

DEFR-O-III.44.128.2022

**Informacja Pokontrolna
z kontroli projektu nr RPDS.03.03.01-02-0015/21**

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 poz. 818 ze zm.),
- § 18 umowy o dofinansowanie

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 Michaluk – Kierownik zespołu kontrolującego.
Anna Dzoń – Członek zespołu kontrolującego.

1.4. Nazwa jednostki kontrolowanej:

Gmina Dziadowa Kłoda.

1.5. Adres jednostki kontrolowanej:

ul. Oleśnicka 1, 56-504 Dziadowa Kłoda.

1.6. Numer i nazwa projektu:

RPDS.03.03.01-02-0015/21 pn. „Termomodernizacja budynku Zespołu Szkół w Dziadowej Kłodzie”.

1.7. Numer i data umowy/ decyzji o dofinansowaniu:

RPDS.03.03.01-02-0015/21 z dnia 16.11.2021 r.

1.8. Typ kontroli:

Kontrola własna instytucji na dokumentach.

1.9. Tryb kontroli:

Planowa.

1.10. Rodzaj kontroli:

W trakcie realizacji.

1.11. Data rozpoczęcia kontroli:

13.06.2022 r.

1.12. Zakres kontroli:

Kontrola ex-post prawidłowości udzielania zamówień.

1.12.1. Zamówienie pn. Termomodernizacja budynku Zespołu Szkół w Dziadowej Kłodzie. Numer referencyjny: UG.271.1.2022.JS

Nr i data ogłoszenia BZP: 2022/BZP 00055826/01 z dnia 14.02.2022 r.

Tryb udzielenia zamówienia: Tryb podstawowy bez negocjacji.

Szacunkowa wartość zamówienia: 4 990 747,88 zł / 1 120 609,82 euro.

Wybrany Wykonawca: SKŁAD OKIEN.PL Szymon Mieczkowski, ul. Lipowa 2, 55-093 Borowa.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą: 272.1/1/2022 z dnia 14.04.2022 r.

Wartość zawartej umowy: 7 576 800,00 zł.

2. Ustalenia i wnioski z kontroli.

2.1. Zamówienie pn. Termomodernizacja budynku Zespołu Szkół w Dziadowej Kłodzie. Numer referencyjny: UG.271.1.2022.JS

Gmina Dziadowa Kłoda [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 po uwagę status Zamawiającego, wartość oraz przedmiot zamówienia należy stwierdzić, iż przepisy ustawy PZP mają w tym przypadku zastosowanie.

Postępowanie przetargowe przeprowadzone zostało w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu nr 2022/BZP 00055826/01 [dalej Ogłoszenie o zamówieniu] opublikowano w dniu 14.02.2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na Platformie Zakupowej Zamawiającego <https://dziadowakloda.ezamawiajacy.pl> oraz stronie internetowej <https://www.bip.dziadowakloda.pl>.

Specyfikację Warunków Zamówienia [dalej SWZ] zamieszczono na Platformie Zakupowej Zamawiającego <https://dziadowakloda.ezamawiajacy.pl> oraz stronie internetowej <https://www.bip.dziadowakloda.pl> w dniu 14.02.2022 r.

Zgodnie z zapisami Ogłoszeniu o zamówieniu (Seksja V.5.2) oraz SWZ (Rozdział VII.7.2) oprócz obligatoryjnych podstaw wykluczenia określonych w art. 108 ustawy PZP Zamawiający przewidział w prowadzonym postępowaniu fakultatywne podstawy wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 4.

Termin składania ofert zgodnie z zapisami sekcji VIII Ogłoszenia o zamówieniu (ze zmianami) oraz sekcji VIII SWZ (ze zmianami) wyznaczono na dzień 18.03.2022 r.

W wyniku analizy dokumentacji przetargowej ustalono, iż wykonawca, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą SKŁADOKIEN.PL SZYMON MIECZKOWSKI [zwany dalej Wykonawcą] z którym ostatecznie w dniu 14.04.2022r. podpisano umowę nr 272.1/1/2022 złożył wraz z ofertą oświadczenie o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP (tzw. oświadczenie wstępne) potwierdzające brak podstaw wykluczenia wyłącznie w zakresie o którym mowa w art. 108 ustawy PZP. W przygotowanym przez Zamawiającego wzorze oświadczenia, stanowiącym załącznik nr 4 do SWZ, Wykonawca wykreślił bowiem pkt 2 dotyczący braku podstaw wykluczenia o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1 i pkt 4 ustawy PZP.

