



Województwo
Śląskie

Katowice, zgodnie z datą zatwierdzenia
FR-RKPR.44.255.1.2022.PP
Dotyczy projektu nr 0052/19



Pani
Mariola Szulc
Prezes Zarządu Dyrektor Generalny
MEGREZ Sp. z o.o.
ul. Edukacji 102
43-100 Tychy

Dotyczy kontroli projektu pn. „Poprawa efektywności energetycznej budynków podmiotu leczniczego Megrez Sp. z o.o. w Tychach z wykorzystaniem instalacji OZE”

URZĄD MARSZAŁKOWSKI
WOJEWÓDZTWA ŚLĄSKIEGO

DEPARTAMENT
EUROPEJSKIEGO FUNDUSZU
ROZWOJU REGIONALNEGO

ul. Ligonia 46,
40-037 Katowice

TELEFON +48 32 77 40 130
FAKS +48 32 77 40 196

efrr@slaskie.pl
slaskie.pl
powstania.slaskie.pl

Szanowna Pani Prezes,

W załączeniu do niniejszego pisma przekazuję ostateczną informację pokontrolną z przeprowadzonej w dniach 19.05-07.06.2022 r. kontroli projektu pn. *Poprawa efektywności energetycznej budynków podmiotu leczniczego Megrez Sp. z o.o. w Tychach z wykorzystaniem instalacji OZE*, dofinansowanego z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2014 – 2020.

Do ostatecznej informacji pokontrolnej nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń.

Z poważaniem,

Monika Duda-Szmyd

Zastępca Dyrektora Departamentu Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym

Załączniki: Ostateczna informacja pokontrolna z kontroli projektu jak wyżej.



Unia Europejska
Europejski Fundusz
Rozwoju Regionalnego



Katowice, zgodnie z datą zatwierdzenia
FR-RKPR.44.255.1.2022.PP
Dot. projektu nr 0052/19

OSTATECZNA INFORMACJA POKONTROLNA

Nazwa jednostki kontrolowanej: Megrez Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
Tytuł projektu: Poprawa efektywności energetycznej budynków podmiotu leczniczego Megrez Sp. z o.o. w Tychach z wykorzystaniem instalacji OZE
Nr umowy o dofinansowanie: UDA-RPSL.04.03.01-24-0052/19-00
Podstawa prawna do przeprowadzenia kontroli:

- 1) Art. 23 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (Dz. U. z 2020 poz. 818 z późn. zm. - dalej „ustawa wdrożeniowa”),
- 2) § 17 Umowy nr UDA-RPSL.04.03.01-24-0052/19-00 z 29.04.2020 r. w sprawie dofinansowania projektu pn. *Poprawa efektywności energetycznej budynków podmiotu leczniczego Megrez Sp. z o.o. z Tychach z wykorzystaniem instalacji OZE.*

Rodzaj kontroli:

- w trakcie realizacji projektu

Tryb kontroli:

- planowa

1. Skład Zespołu Kontrolującego:

Imię i nazwisko	Stanowisko służbowe	Funkcja w zespole kontrolującym
Piotr Piszcz	Główny Specjalista	Kierownik Zespołu Kontrolującego
Kinga Powroźnik	Główny Specjalista	Członek Zespołu Kontrolującego

2. Data przeprowadzenia kontroli: 19.05-07.06.2022 r.

Korespondencja prowadzona w toku czynności kontrolnych:

- e-mail z dnia 24.05.2022 r. (konto: piotr.piszcz@slaskie.pl) - prośba o uzupełnienie dokumentów oraz wyjaśnienia (termin do 30.05),
- e-mail przedstawiciela Beneficjenta z dnia 30.05.2022 r. – uzupełnienie dokumentów oraz przekazanie wyjaśnień w odpowiedzi na e-mail z 24.05.2022 r.,
- e-mail przedstawiciela Beneficjenta z dnia 31.05.2022 r. – uzupełnienie wyjaśnień przekazanych 30.05.2022 r.
- pismo WSS/KG/855/DOP/198/ADW/2022 z 21.06.2022r. przekazujące zastrzeżenia do informacji pokontrolnej

3. Zakres oraz przedmiot kontroli:

Ocena zgodności wykorzystania środków finansowych z zakresem określonym w Umowie w sprawie dofinansowania projektu.

