

DEFR-O-III.44.278.2022

**Ostateczna Informacja Pokontrolna
z kontroli projektu RPDS.02.01.02-02-0014/21**

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

1.2. Nazwa Jednostki Kontrolującej:

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

1.3. Skład zespołu kontrolującego:

Hanna Grafik-Krzymińska – Kierownik zespołu kontrolującego.
Łukasz Wroński – Członek zespołu kontrolującego.

1.4. Nazwa jednostki kontrolowanej:

Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław Sp. z o.o.

1.5. Adres jednostki kontrolowanej:

Ul. Przybyszewskiego 102-104, 51-148 Wrocław.

1.6. Numer i nazwa projektu:

RPDS.02.01.02-02-0014/21 „Wdrożenie e-usług świadczonych przez Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław Sp. z o.o.

1.7. Numer i data decyzji o dofinansowaniu:

RPDS.02.01.02-02-0014/21 z dnia 30.09.2021 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:

26.01.2022 r.

1.12. Zakres kontroli:

Kontrola ex-post prawidłowości udzielania zamówień.

1.12.1. Zamówienie pn.: „Dostawa oprogramowania w ramach Wdrożenie E-Uслуг świadczonych przez Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław Sp. z o.o.”.

ZZP.360.14.2022

Zamawiający: Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o.

Nr i data ogłoszenia: 2022/BZP 00220475/01 z 23.06.2022 r.

Tryb udzielenia zamówienia: art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2019) [dalej PZP].

Szacunkowa wartość zamówienia: 500 000,00 zł netto/ 112 268,73 euro.

Wybrany wykonawca: Spółka Cywilna Sacer: Aleksandra Wojda, wykonującą działalność gospodarczą pod nazwą Aleksandra Wojda Sacer s.c.(Wspólnik Spółki Cywilnej), ul. Jerzego Waszyngtona nr 34/36, 81-342 Gdynia , Ryszard Lechociński wykonujący działalność gospodarczą pod nazwą: Ryszard Lechociński Sacer s.c. (Wspólnik Spółki Cywilnej), ul. Jerzego Waszyngtona nr 34/36, 81-342 Gdynia, Magdalena Bednarczyk, wykonującą działalność gospodarczą pod nazwą Magdalena Bednarczyk Sacer. s.c. (Wspólnik Spółki Cywilnej), ul. Jerzego Waszyngtona 34/36, 81-342 Gdynia, Marcin Wojda, wykonujący działalność pod nazwą Marcin Wojda Sacer s.c. (Wspólnik Spółki Cywilnej), ul. Jerzego Waszyngtona nr 34/36,81-342 Gdynia.

Nr i data umowy z wykonawcą: DT.362.22.2022 z 17.08.2022 r.

Wartość umowy: 584 938,80 zł brutto.

1.12.2. Zamówienie pn.: „System wydruku i skanowania wraz z modulem OCR na potrzeby realizacji projektu pn. „ Wdrożenie E-Uслуг Świadczone Przez Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław Sp. z o.o.”

ZZP.360.18.2022

Zamawiający: Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o.

Nr i data ogłoszenia BZP: 2022/BZP 00255488/01 z dnia 14.07.2022 r.

Tryb udzielenia zamówienia: art. 275 ust. 1 ustawy PZP.

Szacunkowa wartość zamówienia: 101 651,27 zł netto/ 22 824,52 euro.

Wybrany wykonawca: Euroimpex S.A., ul. Mydlana 5, 51-502 Wrocław

Nr i data umowy z wykonawcą: DT.362.30.2022 z dnia 26.08.2022 r.

Wartość umowy: 129 100,80 zł brutto.

1.12.3. Zamówienie pn.: „Zakup infrastruktury serwerowej i sieciowej oraz komputerów biurowych wraz z oprogramowaniem na potrzeby realizacji projektu pn. „Wdrożenie E-Uслуг świadczonych przez TBS Wrocław”.

ZZP.360.1.2022

Zamawiający: Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o.

Nr i data ogłoszenia DUUE: 2022/S 047-121590 z dnia 08.03.2022 r.

Tryb udzielenia zamówienia: art. 132 ustawy PZP.

Szacunkowa wartość zamówienia: 1 154 908,50 zł netto/259 320,21 euro z podziałem na części: 304 552,50 zł netto/ 68 383,44 euro i 850 356,00 zł netto/190 936,77 euro.

Część nr 1 – dostawa 35 zestawów komputerowych

Unieważniono na podstawie art. 255 ust. 1 ustawy PZP, w postępowaniu nie wpłynęła żadna oferta.

Część nr 2 - dostawa wyposażenia wraz z wdrożeniem oprogramowania (instalacją).

Wybrany wykonawca: AB Systems sp. z o.o., ul. Galicyjska 1 31-586 Kraków.

Nr i data umowy z wykonawcą: DT.362.17.2022 z dnia 23.06.2022 r.

Wartość umowy: 951 897,00 zł brutto.

1.12.4. Zamówienie pn.: „Zakup komputerów biurowych wraz z oprogramowaniem na potrzeby realizacji projektu pn. „ Wdrożenie E-USług świadczonych przez Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław Sp. z o.o.”

ZZP.360.5.2022

Zamawiający: Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o.

Nr i data ogłoszenia BZP: zaproszenie do negocjacji z dnia 13.05.2022 r.

Tryb udzielenia zamówienia: zamówienie z wolnej ręki, art. 214 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP.

Szacunkowa wartość zamówienia: 304 552,50 zł netto// 68 383,44 euro.

Wybrany wykonawca: AB Systems sp. z o.o., ul. Galicyjska 1 31-586 Kraków.

Nr i data umowy z wykonawcą: DT.362.19.2022 z dnia 04.07.2022 r.

Wartość umowy: 362 911,50 zł brutto.

2. Ustalenia i wnioski z kontroli.

2.1. Zamówienie: „Dostawa oprogramowania w ramach Wdrożenie E-USług świadczonych przez Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław Sp. z o.o.”.

Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław Sp. z o.o. [dalej Zamawiający] realizując przedmiotowe zamówienie jako podmiot zamawiający, o którym mowa w art. 4 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) [dalej ustawa PZP], zobligowany był do stosowania przepisów ustawy PZP.