Mając na uwadze wskazane powyżej zapisy dokumentacji przetargowej należy stwierdzić co następuje.

Na podstawie art. 125 ust 1 ustawy PZP do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Zgodnie z zapisami ust. 3 wskazanego art. 125 ustawy PZP oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.

Zamówienie publiczne może uzyskać wyłącznie wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę i nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały określone przez zamawiającego. Zamawiający, w toku postępowania, dokonuje więc nie tylko oceny ofert, ale także kwalifikacji podmiotowej wykonawców. Jest to zwykle proces dwuetapowy.

Pierwszy etap kwalifikacji podmiotowej obejmuje wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i jest dokonywany na podstawie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy 1 PZP. Co do zasady, oświadczenie to, wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, składają wszyscy wykonawcy.

Zgodnie z art. 125 ust. 3 ustawy PZP oświadczenie wymienione w art. 125 ust. 1 stanowi dowód potwierdzający odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, tymczasowo zastępując wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Nie jest więc podmiotowym środkiem dowodowym w rozumieniu ustawy.

Drugi etap kwalifikacji podmiotowej dokonywany jest na podstawie treści wymaganych przez zamawiającego podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień ich złożenia i obejmuje jedynie tego wykonawcę, którego oferta na danym etapie postępowania została uznana jako najwyższej oceniona (art. 126 ust. 1 oraz art. 274 ust. 1 ustawy PZP).

Na podstawie zapisów art. 266 ustawy PZP do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88-90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132-188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu III stanowią inaczej.

Uwzględniając dyspozycję wskazanego art. 266 ustawy PZP w rozpatrywanej sprawie zastosowanie winien znaleźć przepis art. 128 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym (cyt.): *„Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.”*

W warunkach rozpatrywanej sprawy Zamawiając zobligowany by zatem po dokonaniu weryfikacji zapisów oświadczenia wstępnego złożonego przez Wykonawcę wezwać Go, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP, do poprawienia treści oświadczenia o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP.

Jak wskazano m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 sierpnia 2021 r.¹: (cyt.): *„W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wadliwość powyższą można było „naprawić” za pomocą przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, przez wezwanie odwołującego do złożenia dokumentu pełnomocnictwa z podpisami elektronicznymi dającymi się zweryfikować. Jednakże zamawiający czynności tej zaniechał, czym naruszył ww. przepis. Izba wskazuje, że skoro z dyspozycji omawianego przepisu wynika nakaz nałożony na zamawiającego przez ustawodawcę do wezwania wykonawcy do złożenia dokumentu, który pierwotnie do tej oferty nie został załączony, to tym bardziej zamawiający zobowiązany jest do uzupełnienia dokumentu, który zawiera błąd.”*

Na obligatoryjny charakter wezwania, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy PZP wskazuje także doktryna, zgodnie z którą (cyt.): *„Określonym w art. 128 ust. 1 PZP przypadkom odpowiada nałożenie na zamawiającego obowiązku wezwania wykonawcy odpowiednio do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu, ich poprawienia lub uzupełnienia.”*²

W warunkach tej konkretnej sprawy bezspornie doszło zatem do pominięcia procedur przewidzianych art. 128 ust. 1 PZP w obszarze weryfikacji podmiotowej Wykonawcy, SKŁAD OKIEN.PL Szymon Mieczkowski. Tym samym

1. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 2039/21.

2. M. Jaworska Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa 2021, s. 398.

doszło do naruszenia zapisów § 16 ust. 1 i 2 umowy o dofinansowanie poprzez naruszenie zapisów art. 128 ust. 1 PZP w związku z art. 125 ust. 1 ustawy PZP.

Ocena postępowania: z zastrzeżeniami.

Zespół Kontrolujący:

Agnieszka Michaluk

/zaakceptowano elektronicznie/

.....
(podpis kierownika zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 22 lipca 2022 r.

Anna Dżoń

/zaakceptowano elektronicznie/

.....
(podpis członka zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 22 lipca 2022 r.

