

DEFR-O-III.44.120.2022

**Informacja Pokontrolna
z kontroli projektu nr RPDS.03.03.01-02-0020/21**

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. 547).
- 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.).

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:

Hanna Grafik-Krzymińska – Kierownik zespołu kontrolującego.
Agnieszka Michaluk – Członek zespołu kontrolującego.

1.4. Nazwa jednostki kontrolowanej:

Gmina Krotoszyce.

1.5. Adres jednostki kontrolowanej:

ul. Piastowska 46, 59-223 Krotoszyce.

1.6. Numer i nazwa projektu:

RPDS.03.03.01-02-0020/21, projekt pn.: „Głęboka termomodernizacja budynków szkolnych w Gminie Krotoszyce”.

1.7. Numer i data decyzji o dofinansowaniu:

Nie dotyczy.

1.8. Typ kontroli:

Kontrola własna instytucji na dokumentach.

1.9. Tryb kontroli:

Planowa.

1.10. Rodzaj kontroli:

Przed podpisaniem umowy o dofinansowanie.

1.11. Data rozpoczęcia kontroli:

30.05.2022 r.

1.12. Zakres kontroli:

Kontrola ex-post prawidłowości udzielania zamówień.

1.12.1. Zamówienie pn.: „Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego dla robót budowlanych w ramach zadania pn. Głęboka termomodernizacja budynków szkolnych w Gminie Krotoszyce”.

IB.271.23.2022

Zamawiający: Gmina Krotoszyce.

Nr i data ogłoszenia: zapytanie ofertowe z dnia 04.04.2022 r.

Tryb udzielenia zamówienia: zasada konkurencyjności.

Szacunkowa wartość zamówienia: 103 025,40 zł netto.

Wybrany wykonawca: Przedsiębiorstwo Projektowania i Realizacji Inwestycji Jan Majgier ul. W. Łukasińskiego 27 A/4, 59-220 Legnica.

Nr i data umowy z wykonawcą: 89/04/2022 z dnia 28.04.2022 r.

Wartość umowy: 61 869,00 zł brutto.

2.2. Zamówienie pn.: „Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego dla robót budowlanych w ramach zadania pn. Głęboka termomodernizacja budynków szkolnych w Gminie Krotoszyce”.

Zgodnie z zapisami *Regulaminu konkursu Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Dolnośląskiego 2014-2020 dla Osi priorytetowej 3 Gospodarka niskoemisyjna, Działanie 3.3 Efektywność energetyczna w budynkach użyteczności publicznej i sektorze mieszkaniowym Poddziałanie 3.3.1 Efektywność energetyczna w budynkach użyteczności publicznej i sektorze mieszkaniowym – konkursy horyzontalne* stanowiącego załącznik nr 1 do Uchwały nr 3131/VI/20 Zarządu Województwa Dolnośląskiego z dnia 07 grudnia 2020 r. ze zm. (zwanego dalej *Regulaminem konkursu*) Wnioskodawca rozpoczynając realizację projektu przed podpisaniem umowy o dofinansowanie czyni to na własne ryzyko (pkt 31 *Regulaminu konkursu*).

Regulamin konkursu określa w szczególności jego cel, zakres, zasady organizacji, warunki uczestnictwa, sposób wyboru projektów oraz pozostałe informacje niezbędne podczas przygotowywania wniosków o dofinansowanie realizacji projektu w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Dolnośląskiego 2014-2020 dla Osi priorytetowej 3 Gospodarka niskoemisyjna, Działania 3.3 Efektywność energetyczna w budynkach użyteczności publicznej i sektorze mieszkaniowym, Poddziałania 3.3.1 Efektywność energetyczna w budynkach użyteczności publicznej i sektorze mieszkaniowym – konkursy horyzontalne.

W przypadku rozpoczęcia przez Wnioskodawcę realizacji projektu na własne ryzyko przed podpisaniem umowy o dofinansowanie, udzielenie zamówienia publicznego odbywa się na zasadach określonych w Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014 – 2010 (zwanymi dalej *Wytycznymi kwalifikowalności*). W Regulaminie poinformowano również o obowiązku publikacji zapytań ofertowych, w przypadku zamówień, co do których Beneficjenci zobowiązani są do stosowania zasady konkurencyjności, o której mowa w sekcji 6.5.2 *Wytycznych kwalifikowalności* za pośrednictwem Bazy Konkurencyjności Funduszy Europejskich dostępnej pod adresem <https://bazakonkurencyjnosci.funduszeuropejskie.gov.pl/> (pkt 31 *Regulaminu Konkursu*).