Biorąc pod uwagę status Zamawiającego, wartość oraz przedmiot zamówienia, należy stwierdzić, iż przepisy ustawy PZP mają w tym przypadku zastosowanie.

Zamawiający przeprowadził przedmiotowe zamówienie w trybie podstawowym bez negocjacji, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych [dalej BZP] w dniu 23.06.2022 r. pod numerem 2022/BZP 00220475/01 [dalej Ogłoszenie o zamówieniu]. Specyfikację Warunków Zamówienia [dalej SWZ] wraz z Ogłoszeniem o zamówieniu zamieszczono w dniu 23.06.2022 r. na stronie internetowej prowadzonego postępowania <https://tbs-wroclaw.logintrade.net/rejestracja/ustawowe.html>.

W wyniku analizy zapisów dokumentacji przetargowej ustalono następujący stan faktyczny.

W Ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający przewidział fakultatywną przesłankę wykluczenia z postępowania o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, której nie wykazał w zapisach pkt 8.2 Rozdziału 8 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ). W zapisach pkt 8.2 Rozdziału 8 SWZ Zamawiający wskazał fakultatywną przesłankę wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, której nie przewidział w zapisach Sekcji V, pkt 5.2 Ogłoszenia o zamówieniu.

W związku z opisanym stanem faktycznym stwierdzono rozbieżność zapisów Ogłoszenia o zamówieniu oraz zapisów SWZ w zakresie przewidywanego w prowadzonym postępowaniu katalogu fakultatywnych przesłanek wykluczenia.

Treść ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym w trybie przewidzianym w art. 275 ustawy PZP reguluje Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych [dalej Rozporządzenie w sprawie ogłoszeń], które wykonuje upoważnienie ustawowe zawarte w art. 272 ust. 2 ustawy PZP. Zgodnie z załącznikiem nr 1 do Rozporządzenia w sprawie ogłoszeń zakres informacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu obejmuje m.in.: w odniesieniu do kwalifikacji podmiotowej wykonawców informację, o podstawach wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 ustawy - jeżeli zamawiający je przewiduje. Minimalny zakres treści SWZ uregulowany jest z kolei art. 281 ustawy PZP. Zgodnie z ust. 2 pkt 1 SWZ zawiera podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1, pod warunkiem że Zamawiający je przewiduje.

Zgodnie z art. 16 ustawy PZP, w którym zawarte zostały zasady udzielania zamówień, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Poprzez opisaną wyżej konstrukcję zapisów dokumentów postępowania naruszona została zasada przejrzystości postępowania, która wymaga, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było według jasnych i zrozumiałych reguł. Celem stosowania zasad udzielania zamówień jest bowiem zagwarantowanie podmiotom uczestniczącym w postępowaniu przetargowym w charakterze wykonawców sprawiedliwości proceduralnej opartej o takie same zasady. Zasada przejrzystości, której naruszenie w tym przypadku stwierdzono, jest jedną z podstawowych zasad unijnego systemu zamówień publicznych związanych z zasadą równego traktowania wykonawców oraz z zakazem dyskryminacji wykonawców. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej tak oto wypowiedział się na temat zasady przejrzystości w wyroku z dnia 19 grudnia 2018 r. ¹, które to wnioskowanie jest adekwatne w zaistniałym stanie faktycznym (cyt.): „*Otóż zarówno zasady równości traktowania i niedyskryminacji, jak i zasada przejrzystości, która z nich wynika (zob. podobnie wyrok z dnia 17 grudnia 2015 r., UNIS i Beaudout Père i Fils, C-25/14 i C-26/14, EU:C:2015:821, pkt 38), oznaczają, że wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia powinny być określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, pozwolić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 13 lipca 2017 r., Ingsteel i Metrostav, C-76/16, EU:C:2017:549, pkt 34).*”

Mając na uwadze przedstawiony stan faktyczny należy stwierdzić że w postępowaniu doszło do naruszenia zapisów art. 16 pkt 2 ustawy PZP w związku zapisami § 6 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie ogłoszeń i art. 281 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP.

Ocena postępowania: z zastrzeżeniami.

2.2 Zamówienie pn.: „System wydruku i skanowania wraz z modulem OCR na potrzeby realizacji projektu pn. „ Wdrożenie E-Usług Świadczonej Przez Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław Sp. z o.o.”

Ocena postępowania: bez zastrzeżeń.

2.3. Zamówienie pn.: „Zakup infrastruktury serwerowej i sieciowej oraz komputerów biurowych wraz z oprogramowaniem na potrzeby realizacji projektu pn. „Wdrożenie E-Usług świadczonych przez TBS Wrocław”.

Ocena postępowania: bez zastrzeżeń.

2.4. Zamówienie pn.: „Zakup komputerów biurowych wraz z oprogramowaniem na potrzeby realizacji projektu pn. „ Wdrożenie E-Usług świadczonych przez Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław Sp. z o.o.”

Ocena postępowania: bez zastrzeżeń.

Zespół Kontrolujący:

Hanna Grafik-Krzywińska
/zaakceptowano elektronicznie/

(podpis kierownika zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 16 marca 2023 r.

1. Orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (ósma izba) z dnia 19 grudnia 2018 r. w sprawie C-216/17 Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust i Coopservice

Łukasz Wroński
/zaakceptowano elektronicznie/
(podpis członka zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 16 marca 2023 r.

3. Stanowisko wobec zgłoszonych zastrzeżeń.

W związku z wniesieniem w dniu 06.03.2023 r. pismem sygn. ZZP.433.1.2023.NM z dnia 02.03.2023 r. zastrzeżeń do Informacji pokontrolnej z dnia 16.02.2023 r. [dalej Zastrzeżenia], dokonano szczegółowej analizy podniesionej w złożonych Zastrzeżeniach argumentacji w zakresie dotyczącym ustaleń co do naruszenia wskazanych przepisów ustawy PZP w kontekście stwierdzonego wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej (punkt 4.1 Informacji pokontrolnej). Po analizie opisanych Zastrzeżeń należy stwierdzić, iż Zamawiający nie wskazał żadnych nowych okoliczności faktycznych, mogących posłużyć do zakwestionowania ustaleń stwierdzonego stanu faktycznego w sprawie. Ten pozostaje bowiem bezsporny.

