

DEFR-O-III.44.65.2023

**Ostateczna Informacja Pokontrolna
z kontroli projektu nr RPDS. RPDS.02.01.02-02-0018/21**

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

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:

Karol Boczar – Kierownik zespołu kontrolującego.
Sebastian Bojar – Członek zespołu kontrolującego.

1.4. Nazwa jednostki kontrolowanej:

Ośrodek „Pamięć i Przyszłość”.

1.5. Adres jednostki kontrolowanej:

ul. Grabiszyńska 184, 53-235 Wrocław.

1.6. Numer i nazwa projektu:

RPDS.02.01.02-02-0018/21, pn.: „Digitalizacja zbiorów i oferty edukacyjnej Centrum Historii Zajezdnia wraz z dostosowaniem infrastruktury instytucji oraz stworzeniem specjalistycznego portalu e-usług”.

1.7. Numer i data umowy o dofinansowaniu:

RPDS.02.01.02-02-0018/21-00 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:

18.05.2023 r.

1.12. Zakres kontroli:

Kontrola ex-post prawidłowości udzielania zamówień.

1.12.1. Zamówienie pn.: **„Zakup portalu udostępniającego zasoby i treści publiczne oraz e-usługi wraz ze szkoleniem personelu. Znak sprawy DE.52.1.11.2022.PG”.**

Zamawiający: Ośrodek „Pamięć i Przyszłość”.

Nr i data ogłoszenia: nr 2023/BZP 00100448/01 z dnia 17.02.2023 r.

Tryb udzielenia zamówienia: tryb podstawowy na podstawie art. 275 pkt 1 PZP.

Szacunkowa wartość zamówienia: 485.033,33 zł netto / 108.908,15 euro.

Wybrany wykonawca: *BETTERTRADE Sp. z o. o.*, ul. Krupnicza 2/4 50-075 Wrocław.

Nr i data umowy z wykonawcą: Umowa nr 68 z dnia 23.03.2023 r.

Wartość umowy: 478.199,40 zł brutto.

1.12.2. Zamówienie pn.: **„Zakup infrastruktury sprzętowej wraz z dostawą, konfiguracją instalacją i montażem. Znak sprawy DE.52.1.8.2022.PG”.**

Zamawiający: Ośrodek „Pamięć i Przyszłość”.

Nr i data ogłoszenia: nr 2022/BZP 00313600/01 z dnia 22.08.2022

Tryb udzielenia zamówienia: tryb podstawowy na podstawie art. 275 pkt 1 PZP.

Szacunkowa wartość zamówienia: 705.800,00 zł netto / 158.478,53 euro.

Wybrany wykonawca: *Spinel Sp. z o.o.*, ul. Podwale 75, 50-449 Wrocław

Nr i data umowy z wykonawcą: Umowa nr 196/2022 z dnia 28.09.2022 r.

Wartość umowy: 673.175,31 zł brutto.

2. Ustalenia i wnioski z kontroli.

2.1. Zamówienie pn.: **„Zakup portalu udostępniającego zasoby i treści publiczne oraz e-usługi wraz ze szkoleniem personelu. Znak sprawy DE.52.1.11.2022.PG”.**

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

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

Przedmiotem poddanego czynnościom kontrolnym zamówienia było zakupienie portalu udostępniającego zasoby i treści publiczne oraz e-usługi wraz ze szkoleniem personelu w ramach realizacji projektu *„Digitalizacja zbiorów i oferty edukacyjnej Centrum Historii Zajezdnia wraz z dostosowaniem infrastruktury instytucji i stworzeniem specjalistycznego portalu e-usług”*. Zamówienie obejmowało wdrożenie e-usług i oprogramowania niezbędnego do ich prawidłowego działania.

Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17.02.2023r. pod numerem 2023/BZP 00100448/01 [dalej Ogłoszenie o zamówieniu] jednocześnie zamieszczając Ogłoszenie o zamówieniu oraz Specyfikację Warunków Zamówienia [dalej SWZ] wraz z niezbędnymi załącznikami na stronie prowadzonego postępowania <https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/search/list/ocds-148610-9604caf3-add1-11ed-9236-36fed59ea7dd>.

W wyniku przeprowadzonej procedury Zamawiający w dniu 23.03.2023 r. zawarł z firmą *BETTERTRADE Sp. z o. o.*, ul. Krupnicza2/4, 50-075 Wrocław [dalej Wykonawca] Umowę nr 68 z dnia 23.03.2023 r. [dalej Umowa]. Realizacja przedmiotu zamówienia miała nastąpić w terminie do 120 dni od dnia zawarcie Umowy.

W toku kontroli ustalono ponadto, iż wybrany Wykonawca składając oświadczenie wstępne, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP (zgodnie ze wzorem Załącznika nr 4 do SWZ), w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, polegającego na wykonaniu w okresie 5 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie 1 dostawy polegającej na wykonaniu i wdrożeniu strony internetowej (zdefiniowanie layoutu, wprowadzenie treści, stworzenie filtrów wyszukiwania, umieszczenie grafik) dla podmiotu prowadzącego działalność w zakresie ochrony kultury i dziedzictwa narodowego, polegał na zdolnościach zawodowych firmy Brand Magic Sp. z o.o. [dalej Podmiot trzeci]. Wykonawca złożył wraz z ofertą skan oświadczenia, w którym Podmiot trzeci zobowiązał się (cyt.): „(...) oddać do dyspozycji Wykonawcy **niezbędne zasoby w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu** w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Zakup portalu udostępniającego zasoby i treści publiczne oraz e-usługi wraz ze szkoleniem personelu. Znak sprawy DE.52.1.11.2022.PG”.

Przechodząc do oceny wskazanego stanu faktycznego w pierwszej kolejności wskazać należy, iż wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych (art. 118 ust. 1 ustawy PZP). W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych **lub doświadczenia** [podkreślenie kontrolujących] wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, **jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane** [podkreślenie kontrolujących] (art. 118 ust. 2 ustawy PZP). Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów (art. 118 ust. 3 ustawy PZP).

W tym miejscu podkreślenia wymaga, iż to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że na etapie realizacji zamówienia rzeczywiście będzie dysponował potencjałem podmiotu trzeciego w wymaganym zakresie. W tym celu wykonawca składa odpowiednie środki dowodowe. Jako przykładowy środek dowodowy wskazany w art. 118 ust. 3 ustawy PZP wymieniono zobowiązanie podmiotu trzeciego. Zobowiązanie podmiotu trzeciego lub inny środek dowodowy składane są przez wykonawcę wraz z wnioskiem lub ofertą i służą ocenie warunków udziału w postępowaniu jak i kryteriów selekcji.

Zgodnie jednak z art. 118 ust. 4 ustawy PZP (cyt.): „Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności: 1) zakres dostępnych dla wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby; 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia; 3) **czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą**” [podkreślenie kontrolujących].

Art. 118 ust. 4 ustawy PZP określa zatem minimalną treść zobowiązania podmiotu trzeciego. Udostępnianie zasobów musi mieć charakter rzeczywisty. Nie może to być jedynie formalne zobowiązanie na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez podmiot, który nie posiada własnych zasobów. Takie podejście prowadziłoby do umożliwienia udziału w realizacji zamówienia podmiotom, które nie mają żadnej wiedzy, doświadczenia i zasobów by przedmiot ten fizycznie wykonać z należytą starannością. Zatem zobowiązanie podmiotu trzeciego ma na celu zabezpieczenie właściwego poziomu realizacji umowy.