Opis skontrolowanych procesów:

Zgodność postępowań w zakresie zamówień z przepisami prawa krajowego i wspólnotowego.

4. Opis stwierdzonego w wyniku kontroli stanu faktycznego:

4.1 Zamówienia

W ramach prowadzonej kontroli zweryfikowano 1 postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zmianami – dalej „Pzp”).

W związku z aktualizacją Roczego Planu Kontroli dla RPO WSL 2014-2020 odstępiono od kontroli postępowania o udzielenie zamówienia, którego wartość nie przekracza 50 tys. zł netto:

Nazwa postępowania: *Plakat informacyjny 297x420mm – 2 szt. w ramach projektu „Poprawa efektywności energetycznej budynków podmiotu leczniczego Megrez Sp. z o.o. w Tychach z wykorzystaniem OZE” (UDA-RPSL.04.03.01-24-0052/19-00)*

Nr postępowania wskazany w LSI: 561/2020/CRZ/D

RKPR zastrzega sobie możliwość kontroli ww. postępowania o udzielenie zamówienia na dalszym etapie realizacji projektu. Wówczas w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości, beneficjent będzie zobowiązany do zwrotu środków, które zostały wykorzystane z naruszeniem procedur wskazanych w art. 184 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U.2019.869 ze zmianami) i w świetle art. 207 ust. 1 tejże ustawy mogą one podlegać zwrotowi wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych.

4.1.1

Nazwa i przedmiot zamówienia: Wykonanie robót budowlanych w ramach projektu pn.: „Poprawa efektywności energetycznej budynków podmiotu leczniczego Megrez Sp. z o.o. w Tychach z wykorzystaniem instalacji OZE”

Rodzaj zamówienia: roboty budowlane

Nr zamówienia: 29/20/ZP/PN

Nr ogłoszenia oraz data publikacji: BZP,

Ogłoszenie nr 763058-N-2020 z dnia 08.12.2020 r.

Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia nr 540548390-N-2020 z dnia 18.12.2020 r.

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony

Wartość zamówienia: 9.037.992,65 zł netto (2.116.972,96 euro)

Umowa z wykonawcą:

Umowa nr WSS/21/2021/DZP/4 / 11.03.2021 r. / Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane Mazur Sp. z o.o. Sp. k., ul. Złote Łany 21A, 43-215 Jankowice (lider) & Mazur Sławomir Firma Budowlana „MAZUR”, ul. Złote Łany 21A, 43-215 Jankowice (partner) / 10.360.782,00 zł

4.1.1.a

18.12.2020 r. Zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zmianie ogłoszenia nr 540548390-N-2020, które dotyczyło modyfikacji warunków udziału w postępowaniu:

- W sekcji III pkt 1.2 ogłoszenia – Zamawiający wykreślił tekst: „-ubezpieczenie budowy od wszystkich ryzyk budowy i montażu na sumę ubezpieczenia nie niższą niż 4 500 000,00 zł (cztery i pół miliona złotych)”.

- W sekcji III pkt 1.3 ogłoszenia – tekst o brzmieniu: „która pełniła funkcję kierownika budowy lub inspektora nadzoru przy robotach budowlanych na co najmniej jednym obiekcie kubaturowym”, Zamawiający zastąpił tekstem: „która pełniła funkcję **kierownika robót** lub kierownika budowy lub inspektora nadzoru przy robotach budowlanych na co najmniej jednym obiekcie kubaturowym”.

- W sekcji III pkt 5.1 ogłoszenia – Zamawiający wykreślił tekst: „b) aktualną kopię ubezpieczenia budowy od wszystkich ryzyk budowy i montażu na kwotę określoną w rozdziale V pkt 1 ppkt 2b), bb) niniejszej SIWZ”.

W związku ze zmianą istotną w zakresie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający nie wydłużył terminu składania ofert, do czego był zobowiązany zgodnie z art. 12a ust. 2 Pzp

Poproszony o wyjaśnienia, pismem z 30.05.2022 r. (sygn. WSS/KG/726/DZP/167/KF/22) Zamawiający odniósł się do opisanej sytuacji. Stwierdził przede wszystkim, że w odniesieniu do wymogu zawartego w art. 43 ust. 1 Pzp, „w przedmiotowym postępowaniu wyznaczył termin składania ofert dłuższy niż ustawowo wymagane 14 dni. Termin składania ofert wynosił bowiem 15 dni”.