Składając wniosek o dofinansowanie projektu nr RPDS.03.03.01-02-0020/21, pn.: „Głęboka termomodernizacja budynków szkolnych w Gminie Krotoszyce”, Gmina Krotoszyce jako Wnioskodawca, zaakceptowała zasady ogłoszonego konkursu, w tym m.in. wskazane powyżej zasady kwalifikowalności wydatków. Zgodnie bowiem z zapisami zawartymi w pkt 3 *Regulaminu konkursu* (Postanowienia ogólne) (cyt.): „Przystąpienie do konkursu jest równoznaczne z akceptacją przez Wnioskodawcę postanowień regulaminu (...)”.

Kontrola prawidłowości udzielania zamówień publicznych (udzielonych zgodnie z ustawą prawo zamówień publicznych lub zgodnie z zasadą konkurencyjności) przeprowadzana przez IZ RPO WD przed podpisaniem

umowy o dofinansowanie obejmuje wszystkie postępowania o udzielenie zamówienia, które zostały zakończone do dnia wyboru projektu do dofinansowania.

W wyniku przeprowadzonej kontroli dokumentacji wskazanego powyżej postępowania o udzielenie zamówienia ustalono bezspornie, iż Zamawiający w dniu 04.04.2022 r. opublikował na stronie internetowej zapytanie ofertowe pn.: „*Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego dla robót budowlanych w ramach zadania pn. Głęboka termomodernizacja budynków szkolnych w Gminie Krotoszyce*” [dalej Zapytanie ofertowe]. Publikacja zapytania ofertowego nastąpiła zatem przed podpisaniem umowy o dofinansowanie projektu, ale już po ogłoszeniu naboru i opublikowaniu *Regulaminu konkursu* tj. po dniu 14.12.2020 r. W celu dokonania oceny prawidłowości działań Zamawiającego dzień publikacji Zapytania ofertowego na stronie internetowej Zamawiającego poświęconej udzielaniu zamówień <https://platformazakupowa.pl/pn/krotoszyce/proceedings>, tj. 04.04.2022 r. przyjęto umownie za datę wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

Uwzględniając stan faktyczny, w niniejszej sprawie zastosowanie znajdują częściowo zawieszone *Wytyczne w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020* ogłoszone Komunikatem Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej w Monitorze Polskim z dnia 21.12.2020 r., pozycja nr 1209.

Zgodnie bowiem z zapisami Rozdziału 4 pkt 9 ww. *Wytycznych kwalifikowalności* do oceny prawidłowości umów zawartych w ramach realizacji projektu w wyniku przeprowadzonych postępowań, w tym postępowań określonych w podrozdziale 6.5, stosuje się wersję *Wytycznych* obowiązującą w dniu wszczęcia postępowania, które zakończyło się zawarciem umowy. Wszczęcie postępowania jest tożsame z publikacją ogłoszenia o zamówieniu publicznym lub zapytania ofertowego, o którym mowa sekcji 6.5.2 lub ogłoszenia o prowadzonym naborze pracowników na podstawie stosunku pracy, pod warunkiem, że beneficjent udokumentuje publikację.

Na podstawie zapisów pkt 1b Podrozdziału 6.5.2 *Wytycznych kwalifikowalności* w przypadku beneficjenta będącego zamawiającym w rozumieniu PZP w odniesieniu do zamówień o wartości równej lub niższej niż kwota określona w art. 4 pkt 8 ustawy PZP2004 lub w przypadku zamówień sektorowych o wartości niższej niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP2004, a jednocześnie przekraczającej 50 tys. PLN netto, tj. bez podatku od towarów i usług (VAT), udzielenie zamówienia w ramach projektu następuje zgodnie z zasadą konkurencyjności, o której mowa w sekcji 6.5.2 *Wytycznych kwalifikowalności*. W ustawie PZP2019 regulującej udzielanie zamówień publicznych od 01.01.2021 r. ekwiwalentne uregulowania dotyczące progów stosowania ustawy właściwej dla udzielania zamówień znajdują się w art. 2 i art. 3 ustawy PZP2019.

Biorąc pod uwagę wartość poddanego czynnościom kontrolnym zamówienia (zamówienie o szacowanej wartości poniżej 130 tys. złotych oraz przekraczające wartość 50 tys. zł netto) oraz status Zamawiającego – Gminy Krotoszyce (podmiot będący zamawiającym w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy PZP2019), należy stwierdzić, iż obie przesłanki stosowania zasady konkurencyjności zostały w tym przypadku spełnione.