Przechodząc do szczegółowej analizy podniesionej w złożonych Zastrzeżeniach argumentacji wskazać należy, iż Zamawiający zakwestionował wystąpienie stwierdzonego w ramach ustaleń stanu faktycznego naruszenia zapisów art. 16 pkt 2 ustawy PZP w związku zapisami § 6 pkt 1 *Rozporządzenia w sprawie ogłoszeń* i art. 281 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP wskazując, iż rozbieżność między katalogiem fakultatywnych podstaw wykluczenia z postępowania wskazanym w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ mogła zostać spowodowana sposobem, w jaki wypełniane są pola dotyczące fakultatywnych podstaw wykluczenia oraz problemami technicznymi, które miały miejsce w momencie publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Jako dowód Zamawiający załączył wydruk ze strony internetowej z publikacji ogłoszenia o zamówieniu w serwisie e-Zamówienia.

Odpowiadając na ten argument należy wskazać, że Zamawiający jest gospodarzem i dysponentem postępowania. W praktyce oznacza to, że czuwa nad przebiegiem procedury. Z uwagi na pełnioną rolę, jest zatem zobowiązany m.in. do poprawy błędów w dokumentacji postępowania. Skoro Zamawiający miał świadomość wystąpienia problemów technicznych oraz świadomość faktu, że wypełnianie formularza ogłoszenia o zamówieniu może narażać na problemy, powinien zweryfikować treść opublikowanego ogłoszenia z treścią SWZ i w razie stwierdzonych rozbieżności, dokonać poprawienia danych w formularzu ogłoszenia o zamówieniu poprzez publikację ogłoszenia o zmianie ogłoszenia. Tym samym argumenty Zamawiającego dotyczące problemów technicznych należy uznać za chybione.

Zamawiający podniósł w złożonych Zastrzeżeniach, że prawidłowe przesłanki wykluczenia zostały wskazane przez niego w SWZ a świadczy o tym wykaz dokumentów podmiotowych wymienionych w treści SWZ. Zamawiający zaznaczył przy tym, że przepisy ustawy PZP nie odnoszą się w tym zakresie do treści ogłoszenia o zamówieniu a jedynie do SWZ. W konsekwencji, zdaniem Zamawiającego zastosowane w postępowaniu przesłanki wykluczenia wskazane w SWZ spójne z katalogiem dokumentów wskazanych w SWZ świadczą o jego prawidłowym postępowaniu w zakresie kwalifikacji podmiotowej wykonawców w odniesieniu do podstaw wykluczenia.

Odnosząc się do tej części Zastrzeżeń należy wskazać, że zgodnie art. 109 ust. 2 ustawy PZP, jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1 art. 109 ustawy PZP, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Zgodnie z art. 281 ust. 2 ustawy PZP w przypadku postępowania na podstawie art. 275 ust. 1 ustawy PZP SWZ zawiera również podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1, jeżeli zamawiający je przewiduje. Zgodnie z załącznikiem nr 1 do Rozporządzenia w sprawie ogłoszeń zakres informacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu obejmuje m.in.: w odniesieniu do kwalifikacji podmiotowej wykonawców informację, o podstawach wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 ustawy - jeżeli zamawiający je przewiduje.

Wskazane przepisy jednoznacznie obligują Zamawiającego, do zamieszczenia informacji o fakultatywnych przesłankach wykluczenia zarówno w treści Ogłoszenia o zamówieniu jak i w SWZ, o ile zamawiający je przewiduje. Zapisy obu dokumentów w tym zakresie muszą być ze sobą spójne, ponieważ w taki sposób realizowane są zasady prowadzenia zamówień wskazane w art. 16 ustawy PZP, tj. z zachowaniem uczciwej

konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności. Ustawa PZP w swej treści nie posiada przepisu, który hierarchizowałby omawiane dokumenty. Stąd też należy uznać, że ogłoszenie o zamówieniu i specyfikacja warunków zamówienia są zrównane w swej istotności. Ustawa PZP nie pozwala na przyjęcie prymatu zapisów specyfikacji warunków zamówienia nad treścią ogłoszenia o zamówieniu. Są to dokumenty, które powinny być ze sobą spójne i w sposób jednakowy opisywać szeroko rozumiane warunki udziału w prowadzonym postępowaniu, a w tym konkretnym przypadku przewidywane przez Zamawiającego fakultatywne podstawy wykluczenia. Zamawiający powinien dochować należytej staranności sporządzając obydwa dokumenty przede wszystkim dbając o zachowanie przywołanych zasad. Istotna rozbieżność między ogłoszeniem o zamówieniu a SWZ np. w zakresie fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania, musi być uznana za mającą wpływ na wynik postępowania. Zestawiając ze sobą ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ, należy mieć na uwadze, że w praktyce publikacja ogłoszenia jest pierwszą czynnością zamawiającego podejmowaną w postępowaniu, której celem jest rozpowszechnienie informacji o zamówieniu oraz skrócone przedłożenie warunków tego zamówienia. Ogłoszenie umieszcza się w Biuletynie Zamówień Publicznych (jak w analizowanym przypadku) lub w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, natomiast SWZ na stronie postępowania. Poprzez ogłoszenie o zamówieniu informacja o postępowaniu ma więc możliwość dotarcia do znacznie szerszego kręgu odbiorców. Zawierając ograniczone, skrócone informacje, ogłoszenie ma za zadanie zachęcić potencjalnych wykonawców do wzięcia udziału w przetargu, a następnie przekierować ich na stronę postępowania, gdzie każdy zainteresowany będzie mógł zapoznać się ze szczegółową treścią istotnych warunków zamówienia. Biorąc pod uwagę ten mechanizm nie ulega wątpliwości, że uwzględnienie w ogłoszeniu o zamówieniu w szczególności przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP mogło mieć wpływ na krąg wykonawców zainteresowanych udziałem w prowadzonym postępowaniu. Reasumując należy podkreślić, iż podniesiony przez Zamawiającego bezsporny fakt, iż przesłanki wykluczenia zostały wskazane przez niego w SWZ o czym świadczyć ma wykaz dokumentów podmiotowych wymienionych w treści SWZ, w świetle wskazanych powyżej przepisów ustawy PZP, nie może mieć wpływu na dokonaną ocenę stwierdzonego i bezspornego stanu faktycznego w sprawie.