Oprócz tego Zamawiający podkreślił, że „zmiana warunków udziału w postępowaniu polegała na ich ograniczeniu (złagodzeniu)” oraz że „została podjęta w celu dopuszczenia do złożenia ofert jak największej liczbie wykonawców”.

Poza tym kwestię braku przedłużenia terminu składania ofert, Zamawiający argumentował w następujący sposób:

„(...) Po terminie dokonania wskazanej zmiany tj. 18.12.2020 r. pozostało jeszcze 5 dni do upływu terminu składania ofert, z tym, jak już wyżej wskazano, termin ten był faktycznie wydłużony w stosunku do minimalnego terminu przewidzianego w ustawie, wobec czego (...) zachowano obowiązek dostosowania długości terminów składania ofert do stopnia złożoności przedmiotu zamówienia oraz uwzględnienie czasu niezbędnego do przygotowania oferty przez potencjalnych wykonawców. Ponadto, dokonana (...) zmiana treści ogłoszenia (...), nie skutkowałą koniecznością udzielenia dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach, a taki jest cel tegoż przepisu. Zmiana treści ogłoszenia (...) została wprowadzona przez Zamawiającego na 5 dni przed terminem składania ofert, zatem wszyscy potencjalni wykonawcy mieli wystarczającą ilość czasu, aby uwzględnić (...) złagodzenie warunków udziału w postępowaniu w przygotowywanej ofercie.

Czas pozostały od wprowadzenia zmiany (...) do dnia otwarcia ofert (...) był wystarczający i umożliwiał wprowadzenie ewentualnych zmian w ofertach. Termin "czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach lub ofertach" jest na tyle nieostry, że dopuszcza zmianę terminu, np. o 1 dzień. Z formalnego punktu widzenia zmiana taka spełniałaby zapis art. 12a, ale merytorycznie byłaby bez znaczenia dla wykonawców, gdyż (...) pozostały 5 dniowy czas do otwarcia ofert był wystarczający na wprowadzenie ewentualnych zmian w ofertach”.

W postępowaniu wyznaczono 14-dniowy termin składania ofert (ogłoszenie o zamówieniu z 8.12.2020r., termin składania ofert - 23.12.2020 r., godz. 10.00) a od momentu dokonania zmiany ogłoszenia (18.12.2020 r.) do terminu składania ofert (23.12.2020 r. godz. 10.00) pozostały 4 dni. Wynika to z regulacji art. 111 §1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. 2020 poz. 1740 t.j.): „termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia”, „jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło”. Wskazane przez Zamawiającego terminy 15 i 5 – dniowe nie znajdują potwierdzenia w przepisach kodeksu cywilnego.

Zgodnie z art. 12a ust. 1 Pzp w przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach, jeżeli jest to konieczne.

Art. 12a ust. 2 Pzp mówi z kolei, że jeżeli zmiana, o której mowa w ust. 1, jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, w warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach lub ofertach.

„Przepis art. 12a ust. 2 P.z.p. przesądza, iż do zmian istotnych ogłoszenia, powodujących konieczność stosownego wydłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, należy zmiana sposobu opisu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, niezależnie od tego, czy polega na zaostrzeniu czy też złagodzeniu wymagań formułowanych pod adresem wykonawców” (Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z 19.07.2016r., IV SA/GI 989/15).

Zmiana warunków udziału w postępowaniu umożliwiła nowej grupie wykonawców ubieganie się o zamówienie, jednak wykonawcy ci mieli na złożenie ofert 4 dni, w tym tylko 2 dni robocze.

Pozostawienie tak krótkiego czasu na przygotowanie ofert nowo dopuszczonym wykonawcom naruszyło zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mogło dojść do sytuacji, w której jakiś wykonawca podjął decyzję o przystąpieniu do przetargu po zmianie warunków, jednak zbyt krótki czas jaki pozostał na złożenie oferty uniemożliwił mu ubieganie się o zamówienie. Nie jest także wykluczone, że zniechęceni zbyt krótkim terminem na przygotowanie oferty wykonawcy, którzy zainteresowali się zamówieniem po zmianie warunków, zaferowaliby korzystniejszą cenę.