Tym samym w warunkach przedmiotowej sprawy Gmina Krotoszyce, zwana dalej Zamawiającym, wyboru wykonawcy dla zamówienia pn.: „*Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego dla robót budowlanych w ramach zadania pn. Głęboka termomodernizacja budynków szkolnych w Gminie Krotoszyce*” winna dokonać w oparciu o procedurę zasady konkurencyjności określoną w sekcji 6.5.2 Podrozdziału 6.5 *Wytycznych*.

W celu spełnienia zasady konkurencyjności, zgodnie z zapisami pkt. 11 sekcji 6.5.2 Podrozdziału 6.5 *Wytycznych kwalifikowalności*, należy upublicznić zapytanie ofertowe zgodnie z warunkami, o których mowa w pkt 12. tj. umieścić je w bazie konkurencyjności, a w przypadku zawieszenia działalności bazy potwierdzonego odpowiednim komunikatem ministra właściwego do spraw rozwoju, skierować zapytanie ofertowe do co najmniej trzech potencjalnych wykonawców, o ile na rynku istnieje trzech potencjalnych wykonawców danego zamówienia oraz upublicznić to zapytanie co najmniej na stronie internetowej

beneficjenta, o ile posiada taką stronę. Z kolei zgodnie z pkt. 13 w przypadku, gdy wnioskodawca rozpoczyna realizację projektu na własne ryzyko przed podpisaniem umowy o dofinansowanie projektu, upublicznia zapytanie ofertowe na stronie internetowej wskazanej przez instytucję ogłaszającą nabór wniosków o dofinansowanie projektu. W obu przypadkach właściwą stroną internetową jest strona internetowa wskazana w komunikacie ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego, przeznaczona do umieszczania zapytań ofertowych (<https://bazakonkurencyjnosci.funduszeuropejskie.gov.pl/>).

Jak wskazano powyżej w wyniku przeprowadzonej kontroli ustalono, iż Zamawiający opublikował Zapytanie ofertowe w dniu 04.04.2022 r. na stronie <https://platformazakupowa.pl/pn/krotoszyce/proceedings>. Brak natomiast potwierdzenia publikacji Zapytania ofertowego w bazie konkurencyjności, o której mowa powyżej.

Tym samym należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył zapisy pkt 31 Regulaminu konkursu stanowiącego załącznik do Uchwały nr 3131/VI/20 Zarządu Województwa Dolnośląskiego z dnia 07 grudnia 2020 r. ze zm. w związku z pkt 13 sekcji 6.5.2 Podrozdziału 6.5 Wytycznych kwalifikowalności poprzez brak upublicznienia zapytania ofertowego w bazie konkurencyjności.

Ocena postępowania: z zastrzeżeniami.

Zespół Kontrolujący:

Hanna Grafik-Krzywińska
zaakceptowano elektronicznie

(podpis kierownika zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 06 czerwca 2022 r.

Agnieszka Michaluk
zaakceptowano elektronicznie

(podpis członka zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 06 czerwca 2022 r.

3. Stanowisko wobec zgłoszonych zastrzeżeń.

Nie dotyczy.

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

W wyniku stwierdzonych nieprawidłowości indywidualnych pomniejsza się wartość wydatków kwalifikowalnych.

4.1. Zamówienie pn.: „Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego dla robót budowlanych w ramach zadania pn. Głęboka termomodernizacja budynków szkolnych w Gminie Krotoszyce”.

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) [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 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 bezsprzecznie uznać za udowodnione, iż Zamawiający w poddanym weryfikacji postępowaniu naruszył zapisy pkt 31 *Regulaminu konkursu* stanowiącego załącznik do Uchwały nr 3131/VI/20 Zarządu Województwa Dolnośląskiego z dnia 07 grudnia 2020 r. ze zm. w związku z naruszeniem zapisów pkt 13 sekcji 6.5.2 w Podrozdziale 6.5. *Wytycznych kwalifikowalności* [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, zaś zaniechanie Zamawiającego zostało w tym przypadku 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-406/14¹ *Wrocław – miasto na prawach powiatu przeciwko Ministrowi Infrastruktury i Rozwoju* stwierdził: „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 210z 31.07.2006, s. 25, z późn. zm.) i ich konkluzje znajdują zastosowanie do nowych regulacji, tj. Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r.