Złożone wraz z ofertą zobowiązanie Podmiotu trzeciego w żaden sposób nie wykazało, w jaki sposób podmiot ten będzie brał udział w realizacji zamówienia, chociaż obowiązek wykazania precyzyjnego zakresu

realizowanych przez użyczający potencjału podmiot trzeci, wprost wynika z przepisów ustawy PZP. Jak podkreślano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2023 r. (sygn. akt. KIO 596/23) (cyt.): „Art. 118 ust. 4 PZP określa jakie informacje powinny znaleźć się w szczególności w zobowiązaniu podmiotu trzeciego. Na podstawie treści zobowiązania zamawiający powinien uzyskać pewność, że wykonawca odwołujący się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału do zasobów innego podmiotu, realnie będzie uprawniony do korzystania z tych niezbędnych zasobów, na potrzeby realizacji zamówienia. Co więcej, zamawiający powinien uzyskać w ten sposób szczegółową wiedzę dotyczącą obszarów, w jakich realizacja zamówienia będzie się odbywała (...), zgodnie z deklarowanym przez wykonawcę zobowiązaniem innego podmiotu. (...) Za niewystarczające należy uznać przedstawienie wyłącznie formalnego oświadczenia o zobowiązaniu podmiotu trzeciego do udostępnienia jego zasobów wykonawcy, jeżeli na podstawie informacji zawartych w oświadczeniu nie można stwierdzić, że wykonawca będzie faktycznie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w sposób pozwalający na spełnienie warunku udziału w postępowaniu¹”.

Zgodnie z dyspozycją art. 119 ustawy PZP zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

W tym miejscu podkreślić należy, że badanie wykonawcy korzystającego z zasobów podmiotów trzecich odbywa się na dwóch płaszczyznach. Po pierwsze oceny tej dokonuje się w kontekście spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych dla tego konkretnego zamówienia, w tym przypadku czy zdolność zawodowa w postaci doświadczenia, jakie zostało zamawiającemu wykazane poprzez skorzystanie z zasobów podmiotu trzeciego, jest odpowiednie pod kątem ustalonego warunku udziału w postępowaniu. Po drugie należy zweryfikować, czy zasoby udostępnione wykonawcy, aby mogły być przez zamawiającego uwzględnione, będą rzeczywiście wykorzystane przy realizacji zamówienia. Czym innym bowiem jest ocena potencjału, czy to własnego wykonawcy, czy udostępnionego mu przez podmiot trzeci, a czym innym ustalenie przez zamawiającego, czy potencjał udostępniony wykonawcy przez inny podmiot na potrzeby realizacji zamówienia rzeczywiście będzie mógł być wykorzystany.

W odniesieniu do stwierdzonego w sprawie stanu faktycznego oraz do powyższych regulacji, należy stwierdzić, że złożone przez Wykonawcę zobowiązanie Podmiotu trzeciego ma jedynie charakter formalny i nie potwierdza, do jakich konkretnie zasobów Wykonawca będzie miał rzeczywisty dostęp, co oznacza, że nie wypełnia ono przesłanek wynikających z art. 118 ust. 4 ustawy PZP.

W złożonych w dniu 21.06.2023 r. wyjaśnieniach Zamawiający wskazał, że (cyt.): „Wykonawca w formularzu ofertowym będącym załącznikiem nr 1 do SWZ w rozdziale III pkt 1 i 2 określił zakres udostępnienia zasobów przez firmę Brand Magic Sp. z o. o., a firma Brand Magic Sp. z o.o. w swoim oświadczeniu zobowiązała się oddać do dyspozycji firmy BETTERTRADE Sp. z o. o. niezbędnych zasobów do realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający uznał, że oświadczenie o „niezbędnych zasobach” pozostaje w powiązaniu z oświadczeniem Wykonawcy o zakresie udostępniania zasobów określonym przez BETTERTRADE Sp. z o. o. w załączniku nr 4 i przyjął oświadczenie firmy Brand Magic Sp. z o.o. o udostępnieniu swoich zasobów jako wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia”. Przedstawiona w wyjaśnieniach argumentacja potwierdza jedynie poczynione w sprawie ustalenie, że to Wykonawca a nie Podmiot trzeci zadeklarował zakres udostępnianych zasobów.

Tym samym Zamawiający winien był wezwać Wykonawcę w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP do jego poprawienia. Zgodnie bowiem z art. 128 ust. 1 ustawy PZP (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

1. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2023 r., sygn. akt KIO 596/23.

złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania". Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby stanowi podmiotowy środek dowodowy, a zatem podlega ono uzupełnieniu na wezwanie wystosowane przez Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że **Zamawiający, poprzez brak wezwania Wykonawcy do uzupełnienia zobowiązania Podmiotu trzeciego naruszył zapisy art. 128 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 118 ust. 4 i 119 ustawy PZP.**

W trakcie kontroli ustalono także, że Wykonawca w celu wstępnego potwierdzenia braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu przedłożył wraz z ofertą, obok własnego oświadczenia o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, oświadczenie wstępne Podmiotu trzeciego potwierdzające brak podstaw wykluczenia oraz odpowiednio spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie w jakim Wykonawca powołał się na zasoby Podmiotu trzeciego, w formie cyfrowego odwzorowania oświadczenia wstępnego Podmiotu trzeciego (sporządzonego w formie pisemnej tj. podpisanego przez osobę reprezentującą Podmiot trzeci) i opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym Wykonawcy.

Uwzględniając wskazany stan faktyczny w pierwszej kolejności należy podnieść, iż zgodnie z art. 125 ust. 1 ustawy PZP, który na podstawie zapisów art. 266 ustawy PZP ma zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne, 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 natomiast z art. 125 ust. 5 ustawy PZP wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości mniejszej niż progi unijne oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, na podstawie zapisów art. 63 ust. 2 ustawy PZP, składa się pod rygorem nieważności w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Taka sama forma właściwa jest dla oświadczenia podmiotu trzeciego wskazanego w art. 125 ust. 5 ustawy PZP. Oświadczenie złożone z uchybieniem formy zastrzeżonej pod rygorem nieważności jest oświadczeniem nieważnym.

Powyższe wymogi wynikające z przepisów ustawy PZP Zamawiający odzwierciedlił w zapisach SWZ. Zamawiający w Rozdziale I pkt 9.3 SWZ wskazał, iż (cyt.): *„Ofertę, oświadczenia, podmiotowe środki dowodowe, pełnomocnictwa, zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby sporządza się w postaci elektronicznej, w szczególności w formacie pdf. Ofertę oraz oświadczenia, pod rygorem nieważności, w formacie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym”* [pisownia oryginalna]. Natomiast w Załączniku nr 4 do SWZ Zamawiający zamieścił informację, że (cyt.): *„Oświadczenie musi być złożone, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym (na podstawie Art. 63 ust 2 Ustawy Prawo zamówień publicznych oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie)”*.

W tym miejscu wskazać także należy na zapisy § 7 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2020r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U z 2020 r. poz. 2452), zgodnie z którymi w przypadku postępowań prowadzonych elektronicznie podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy PZP, oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, przedmiotowe środki dowodowe, dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy PZP, niewystawione przez

upoważnione podmioty, oraz pełnomocnictwo przekazuje się w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Jednocześnie, zgodnie z § 7 ust. 2 wskazanego rozporządzenia, w przypadku gdy powyższe dokumenty zostały sporządzone jako dokument w postaci papierowej i opatrzone własnoręcznym podpisem, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu (skan) opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów, o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

Co istotne, zgodnie z § 7 ust. 3 wskazanego rozporządzenia, poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, dokonuje:

- 1) w przypadku podmiotowych środków dowodowych - odpowiednio wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, w zakresie podmiotowych środków dowodowych, które każdego z nich dotyczą;
- 2) przedmiotowego środka dowodowego, dokumentu, o którym mowa w art. 94 ust. 2 ustawy PZP, oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy PZP, lub zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby - odpowiednio wykonawca lub wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia
- 3) pełnomocnictwa - mocodawca.

Przenosząc powyższe regulacje na ustalony stan faktyczny rozpatrywanej sprawy stwierdzić należy, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, które zostało sporządzone w formie dokumentu papierowego, podpisane przez ten podmiot odręcznym podpisem oraz odwzorowane cyfrowo (skan) ma prawo potwierdzić kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym wykonawca składający ofertę lub notariusz.

Natomiast oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby o braku podstaw wykluczenia, które zostało sporządzone w formie dokumentu papierowego, podpisane przez ten podmiot odręcznym podpisem oraz odwzorowane cyfrowo (skan) musi potwierdzić kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym podmiot udostępniający zasoby.