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 pn. Termomodernizacja budynku Zespołu Szkół w Dziadowej Kłodzie. Numer referencyjny: UG.271.1.2022.JS

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 2018 r., poz. 1431 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.) [zwanej dalej Rozporządzeniem 1303/2013].

Zgodnie z zapisami ww. art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013 nieprawidłowość oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczące 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, tj. czy doszło do kumulatywnego spełnienia wszystkich trzech przesłanek wystąpienia nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013.

W zakresie pierwszej z przesłanek wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej po gruntownym zbadaniu sprawy należy bezspornie uznać za udowodnione, iż Zamawiający naruszył zapisy art. 128 ust 1 ustawy PZP w związku z art. 125 ust 1 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, co zostało bezsprzecznie wykazane i opisane w części 2.1 niniejszej Informacji Pokontrolnej.

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 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 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 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

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

4. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12 grudnia 2014 r., sygn. akt II GSK 1467/13.

5. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 19 lutego 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.

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).

Warunkiem nałożenia korekty jest więc 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 możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE.

Przechodząc zatem do analizy możliwości wystąpienia szkody w budżecie Unii Europejskiej w kontekście wykrytego naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy PZP w związku z art. 125 ust 1 ustawy PZP stwierdzono, co następuje.

Zgodnie z art. 274 ust 1 ustawy PZP Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W warunkach rozpatrywanego stanu faktycznego pismem z dnia 25.03.2022 r., na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający wezwała Wykonawcę którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w terminie do dnia 4.04.2022r. podmiotowych środków dowodowych, w tym podmiotowych środków dowodowych w zakresie fakultatywnych podstaw wykluczenia o których mowa w art. 109 ust 1 pkt 1 i pkt 4 ustawy PZP, wskazanych zapisami Rozdziału IX SWZ tj.:

- odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy, sporządzonych nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji (pkt 9.4.1 SWZ),

- zaświadczenia właściwego naczelnika Urzędu skarbowego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega opłacenie podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt.1 ustawy Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłaceniem podatków lub opłat- także dokumentów potwierdzających, że przed upływem terminu składania ofert Wykonawca dokonał płatności należnych podatków lub opłat wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności (pkt 9.4.2 SWZ),

- zaświadczenia lub innego dokumentu właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub właściwego oddziału regionalnego lub właściwej placówki terenowej Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłaceniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, w zakresie art. 109 ust.1 pkt. 1 ustawy Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z zaświadczeniem albo innym dokumentem potwierdzającym, że przed upływem terminu składania ofert Wykonawca dokonał płatności należnych składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności (pkt 9.4.3 SWZ),

- oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust 1, w zakresie art. 109 ust 1 pkt 1 Pzp odnośnie do naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1170 – załącznik nr 9 do SWZ (pkt 9.4.4 SWZ).

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w wyznaczonym terminie przedłożył:

- odpis z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, wygenerowany ze strony <https://aplikacja.ceidg.gov.pl> wg stanu na dzień 26.03.2022 r. Ponadto w ofercie Wykonawca wskazał dane umożliwiające dostęp do tego dokumentu w bezpłatnej i ogólnodostępnej bazie danych,
- zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego brak zaległości podatkowych na dzień 25.02.2022 r.
- zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne na dzień 24.02.2022 r.
- oświadczenie własne Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 w zakresie art. 109 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp złożone w dniu 01.04.2022 r.