Tak więc w sytuacji wystąpienia naruszenia przepisów *Wytycznych kwalifikowalności* 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.

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

Powyższe potwierdza także wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12.12.2014 r.²: 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.³ 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.⁴ „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 wątpliwości, że szkoda o której mowa w tym przepisie, nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda ta powstanie (por. wyrok NSA z dnia 19 marca 2013 r., sygn. akt II GSK 51/13). Tym samym, odstąpić od nałożenia korekty organ orzekający może wyłącznie w przypadku, jeżeli naruszenie prawa, w tym naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych, miało wyłącznie charakter formalny i nie mogło mieć wpływu na powstanie rzeczywistej czy też potencjalnej szkody, ani też na jej wysokość (por. wyrok NSA z dnia 25 kwietnia 2014 r., sygn. akt II GSK 173/13).

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 naruszenia zapisów Wytycznych kwalifikowalności, a tym samym na kwestię pomniejszenia wydatków kwalifikowanych.

Upublicznienie zapytania ofertowego to jedna z podstawowych czynności zamawiającego przeprowadzającego procedurę udzielenia zamówienia w oparciu o zasadę konkurencyjności. Wzrost konkurencji będący efektem m.in. jawności, przejrzystości a także możliwość dotarcia do informacji o prowadzonym postępowaniu do jak największego grona potencjalnych wykonawców przekłada się na ilość otrzymywanych ofert oraz obniżenie cen przy równoczesnym podniesieniu lub utrzymaniu jakości oraz transparentności postępowania. W tym też kontekście miejsce publikacji informacji o prowadzonym postępowaniu jest niezwykle istotne. Odpowiednia publikacja zapytań ofertowych zarówno przez

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

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

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

beneficjentów jak i przez wnioskodawców jest jednym z kluczowych warunków spełnienia tzw. zasady konkurencyjności. Zasada konkurencyjności odnosi się do beneficjentów/ wnioskodawców korzystających z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i jest regulowana na poziomie *Wytycznych kwalifikowalności*. Baza Konkurencyjności dostępna na stronie <https://bazakonkurencyjnosci.funduszeuropejskie.gov.pl> to internetowa baza ofert zawierająca ogłoszenia beneficjentów/ wnioskodawców. Podstawowym celem wprowadzenia wskazanego narzędzia było poza zapewnieniem przejrzystości prowadzonych postępowań, przede wszystkim zagwarantowanie szerokiego dostępu do zamówień udzielanych w ramach zasady konkurencyjności, o której mowa w *Wytycznych kwalifikowalności*. Internetowa baza zapytań pozwala bowiem na zgromadzenie w jednym miejscu informacji o postępowaniach prowadzonych przez beneficjentów/wnioskodawców w ramach realizowanych projektów współfinansowanych z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności a tym samym otwiera dla potencjalnych wykonawców szerszy dostęp do zamówień ze względu na wyeliminowanie rozproszenia informacji o postępowaniach prowadzonych na zasadzie konkurencyjności, co bezsprzecznie wpływa na większy zasięg, pełniejsze rozeznanie rynku oraz potencjalnie większą liczbę ofert. Tym samym brak informacji na ogólnodostępnej stronie dedykowanej wyłącznie postępowaniom o udzielenie zamówienia realizowanym w ramach projektów dofinansowanych ze środków UE, mógł mieć negatywny wpływ na zainteresowanie potencjalnych wykonawców przedmiotowym zamówieniem. Mając na uwadze działania i jednocześnie zaniechanie Zamawiającego w zakresie upublicznienia zapytania ofertowego, nie ulega wątpliwości, że stwierdzone naruszenie mogło spowodować szkodę potencjalną w budżecie UE.

Jak wskazywano już powyżej w treści Informacji pokontrolnej szkodą w interesach finansowych Unii Europejskiej jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, a nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa unijnego lub krajowego, w tym zasad określonych w przepisach regulujących zasady udzielania zamówień, w tym konkretnym przypadku w zapisach *Wytycznych kwalifikowalności*. Dla wystąpienia potencjalnej szkody wystarczy stwierdzenie możliwości jej wystąpienia, nie zaś wykazanie szkody rzeczywistej poprzez np. wskazanie konkretnego wykonawcy, który z określonych przyczyn odstąpił od udziału w prowadzonym postępowaniu.