Wykonawca powołujący się na potencjał podmiotu trzeciego, ma obowiązek przedłożyć zgodnie z art. 125 ust. 5 ustawy PZP oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby. Oświadczenie to w sytuacji, gdy zostało sporządzone w formie dokumentu papierowego, podpisane przez ten podmiot odręcznym podpisem oraz odwzorowane cyfrowo (skan) musi potwierdzić kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym podmiot udostępniający zasoby.

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

Przepis art. 128 ust. 1 ustawy PZP dotyczy m.in. oświadczenia własnego wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia, składanego na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy PZP. Oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, należy zakwalifikować jako niekompletne, jeżeli zostało przekazane zamawiającemu (zamawiający otrzymał dokument), ale nie spełnia określonych przez zamawiającego wymagań formalnych (np. nie zostało opatrzone właściwym podpisem). 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. Użycie w przepisie art. 128 ust. 1 ustawy PZP kategorięcznego sformułowania „wzywa” oznacza, że zamawiający nie ma dowolności

w stosowaniu tego przepisu. Jeśli w określonym stanie faktycznym zostanie spełniona jedna z przesłanek warunkująca stosowanie tego przepisu, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do odpowiednio złożenia, poprawienia lub uzupełnienia stosownych oświadczeń lub dokumentów. Powyższe dotyczy także oświadczenia podmiotu trzeciego wskazanego w art. 125 ust. 5 ustawy PZP. W analizowanym postępowaniu Zamawiający nie dopełnił obowiązku wezwania Wykonawcy do złożenia oświadczenia potwierdzającego brak podstaw wykluczenia Podmiotu trzeciego w formie elektronicznej lub postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż **Zamawiający poprzez brak wezwania Wykonawcy do złożenia oświadczenia wstępnego Podmiotu trzeciego w formie wymaganej przepisami prawa i naruszył art. 128 ust. 1 w zw. z art. 125 ust. 5 i art. 63 ust. 2 ustawy PZP.**

W toku kontroli ustalono również, że Zamawiający w dokumentach zamówienia w zakresie braku podstaw wykluczenia wskazał w Rozdziale E SWZ obligatoryjną przesłankę wykluczenia wykonawcy o której mowa w art. 7 ust. 1 Ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz.U. z 2022r. poz. 835 ze zm.) [dalej ustawa sankcyjna].

W toku weryfikacji dokumentacji przetargowej ustalono, że zarówno Wykonawca, jak i Podmiot trzeci, złożyli oświadczenia, w których wskazane zostały przesłanki wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 1 oraz 109 ust. 1 pkt 1, 4 oraz 7 ustawy PZP, za wyjątkiem przesłanki na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej.

W przedłożonej na potrzeby kontroli dokumentacji przetargowej nie stwierdzono dowodów wskazujących na to, aby Zamawiający dokonał wezwania Wykonawcy do złożenia oświadczeń (własnego i Podmiotu trzeciego) obejmujących podstawę wykluczenia wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej.

Dokonując analizy stanu faktycznego w rozpatrywanej sprawie, należy w pierwszej kolejności podkreślić, iż na zamawiającym spoczywa obowiązek weryfikacji, czy w stosunku do wykonawcy i podmiotów, na których zdolności wykonawcy polega, nie zachodzi podstawa wykluczenia przewidziana w brzmieniu nadanym w art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej. Jak bowiem stanowi art. 125 ust. 5 ustawy PZP, wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby. Zgodnie natomiast z art. 119 ustawy PZP zamawiający bada, czy nie zachodzą wobec podmiotu udostępniającego potencjał podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

W przypadku postępowań prowadzonych poniżej progów unijnych wstępne oświadczenie powinno obejmować podstawy z art. 108 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej, a także ewentualnie art. 109 ustawy PZP, w przypadku, gdy zamawiający przewidział te podstawy wykluczenia.

Zamawiający jako podmiot organizujący postępowanie zobowiązany był zweryfikować poprawność oświadczeń i informacji w nich zawartych zgodnie obowiązującymi przepisami i powinien żądać od wykonawców złożenia oświadczeń o braku powiązań z osobami prawnymi, podmiotami lub organami z siedzibą w Federacji Rosyjskiej oraz o niepodleganiu wykluczeniu z otrzymania wsparcia w wyniku nałożenia na niego sankcji. Wobec braku w oświadczeniu wstępnym Wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby informacji o niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej, obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z art. 128 ust. 1 ustawy PZP, było wezwać Wykonawcę do uzupełnienia oświadczeń wstępnych o ww. przesłankę wykluczenia (lub do złożenia odrębnego oświadczenia w tym zakresie).

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż **Zamawiający poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia złożonych oświadczeń wstępnych w zakresie przesłanki wykluczenia na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej naruszył zapisy art. 128 ust. 1 w zw. z art. 125 ust. 1, ust. 5 i art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej.**

Ocena postępowania: z zastrzeżeniami.

2.2 Zamówienie pn.: „Zakup infrastruktury sprzętowej wraz z dostawą, konfiguracją instalacją i montażem. Znak sprawy DE.52.1.8.2022.PG”.

Ocena postępowania: bez zastrzeżeń.

Zespół Kontrolujący:

Karol Boczar

/zaakceptowano elektronicznie/

(podpis kierownika zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 1 września 2023 r.

Sebastian Bojar

/zaakceptowano elektronicznie/

(podpis członka zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 1 września 2023 r.

3. Stanowisko wobec zgłoszonych zastrzeżeń.

W związku z wniesieniem w dniu 21.08.2023 r. pisemnych zastrzeżeń do Informacji pokontrolnej z dnia 08.08.2023 r. złożonych przez Beneficjenta - Ośrodek „Pamięć i Przyszłość” (pismo DEFR-O-III.44.65.2023 2023.08.1823.DE z dnia 21.08.2023 r. [dalej Zastrzeżenia], poniżej dokonano szczegółowej analizy podniesionej w złożonych Zastrzeżeniach argumentacji w zakresie dotyczącym ustaleń stanu faktycznego oraz wskazanych naruszeń (pkt 2.1 Informacji Pokontrolnej) jak i w zakresie ewentualnych skutków tych naruszeń w kontekście wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej (pkt 4.1 Informacji Pokontrolnej).

W zakresie wskazanego naruszenia art. 112 ust. 1 ustawy PZP, dotyczącego nieuzasadnionego ograniczenia dostępu wykonawcom do zamówienia poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej polegającego m.in. na wykonaniu w okresie 5 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie 1 dostawy polegającej na wykonaniu i wdrożeniu strony internetowej (zdefiniowanie layoutu, wprowadzenie treści, stworzenie filtrów wyszukiwania, umieszczenie grafik) dla podmiotu prowadzącego działalność w zakresie ochrony kultury i dziedzictwa narodowego, po przeprowadzeniu powtórnej analizy stanu faktycznego i prawnego oraz złożonych wyjaśnień Instytucja Zarządzająca Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Dolnośląskiego 2014-2020 uwzględnia złożone Zastrzeżenia we wskazanym zakresie, uznając ostatecznie brak wystąpienia, w tym konkretnym stanie faktycznym i prawnym, naruszenia prawa oraz pierwszej z przesłanek nieprawidłowości.

W związku z powyższym odpowiednio zmianie uległy zapisy pkt 2.1 oraz 4.1 Informacji Pokontrolnej.

Po wnikliwej analizie treści złożonych Zastrzeżeń w zakresie pozostałych naruszeń przepisów ustawy PZP należy stwierdzić, iż Zamawiający nie wskazał żadnych nowych okoliczności faktycznych oraz prawnych, które mogłyby posłużyć do zakwestionowania poczynionych w sprawie ustaleń zarówno w zakresie faktycznym jak i merytorycznym. Te pozostają bowiem bezsporne.