Beneficjent nie przestrzegając ww. zasad, naraził budżet Unii Europejskiej na potencjalną szkodę, ponieważ poniesione wydatki mogłyby być niższe, a tym samym mniejszy byłby wkład finansowy z unijnego budżetu.

Zamawiający, dokonując istotnej zmiany ogłoszenia, nie wydłużył terminu składania ofert, do czego był zobligowany na podstawie **art. 12a ust. 2 ustawy Pzp**.

W konsekwencji doszło do naruszenia **§ 6 ust. 6 w zw. z § 15 ust. 1** umowy o dofinansowanie nr UDA-RPSL.04.03.01-24-0052/19-00 z 29.04.2020 r.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do ustaleń pokontrolnych pismem z 21.06.2022r. „Zdaniem Beneficjenta nie doszło do wskazanej w treści informacji pokontrolnej nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt. 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) NR 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013r. W konsekwencji nałożenie korekty w wysokości 10 % uznać należy za bezpodstawne”.

Po analizie, IZ podtrzymuje kwalifikację naruszenia i nie znajduje podstaw do odstąpienia od nałożenia korekty finansowej.

Zamawiający podkreśla, że wszystkie zmiany w zakresie warunków udziału w postępowaniu prowadziły do ich złagodzenia.

Ponownie wskazać należy na zacytowany w IPK wyrok (IV SA/GI 989/15 – za Uchwałą KIO/KU 109/11 z 29 grudnia 2011 r.). „Przepis art. 12a ust. 2 Pzp przesądza, iż do zmian istotnych ogłoszenia, powodujących konieczność stosownego wydłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, należy zmiana sposobu opisu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, niezależnie od tego, czy polega na "zastrzeniu" czy też "złagodzeniu" wymagań formułowanych pod adresem wykonawców”.

Jak wskazano w orzeczeniu, nawet z pozoru drobna modyfikacja w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, choćby polegała na zmianie jednego słowa lub doprecyzowaniu określeń użytych w treści wymogów postawionych wykonawcom, jest z definicji zmianą istotną i rodzi obowiązek zachowania terminu określonego w art. 12a ust. 2 Pzp. Do potraktowania zmiany ogłoszenia jako istotnej wystarczające jest, że dokonana modyfikacja w sposób choćby pośredni ma związek z postawionymi warunkami np. doprecyzowuje ona sposób oceny spełnienia warunku. Na podstawie ogłoszenia potencjalni wykonawcy podejmują decyzję o udziale w postępowaniu. Późniejsza modyfikacja, wpływająca na konieczność zmiany ogłoszenia, mogłaby spowodować, że postępowaniem byłaby zainteresowana inna grupa wykonawców.

Stanowisko to zostało także powielone w Wyroku WSA w Kielcach z 8.11.2018r. (I SA/Ke 344/18). W sprawie tej, analogicznie do kontrolowanego postępowania, Zamawiający rozszerzył warunek udziału w postępowaniu, dokonał zmiany ogłoszenia, ale nie wydłużył terminu składania ofert.

„Zdaniem Sądu, dokonana przez skarżącą zmiana była zmianą istotną, ponieważ dotyczyła warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, że uczestnictwem w postępowaniu mogłaby zainteresować się inna i znacznie większa grupa wykonawców. Jest to zmiana warunkująca decyzję o przystąpieniu przez wykonawców do postępowania przetargowego. Dokonana zmiana nie była więc zmianą o charakterze porządkującym, która nie tworzy nowych sytuacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W związku charakterem stwierdzonej zmiany, w świetle treści wyżej cytowanego art. 12a ust. 2 ustawy P.z.p. skarżąca była zobligowana do przedłużenia terminu składania ofert”. W wyroku zaznaczono także, że po dokonaniu istotnej zmiany

w ogłoszeniu Zamawiający był zobowiązany do przedłużenia terminu składania ofert. „W tym zakresie ustawodawca nie pozostawił w gestii zamawiającego decyzji o przedłużeniu tego terminu”. Beneficjent w zastrzeżeniach argumentuje ponadto, że:

- brak wydłużenia terminu składania ofert na podstawie art. 12a ust. 2 Pzp nie mógł wyrządzić szkody w budżecie UE;