Ze szkodą potencjalną mamy do czynienia wtedy, gdy właściwa instytucja, stwierdzając naruszenie, nie może z całą stanowczością, z całą pewnością, wykluczyć, że takie skutki wystąpiły. Zatem jeśli na podstawie konkretnych, indywidualnych okoliczności sprawy właściwa instytucja poweźmie wątpliwości co do tego, że określone naruszenie ustawy mogło skutkować wyrządzeniem szkody, zwiększonym niezasadnym wydatkiem ze strony budżetu UE to absolutnie tego rodzaju wydatku nie można uznać za kwalifikowalny w całości.

Co istotne, 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 orzecnictwie europejskim zasadą, że Unia 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 orzecnictwie 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”.

Mając na uwadze powyższe, należy zatem 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 spełnia definicję nieprawidłowości z art. 2 pkt 36 *Rozporządzenia ogólnego*.

Stwierdzenie nieprawidłowości indywidualnej 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).

W sytuacji, gdy nieprawidłowość dotyczy zamówienia publicznego przeprowadzonego w ramach projektu, którego realizację rozpoczęto przed podpisaniem umowy o dofinansowanie (a więc przed złożeniem wniosku o płatność) za wydatek w całości niekwalifikowany należałoby więc uznać całą kwotę wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach zamówienia, w którym stwierdzono nieprawidłowość indywidualną.

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 (Dz. U. z 2018, poz. 971 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 anulowanie 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 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 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.

Możliwość obniżenia stawki pomniejszenia uzależniona jest więc od indywidualnej oceny zamówienia, stopnia naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i niedyskryminacji.

Stwierdzona nieprawidłowość indywidualna związana z brakiem upublicznienia zapytania ofertowego, w Bazie Konkurencyjności, jednak za pomocą ogólnodostępnej strony internetowej Zamawiającego została wskazana wprost w Załączniku do *Rozporządzenia* w ramach kategorii nieprawidłowości indywidualnej pn. „Nieopublikowanie ogłoszenia o zamówieniu lub nieuzasadnione bezpośrednio udzielenie zamówienia

(tj. niezgodna z prawem procedura negocjacyjna bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu)” (pkt 1 Załącznika do Rozporządzenia – Dz. U. z 2021 r. poz., 2179) przy czym ogłoszenie opublikowano za pomocą innych odpowiednich środków i przewiduje stawkę procentową w wysokości 25%.

W związku z powyższym, obniżenie wartości wydatków kwalifikowalnych związanych z realizacją ww. zamówienia winno nastąpić przy zastosowaniu 25% stawki pomniejszenia.

Tym samym należy stwierdzić, że wskazana w pkt 2.1. Informacji pokontrolnej nieprawidłowość indywidualna związana z realizacją zamówienia pn.: „*Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego dla robót budowlanych w ramach zadania pn. Głęboka termomodernizacja budynków szkolnych w Gminie Krotoszyce*” skutkuje **pomniejszeniem w wysokości 25% faktycznych wydatków kwalifikowanych wynikających z realizacji umowy nr 89/04/2022 z dnia 28.04.2022 r.** Wartość zawartej umowy: 61 869,00 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 pomniejsza wydatki kwalifikowalne związane z realizacją zamówienia pn.: „*Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego dla robót budowlanych w ramach zadania pn. Głęboka termomodernizacja budynków szkolnych w Gminie Krotoszyce*” o 25% faktycznych wydatków kwalifikowanych wynikających z realizacji umowy nr 89/04/2022 z dnia 28.04.2022 r. Wartość zawartej umowy: 61 869,00 zł brutto.

W związku z powyższym, zobowiązuje się Wnioskodawcę do pomniejszenia wydatków kwalifikowanych/ ujęcia wydatków związanych z realizacją w/w umowy zawartej z wykonawcą w wysokości odpowiadającej kwocie nieprawidłowości po stronie wydatków niekwalifikowanych oraz przedłożenia do IZ RPO WD **w terminie 7 dni** od daty uprawomocnienia się niniejszej Informacji Pokontrolnej zaktualizowanego „Harmonogramu rzeczowo-finansowego realizacji projektu w ramach RPO WD 2014-2020” celem aktualizacji budżetu projektu.

Ponadto 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 uwzględnienia pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych, którego dokonał na etapie sporządzania załączników do umowy o dofinansowanie.

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 16.04.1993 r. 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	1 teczka

Zespół Kontrolujący:

Hanna Grafik-Krzywińska
/zaakceptowano elektronicznie/
(podpis kierownika zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 06 czerwca 2022 r.

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

Wrocław, dnia 06 czerwca 2022 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 07 czerwca 2022

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.