Przechodząc do szczegółowej analizy złożonych Zastrzeżeń w zakresie drugiego ze stwierdzonych naruszeń, tj. naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 118 ust. 4 i 119 ustawy PZP, w pierwszej kolejności należy odnieść się do zaprzeczenia Zamawiającego, aby w tym konkretnym przypadku poleganie przez Wykonawcę na zasobach podmiotu udostępniającego zasoby miało charakter wyłącznie formalny. Na potwierdzenie tego Zamawiający w złożonych Zastrzeżeniach podaje następujące argumenty. Po pierwsze, wskazuje na wykazane przez Wykonawcę w złożonym Wykazie usług, stanowiącym Załącznik nr 6 do SWZ, doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, polegające na zrealizowaniu usługi na rzecz podmiotu, którego przedmiotem działalności jest ochrona kultury i dziedzictwa narodowego. Po drugie, Zamawiający wskazuje na treść oświadczenia Podmiotu trzeciego, w którym Podmiot trzeci zobowiązał się udostępnić zasoby (cyt.:) „(...) w niezbędnym zakresie, a więc w takim jaki będzie niezbędny do prawidłowej realizacji zamówienia,

deklarując tym samym udział w realizacji zamówienia w pełnym zakresie". Po trzecie, Zamawiający stoi na stanowisku, że ww. oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby należy interpretować w powiązaniu z deklaracją Wykonawcy, który w złożonym formularzu ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ, określił zakres udostępnienia zasobów oraz zgłosił zamiar powierzenia Podmiotowi trzeciemu współpracę w wykonaniu i wdrożeniu strony internetowej oraz w zakresie budowy portalu w zakresie ochrony kultury i dziedzictwa narodowego.

Odnosząc się do pierwszego z przywołanych przez Zamawiającego argumentów należy podkreślić, że Zespół kontrolujący w niniejszej sprawie nie kwestionuje i nie kwestionował doświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby.

W odniesieniu do dwóch pozostałych argumentów Zamawiającego, należy w pierwszej kolejności podkreślić, że posłużenie się zdolnościami innych podmiotów przez wykonawcę jest dopuszczalne pod warunkiem wykazania przez niego realnego charakteru udostępnienia wymaganych zasobów, w zakresie gwarantującym wykorzystanie tych zasobów na etapie realizacji zamówienia. Wykonawca, powołując się na potencjał podmiotu trzeciego, ma zatem obowiązek wykazania, że realizując zamówienie, będzie faktycznie i w wymaganym zakresie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu. W przeciwnym razie powoływanie się na potencjał podmiotu trzeciego miałoby jedynie „papierkowy” charakter, tj. służyłoby tylko formalnemu wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, bez faktycznego zaangażowania udostępnionego potencjału na etapie realizacji zamówienia. Również w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE akcentuje się obowiązek udowodnienia przez wykonawcę, że wymagane w postępowaniu zasoby będą faktycznie dostępne wykonawcy przez cały okres realizacji zamówienia. Wskazuje się przy tym, że nie jest wystarczające przedstawienie jakiegokolwiek dokumentu podmiotu trzeciego odwołującego się do woli udostępnienia jego zasobów, ale niezbędne jest przedstawienie takich, których treść będzie wskazywać na faktyczną dostępność tych zasobów i możliwość skorzystania z nich przez wykonawcę w trakcie realizacji zamówienia. Przedkładanie stosownych dokumentów zamawiającemu ma bowiem na celu umożliwienie mu zweryfikowania, czy zwycięski wykonawca będzie realnie mógł wykorzystywać wszystkie wymagane zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia. Nie ma więc wątpliwości, że skorzystanie przez wykonawcę z potencjału podmiotu trzeciego nie może mieć na celu tylko formalnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Musi ono przekładać się również na realny, rzeczywisty udział tego podmiotu w realizacji zamówienia.

Po drugie, podstawowym środkiem dowodowym, służącym potwierdzeniu, że wykonawca, realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, jest zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę korzystającego z udostępnionych zasobów, zamawiający powinien zbadać, czy składane zobowiązanie potwierdza, że stosunki łączące wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantują rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz czy dostarcza zamawiającemu co najmniej informacji określonych w zapisach art. 118 ust. 4 ustawy PZP. Wyłącznie od woli podmiotu trzeciego zależy zakres możliwego i deklarowanego wsparcia określonego wykonawcy na etapie realizacji zamówienia. Zatem oświadczenia te nie mogą być zastępowane lub uzupełniane w jakimkolwiek zakresie przez oświadczenia składane przez wykonawcę. Zobowiązanie podmiotu trzeciego nie może być również interpretowane w sposób rozszerzający. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji, interpretacji czy domniemania. Na podstawie dokumentów złożonych przez wykonawcę w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć bowiem możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób podmiotu trzeciego został realnie udostępniony.

Przenosząc zatem powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy oraz odnosząc się do tej części Zastrzeżeń Zamawiającego, tj. zanegowania przez Zamawiającego, że w tym przypadku poleganie przez Wykonawcę na zasobach podmiotu udostępniającego zasoby miało charakter wyłącznie formalny, należy jeszcze raz podkreślić, że złożone przez Wykonawcę zobowiązanie Podmiotu trzeciego miało charakter ogólny, niedookreślony i nie potwierdzało, do jakich konkretnie zasobów Wykonawca będzie miał rzeczywisty

dostęp, co oznacza, że nie wypełniało ono przesłanek wynikających z art. 118 ust. 4 ustawy PZP. Na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty, Zamawiający powinien był uzyskać od Wykonawcy, zgodnie z treścią przywołanego wyżej przepisu, zapewnienie Podmiotu trzeciego o możliwości skorzystania przez Wykonawcę z konkretnie określonych zasobów oraz powinien był uzyskać od Wykonawcy rzetelną informację odnośnie tego, jaką rolę rzeczywiście odegra Podmiot trzeci na etapie realizacji zamówienia, w zakresie w jakim Wykonawca powoływał się na doświadczenie tego podmiotu, co powinno wynikać wprost ze złożonego oświadczenia Podmiotu trzeciego. Wobec braku wezwania Wykonawcy do uzupełnienia złożonego przez Podmiot trzeci, ogólnego w swojej treści, zobowiązania oraz posiłkując się jedynie deklaracją, w której Wykonawca odwołał się przy wykazywaniu swojej zdolności do realizacji zamówienia do zasobów Podmiotu trzeciego, Zamawiający nie uzyskał i nie mógł uzyskać potwierdzenia, że Wykonawca jest realnie uprawniony do korzystania z tych zasobów.

Przechodząc do szczegółowej analizy złożonych Zastrzeżeń w zakresie trzeciego ze stwierdzonych naruszeń, tj. naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 125 ust. 5 i art. 63 ust. 2 ustawy PZP podkreślić jeszcze raz należy, że Zamawiający w złożonych Zastrzeżeniach, poza potwierdzeniem stanu faktycznego ustalonego przez Zespół kontrolujący, nie wskazał żadnych argumentów mogących posłużyć do zakwestionowania poczynionych w sprawie ustaleń zarówno w zakresie faktycznym jak i prawnym. Zamawiający nie zakwestionował formy złożenia przez Wykonawcę oświadczenia Podmiotu trzeciego i nie wezwał Wykonawcy do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 5 ustawy PZP, w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym w wyznaczonym terminie, czym naruszył art. 128 ust. 1 ustawy PZP.

Nie ulega wątpliwości, że w kontrolowanym postępowaniu oświadczenie wstępne podmiotu udostępniającego zasoby potwierdzające brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 125 ust. 5 zostało złożone w niewłaściwej formie, tj. nie zostało w sposób prawidłowo podpisane, co naruszało formę elektroniczną zastrzeżoną pod rygorem nieważności, o której mowa w art. 63 ust. 2. W przypadku gdy dla danego dokumentu zastrzeżona została określona forma czynności pod rygorem nieważności, to niedochowanie formy czynności zastrzeżonej pod rygorem nieważności skutkuje nieważnością tak dokonanej czynności. Uchybienie wymogowi opatrzenia w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 5 ustawy PZP, podpisem kwalifikowanym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, powoduje, że oświadczenie będzie **nieważne** – nie będzie to bowiem oświadczenie złożone w formie elektronicznej lub postaci elektronicznej. W konsekwencji oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 5 ustawy PZP podlega uzupełnieniu zgodnie z art. 128 ust 1 ustawy PZP.

Ponadto, dwukrotnie w złożonych Zastrzeżeniach, zarówno przy argumentacji odnośnie naruszenia związanego z brakiem wezwania Wykonawcy do uzupełnienia przez Podmiot trzeci zobowiązania, jak i przy argumentacji odnośnie braku wezwania Wykonawcy do złożenia oświadczenia Podmiotu trzeciego, składanego na podstawie art. 125 ust. 5, we właściwej formie, Zamawiający stanął na stanowisku, że w okolicznościach niniejszej sprawy naruszenia te mogą być uznane wyłącznie za naruszenia ustawy PZP o charakterze formalnym, a więc nieniosącym skutku w postaci szkody dla budżetu UE (nawet potencjalnej), wobec czego pomniejszenie wydatków kwalifikowalnych jest nieuprawnione.

Odnosząc się do powyższego wnioskowania Zamawiającego, ponownie za wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10.01.2017 r., przywołanego już w pkt 4.1 informacji pokontrolnej wskazać należy, że (cyt.): „(...) *naruszenie prawa unijnego lub krajowego skutkujące szkodą dla budżetu UE wiąże się z wydatkową stroną tego budżetu, a mianowicie ze sfinansowaniem lub ryzykiem sfinansowania nieuzasadnionego wydatku. W sytuacji więc, gdy z punktu widzenia przywołanego przepisu istota nieprawidłowości, o której w nim mowa, wiąże się z bezprawnym działaniem lub zaniechaniem skutkującym naruszeniem norm prawa unijnego lub krajowego, to za oczywiste uznać należy, że obowiązkiem organu krajowego jest (powinno być) skonfrontowanie wskazanego działania lub zaniechania z punktu widzenia jego zgodności z konkretnym wzorcem zachowania w celu ustalenia, czy doszło do jego naruszenia, a następnie, w razie ustalenia i potwierdzenia tego naruszenia, zastosowanie odpowiedniej normy konsekwencyjnej. W związku z tym również, że na gruncie przywołanego przepisu, prawodawca unijny operuje pojęciem "działania*

lub zaniechania powodującego lub mogącego spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego", nie może budzić wątpliwości, że szkoda o której mowa w tym przepisie, nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda ta powstanie (por. wyrok NSA z dnia 19 marca 2013 r., sygn. akt II GSK 51/13). Tym samym, odstąpić od nałożenia korekty organ orzekający może wyłącznie w przypadku, jeżeli naruszenie prawa, w tym naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych, miało wyłącznie charakter formalny i nie mogło mieć wpływu na powstanie rzeczywistej czy też potencjalnej szkody, ani też na jej wysokość (por. wyrok NSA z dnia 25 kwietnia 2014 r., sygn. akt II GSK 173/13)."

Tak więc mając na uwadze wskazany powyżej obowiązek, skonfrontowano w tym konkretnym przypadku stwierdzone zaniechanie i działanie Zamawiającego z punktu widzenia jego zgodności z konkretnym wzorcem zachowania w celu ustalenia, czy doszło do jego naruszenia oraz po potwierdzeniu tego naruszenia, zastosowano odpowiednie normy konsekwencyjne, uwzględniając obowiązujące przepisy, tj. art. 2 pkt 36 przywołanego poniżej w treści pkt 4.1 Informacji pokontrolnej Rozporządzenia 1303/2013.

Za wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 15 kwietnia 2019 r.² podkreślić należy, że (cyt.): „nieprawidłowość ma miejsce w sytuacji, gdy w skutek naruszenia procedur doszło do powstania szkody lub mogłoby dojść do jej powstania w budżecie ogólnym UE. Możliwość powstania szkody należy rozumieć jako możliwość uszczuplenia środków unijnych. Dla uznania zatem, że doszło do powstania „nieprawidłowości” w rozumieniu 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 zgodne 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 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).”

Tak więc nieprawidłowość indywidualna 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 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 wskutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, iż wskazane powyżej zapisy art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013 nie zawierają definicji szkody. Zawierają natomiast 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 natomiast finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, a nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa unijnego lub krajowego, w tym zasad określonych w ustawie PZP. Dla wystąpienia potencjalnej szkody wystarczy zatem uprawdopodobnienie możliwości jej wystąpienia. Powyższe jest kluczowe w kontekście analizy rozpatrywanej sprawy. W kontekście przywołanych bowiem

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

powyżej przepisów dla stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej nie jest koniecznym udowodnienie faktu wystąpienia takich okoliczności, ale samo dopuszczenie do możliwości ich wystąpienia.

Jak wskazano w treści Informacji pokontrolnej (punkt 4.1) ze szkodą potencjalną mamy do czynienia wtedy, gdy właściwa instytucja, stwierdzając naruszenie, nie może z całą stanowczością, z całą pewnością, wykluczyć, że takie skutki mogły wystąpić. Zatem jeśli na podstawie konkretnych, indywidualnych okoliczności sprawy właściwa instytucja poweźmie wątpliwości co do tego, że określone naruszenie ustawy mogło skutkować ryzykiem wystąpienia nieuzasadnionego wydatku poniesionego z naruszeniem przepisów obowiązującego prawa, a więc wyrządzeniem szkody w budżecie UE, to absolutnie tego rodzaju wydatku nie można uznać za kwalifikowalny w całości.

Mając na uwadze powyższe, oceny tego konkretnego przypadku dokonano przez pryzmat stwierdzonych naruszeń w ramach realizowanej procedury udzielenia zamówienia w kontekście możliwości wystąpienia potencjalnej szkody. Tymczasem jak już podkreślano powyżej 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 PZP.

Uwzględniając powyższą argumentację oraz odnosząc się do wnioskowania Zamawiającego dotyczącego braku szkody dla budżetu UE i nieuzasadnionego pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych, związanego stricte z brakiem wezwania Wykonawcy do uzupełnienia zobowiązania Podmiotu trzeciego, wskazać należy, że Wykonawca powołując się na zasoby Podmiotu trzeciego w ramach warunku wiedzy i doświadczenia nie udowodnił Zamawiającemu, że udostępnienie zasobów przez Podmiot trzeci nosi cechy realności a Podmiot trzeci będzie uczestniczył w wykonaniu usługi w takim zakresie, jak udostępniono zasoby potwierdzające posiadanie wymaganego doświadczenia, gdyż oświadczenie (zobowiązanie) Podmiotu trzeciego, z uwagi na brak elementów określonych w art. 118 ust 4 ustawy PZP, jest wadliwe i nie potwierdza realnego dysponowania potencjałem dotyczącym wiedzy i doświadczenia. Z treści zobowiązania nie wynika, że zaangażowanie spółki Brand Magic w wykonanie i wdrożenie strony internetowej będzie miało miejsce w formule podwykonawstwa.

W niniejszej sprawie nie sposób bezwzględnie wykluczyć potencjalnego negatywnego wpływu braku wezwania Wykonawcy do uzupełnienia zobowiązania Podmiotu trzeciego. W tym przypadku szkoda potencjalna polega na tym, że Zamawiający, przyjmując dokument zobowiązania w formie ogólnej, niedookreślonej, czyli taki, który nie dawał Zamawiającemu pewności, czy zamówienie w zakresie wykonania i wdrożenia strony internetowej zrealizuje Podmiot trzeci, mógł dokonać błędnej oceny w zakresie spełnienia warunku doświadczenia przez Wykonawcę, który w tym zakresie posłużył się zasobami Podmiotu trzeciego, ponieważ załączone zobowiązanie Podmiotu trzeciego nie pozwala na uznanie, że Wykonawca spełniał warunek doświadczenia. Innymi słowy, Zamawiający dopuścił potencjalnie do możliwości wykonania i wdrożenia strony internetowej przez Wykonawcę, który wymaganego doświadczenia nie posiada.

Odnosząc się zaś do argumentacji Zamawiającego o braku szkody dla budżetu UE i nieuprawnionym, jego zdaniem, pomniejszeniu wydatków kwalifikowalnych w związku z brakiem wezwania Wykonawcy do złożenia oświadczenia wstępnego Podmiotu trzeciego w formie wymaganej przepisami prawa, należy w pierwszej kolejności jeszcze raz podnieść, że weryfikacja podmiotowa wykonawców jest jednym z najważniejszych etapów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż tylko ci wykonawcy, którzy wykażą, że spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz że w stosunku do nich nie zachodzą podstawy wykluczenia, skutecznie mogą wziąć udział w postępowaniu. W omawianym przypadku szkoda potencjalna polega na tym, że Zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu Wykonawcę, który tylko dzięki doświadczeniu Podmiotu trzeciego, z uwagi na spełnienie przez niego jednego z warunków udziału w postępowaniu postawionego przez Zamawiającego, który nie został w sposób poprawny zweryfikowany. Tego naruszenia, tj. braku wezwania do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 5 ustawy PZP, nie można uznać jedynie za formalne, gdyż na moment wyboru Wykonawcy Zamawiający nie uzyskał pewności, że wybiera Wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu, zweryfikowanego w sposób wymagany przepisami. Sam fakt

złożenia tego oświadczenia nie daje podstawy do uznania, że Podmiot trzeci nie podlegał wykluczeniu, gdyż nie została zachowana wymagana forma tego dokumentu pod rygorem nieważności.

Odnosząc się do kwestii ewentualnego odstąpienia od wymierzenia korekty i uznania wydatków projektowych dotyczących realizacji umowy nr 68 z dnia 23.03.2023 r. za kwalifikowalne w całości należy wskazać, iż Zamawiający żadnych podstaw prawnych we wskazanym zakresie. Na marginesie wskazać należy, iż odstąpić od nałożenia korekty można 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. W warunkach stanu faktycznego rozpatrywanej sprawy stwierdzonych naruszeń nie sposób uznać za naruszenia o charakterze czysto formalnym.

Reasumując, po ponownej analizie dokumentacji tej konkretnej sprawy oraz po wnikliwym rozważeniu podniesionych przez Zamawiającego argumentów dotyczących naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 118 ust. 4 i 119 ustawy PZP oraz naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 125 ust. 5 i art. 63 ust. 2 ustawy PZP, a także argumentów dotyczących braku potencjalnej szkody, Zastrzeżenia z dnia 21.08.2023 r. w tym zakresie odrzucono w całości.

Tym samym zapisy w pkt 2.1 oraz 4.1 Informacji Pokontrolnej w ww. zakresie nie zostały zmienione.

Podsumowując, złożone Zastrzeżenia odrzucono w całości za wyjątkiem części dotyczącej warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

W związku z powyższym zapisy Informacji pokontrolnej nie zostały zmienione z wyłączeniem przyjętego zastrzeżenia w zakresie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

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

W wyniku przeprowadzonej kontroli dokonano pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych.

4.1 Zamówienie pn.: „Zakup portalu udostępniającego zasoby i treści publiczne oraz e-usługi wraz ze szkoleniem personelu. Znak sprawy DE.52.1.11.2022.PG”.

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 dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

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

W zakresie stwierdzonych naruszeń po gruntownym zbadaniu sprawy należy bezspornie uznać za udowodnione, iż Zamawiający naruszył zapisy art. 128 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 118 ust. 4 i 119 ustawy

PZP, art. 128 ust. 1 w zw. z art. 125 ust. 5 i art. 63 ust. 2 ustawy PZP oraz art. 128 ust. 1 w zw. z art. 125 ust. 1, ust. 5 i art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej

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 i zaniechanie Zamawiającego w zakresie wskazanym w pkt 2.1 Informacji pokontrolnej zostało bezsprzecznie wykazane.

Przechodząc do analizy trzeciej przesłanki w ramach tej konkretnej sprawy w pierwszej kolejności należy podkreślić, iż pojęcie szkody dla budżetu UE jest istotnym elementem w trakcie rozpatrywania przesłanek wystąpienia nieprawidłowości.

Powyższe stwierdzenie znajduje swoje potwierdzenia w judykaturze zarówno krajowej, jak i europejskiej. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej TSUE) w wyroku z 14 lipca 2016 C-406/14 Wrocław – miasto na prawach powiatu przeciwko Ministrowi Infrastruktury i Rozwoju stwierdził³: „Niemniej jednak z definicji zawartej w art. 2 pkt 7 owego rozporządzenia wynika, że naruszenie prawa Unii stanowi nieprawidłowość w rozumieniu tego przepisu jedynie wtedy, gdy powoduje ono lub mogłoby powodować szkodę w budżecie ogólnym Unii w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku. Naruszenie takie należy zatem uznać za nieprawidłowość, o ile może ono jako takie mieć skutki budżetowe. Natomiast nie trzeba udowadniać wystąpienia konkretnych skutków finansowych (...). W konsekwencji należy stwierdzić, że uchybienie zasadom udzielania zamówień publicznych stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006, o ile nie można wykluczyć, że uchybienie to miało wpływ na budżet odnośnie funduszu”.

Sentencja ta, w związku z przywołaną powyżej definicją nieprawidłowości określoną w art. 2 pkt 36 Rozporządzenia ogólnego, pozostaje aktualna również na gruncie rozpatrywanej sprawy, gdyż definicja ta została powtórzona i uzupełniona o „naruszenie przepisu prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego”. Wobec tego, wyroki TSUE dotyczące przepisów rozporządzenia Rady nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. Urz. UE L 210 z 31.07.2006 r., s. 25, z późn. zm.) i ich konkluzje znajdują zastosowanie do nowych regulacji, tj. Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r.

Tak więc w sytuacji wystąpienia naruszenia przepisów dotyczących udzielania zamówień 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

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 12.12.2014 r., sygn. akt II GSK 1467/13.

wystąpienia. W wyroku z dnia 19.02.2015 r.⁵ WSA we Wrocławiu stwierdził: „Jeśli idzie o szkodę w budżecie ogólnym UE, Sąd podkreśla, że może to być nie tylko szkoda rzeczywista, ale i potencjalna, o którą chodzi w rozpatrywanej sprawie, wbrew sugestiom zawartym w skardze, że w istocie może chodzić tylko o szkodę rzeczywistą, a taka nie wystąpiła.”

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

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

Warunkiem stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej a tym samym konieczności 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 zakresie oceny stwierdzonego naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 118 ust. 4 i 119 ustawy PZP pod kątem wystąpienia trzeciej przesłanki nieprawidłowości indywidualnej wskazać należy, iż Wykonawca powołujący się na zasoby Podmiotu Trzeciego nie udowodnił, że stosunek łączący go z podmiotem udostępniający swoje zasoby gwarantował rzeczywisty do nich dostęp. Złożone przez Wykonawcę zobowiązanie Podmiotu trzeciego, stanowiące podmiotowy środek dowodowy, które co do zasady winno być oświadczeniem woli tego podmiotu, miało jedynie charakter formalny. Nie potwierdzało, że Wykonawca będzie miał rzeczywisty dostęp do określonych zasobów przez czas niezbędny do realizacji zamówienia. Nie wskazywało tych zasobów ani nie zawierało oświadczenia co do tego czy i w jakim zakresie Podmiot trzeci zrealizuje zakres zamówienia, do realizacji którego te zdolności są wymagane. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domniemania w szczególności, gdy tylko poprzez udział Podmiotu trzeciego można uznać warunek udziału w postępowaniu za spełniony. Ponieważ Zamawiający przyjął od Wykonawcy niekompletny dokument i zaniechał czynności wezwania do jego uzupełnienia, z całą stanowczością należy stwierdzić, że Zamawiający nie zweryfikował Wykonawcy w zakresie spełniania warunków udziału

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.

w postępowaniu w tym zakresie, w jakim powoływał się on na Podmiot trzeci. Tym samym nie może z całą stanowczością wykluczyć wystąpienia negatywnych skutków tych naruszeń na przebieg i wynik przeprowadzonego postępowania.

Po dokonaniu oceny ryzyka, na jakie budżet UE mógł zostać narażony w wyniku wskazanego naruszenia zapisów art. 128 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 118 ust. 4 i 119 ustawy PZP należy stwierdzić, iż w tym przypadku wystąpiła trzecia z obligatoryjnych przesłanek, tj. możliwość wywołania szkodliwego wpływu w budżecie środków europejskich.

Przechodząc do oceny naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 125 ust. 5 i art. 63 ust. 2 ustawy PZP w zakresie braku wezwania Wykonawcy do złożenia oświadczenia wstępnego Podmiotu trzeciego w wymaganej przepisami prawa formie, potwierdzającego, że Podmiot trzeci udostępniający wykonawcy zasoby nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz spełnia warunki udziału w zakresie, w jakim Wykonawca powołał się na jego zasoby, należy stwierdzić, że wskazane naruszenie mogło doprowadzić do sytuacji wyboru Wykonawcy, któremu nie powinno zostać udzielone przedmiotowe zamówienie. Niezachowanie formy spowodowało, że dokument był obciążony wadą nieważności. W przedmiotowym przypadku zaniechanie badania ww. okoliczności, w powiązaniu z wymogami ustawowymi w tym zakresie stanowiło de facto zmianę zasad kwalifikacji oferentów na korzyść wybranego Wykonawcy. Powyższe mogło wpłynąć na wynik przeprowadzonego postępowania.

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

Ze szkodą potencjalną mamy do czynienia wówczas, gdy właściwa instytucja, stwierdzając naruszenie, nie może z całą stanowczością wykluczyć wystąpienia negatywnych skutków tych naruszeń na przebieg i wynik postępowania. Zatem jeśli na podstawie konkretnych, indywidualnych okoliczności sprawy właściwa instytucja poweźmie wątpliwości co do tego, że określone naruszenie ustawy mogło skutkować wyrządzeniem szkody, zwiększonym niezasadnym wydatkiem ze strony budżetu UE, czy też wydatkiem poniesionym z naruszeniem zasad, to absolutnie tego rodzaju wydatku nie można uznać za kwalifikowalny w całości.

Co do zasady bowiem odstąpić od sankcji można wyłącznie w przypadku, gdy naruszenie przepisów o zamówieniach miało charakter formalny i nie mogło mieć wpływu na wysokość rzeczywistej czy potencjalnej szkody. Stwierdzone w warunkach tej konkretnej sprawy naruszenia zapisów art. 128 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 118 ust. 4 i 119 ustawy PZP, art. 128 ust. 1 w zw. z art. 125 ust. 5 i art. 63 ust. 2 ustawy PZP bez wątpienia nie noszą znamion naruszeń formalnych. Doprowadziły one natomiast do naruszenia w przeprowadzonym postępowaniu podstawowych zasad udzielania zamówień określonych zapisami ustawy PZP.

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 warunkach tej konkretnej sprawy, bezsprzecznie doszło do ryzyka związanego z możliwością sfinansowania nieuzasadnionego wydatku. Celem zaś korekt jest przywrócenie sytuacji, gdy wszystkie wydatki deklarowane do finansowania unijnego są prawidłowe oraz zgodne z prawem i odpowiednimi zasadami i przepisami prawa krajowego oraz unijnymi.

Należy w tym miejscu podkreślić, iż dla wystąpienia ryzyka zaistnienia potencjalnej szkody wystarczy tylko samo uprawdopodobnienie, że wydatek został poniesiony z naruszeniem prawa. Powyższe potwierdza pogląd wyrażony w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który w wyroku z dnia 15.09.2005 r. w sprawie C-199/03 Irlandia przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. I/8027, orzekł, że (cyt.): „(...) nawet takie nieprawidłowości, które nie mają szczególnego wpływu finansowego i nie prowadzą do żadnych nienależnych wypłat lub nadpłat ze strony Wspólnoty, mogą poważnie szkodzić interesom finansowym UE i z tego względu uzasadniają zastosowanie korekt finansowych”. *„Szkodą w interesach finansowych UE jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, z kolei nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa wspólnotowego, w tym zasad przepisów u.p.z.p. Do oceny, czy doszło do naruszenia przepisów regulujących realizację projektu w ramach programu operacyjnego nie ma podstawowego znaczenia wystąpienie rzeczywistej szkody. Wystarczy stwierdzenie możliwości wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE”*. (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 2 września 2015 r., sygn. akt. II GSK 1653/14).

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

Szkodą w interesach finansowych Unii Europejskiej jest więc finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, a nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa unijnego lub krajowego, w tym zasad określonych w ustawie PZP. Dla wystąpienia potencjalnej szkody wystarczy zatem stwierdzenie możliwości jej wystąpienia nie zaś jej wykazanie.

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

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

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

Dokonując wieloaspektowej analizy należy zatem stwierdzić, iż wykryte naruszenia zapisów art. 128 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 118 ust. 4 i 119 ustawy PZP oraz art. 128 ust. 1 w zw. z art. 125 ust. 5 i art. 63 ust. 2 ustawy PZP spełniają definicję nieprawidłowości z art. 2 pkt 36 *Rozporządzenia ogólnego*.

Przechodząc z kolei do oceny w zakresie możliwości wystąpienia trzeciej przesłanki nieprawidłowości, jaką jest wystąpienie szkodliwego wpływu na budżet środków europejskich w zakresie stwierdzonego naruszenia polegającego na zaniechaniu wezwania Wykonawcy do uzupełnienia oświadczenia wstępnego własnego i podmiotu trzeciego w zakresie przesłanki wykluczenia na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej, należy uwzględnić okoliczności faktyczne zaistniałe w tym konkretnym przypadku, których wystąpienie determinuje kwalifikację naruszenia oraz przypisane mu skutki prawne.

Analizując zatem stan faktyczny tej konkretnej sprawy pod kątem możliwości wykazania związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE na wstępie wskazać należy, że celem wprowadzenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej było wprowadzenie ograniczenia w postaci zablokowania możliwości uzyskania zamówień i ich realizacji przez wykonawców rosyjskich. Wykluczenie z udziału w prowadzonych postępowaniach w przypadku zaistnienia przesłanki, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej jest bowiem narzędziem dla osiągnięcia tego celu a nie celem samym w sobie.

W rozpatrywanej sprawie Zamawiający zamieścił w dokumentach zamówienia informację w zakresie obligatoryjnych przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej (Rozdział E SWZ), informując tym samym wszystkich potencjalnych wykonawców o obowiązującej z mocy prawa obligatoryjnej przesłance wykluczenia z udziału w prowadzonym postępowaniu. Następnie weryfikacji takiej, zarówno w stosunku do Wykonawcy jak i podmiotu udostępniającego zasoby, Zamawiający dokonał, o czym stanowi treść złożonych w dniu 21.06.2023 r. wyjaśnień. Weryfikacji tej dokonuje się nie tylko w oparciu o oświadczenia składane na podstawie art. 125 ust. 1 i art. 125 ust. 5, ale także poprzez weryfikację odpowiednich list podmiotów i osób oraz wykazów podmiotów wykluczonych z możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, takie jak wykazy określone w Rozporządzeniu Rady (WE) nr 765/2006 z dnia 18 maja 2006 r. dotyczące środków ograniczających skierowanych przeciwko prezydentowi Aleksandrowi Łukaszence i niektórym urzędnikom z Białorusi, w Rozporządzeniu Rady (UE) nr 269/2014 z dnia 17 marca 2014 r. w sprawie środków ograniczających w odniesieniu do działań podważających integralność terytorialną, suwerenność i niezależność Ukrainy lub im zagrażających, a także na liście osób i podmiotów wobec których są stosowane środki z art. 1 ustawy sankcyjnej, prowadzonej przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych i publikowanej w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej ministra właściwego do spraw wewnętrznych.

Co prawda wstępna weryfikacja wszystkich wykonawców w rozpatrywanym zakresie winna zostać dokonana przez Zamawiającego w oparciu o złożone oświadczenia wstępne, o których mowa w art. 125 ust. 1 i art. 125 ust. 5 ustawy PZP przed przystąpieniem do oceny złożonej oferty. Wskazać jednak należy, iż wstępna weryfikacja służy zablokowaniu możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji przez wykonawców rosyjskich.

W warunkach rozpatrywanej sprawy Zamawiający dokonał samodzielnej weryfikacji na podstawie m.in. wykazów stanowiących załączniki do rozporządzenia nr 765/2006 i rozporządzenia nr 269/2014, listy czy Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, wykluczając tym samym nawet potencjalną możliwość udzielenia zamówienia wykonawcy rosyjskiemu pomimo wykazanego naruszenia zapisów ustawy na wstępnym etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym osiągnął podstawowy cel obligatoryjnej przesłanki wykluczenia z udziału w prowadzonym postępowaniu, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej. Tym samym w warunkach stanu faktycznego i prawnego rozpatrywanej sprawy nie sposób wykazać związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE.

Po dokonaniu oceny ryzyka, na jakie budżet UE mógł zostać narażony w wyniku wskazanego naruszenia zapisów art. 128 ust. 1 w zw. z art. 125 ust. 1 i art. 125 ust. 5 w zw. art. 266 ustawy PZP oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń wstępnych w zakresie przesłanki wykluczenia na podstawie art. 7

ust. 1 ustawy sankcyjnej należy stwierdzić, iż w tym przypadku nie wystąpiła trzecia z obligatoryjnych przesłanek, tj. możliwość wywołania szkodliwego wpływu w budżecie środków europejskich.

Dokonując wieloaspektowej analizy, należy stwierdzić, iż wykryte naruszenie przepisów art. 128 ust. 1 w zw. z art. 125 ust. 1 i art. 125 ust. 5 w zw. art. 266 ustawy PZP oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego nie spełnia definicji nieprawidłowości z art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013.

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

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

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

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

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

Stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości pomniejszeń, przypisane do odpowiednich kategorii nieprawidłowości indywidualnych określono w Załączniku do *Rozporządzenia*. Zatem obniżenie wartości pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych przy zastosowaniu odpowiedniej stawki procentowej następuje co do zasady w mniejszym rozmiarze, niż miałoby to miejsce w przypadku stosowania ogólnych zasad kwalifikowalności wydatków – za wydatek w całości niekwalifikowany należałoby uznać całą kwotę wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach przeprowadzonego zamówienia, w którym stwierdzono nieprawidłowość indywidualną.

W przedmiotowej sprawie należy stwierdzić, iż anulowanie całości wydatków kwalifikowalnych, poniesionych w ramach zamówienia opisanego w pkt. 2.1 Informacji pokontrolnej jest niewspółmierne do charakteru i wagi stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej, a skutki finansowe tych nieprawidłowości są pośrednie, rozproszone oraz trudne do oszacowania.

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

Stwierdzone w ramach przeprowadzonej kontroli nieprawidłowości indywidualne związane z brakiem wezwania Wykonawcy do uzupełnienia zobowiązania Podmiotu trzeciego, a co za tym idzie z nieprawidłową kwalifikacją podmiotową Wykonawcy pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim ten Wykonawca powoływał się na zasoby Podmiotu trzeciego oraz z brakiem oceny kwalifikacji podmiotowej Podmiotu udostępniającego zasoby Wykonawcy pod kątem wystąpienia przesłanek wykluczenia z postępowania, została wskazana Załączniku do *Rozporządzenia* w ramach rodzaju nieprawidłowości indywidualnej pn. **„Wprowadzono zmiany w kryteriach kwalifikacji (lub specyfikacji technicznej) po otwarciu ofert lub kryteria te (lub specyfikacja) zostały zastosowane nieprawidłowo” (pkt 14). Wskazana kategoria nieprawidłowości indywidualnej przewiduje stawkę procentową w wysokości 25% w sytuacji, gdy „kryteria kwalifikacji (lub specyfikację techniczną) zmieniono lub niepoprawnie zastosowano na etapie kwalifikacji, czego skutkiem było przyjęcie ofert zwycięskich, których nie należało przyjąć (lub odrzucenie ofert, które należało przyjąć), gdyby postępowano zgodnie z opublikowanymi kryteriami kwalifikacji”.**

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

Zgodnie z zapisami § 9 ust. 1 *Rozporządzenia* w przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych wartość korekt finansowych lub pomniejszeń nie podlega sumowaniu. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, do wszystkich stwierdzonych nieprawidłowości indywidualnych stosuje się jedną korektę finansową lub jedno pomniejszenie o najwyższej wartości (§ 9 ust. 1. *Rozporządzenia*).

Tym samym należy stwierdzić, że wskazana w treści niniejszej Informacji pokontrolnej nieprawidłowość indywidualna związane z realizacją zamówienia pn.: *„Zakup portalu udostępniającego zasoby i treści publiczne oraz e-usługi wraz ze szkoleniem personelu. Znak sprawy DE.52.1.11.2022.PG” skutkuje pomniejszeniem w wysokości 25% faktycznych wydatków kwalifikowanych wynikających z realizacji umowy nr 68 z dnia 23.03.2023 r. Wartość umowy 478.199,40 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.

Stwierdzone nieprawidłowości indywidualne związane z realizacją zamówienia pn.: *„Zakup portalu udostępniającego zasoby i treści publiczne oraz e-usługi wraz ze szkoleniem personelu. Znak sprawy DE.52.1.11.2022.PG”* w ramach projektu pn.: *„Digitalizacja zbiorów i oferty edukacyjnej Centrum Historii Zajezdni wraz z dostosowaniem infrastruktury instytucji oraz stworzeniem specjalistycznego portalu e-usług”* pomniejszają wydatki kwalifikowane o 25 % faktycznych wydatków kwalifikowanych wynikających z realizacji Umowy nr 68 z dnia 23.03.2023 r. Wartość umowy 478.199,40 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.	Nr załącznika	Nazwa załącznika	
1.	1	Deklaracje bezstronności	2 egzemplarze
2.	2	Listy sprawdzające – egzemplarz kontrolującego	2 komplety
3.	3	Dokumentacja postępowania	Dokumentacja w SL2014
4.	4	Dokumentacja uzupełniająca postępowania	Korespondencja e-mail

Zespół Kontrolujący:

Karol Boczar

/zaakceptowano elektronicznie/

(podpis kierownika zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 1 września 2023 r.

Sebastian Bojar

/zaakceptowano elektronicznie/

(podpis członka zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 1 września 2023 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 01 września 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.

Potwierdzam zgodność kopii z dokumentem elektronicznym:

Identyfikator dokumentu	1363762.3460652.3695850
Nazwa dokumentu	Ostateczna informacja pokontrolna RPDS.02.01.02-02-0018_21 Ośrodek Pamięć i Przyszłość.pdf
Tytuł dokumentu	Ostateczna informacja pokontrolna RPDS.02.01.02-02-0018_21 Ośrodek Pamięć i Przyszłość
Sygnatura dokumentu	DEFR-O-III.44.65.2023
Data dokumentu	2023-09-01 00:00:00
Skrót dokumentu	0C4DDDC0A6E8DD6DB2C2CF42585C4F02B6421 A58
Wersja dokumentu	1.5
Data podpisu	2023-09-01
Podpisane przez	Małgorzata Kuruc Zastępca Dyrektora Departamentu
Rodzaj certyfikatu	Certyfikat kwalifikowany podpisu elektronicznego
Akceptacja	Chwalibóg Sylwia w zastępstwie za Aleksandrowicz Marek, 2023-09-01 13:36:51, wersja 1.2 (Kierownik Działu, Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O), Dział Kontroli Projektów EFRR (DEFR-O-III)) Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
Akceptacja	Bojar Sebastian, 2023-09-01 13:33:19, wersja 1.2 (Główny Specjalista, Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O), Dział Kontroli Projektów EFRR (DEFR-O-III)) Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
Akceptacja	Boczkar Karol, 2023-09-01 13:27:24, wersja 1.0 (Starszy Specjalista, Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O), Dział Kontroli Projektów EFRR (DEFR-O-III)) Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
	EZD 3.112.1.1.
Data wydruku:	2023-09-06 13:34:30
Autor wydruku:	Boczkar Karol