- czas jaki pozostał po dokonaniu zmiany ogłoszenia, był wystarczający dla wprowadzenia zmian w ofertach przez wykonawców;

- art.12 a ust. 2 Pzp nie nakładał na Beneficjenta obowiązku przedłużenia terminu składania ofert o jakiś minimalny okres - przedłużenie mogło więc wynosić jeden dzień;

- zmiany ogłoszenia nie mogły być decydujące dla podjęcia decyzji w przedmiocie złożenia ofert przez nowych wykonawców;

- nie sposób uznać - mając na uwadze doświadczenie życiowe - aby którykolwiek z wykonawców, który zamierzał złożyć ofertę, odstąpił od ubiegania się o udzielenie intratnego zamówienia wyłącznie z powodu konieczności ubezpieczenia budowy lub braku uwzględnienia w sekcji III pkt. 1.3 kierownika robót;

- twierdzenie, że zmiany warunków udziału w postępowaniu przez usunięcie wymogu ubezpieczenia budowy oraz dokonanie jeszcze drobniejszej zmiany w sekcji III pkt. 1.2 ogłoszenia, mogły skłonić innych jeszcze wykonawców do złożenia oferty, jednak zbyt krótki czas jaki pozostał na złożenie oferty uniemożliwił tym wykonawcom ubieganie się o zamówienie, jest pozbawione podstaw.

Odnosząc się do tej argumentacji warto ponownie posłużyć się wyrokiem WSA w Kielcach z 8.11.2018r. (I SA/Ke 344/18), w którym czytamy: „w treści art. 12 a ust. 1 i ust. 2 ustawy P.z.p. ustawodawca nie wprowadził jednoznacznej regulacji dotyczącej okresu wymaganego przedłużenia terminu - okresu pomiędzy dokonaniem istotnej zmiany, a końcowym terminem składania wniosków (ofert). Sąd podziela pogląd organu, że w takiej sytuacji jako wystarczające przedłużenie należy ocenić przedłużenie o minimalny ustawowy termin na składanie ofert, tj. termin 7-dniowy (art. 43 ust. 1 ustawy P.z.p.). Uzasadniając powyższe należy odwołać się do art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ta zasada dotyczy wszystkich podmiotów, które chcą i mogą wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Okoliczność, czy dany podmiot może wziąć udział w postępowaniu zależy między innymi od tego, jakie warunki udziału sprecyzuje zamawiający. Rolą zamawiającego jest ich określenie w sposób gwarantujący prawidłowe wykonanie zamówienia; z tym jednak zastrzeżeniem, że nie mogą to być warunki zawyżone, a przez to eliminujące w sposób nieuzasadniony część potencjalnych wykonawców. Działania ograniczające w sposób nieuprawniony i bezzasadny krąg potencjalnych wykonawców stanowią ograniczenie uczciwej konkurencji. W sytuacji, gdy podane warunki są zbyt rygorystyczne, zamawiający może usunąć taką przeszkodę w możliwości ubiegania się o zamówienie, korygując te warunki w sposób poszerzający potencjalny krąg wykonawców. Aby jednak jego działania korygujące zniweczyły stan naruszenia zasad uczciwej konkurencji, muszą zostać podjęte w sposób umożliwiający wzięcie udziału w przetargu również potencjalnym wykonawcom pierwotnie wyeliminowanym. Dopiero korekta warunków - istotna zmiana, stwarza dla nich potencjalną możliwość złożenia oferty czy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Możliwość poszerzenia grona podmiotów przystępujących do przetargu czyni koniecznym zapewnienie tym podmiotom czasu na sporządzenie wniosków czy też ofert w nowych warunkach określonych przez zamawiającego, które już nie mają dla tych podmiotów charakteru wykluczającego ze zbioru potencjalnych wykonawców spełniających wymogi. Taki jest cel regulacji zawartej w art. 12 a ust. 2 ustawy P.z.p., odczytywanej systemowo w świetle zasad sformułowanych w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. (por. wyrok NSA z 4 kwietnia 2017 r. II GSK 5107/16, dostępny na www.orzeczenia.nsa.gov.pl). (...) Sytuacja, w której nie można wykluczyć, że potencjalny wykonawca, który zapoznał się z warunkami zamówienia, zrezygnował z ubiegania się o udzielenie zamówienia, gdyż nie mógł ich wypełnić ze względów obiektywnych, natomiast w przypadku późniejszego złagodzenia warunków, ale nie