Zamawiający zakwestionował również w złożonych Zastrzeżeniach kwalifikację stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej do pkt 11 Załącznika do Rozporządzenia Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 14 grudnia 2020 r. (poz. 2371) [dalej *Rozporządzenie*] „Zastosowanie: – kryteriów wykluczenia, kwalifikacji, udzielenia zamówienia lub – warunków realizacji zamówień lub – specyfikacji technicznej – które nie są dyskryminacyjne w rozumieniu poprzedniego rodzaju nieprawidłowości, ale w inny sposób ograniczają dostęp dla wykonawców” wskazując, że naruszenie zapisów art. 16 pkt 2 ustawy PZP w związku z zapisami § 6 pkt 1 *Rozporządzenia* w sprawie ogłoszeń i art. 281 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP nie zostało wymienione wprost w Załączniku do *Rozporządzenia* i nie przewidziano odpowiedzialności za naruszenie wskazanego w ustaleniach przepisu ustawy PZP.

Odnosząc się do tej części złożonych Zastrzeżeń, po pierwsze należy podkreślić, że zgodnie z zapisami § 3 ust. 2 *Rozporządzenia* charakter i wagę nieprawidłowości indywidualnej ocenia się odrębnie dla każdego zamówienia, biorąc pod uwagę stopień naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i niedyskryminacji. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, iż Załącznik do *Rozporządzenia* nie zawiera zamkniętego katalogu naruszeń. Kluczowa jest analiza stanu faktycznego sprawy, która w tym przypadku została rzetelnie przeprowadzona w pkt. 2.1 Informacji Pokontrolnej. Z kolei o sposobie kwalifikowania nieprawidłowości w odniesieniu do zapisów Załącznika do *Rozporządzenia* Zespół kontrolujący poinformował w pkt. 4.1. Informacji Pokontrolnej z dnia 16.02.2023r. Tym niemniej należy raz jeszcze wskazać, że istnieje możliwość uznania za nieprawidłowość indywidualną takiego naruszenia przepisów ustawy PZP, które nie zostało wprost zawarte w tabeli stanowiącej załącznik do *Rozporządzenia*. Zgodnie bowiem z zapisami § 6 *Rozporządzenia* w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej, dla której w załączniku do rozporządzenia nie określono stawki procentowej, stosuje się stawkę procentową odpowiadającą najbliższej rodzajowo kategorii nieprawidłowości indywidualnej. A zatem *Rozporządzenie* dopuszcza możliwość uznania stwierdzonego naruszenia przepisu ustawy PZP za nieprawidłowość, nawet jeśli przepis ten nie został wskazany wprost w tabeli będącej załącznikiem do *Rozporządzenia* wskazując, że w tej sytuacji należy – w celu ustalenia wysokości pomniejszenia lub korekty – zastosować stawkę procentową, która została przypisana kategorii nieprawidłowości najbliższej rodzajowo do tej, która została

przez właściwą instytucję stwierdzona. Przyporządkowując stwierdzoną nieprawidłowość indywidualną do pkt 11 Załącznika do *Rozporządzenia* wyjaśniono w pkt. 4.1 Informacji pokontrolnej, zasadę zastosowanej kwalifikacji wraz z podaniem obowiązującej podstawy prawnej. Przyporządkowanie stawki procentowej było ostatnią czynnością, poprzedzoną wszechstronną analizą, w wyniku której stwierdzono, że w omawianym przypadku wystąpiły łącznie wszystkie przesłanki pozwalające na uznanie stwierdzonego naruszenia ustawy PZP za nieprawidłowość indywidualną, a dopiero następnie – po ustaleniu, że stwierdzone naruszenie wpływa lub mogłoby wpłynąć negatywnie na budżet UE – dokonano przyporządkowania jej pod najbliższą rodzajowo kategorię nieprawidłowości. W przypadku bowiem stwierdzenia, że dane naruszenie jest nieprawidłowością indywidualną nie ma możliwości uznania danego wydatku w całości za wydatek kwalifikowalny w danym projekcie.

Zespół kontrolujący podtrzymuje swoje stanowisko, że stwierdzone naruszenie ogólnej zasady udzielania zamówień wskazane w art. 16 ust. 2 ustawy PZP mogło wpłynąć na wynik postępowania poprzez zniechęcenie potencjalnych wykonawców, którzy zapoznali się jedynie z ogłoszeniem o zamówieniu i na jego podstawie podjęli decyzję o udziale w nim. W treści niniejszej Informacji pokontrolnej w pkt. 4.1 zostały wskazane przesłanki wystąpienia szkodliwego wpływu stwierdzonego naruszenia na budżet UE w postaci możliwości sfinansowania nieuzasadnionego wydatku, poniesionego z naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień, a także możliwości wpływu ww. naruszenia na wynik postępowania, co pozostaje w ścisłej korelacji z kwotą, o jaką Beneficjent ubiegał się w ramach realizowanego projektu.

Przechodząc do podniesionego w Zastrzeżeniach zagadnienia braku wystąpienia zdaniem Zamawiającego podstaw do stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej, a co za tym idzie nałożenia korekty finansowej, należy stwierdzić, że przywołane na poparcie zaprezentowanego stanowiska orzeczenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z dnia 27.01.2021 r. o sygn. I SA/Bk 899/16, zgodnie z którym samo naruszenie procedur przy wydatkowaniu środków z budżetu UE nie oznacza automatycznie konieczności stosowania korekt finansowych, ponieważ najpierw konieczne jest dowiedzenie że wystąpiła nieprawidłowość, jest zbieżne z omówioną szeroko w pkt. 4.1 Informacji pokontrolnej problematyką oceny wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej. Należy także zauważyć iż Zamawiający w Zastrzeżeniach posiłkował się wyrokami, które wcześniej zostały przytoczone przez Zespół kontrolujący w Informacji pokontrolnej z dnia 16.02.2023 r. i w zgodzie z którymi przeprowadzono stosowną analizę skutków stwierdzonego w tym konkretnym przypadku naruszenia ustawy PZP.