Dokonując analizy stwierdzonego naruszenia pod kątem wystąpienia trzeciej przesłanki nieprawidłowości indywidualnej tj. możliwości wystąpienia szkody lub potencjalnej szkody poprzez możliwość sfinansowania nieuzasadnionego wydatku wskazać należy, że składane na wezwanie środki dowodowe mają co do zasady potwierdzać aktualność informacji podanych w oświadczeniu wstępnym w zakresie braku podstaw wykluczenia z udziału w prowadzonym postępowaniu. Innymi słowy przez cały okres trwania procedury o zamówienie poczynawszy od wyznaczonego terminu składania ofert wykonawca nie może podlegać wykluczeniu z udziału w prowadzonym postępowaniu. Dlatego też składane na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia podmiotowe środki dowodowe powinny być aktualne na dzień ich złożenia, co oznacza, że mają poświadczać pożądane okoliczności na ten właśnie dzień. Za aktualny, na gruncie zapisów art. 274 ust. 1 ustawy PZP, należy zatem uznać taki dokument, który potwierdzać będzie brak wystąpienia podstaw do wykluczenia w chwili jego złożenia, ale także, że ten stan trwa nieprzerwanie przez cały okres postępowania od upływu terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu do chwili potwierdzenia tego stanu poprzez złożenie dokumentu potwierdzającego w swej treści ten stan. Jak wskazuje doktryna (cyt.): „*Aktualność podmiotowych środków dowodowych składanych na żądanie zamawiającego powinna być rozumiana tak samo jak na gruncie art. 126 PZP.*”⁷ Zgodnie natomiast z komentarzem do art. 126 ustawy PZP (cyt.): „*Wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia zobowiązany jest potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak przesłanek wykluczenia na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo składania ofert. Stan ten powinien trwać przez cały okres postępowania. (...) W odpowiedzi na wezwanie dokonywane na podstawie art. 126 PZP wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe **aktualne na dzień ich złożenia**. „Aktualny”, zgodnie z definicją z internetowego Słownika języka polskiego, oznacza „dotyczący tego co się dzieje obecnie, ważny w czasie obecnym”. Podmiotowe środki dowodowe, składane na wezwanie w trybie art. 126 PZP, mają zatem stanowić odzwierciedlenie istniejącej na dzień ich złożenia sytuacji podmiotowej wykonawcy. Jednocześnie powinny potwierdzać, że na dzień ich złożenia stan w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia **nie uległ zmianie** i ma charakter ciągły w stosunku do stanu z dnia złożenia jednolitego dokumentu. Zatem **aktualność podmiotowych środków dowodowych** nie może być utożsamiana z data ich wystawienia. Wyraża się w obrazowaniu **bieżącej sytuacji wykonawcy** na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, która powinna mieć charakter trwały od dnia złożenia oświadczenia na jednolitym dokumencie.*”⁸

Jest to szczególnie istotne w okolicznościach stanu faktycznego rozpatrywanego przypadku z punktu widzenia wystąpienia możliwości sfinansowania nieuzasadnionego wydatku ze względu na możliwość wystąpienia potencjalnej szkody. Należy bowiem zauważyć, że Wykonawca składając w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego środki dowodowe potwierdzające brak zaległości podatkowych oraz brak zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne odpowiednio na dzień 25.02.2022r. oraz na dzień 24.02.2022r. potwierdził ciągłość braku wystąpienia podstaw wykluczenia w zakresie o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP od dnia wskazanego w tych środkach dowodowych do dnia ich przedłożenia Zamawiającemu a zatem potwierdził brak wystąpienia podstaw wykluczenia także na dzień składania ofert. Wyciąg z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej wygenerowany dnia 26.03.2022 W tym przypadku istotna jest data wygenerowania dokumentu po terminie składania ofert. Złożony dokument potwierdził bowiem brak podstaw wykluczenia o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP na dzień składania ofert.

7. M. Jaworska Prawo zamówień..., op. cit., s. 718.

8. *Ibidem*, s. 393 i n.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 25.03.2022r. w zakresie potwierdzenia braku podstaw wykluczenia o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP przedłożył również, na przygotowanym przez Zamawiającego wzorze nr 9 do SWZ, oświadczenie własne z dnia 31.03.2022r. potwierdzające aktualność informacji zawartych w złożonym wraz z ofertą oświadczeniu wstępnym.

Istotnym w rozpatrywanej sprawie jest fakt, iż Wykonawca składając wraz z ofertą Załącznik nr 4 do SWZ wykreślił z jego treści zarówno pkt 2 dotyczący potwierdzenia braku wystąpienia podstaw wykluczenia o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1 i pkt 4 ustawy PZP jak również pkt 3 którego treść potwierdzała wystąpienie podstaw wykluczenia o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1 i pkt 4 ustawy PZP w stosunku do Wykonawcy w którym to punkcie Wykonawca zobowiązany był wykazać podjęte środki naprawcze, zgodnie z dyspozycją art. 110 ust. 2 ustawy PZP. Tym samym tak złożone oświadczenie było w swej treści sprzeczne.