zagwarantowania właściwego czasu na sporządzenie oferty, nie mógł wziąć udziału w postępowaniu wypełnia (...) definicję nieprawidłowości (...). Nie można wykluczyć, że oferta takiego wykonawcy mogła być najkorzystniejsza. Powyższe oznacza, że gdyby taka oferta została wybrana, wówczas zamawiający poniósłby niższe wydatki na realizację tego zamówienia i niższą kwotę przedstawiłby do refundacji z EFRR. Wobec tego złagodzenie przez Beneficjenta warunków udziału w postępowaniu, bez zagwarantowania właściwego czasu na sporządzenie ofert wykonawcom spełniającym warunki złagodzone, a nie spełniającym warunków pierwotnych, stanowi działanie, które mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję oraz równość szans na rynku ofert, a w konsekwencji mogłoby doprowadzić do rzeczywistej szkody w budżecie UE, poprzez sfinansowanie wydatków w nieuzasadnionej wysokości. Każdy taki przypadek może skutkować co najmniej szkodą potencjalną.

Powyższe uzasadnia stwierdzenie, że skarżąca jako zamawiająca naruszyła art. 12a ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez nieprzedłużenie w sposób należyty (...) terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W tej sytuacji, wobec stwierdzonej nieprawidłowości stało się zasadne podjęcie przez organ działań w zakresie ustalenia korekty finansowej i w przedmiocie ustalenia obowiązku zwrotu środków wykorzystanych z naruszeniem procedur”. Beneficjent podniósł też argument, że w toku postępowania żaden z wykonawców nie zgłosił wniosku o wydłużenie terminu składania ofert - kwestia ta nie była przedmiotem korespondencji pomiędzy Beneficjentem i wykonawcami; żaden z wykonawców nie korzystał ze środków ochrony prawnej.

Obowiązek wydłużenia terminu składania ofert przy jakiegokolwiek zmianie warunku udziału w postępowaniu wynika wprost z art. 12a ust. 2 Pzp a wykonawcy nie byli zobowiązani do wskazywania Zamawiającemu co powinien zrobić, żeby jego czynności były zgodne z Pzp. Gospodarzem postępowania jest Zamawiający i to do niego należy dopilnowanie wymogów ustawowych, niezależnie od ewentualnych wniosków, sugestii ze strony wykonawców.

Powyższe naruszenie przepisów prawa, które na skutek zaniechania Beneficjenta doprowadziło do powstania faktycznej szkody finansowej stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) NR 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiające 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.U.UE.L.2013.347.320 – dalej „rozporządzenie ogólne”).

Beneficjent wniósł zastrzeżenia do powyższego zakresu. W piśmie z 21.06.2022r. wskazał, że:

- nakładając korektę finansową, IZ nie może odstąpić od analizy i wykazania skutków budżetowych naruszenia, jego charakteru i wagi;
- nie każde potencjalne naruszenie musi prowadzić do nałożenia korekty finansowej;
- niedopuszczalne jest nakładanie korekt finansowych, dlatego że w taryfikatorze występuje określone uchybienie;
- konieczne jest zaprezentowanie logicznego następstwa zdarzeń zapoczątkowane naruszeniem a zakończone finansowaniem nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE;
- definicja nieprawidłowości mówi, że naruszenie musi mieć szkodliwy wpływ na budżet UE (szkoda rzeczywista lub potencjalna).

W odpowiedzi na te zarzuty, informuję, że operacja myślowa, o której mowa w przytoczonym przez Zamawiającego wyroku WSA w Białymstoku z 23 lutego 2022 r. (sygn. I SA/Bk 1/22) została przeprowadzona. W informacji pokontrolnej zaprezentowano logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE (powyżej).

Zgodnie z art. 24 ust. 5 i 9 ustawy wdrożeniowej oraz §2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U.2020.1264 ze zm. - dalej „rozporządzenie”) wartość stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej w przypadku korekty finansowej jest równa kwocie wydatków poniesionych nieprawidłowo w części odpowiadającej kwocie współfinansowania UE, natomiast w przypadku pomniejszenia jest równa kwocie wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach tego zamówienia.

Jednakże zgodnie z art. 24 ust. 6 ustawy wdrożeniowej i § 3 rozporządzenia obniża się wartość korekty i stosuje się § 5 rozporządzenia.

Za powyższe naruszenie przewidziana jest stawka procentowa 10% odpowiadająca kategorii nieprawidłowości indywidualnej nr 4 pn. *Nieprzestrzeganie terminów składania ofert lub terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu¹ lub brak przedłużenia terminów składania ofert w przypadku wprowadzania istotnych zmian w dokumentach zamówienia. Terminy określone we właściwych przepisach skrócono o co najmniej 30% (ale o mniej niż 50%) lub w przypadku wprowadzania istotnych zmian w dokumentach zamówienia nie przedłużono terminów składania ofert.²*

Rozporządzenie nie przewiduje dalszego obniżenia korekty.

Beneficjent wniósł zastrzeżenia do powyższego zakresu. W piśmie z 21.06.2022r. wskazał, że: IZ zastosowała niewłaściwą wersję rozporządzenia, gdyż powinna przyjąć wersję z dnia zawarcia umowy o dofinansowanie. Zastosowanie niewłaściwej wersji rozporządzenia miało doprowadzić do przypisania błędnej stawki korekty finansowej. Beneficjent twierdzi, że skoro w umowie nr UDA-RPSL.04.03.01.-24-0052/19-00 z 29.04.2020r. wprowadzono zasadę, że w razie ogłoszenia kolejnej wersji wytycznych, nowe rozwiązania znajdują zastosowanie do wydatków poniesionych przed dniem wejścia w życie nowych wytycznych, jeżeli są korzystniejsze dla beneficjenta, to taką samą zasadę należy przyjąć przy stosowaniu rozporządzenia, którego charakter jest zbliżony do wspomnianych wytycznych.

Zaprezentowany przez Zamawiającego sposób postępowania nie jest możliwy do zastosowania, z uwagi na obowiązującą w Rzeczypospolitej Polskiej hierarchię aktów prawnych: Konstytucja RP; rozporządzenia, decyzje i dyrektywy Unii Europejskiej; ustawy; rozporządzenia. I dopiero na podstawie tych przepisów wydawane są wytyczne czy zawierane są umowy.

Na podstawie art. 24 ust. 13 ustawy wdrożeniowej wprowadzono rozporządzenie ws. korekt finansowych.

Zgodnie z § 2 rozporządzenia (z 20.06.2020r. – Dz.U. z 2020r., Poz. 1264) do ustalenia wartości korekt finansowych dotyczących nieprawidłowości stwierdzonych w postępowaniach o udzielenie zamówienia, prowadzonych zgodnie z warunkami wynikającymi z ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086) albo z umowy o dofinansowanie projektu, albo z decyzji o dofinansowaniu projektu, wszczętych przed dniem wejścia w życie rozporządzenia stosuje się przepisy dotychczasowe.

Rozporządzenie wprost określa datę graniczną obowiązywania danej wersji rozporządzenia – kluczowe przy zastosowaniu właściwego rozporządzenia jest ustalenie daty wszczęcia postępowania.

Kontrolowane zamówienie zostało wszczęte 08.12.2020 r., zatem właściwą wersją rozporządzenia jest to z 22 czerwca 2020 r. (Dz. U. z 2020, Poz. 1264).

Wspomniany przez Zamawiającego zapis umowy o dofinansowanie odnosi się wyłącznie do wytycznych, które zostały zdefiniowane w tejże umowie (§1 pkt 42 oraz §6 ust. 11). Umowa

¹ Terminy te dotyczą procedur otwartych, procedur ograniczonych i procedur konkurencyjnych z negocjacjami. Zwraca się również uwagę na art. 47 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE: „Podczas wyznaczania terminów składania ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu instytucje zamawiające uwzględniają złożoność zamówienia oraz czas potrzebny na sporządzenie ofert, bez uszczerbku dla terminów minimalnych określonych w art. 27-31”.

² Por. art. 47 ust. 3 lit. b dyrektywy 2014/24/UE.

o dofinansowanie nie mówi o stosowaniu korzystniejszej wersji rozporządzenia ani nie może wprowadzać zapisów sprzecznych z ustawą wdrożeniową czy rozporządzeniem.