Nie sposób również zgodzić się z sugestią Zamawiającego, że naruszenie miało jedynie charakter formalny, gdyż jak dowiedziono, nie można bezsprzecznie wykluczyć, iż stwierdzone naruszenie mogło mieć wpływ na krąg potencjalnie wykonawców zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem, którzy po zapoznaniu się z zapisami ogłoszenia o zamówieniu, w perspektywie zastosowania fakultatywnej podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP mogli zrezygnować z udziału w nim ze względu na takie bieżące zaległości. Na tym polega potencjalność szkody. Nie jest natomiast koniecznym dla jej wystąpienia wykazanie, że sytuacja taka miała miejsce. Wystarczy bowiem, że Zamawiający swoim działaniem do takiej możliwości doprowadził.

Za wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 15 kwietnia 2019 r.², podkreślić należy że (cyt.): „*nieprawidłowość*” ma miejsce w sytuacji, gdy wskutek naruszenia procedur doszło do powstania szkody lub mogłoby dojść do jej powstania w budżecie ogólnym UE. Możliwość powstania szkody należy rozumieć jako możliwość uszczuplenia środków unijnych. Dla uznania zatem, że doszło do powstania „*nieprawidłowości*” w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia nr 1303/2013 wystarczy ustalenie, że wskutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE. Natomiast celem korekt finansowych jest spowodowanie sytuacji, w której wszystkie wydatki deklarowane do finansowania ze środków unijnych będą wydatkowane zgodnie z prawem i odpowiednimi zasadami i przepisami krajowymi oraz unijnymi. Korekta finansowa jest zatem kwotą nienależnie wypłaconą ze środków budżetu UE. Wysokość korekty finansowej jest determinowana wysokością szkody poniesionej przez dany fundusz w związku z nieprawidłowością, którą z kolei relatywizuje się do

² Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 14.04.2019r., sygn. akt III SA/GI 1176/18.

charakteru naruszenia i jego wagi.” W zakresie szkody natomiast w przywołanym orzeczeniu wskazano, że (cyt.): „Szkodą bowiem w interesach finansowych Unii Europejskiej jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, a nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa unijnego lub krajowego, w tym zasad określonych w Pzp.; wystarczy stwierdzenie możliwości wystąpienia „potencjalnej” szkody w budżecie Unii Europejskiej. Stwierdzenie wystąpienia szkody „rzeczywistej” nie ma podstawowego znaczenia (por. wyrok NSA z dnia 10 września 2015 r., sygn. akt II GSK 175/15).”

A zatem nieprawidłowość indywidualna ma miejsce w sytuacji, gdy skutek naruszenia procedur doszło do powstania szkody lub mogłoby dojść do jej powstania w budżecie ogólnym UE. Możliwość powstania szkody należy natomiast rozumieć jako możliwość uszczuplenia środków unijnych. Dla uznania zatem, że doszło do powstania nieprawidłowości w rozumieniu wskazanego powyżej art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013 wystarczy ustalenie, że skutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE. Wskazane zapisy art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013 nie zawierają definicji szkody. Zawierają definicję nieprawidłowości, w której możliwość wystąpienia szkodliwego wpływu na budżet UE poprzez możliwość obciążenia tegoż budżetu nieuzasadnionym wydatkiem jest jednym z jej elementów. 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 ustawie Prawo zamówień publicznych. Dla wystąpienia potencjalnej szkody wystarczy zatem uprawdopodobnienie możliwości jej wystąpienia. Powyższe jest kluczowe w kontekście analizy rozpatrywanej sprawy.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w Zastrzeżeniach Instytucja Zarządzająca Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Dolnośląskiego 2014-2020 stwierdziła naruszenie ustawy PZP i przeprowadziła odpowiedni dowód potwierdzający możliwość zaistnienia potencjalnej szkody w budżecie UE, w związku czym dokonała na mocy nadanych jej uprawnień odpowiedniego pomniejszenia wydatków dotkniętych nieprawidłowością indywidualną.

Na marginesie wskazać należy iż Zamawiający w swojej argumentacji na stronie 4 złożonych Zastrzeżeń odniósł się do zupełnie innego przypadku niż analizowana rozbieżność przesłanek wykluczenia z art. 109 ustawy PZP w Ogłoszeniu o zamówieniu i w SWZ, a dotyczącego postępowania, w którym złożono 1 ofertę i w którym dokumentem wstępnym potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia był JEDZ.

Reasumując po dokonaniu szczegółowej analizy przedłożonej przez Zamawiającego argumentacji, uwzględniając wszystkie wskazane powyżej okoliczności faktyczne i prawne, złożone Zastrzeżenia odrzucono w całości. W związku z powyższym zapisy Informacji pokontrolnej nie ulegają zmianie.

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

W wyniku przeprowadzonej kontroli dokonano pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych.

4.1. Zamówienie publiczne: „Dostawa oprogramowania w ramach Wdrożenie E-Usług świadczonych przez Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław Sp. z o.o.”.

Na podstawie zapisów art. 2 pkt 14 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (t. j. Dz. U. z 2020 r., poz. 818 ze zm.) [zwanej dalej ustawą wdrożeniową], nieprawidłowością indywidualną jest nieprawidłowość, o której mowa w art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 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 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 [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 art. 16 pkt 2 ustawy PZP w związku z zapisami § 6 pkt 1 *Rozporządzenia w sprawie ogłoszeń* i art. 281 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP.

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. Ponadto działanie 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 potwierdzenie w judykaturze zarówno krajowej, jak i europejskiej. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej TSUE) w wyroku z 14 lipca 2016 C-406/14³ *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 zapisów ustawy PZP niezbędna jest ocena ryzyka, na jakie budżet UE w wyniku stwierdzonego uchybienia został narażony. Zgodnie z przywołanym wyrokiem TSUE 2016 C-406/14 należy badać każdy przypadek indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności każdej sprawy istotne z punktu widzenia jednego z trzech wskazanych kryteriów.

