sygn. akt III SA/Wr 853/14.

⁵. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 stycznia 2017 r., sygn. akt. II GSK 1722/15.

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 tym konkretnym przypadku, wziąć pod uwagę kluczowe okoliczności mające wpływ na ostateczne wnioskowanie w zakresie skutków naruszenia przepisów ustawy PZP, a tym samym na kwestię konieczności pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych.

Przechodząc zatem do stwierdzonego naruszenia art. 99 ust. 5 i 6 ustawy PZP należy stwierdzić, że jakkolwiek Zamawiający nie zadośćuczynił obowiązкови każdorazowego odniesienia się do rozwiązań równoważnych tym, na które wprost w opisie przedmiotu zamówienia się powołuje, wskazując nazwy własne, to jednak należy przyjąć, że ogólne odesłanie do rozwiązań równoważnych, zawarte w SWZ, pozwala na stwierdzenie, że Zamawiający faktycznie uznałby rozwiązania równoważne zaproponowane przez wykonawców. Konsekwencją powyższego, nie można uznać, że poprzez wprowadzenie jedynie ogólnego odesłania w treści SWZ, krąg wykonawców, którzy mogliby wziąć udział w postępowaniu został ograniczony, a zatem aby zakwestionowany zapis mógł wpłynąć na wynik postępowania, a ten mógł rzutować na wydatki ponoszone ze środków UE.

Ponadto wskazać należy, iż w piśmie Dyrektora Departamentu Audytu Środków Publicznych w Ministerstwie Finansów z dnia 03.08.2020 r., wskazano, że audytorzy Komisji Europejskiej w wydanych w 2020 roku dokumentach podsumowujących misje audytowe dla trzech programów operacyjnych (Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko-Pomorskiego na lata 2014-2020, Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2014-2020 oraz Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2014-2020) sformułowali ustalenia niefinansowe dotyczące przypadków, gdy specyfikacja techniczna zawierała odwołania do norm krajowych bez użycia wyrażenia „lub równoważne”, przy równoczesnym zawarciu w specyfikacji ogólnego sformułowania dopuszczającego stosowanie rozwiązań równoważnych w tym zakresie, wskazując, iż (cyt.): „*Jakkolwiek, ściśle rzecz biorąc, brak zwrotu „lub równoważny” w dokumentach przetargowych stanowił niezgodność z art. 42 i art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, dotyczącymi stosowania specyfikacji technicznych, co mogło ograniczać dostęp dla podmiotów gospodarczych, to we wstępie do decyzji Komisji C(2019)3452 (pkt 1.1) określono, iż Komisja powinna stosować niniejsze wytyczne w celu zapewnienia równego traktowania państw członkowskich, przejrzystości i przestrzegania zasady proporcjonalności przy stosowaniu korekt finansowych w stosunku do wydatków finansowanych przez Unię. W związku z tym, zgodnie z zasadą proporcjonalności i z uwagi na fakt, że w tym przypadku ogólne sformułowanie zawarte w specyfikacjach technicznych obejmuje wszystkie znaki towarowe i normy, uznaje się, że naruszenie zasad ma charakter formalny i nie uzasadnia korekty finansowej*”.

W wyniku powyższej analizy należy stwierdzić, iż jakkolwiek w przedmiotowej sprawie wystąpiły wskazane dwie przesłanki wystąpienia nieprawidłowości tj. po pierwsze naruszenie prawa, po drugie zaniechanie Zamawiającego jako podmiotu gospodarczego, to jednak po dokonaniu oceny ryzyka na jakie budżet UE mógł zostać narażony w wyniku stwierdzonego uchybienia należy stwierdzić, iż nie wystąpiła przesłanka trzecia, tj. możliwość wywołania szkodliwego wpływu w budżecie środków europejskich. Biorąc bowiem pod uwagę wszystkie okoliczności faktyczne i prawne w tej konkretnej sprawie nie sposób bowiem wykazać związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE.

W związku z powyższym wykryte naruszenie nie spełnia definicji nieprawidłowości indywidualnej w rozumieniu art. 2 pkt 14 ustawy wdrożeniowej w związku z zapisami art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013.

5. Wynik kontroli.

Z nieistotnymi zastrzeżeniami.

6. Zalecenia pokontrolne.

Ze względu na zakres poddany kontroli (kontrola zamówień ex-post) uniemożliwiający podjęcie działań naprawczych przez podmiot kontrolowany oraz ze względu na charakter stwierdzonych naruszeń (naruszenia bez skutku finansowego) nie wymagających działań podmiotu kontrolowanego w następstwie ich stwierdzenia w wyniku przeprowadzonej kontroli nie wydano zaleceń pokontrolnych.

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 2020 r., poz. 1913).

8. Lista załączników.

Lp.	Nr załącznika	Nazwa załącznika	
1.	1	Deklaracje bezstronności	2 egzemplarze
2.	2	Listy sprawdzające – egzemplarz kontrolującego	1 komplet
3.	3	Dokumentacja postępowania	Dokumentacja w SL2014

Zespół Kontrolujący:

Agnieszka Świątkowska
zaakceptowano elektronicznie
(podpis kierownika zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 18 listopada 2021 r.

Wojciech Szturo
zaakceptowano elektronicznie
(podpis członka zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 18 listopada 2021 r.

Małgorzata Kuruc
Z-ca Dyrektora Departamentu Funduszy Europejskich
Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
/podpisano elektronicznie/

(z upoważnienia ZWD na podstawie Uchwały nr 718/VI/20
z dnia 29 stycznia 2020 r.)

Wrocław, dnia 18 listopada 2021

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 wnosi się do Wydziału Obsługi Wdrażania EFRR w Urzędzie Marszałkovskim 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	978900.2223528.2250520
Nazwa dokumentu	Informacja pokontrolna RPDS.04.02.03-02-0002_20 Gmina Wojcieszów.pdf
Tytuł dokumentu	Informacja pokontrolna RPDS.04.02.03-02-0002_20 Gmina Wojcieszów
Sygnatura dokumentu	DEFR-O-III.44.205.2021
Data dokumentu	2021-11-18 13:02:26
Skrót dokumentu	4E46F1BAC4B56CED6CE01D6F89AC2FB75D51D570
Wersja dokumentu	1.3
Data podpisu	2021-11-18
Podpisane przez	Małgorzata Kuruc Zastępca Dyrektora Departamentu
Rodzaj certyfikatu	Certyfikat kwalifikowany podpisu elektronicznego
Akceptacja	Dobrowolska Ewa, 2021-11-18 12:57:18, wersja 1.0 (Dyrektor Wydziału, Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O), Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O)) Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
Akceptacja	Aleksandrowicz Marek, 2021-11-18 12:21:19, wersja 1.0 (Kierownik Działu, Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O), Dział Kontroli Projektów EFRR (DEFR-O-III)) Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
Akceptacja	Szturo Wojciech, 2021-11-18 12:11:13, wersja 1.0 (Inspektor, Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O), Dział Kontroli Projektów EFRR (DEFR-O-III)) Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
Akceptacja	Świątkowska Agnieszka, 2021-11-18 12:03:59, wersja 1.0 (Główny Specjalista, Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O), Dział Płatności i Rozliczeń EFRR (DEFR-O-I)) Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
	EZD 3.104.37.37.35014
Data wydruku:	2021-12-09 10:19:17
Autor wydruku:	Szturo Wojciech