Podsumowanie dla zamówienia:

Uchybienie nr	Numer kategorii nieprawidłowości indywidualnej	Wartość % korekty
4.1.1.a	4	10%

5. Stwierdzone uchybienia oraz wnioski wynikające z przeprowadzonej kontroli:

Wynik kontroli: z istotnymi zastrzeżeniami

Konsekwencje finansowe:

- związane z zamówieniami:

Zakres	Nr uchybienia	Wartość % korekty
4.1	4.1.1.a	10%

Sposób usunięcia nieprawidłowości:

W przypadku nieprawidłowości stwierdzonych przed zatwierdzeniem wniosku o płatność (jeżeli w kontrolowanym wniosku o płatność przedstawiono dany wydatek) Instytucja Zarządzająca dokona pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych ujętych we wniosku o płatność złożonym przez beneficjenta o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo.

W przypadku kiedy beneficjent będzie składał kolejne wnioski o płatność oraz w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości przed złożeniem przez beneficjenta wniosku o płatność, we wnioskach o płatność należy ująć wydatki kwalifikowalne pomniejszone o kwotę wynikającą ze stwierdzonych nieprawidłowości.

W przypadku stwierdzenia, że beneficjent nie dokonał odpowiedniego pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych, IZ pomniejszy wydatki kwalifikowane o kwotę wydatków nieprawidłowych. W sytuacji, gdy beneficjent zawrze we wniosku o płatność wydatek, który wcześniej, w wyniku kontroli, został uznany za nieprawidłowy, instytucja weryfikująca wniosek oceni, czy nie zachodzą przesłanki podejrzenia popełnienia przestępstwa.

Celowe przedstawienie do rozliczenia wydatków niekwalifikowalnych może stanowić próbę popełnienia przestępstwa, o którym mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2021 r. poz. 2345, ze zm.) albo przestępstwa skarbowego, o którym mowa w ustawie z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 2021 r. poz. 408 ze zm.).

W przypadku nieprawidłowości stwierdzonych w uprzednio zatwierdzonym wniosku o płatność Instytucja Zarządzająca nakłada korektę finansową oraz rozpocznie procedurę odzyskiwania kwoty współfinansowania UE w wysokości odpowiadającej wartości korekty finansowej, zgodnie z art. 207 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2021, poz. 305 tj. ze zm.). Pisemne wyrażenie zgody odnośnie ustaleń zawartych w informacji pokontrolnej jest równoznaczne z akceptacją i przyjęciem do wiadomości sposobu usunięcia nieprawidłowości.

Pouczenie:

*Kierownikowi jednostki kontrolowanej przysługuje prawo do zgłoszenia, na piśmie uzasadnionych zastrzeżeń do ustaleń zawartych w informacji pokontrolnej, w terminie 14 dni od dnia otrzymania informacji pokontrolnej zgodnie z art. 24 ust. 10 oraz art. 25 ust. 2 ustawy wdrożeniowej. Zgłoszenie zastrzeżeń dotyczących informacji pokontrolnej przysługuje Kierownikowi jednostki kontrolowanej **jednorazowo (tzn. tylko raz dla danej kontroli)**.*

Zastrzeżenia wniesione po upływie 14 dni od daty otrzymania informacji pokontrolnej nie będą rozpatrywane przez IZ RPO WSL.

Niewyrażenie stanowiska odnośnie ustaleń zawartych w informacji pokontrolnej w ww. terminie jest równoznaczne z jej akceptacją.

W przypadku złożenia przez Beneficjenta zastrzeżeń do informacji pokontrolnej sporządzana zostaje ostateczna informacja pokontrolna, która zawiera stanowisko IZ RPO WSL, wobec której nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń zgodnie z art. 25 ust. 11 ustawy wdrożeniowej.

Członkowie zespołu kontrolnego:

Piotr Piszcz
Kinga Powroźnik

Zaakceptował:

Piotr Ryza
Kierownik Referatu Kontroli Projektów
Departament Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym

Zatwierdził:

Monika Duda-Szmyd
Zastępca Dyrektora Departamentu Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego

Dokument podpisany bezpiecznym podpisem elektronicznym