3. 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.⁴: zgodnie z którym: „Warunkiem nałożenia korekty i wydania decyzji o zwrocie środków jest wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. Konieczne jest zatem przeprowadzenie takiej operacji myślowej, w której zaprezentowane zostanie logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE. Tylko w takiej sytuacji można mówić o „nieprawidłowości” w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 (....)”.

Również WSA we Wrocławiu w swoim orzecznictwie zgodny jest co do kwestii, iż faktyczne wystąpienie uszczerbku finansowego w budżecie ogólnym Unii Europejskiej nie jest przesłanką konieczną do zakwalifikowania danego działania jako nieprawidłowości, wystarczy bowiem potencjalna możliwość jego wystąpienia. W wyroku z dnia 19.02.2015 r.⁵ WSA we Wrocławiu stwierdził: „Jeśli idzie o szkodę w budżecie ogólnym UE, Sąd podkreśla, że może to być nie tylko szkoda rzeczywista, ale i potencjalna, o którą chodzi w rozpatrywanej sprawie, wbrew sugestiom zawartym w skardze, że w istocie może chodzić tylko o szkodę rzeczywistą, a taka nie wystąpiła.”

Zgodnie natomiast z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 stycznia 2017 r.⁶ „W świetle dotychczas przedstawionych uwag stwierdzić należy - zwłaszcza gdy ponownie odwołać się do treści art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 definiującego pojęcie "nieprawidłowości" – że naruszenie prawa unijnego lub krajowego skutkujące szkodą dla budżetu UE wiąże się z wydatkową stroną tego budżetu, a mianowicie ze sfinansowaniem lub ryzykiem sfinansowania nieuzasadnionego wydatku. W sytuacji więc, gdy z punktu widzenia przywołanego przepisu istota nieprawidłowości, o której w nim mowa, wiąże się z bezprawnym działaniem lub zaniechaniem skutkującym naruszeniem norm prawa unijnego lub krajowego, to za oczywiste uznać należy, że obowiązkiem organu krajowego jest (powinno być) skonfrontowanie wskazanego działania lub zaniechania z punktu widzenia jego zgodności z konkretnym wzorcem zachowania w celu ustalenia, czy doszło do jego naruszenia, a następnie, w razie ustalenia i potwierdzenia tego naruszenia, zastosowanie odpowiedniej normy konsekwencyjnej. W związku z tym również, że na gruncie przywołanego przepisu, prawodawca unijny operuje pojęciem „działania lub zaniechania powodującego lub mogącego spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego”, nie może budzić wątpliwość, że szkoda o której mowa w tym przepisie, nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda ta powstanie (por. wyrok NSA z dnia 19 marca 2013 r., sygn. akt II GSK 51/13). Tym samym, odstąpić od nałożenia korekty organ orzekający może wyłącznie w przypadku, jeżeli naruszenie prawa, w tym naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych, miało wyłącznie charakter formalny i nie mogło mieć wpływu na powstanie rzeczywistej czy też potencjalnej szkody, ani też na jej wysokość (por. wyrok NSA z dnia 25 kwietnia 2014 r., sygn. akt II GSK 173/13).

Dokonując zatem analizy stwierdzonego stanu faktycznego i prawnego należy wziąć pod uwagę kluczowe okoliczności mające wpływ na ostateczne wnioskowanie w zakresie skutków naruszenia zapisów ustawy PZP, a tym samym na kwestię pomniejszenia wydatków kwalifikowanych.

Ze szkodą potencjalną mamy do czynienia wtedy, gdy właściwa instytucja, stwierdzając naruszenie, nie może z całą stanowczością, z całą pewnością wykluczyć możliwości wystąpienia negatywnych skutków wynikających ze stwierdzonego naruszenia ustawy PZP lub *Wytycznych kwalifikowalności*. Zatem jeśli na podstawie konkretnych, indywidualnych okoliczności sprawy właściwa instytucja poweźmie wątpliwości co do tego, że określone naruszenie mogło potencjalnie skutkować wyrządzeniem szkody to absolutnie tego rodzaju wydatku nie można uznać za kwalifikowalny w całości. Podkreślenia wymaga, że do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda taka powstanie. Nie jest natomiast warunkiem koniecznym udowodnienie, że faktycznie doszło do określonego zachowania.

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

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

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

Warunkiem nałożenia korekty 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.

W warunkach tej konkretnej sprawy Zamawiający określił rozbieżny katalog fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania w Ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ. Zgodnie z zapisami art. 276 pkt 1 ustawy PZP zamawiający wszczyna postępowanie w trybie podstawowym przewidzianym w art. 275 poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych. Ogłoszenie o zamówieniu jest co do zasady pierwszym dokumentem, w którym materializuje się publicznie wola Zamawiającego o zamiarze udzielenia zamówienia i może być pierwszym dokumentem, z którym zapoznają się wykonawcy zainteresowani zamówieniem. Informacje zawarte w Ogłoszeniu o zamówieniu i w SWZ powinny więc być spójne ponieważ, część wykonawców może podejmować decyzję o ewentualnym udziale o w postępowaniu właśnie w oparciu o treść Ogłoszenia o zamówieniu, która udostępniana jest przez różne wyszukiwarki zamówień. W omawianym przypadku sposób, w jaki informacje o zamówieniu mogą powziąć wykonawcy nabiera szczególnego znaczenia. W Ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający przewidział podstawę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, której nie wskazał w zapisach SWZ. W zapisach SWZ Zamawiający wskazał natomiast przesłankę wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, której nie przewidział w zapisach Ogłoszenia o zamówieniu.

Zamawiający przewidując odmienny katalog fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania wprowadził w błąd wykonawców w odniesieniu do swoich wymagań podmiotowych w postępowaniu, szczególnie tych, którzy decyzję o udziale w postępowaniu podejmowali na podstawie treści Ogłoszenia o zamówieniu. Szczególne znaczenie w rozpatrywanej sprawie kontekście możliwości wystąpienia szkody potencjalnej ma przesłanka wykluczenia wymieniona przez Zamawiającego w Ogłoszeniu o zamówieniu a nie wymieniona w SWZ z art. 109 ust. 1 pkt. 1 ustawy PZP. Na jej podstawie z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności. Zamawiający uprawniony jest zatem do ograniczenia wzięcia udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne tym wykonawcom, którzy posiadają zaległości w zakresie podatków, niepotwierdzonych prawomocnym wyrokiem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną. Należy podkreślić, że w przeciwieństwie do wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP, które również dotyczy zaległości podatkowych, sankcja przewidziana w art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP może być dolegliwa, ponieważ jej zastosowanie nie wymaga potwierdzenia braku płatności wyrokiem sądowym.