W toku prowadzonej kontroli Zamawiający przedłożył oświadczenie własne Wykonawcy potwierdzające brak wystąpienia podstaw wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1 i pkt 4 ustawy PZP wraz z wyjaśnieniem Wykonawcy o błędnym wykreśleniu w załączniku nr 4 do SWZ jego pkt 2.

Jak już wskazywano powyżej jednym z obligatoryjnych warunków stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości indywidulanej jest wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. W tym celu niezbędnym jest wykazanie związku przyczynowo skutkowego zapoczątkowanego naruszeniem przepisu prawa a możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku.

W okolicznościach stanu faktycznego rozpatrywanej sprawy, ze względu na zaistniałe okoliczności (wymagane w postępowaniu środki dowodowe a przede wszystkim daty ich wystawienia oraz przedłożenia przez Wykonawcę do Zamawiającego) można bezsprzecznie wykluczyć możliwość wywołania szkodliwego wpływu w budżecie środków europejskich. Należy bowiem potwierdzić, iż w warunkach stanu faktycznego rozpatrywanej sprawy nie można, nawet hipotetycznie, wykazać możliwości wystąpienia szkody potencjalnej. Nie sposób bowiem w warunkach stanu faktycznego tej konkretnej sprawy wykazać logicznego następstwa zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE ze względu na fakt, iż zebrany materiał dowodowy potwierdza w sposób nie budzący wątpliwości, że na dzień składania ofert Wykonawca, pomimo wadliwie wypełnionego oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, nie podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie przesłanek o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1 i pkt 4 ustawy PZP.

Po dokonaniu wieloaspektowej 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 wykazać związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a nawet potencjalną szkodą w budżecie UE.

Dokonując wieloaspektowej analizy, należy stwierdzić iż wykryte naruszenie nie spełnia definicji nieprawidłowości z art. 2 pkt 36 *Rozporządzenia ogólnego*.

5. Wynik kontroli.

Z nieistotnymi zastrzeżeniami.

6. Zalecenia pokontrolne.

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 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913 ze zm.).

8. Lista załączników.

Lp.	Nazwa załącznika	sztuk
1.	Deklaracje bezstronności	2
2.	Lista sprawdzająca	2

Zespół Kontrolujący:

Agnieszka Michaluk
/zaakceptowano elektronicznie/

.....
(podpis kierownika zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 22 lipca 2022 r.

Anna Dzoń
/zaakceptowano elektronicznie/

.....
(podpis członka zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 22 lipca 2022 r.

Małgorzata Kuruc
Z-ca Dyrektora 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 22 lipca 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.

Potwierdzam zgodność kopii z dokumentem elektronicznym:

Identyfikator dokumentu	1132089.2658035.2768086
Nazwa dokumentu	RPDS.03.03.01-02-0015_21 Gmina Dziadowa Kłoda.pdf
Tytuł dokumentu	RPDS.03.03.01-02-0015_21 Gmina Dziadowa Kłoda
Sygnatura dokumentu	DEFR-O-III.44.128.2022
Data dokumentu	2022-07-22 11:02:25
Skrót dokumentu	B112054E42D5DEC77B8986980FC1DDD4102F5E B4
Wersja dokumentu	1.3
Data podpisu	2022-07-22
Podpisane przez	Małgorzata Kuruc Zastępca Dyrektora Departamentu
Rodzaj certyfikatu	Certyfikat kwalifikowany podpisu elektronicznego
Akceptacja	Dobrowolska Ewa, 2022-07-22 10:45:32, wersja 1.0 (Dyrektor Wydziału, Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O), Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O)) Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
Akceptacja	Aleksandrowicz Marek, 2022-07-22 10:17:20, wersja 1.0 (Kierownik Działu, Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O), Dział Kontroli Projektów EFRR (DEFR-O-III)) Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
Akceptacja	Dzoń Anna, 2022-07-22 10:13:47, wersja 1.0 (Główny Specjalista, Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O), Dział Kontroli Projektów EFRR (DEFR-O-III)) Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
Akceptacja	Michałuk Agnieszka, 2022-07-22 10:12:13, wersja 1.0 (Główny Specjalista, Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O), Dział Kontroli Projektów EFRR (DEFR-O-III)) Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
	EZD 3.108.75.75.
Data wydruku:	2022-07-22 11:09:12
Autor wydruku:	Michałuk Agnieszka