Z możliwości, jaką daje art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP korzystają więc Zamawiający, którzy zmierzają do ustalenia, czy wykonawca rzetelnie wywiązuje się ze swoich zobowiązań podatkowych, również tych nieorzeczonych prawomocnym wyrokiem. Uprawnienie to może więc być dolegliwe dla wykonawców, ponieważ Zamawiający uprawniony jest do ograniczenia kręgu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia do tych wykonawców, którzy nie posiadają żadnych wymagalnych zaległości w zakresie podatków. Dolegliwość ta polega na tym, że wykonawcę z udziału w prowadzonym postępowaniu może eliminować każdy niezapłacony w terminie podatek, zaliczka na podatek lub rata podatku.

W odniesieniu do art. 109 ust. 1 pkt 7, na podstawie którego Zamawiający może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, należy podkreślić, że jakkolwiek niewskazanie tej przesłanki wykluczenia w obu dokumentach postępowania, tj. zarówno Ogłoszeniu jak i SWZ, jest na gruncie tego

konkretnego przypadku naruszeniem przejrzystości postępowania, to nie niesie ono dla wykonawców takich konsekwencji, jak wskazanie w Ogłoszeniu o zamówieniu przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 1. Niewskazanie bowiem przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, nie mogło w tym przypadku zniechęcić wykonawcy, który podejmowałby wstępną decyzję o udziale w postępowaniu na podstawie tylko ogłoszenia o zamówieniu.

Jak wskazano wcześniej, badając stwierdzone naruszenie za punkt wyjścia przyjęto, że nieprawidłowością jest tylko takie naruszenie, które prowadzi do powstania szkody rzeczywistej lub rodzi niebezpieczeństwo szkody potencjalnej. Korekta może być bowiem nałożona tylko w sytuacji wykazania związku przyczynowego między uchybieniem a ryzykiem powstania co najmniej potencjalnej szkody dla budżetu Unii. Analizując związek przyczynowy należy zaznaczyć, że w stwierdzonym stanie faktycznym, Zamawiający zastosował w postępowaniu wobec wykonawców zasady mniej restrykcyjne niż wynikało, to z zapisów Ogłoszenia o zamówieniu. Z przebiegu postępowania, złożonych przez wykonawców oświadczeń z art. 125 ust. 1 zgodnych ze wzorem załączonym do SWZ wynika, że Zamawiający zastosował w postępowaniu katalog przesłanek określony w SWZ a powielony również w treści załącznika do SWZ, który stanowił wzór oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy PZP. Zamawiający wymienił w nim katalog fakultatywnych przesłanek wykluczenia tożsamy z tym wskazanym pkt 8.2 Rozdziału 8 SWZ. Wykonawcy w postępowaniu złożyli oświadczenie zgodne ze wzorem załączonym do SWZ i w takim zakresie Zamawiający zbadał ich zdolność do udziału w postępowaniu w odniesieniu do przesłanek wykluczenia, co w oczywisty sposób stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji wobec tych wykonawców, którzy zapoznali się z zapisami Ogłoszenia o zamówieniu i na ich podstawie, ze względu na fakultatywną przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP z udziału takiego zrezygnowali lub mogli zrezygnować, czego bezsprzecznie wykluczyć nie można. Taki sposób oceny skutków wystąpienia nieprawidłowości i możliwość wystąpienia szkody potwierdza wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z dnia 18 marca 2020 r. sygn. I SA/Op 439/19⁷ zgodnie z którym (cyt.): „Z pewnością konkurencyjność będzie ograniczona w sytuacji, gdy ogólnie dostępne informacje o przetargu i jego warunkach (dostępne w BZP, który stanowi podstawowe źródło pozyskiwania przez potencjalnych wykonawców wiedzy na temat przetargów, do których mogliby przystąpić ze swoją ofertą) będą trudniejsze do spełnienia dla ewentualnych oferentów, niż te które obowiązują w rzeczywistości. W takim bowiem przypadku można wykazać, że doszło do ograniczenia konkurencji, gdyż strona na danych (trudnych) warunkach nie przystąpiła do przetargu, a w przypadku łatwiejszych warunków, które w rzeczywistości obowiązywały do niego by przystąpiła. Na odwrót można by stwierdzić, że opublikowanie łatwiejszych do spełnienia warunków nie ogranicza konkurencji (w aspekcie uprawdopodobnienia szkody) bowiem podmiot nie przystępując do przetargu na łatwiejszych warunkach nie przystąpiłby do niego gdyby znał warunki rzeczywiste – trudniejsze”.

Nie ulega wątpliwości, że wskazana powyżej w treści Informacji pokontrolnej sprzeczność w zakresie fakultatywnych podstaw wykluczenia, potencjalnie mogła wpłynąć na spadek zainteresowania wykonawców przedmiotowym zamówieniem. Nie można bowiem wykluczyć, że przy braku przejrzystości zapisów dokumentacji przetargowej w tym zakresie część potencjalnie zainteresowanych wykonawców mogła zrezygnować z udziału w prowadzonym postępowaniu np. ze względu na bieżące zaległości podatkowe.

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

Dokonując wieloaspektowej analizy, należy stwierdzić iż wykryte naruszenie spełnia definicję nieprawidłowości z art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013.

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

7. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z dnia 18.03.2020 r. sygn. I SA/Op 439/19.

działań o których mowa w ust. 9 ww. artykułu. Zgodnie z tymi zapisami, w przypadku stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej przed zatwierdzeniem wniosku o płatność, instytucja zatwierdzająca wniosek o płatność dokonuje pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych ujętych we wniosku o płatność złożonym przez beneficjenta o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo (art. 24 ust. 9 pkt 1 ustawy wdrożeniowej). Natomiast w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej w uprzednio zatwierdzonym wniosku o płatność właściwa instytucja nakłada korektę finansową (art. 24 ust. 9 pkt 2 ustawy wdrożeniowej).

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

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

W przedmiotowej sprawie należy stwierdzić, iż anulowanie całości wydatków kwalifikowalnych, poniesionych w ramach przedmiotowego zamówienia jest niewspółmierne do charakteru i wagi stwierdzonych nieprawidłowości indywidualnych, a skutki finansowe tych nieprawidłowości są pośrednie, rozproszone oraz trudne do oszacowania.

W związku z tym, spełniona została przesłanka do obniżenia wartości pomniejszenia związanego ze stwierdzonymi nieprawidłowościami indywidualnymi przy zastosowaniu odpowiedniej stawki procentowej wynikającej z zapisów *Rozporządzenia*.

Stwierdzona w ramach przeprowadzonej kontroli nieprawidłowość indywidualna związana z naruszeniem przejrzystości postępowania poprzez rozbieżne zapisy Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ w zakresie fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania nie została wskazana wprost w *Rozporządzeniu*.

Zgodnie jednak z zapisami § 6 *Rozporządzenia* w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej, dla której w załączniku do rozporządzenia nie określono stawki procentowej, stosuje się stawkę procentową odpowiadającą najbliższej rodzajowo kategorii nieprawidłowości indywidualnej.

Najbliższą rodzajowo kategorią nieprawidłowości indywidualnej w przedmiotowej sprawie jest kategoria nieprawidłowości indywidualnej pn.: „**Zastosowanie: – kryteriów wykluczenia, kwalifikacji, udzielenia zamówienia lub – warunków realizacji zamówień lub – specyfikacji technicznej – które nie są**

dyskryminacyjne w rozumieniu poprzedniego rodzaju nieprawidłowości, ale w inny sposób ograniczają dostęp dla wykonawców” (pkt 11). W analizowanym przypadku, zapewniono minimalny poziom konkurencji, tj. otrzymano i przyjęto od pewnej liczby wykonawców oferty spełniające kryteria kwalifikacji. Tym samym adekwatną stawką pomniejszenia jest stawka 5%.

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

Tym samym należy stwierdzić, że wskazana w pkt 2.1. Informacji pokontrolnej nieprawidłowość indywidualna związana z realizacją zamówienia pn.: „Dostawa oprogramowania w ramach Wdrożenie E-Uслуг świadczonych przez Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław Sp. z o.o.” skutkuje pomniejszeniem w wysokości 5% faktycznych wydatków kwalifikowanych wynikających z realizacji umowy nr DT.362.22.2022 z 17.08.2022 r. Wartość umowy: 584 938,80 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.: „Dostawa oprogramowania w ramach Wdrożenie E-Uслуг świadczonych przez Towarzystwo Budownictwa Społecznego Wrocław Sp. z o.o.” o 5% faktycznych wydatków kwalifikowanych wynikających z realizacji umowy DT.362.22.2022 z 17.08.2022 r. Wartość umowy: 584 938,80 zł brutto.

Przygotowując wniosek o płatność i wprowadzając do SL2014 kwotę wydatków kwalifikowalnych, odpowiadającą fakturze (lub innemu dokumentowi księgowemu o równoważnej wartości dowodowej), wykazanej w Zestawieniu dokumentów i dotyczącej stwierdzonej w przedmiotowej Informacji pokontrolnej nieprawidłowości, Beneficjent zobowiązany jest do 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 2022 r., poz. 1233).

8. Lista załączników.

Lp.	Nazwa załącznika	
1.	Deklaracja bezstronności	2 egz.
2	Lista sprawdzająca	2 komplety
3.	Dokumentacja przetargowa	Dokumentacja w SL

Zespół Kontrolujący:

Hanna Grafik-Krzywińska
/zaakceptowano elektronicznie/

.....
(podpis kierownika zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 16 marca 2023 r.

Łukasz Wroński
/zaakceptowano elektronicznie/

.....
(podpis członka zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 16 marca 2023 r.

Małgorzata Kuruc
Zastępca Dyrektora
Departamentu Funduszy Europejskich
Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
/podpisano elektronicznie/

.....
(z upoważnienia ZWD
na podstawie Uchwały nr 1718/VI z dnia 29 stycznia 2020 r.)

Wrocław, dnia 17 marca 2023

Pouczenie:

1. Podmiotowi kontrolowanemu, zgodnie z zapisami art. 25 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 przysługuje prawo do zgłoszenia, w terminie 14 dni od dnia otrzymania informacji pokontrolnej, umotywowanych pisemnych zastrzeżeń do *informacji pokontrolnej*.
2. Zastrzeżenia wnosi się do Wydziału Obsługi Wdrażania EFRR w Urzędzie Marszałkowskim Województwa Dolnośląskiego.
3. W przypadku przekroczenia ww. ustawowego terminu zastrzeżenia pozostawia się bez rozpatrzenia a informacja pokontrolna uznana zostaje za ostateczną po upływie ustawowego terminu na ich wniesienie.
4. Jednostka kontrolująca, w terminie 14 dni kalendarzowych od dnia otrzymania zastrzeżeń, dokonuje ich rozpatrzenia i przekazuje ostateczną *informację pokontrolną* zawierającą skorygowane ustalenia kontroli lub pisemne stanowisko wobec zgłoszonych zastrzeżeń wraz z uzasadnieniem odmowy skorygowania ustaleń.
5. Podjęcie dodatkowych czynności kontrolnych w celu ustalenia zasadności złożonych zastrzeżeń, żądanie przedstawienia dokumentów lub złożenia dodatkowych wyjaśnień na piśmie każdorazowo przerywa bieg terminu na rozpatrzenie zastrzeżeń.
6. Do ostatecznej *informacji pokontrolnej* oraz do pisemnego stanowiska wobec zgłoszonych zastrzeżeń nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń.
7. Ostateczna *informacja pokontrolna* stanowi podstawę realizacji ustaleń pokontrolnych w niej zawartych.
8. Licząc terminy należy stosować zasady określone w tytule V ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (art. 110-116). I tak: termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, przy obliczaniu tego terminu nie uwzględnia się dnia, w którym zdarzenie nastąpiło. Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany za ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego.