

DEFR-O-III.44.197.2022

**Informacja Pokontrolna
z kontroli projektu nr RPDS.03.03.01-02-0010/21**

1. Informacje ogólne.

1.1. Podstawa prawna kontroli:

- art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 45 ust.1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 roku o samorządzie województwa (Dz. U. z 2022 r. poz. 2094);
- art. 9 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 pkt 7 oraz pkt 8, art. 22 ust. 1 pkt 1 i ust. 4, art. 23 ust. 4, art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz. U. z 2020 poz. 818 ze zm.);
- § 18 umowy o dofinansowanie projektu.

1.2. Nazwa Jednostki Kontrolującej:

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

1.3. Skład zespołu kontrolującego:

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

1.4. Nazwa jednostki kontrolowanej:

Lider Projektu - Gmina Miejska Lubań.
Partnerzy Projektu: Gmina Gromadka, Powiat Lwówecki, Gmina i Miasto Lwówek Śląski

1.5. Adres jednostki kontrolowanej:

ul. 7 Dywizji 14; 59-800 Lubań.

1.6. Numer i nazwa projektu:

RPDS.03.03.01-02-0010/21 pn.: „Kompleksowa termomodernizacja energetyczna budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Miejskiej Lubań, Gminy Gromadka, Gminy i Miasta Lwówek Śląski oraz Powiatu Lwóweckiego”.

1.7. Numer i data umowy:

RPDS.03.03.01-02-0010/21-00 zawarta w dniu 29.12.2021 r.

1.8. Typ kontroli:

Kontrola własna instytucji na dokumentach.

1.9. Tryb kontroli:

Planowa.

1.10. Rodzaj kontroli:

W trakcie realizacji projektu.

1.11. Data rozpoczęcia kontroli:

26.09.2022 r.

1.12. Zakres kontroli:

Kontrola ex-post prawidłowości udzielania zamówień.

1.12.1. Zamówienie publiczne: „Termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej nr 2 przy ul. Rybackiej 16 w Lubaniu – Gmina Miejska Lubań”. Nr referencyjny: ZP.271.14.2022.

Zamawiający: Gmina Miejska Lubań, z siedzibą: ul. 7 Dywizji 14; 59-800 Lubań

Nr i data ogłoszenia w BZP: 2022/BZP 00156118/01 z dnia 12.05.2022 r.

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

Szacunkowa wartość zamówienia: 2 353 717,55 zł co stanowi równowartość 528 497,80 euro.

Wybrany wykonawca:

Część 1 – EKOMAX Mariusz Kot, z siedzibą: ul. Długa 123; 42-130 Wręczyca Wielka;

Część 2 – Handel i Usługi Bogusław Kosior, z siedzibą: ul. Starolubańska 37A/2; 59-800 Lubań.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą/aneksów do umowy:

Część 1 – umowa nr ZP.271.14.2022.1 zawarta w dniu 23.06.2022 r.;

Część 2 – umowa nr ZP.271.14.2022.2 zawarta w dniu 28.06.2022 r.

Wartość zawartej umowy:

Część 1 – 896 473,20 zł brutto;

Część 2 – 1 925 000,00 zł (brutto).

1.12.2. Zamówienie publiczne: „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pn.: „Termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej Nr 2 przy ul. Rybackiej 16 w Lubaniu – Gmina Miejska Lubań””. Nr referencyjny: ZP.271.15.2022.

Zamawiający: Gmina Miejska Lubań, z siedzibą: ul. 7 Dywizji 14; 59-800 Lubań.

Nr i data ogłoszenia: Baza konkurencyjności Nr 2022-34324-110548 z dnia 25.05.2022 r.

Tryb udzielenia zamówienia: rozeznanie rynku / zasada konkurencyjności na podstawie Rozdziału 6.5.1. pkt 4) *Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020.*

Szacunkowa wartość zamówienia: 28 244,61 zł netto co stanowi 6 341,97 euro.

Wybrany wykonawca: CZESTER Biuro Architektoniczno-Budowlane Czesław Pikuła, z siedzibą: ul. Główna 52; 59-800 Lubań.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą: umowa nr ZP.271.15.2022 zawarta w dniu 23.06.2022 r.

Wartość zawartej umowy: 19 000,00 zł (brutto).

1.12.3. Zamówienie publiczne: „Termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej w Modle i Klubu Dziecięcego w Modle”. Nr referencyjny: ZP.2.22.

Zamawiający: Gmina Gromadka, z siedzibą: ul. Gen. Wł. Sikorskiego 9; 59-706 Gromadka

Nr i data ogłoszenia w BZP: 2022/BZP 00075280/01 z dnia 04.03.2022 r.

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

Szacunkowa wartość zamówienia: 717 740,79 zł co stanowi równowartość 161 159,69 euro.

Wybrany wykonawca: TECH-BUD Barbara Sabadasz, z siedzibą: ul. Jarzębinowa 18; 59-700 Kruszyn

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą/aneksów do umowy: umowa nr 24.2022.ZP zawarta w dniu 18.05.2022 r.

Wartość zawartej umowy: 834 967,05 zł (brutto).

1.12.4. Zamówienie publiczne: „Kompleksowa termomodernizacja energetyczna budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Miejskiej Lubań, Gminy Gromadka, Gminy i Miasta Lwówek Śląski oraz Powiatu Lwóweckiego – Termomodernizacja budynku warsztatów szkolnych ZSET w Rakowicach Wielkich, Rakowice Wlk. 48”. Nr referencyjny: PI.272.11.2022.

Zamawiający: Powiat Lwówecki, z siedzibą: ul. Szpitalna 4; 59-600 Lwówek Śląski

Nr i data ogłoszenia w BZP: 2022/BZP 00201888/01 z dnia 09.06.2022 r.

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

Szacunkowa wartość zamówienia: 3 354 721,70 zł co stanowi równowartość 753 260,67 euro.

Wybrany wykonawca: Grupa MTG Tomasz Gluza, z siedzibą: ul. Nowy Świat 6; 59-600 Lwówek Śląski

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą/aneksów do umowy: umowa nr OR.273.291.2022 zawarta w dniu 10.08.2022 r.

Wartość zawartej umowy: 5 768 453,84 zł (brutto).

1.12.5. Zamówienie publiczne: „Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru przy wykonaniu zadania inwestycyjnego pn.: „Kompleksowa termomodernizacja energetyczna budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Miejskiej Lubań, Gminy Gromadka, Gminy i Miasta Lwówek Śląski oraz Powiatu Lwóweckiego Budynek B Szkoły Podstawowej nr 2 w Lwówku Śląskim – II postępowanie”. Nr referencyjny: IN.271.67.2022.AM.

Zamawiający: Gmina i Miasto Lwówek Śląski, z siedzibą: Al. Wojska Polskiego 25A; 59-600 Lwówek Śląski
Nr i data ogłoszenia w BZP: 2022/BZP 00257412/01 z dnia 15.07.2022 r.

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

Szacunkowa wartość zamówienia: 349 000,00 zł co stanowi równowartość 78 363,57 euro., w tym częściowa wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia wynosi: 18 639,86 zł co stanowi równowartość 4 185,35 euro.

Wybrany wykonawca: Biuro Inżynierskie Bytnar Bogumiła, z siedzibą: ul. Asnyka 1; 59-600 Lwówek Śląski.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą: umowa nr IN.1622.272.223.2022 zawarta w dniu 25.08.2022 r.

Wartość zawartej umowy: 34 440,00 zł (brutto).

1.12.6. Zamówienie publiczne: „Kompleksowa termomodernizacja energetyczna budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Miejskiej Lubań, Gminy Gromadka, Gminy i Miasta Lwówek Śląski oraz Powiatu Lwóweckiego” – postępowanie IV, z podziałem na części”. Nr referencyjny: IN.271.35.2022.AM.

Zamawiający: Gmina i Miasto Lwówek Śląski, z siedzibą: Al. Wojska Polskiego 25A; 59-600 Lwówek Śląski
Nr i data ogłoszenia w BZP: 2022/BZP 00155479/01 z dnia 12.05.2022 r.

Tryb udzielenia zamówienia: tryb podstawowy z możliwością negocjacji na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy Pzp.

Szacunkowa wartość zamówienia: 2 618 570,99 zł co stanowi równowartość 587 967,26 euro.

Wybrany wykonawca:

Część 1 i 3 – postępowanie unieważniono na podstawie art. 255 pkt 1 ustawy Pzp;

Część 2 – Konsorcjum Firm: (Lider) Twins Elżbieta Lemańczyk, z siedzibą: ul. Srebrzysta 3; 66-415 Kłodawa oraz (Partner) Przedsiębiorstwo Budowlane OPTIM-BUD Maciej Lemańczyk, z siedzibą: ul. Srebrzysta 3; 66-415 Kłodawa.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą/aneksów do umowy: Część 2 – umowa nr IN.1622.272.218.2022 zawarta w dniu 18.08.2022 r.

Wartość zawartej umowy: Część 2 – 1 210 000,20 zł (brutto).

2. Ustalenia i wnioski z kontroli.

2.1. Zamówienie publiczne: „Termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej nr 2 przy ul. Rybackiej 16 w Lubaniu – Gmina Miejska Lubań”. Nr referencyjny: ZP.271.14.2022.

Ocena postępowania: Bez zastrzeżeń.

2.2. Zamówienie publiczne: „Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pn.: „Termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej Nr 2 przy ul. Rybackiej 16 w Lubaniu – Gmina Miejska Lubań”. Nr referencyjny: ZP.271.15.2022.

Ocena postępowania: Bez zastrzeżeń.

2.3. Zamówienie publiczne: „Termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej w Modle i Klubu Dziecięcego w Modle”. Nr referencyjny: ZP.2.22.

Ocena postępowania: Bez zastrzeżeń.

2.4. Zamówienie publiczne: „Kompleksowa termomodernizacja energetyczna budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Miejskiej Lubań, Gminy Gromadka, Gminy i Miasta Lwówek Śląski oraz Powiatu Lwóweckiego – Termomodernizacja budynku warsztatów szkolnych ZSET w Rakowicach Wielkich, Rakowice Wlk. 48”. Nr referencyjny: PI.272.11.2022.

Ocena postępowania: Bez zastrzeżeń.

2.5. Zamówienie publiczne: „Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru przy wykonaniu zadania inwestycyjnego pn.: „Kompleksowa termomodernizacja energetyczna budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Miejskiej Lubań, Gminy Gromadka, Gminy i Miasta Lwówek Śląski oraz Powiatu Lwóweckiego Budynek B Szkoły Podstawowej nr 2 w Lwówku Śląskim – II postępowanie”. Nr referencyjny: IN.271.67.2022.AM.

Gmina i Miasto Lwówek Śląski [dalej Zamawiający] realizując przedmiotowe zamówienie jako podmiot zamawiający, o którym mowa w art. 4 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) [dalej ustawa PZP], zobligowany był do stosowania przepisów ustawy PZP.

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

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

Ogłoszenie o zamówieniu nr 2022/BZP 00257412/01 [dalej Ogłoszenie o zamówieniu] opublikowano w dniu 15.07.2022r. w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na Platformie Zakupowej Zamawiającego <https://platformazakupowa.pl/lwowekslaski> i stronie internetowej <https://www.bip.lwowekslaski.pl>. Specyfikację Warunków Zamówienia [dalej SWZ] zamieszczono na Platformie Zakupowej Zamawiającego <https://platformazakupowa.pl/lwowekslaski> oraz stronie internetowej <https://www.bip.lwowekslaski.pl> w dniu 15.07.2022 r.

Zgodnie z zapisami Ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja V.5.2) oraz SWZ (Rozdział IX.1.2) oprócz obligatoryjnych podstaw wykluczenia określonych w art. 108 ustawy Pzp Zamawiający przewidział w prowadzonym postępowaniu fakultatywne podstawy wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 4, 5 oraz pkt 7 ustawy Pzp, tj.:

„Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się, z zastrzeżeniem art. 110 ust. 2 Ustawy, Wykonawcę:

- a) w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury;*
- b) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;*
- c) który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.”*

Zapisami Sekcji V.5.6 i 5.7 Ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziału IX.4 SWZ Zamawiający wskazał katalog podmiotowych środków dowodowych, jakich żądał będzie od Wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia. Spośród wymienionych enumeratywnie podmiotowych środków dowodowych, w Sekcji V.5.7 pkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziału XI.4.4 SWZ Zamawiający wskazał, że będzie wymagał od Wykonawców złożenia: *„Zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub inny dokument potwierdzający, że Wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.”* [dalej: zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego].

Wypełniając obowiązek ustawowy, o którym mowa w art. 274 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zgodnie z zapisami Rozdziału XI pkt 3 i pkt 4 SWZ wezwał Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego.

Dodatkowo Zamawiający w Rozdziale IX pkt 2) SWZ „Podstawy wykluczenia” zawarł dodatkową obligatoryjną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania cyt.: *„Z postępowania wyklucza się osoby i podmioty, wobec których są zastosowane środki, o których mowa w art. 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.2022.835)”* [dalej: ustawa sankcyjna].

Weryfikacja braku podstaw wykluczenia w postępowaniach poniżej progów unijnych odbywa się na podstawie oświadczenia wstępnego, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, tymczasowo zastępujące wymagane przez Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Zgodnie z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji w zakresie wskazanym przez Zamawiającego. Mając na uwadze art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej, Wykonawca powinien dołączyć do oferty oświadczenie wstępne, które powinno zawierać oświadczenie własne Wykonawcy obejmujące podstawy wykluczenia z art. 108 ustawy Pzp

oraz art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej, a także ewentualnie z art. 109 ustawy Pzp, w przypadku, gdy Zamawiający przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia.

W kontrolowanym postępowaniu oświadczenie z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiące załącznik nr 2 do SWZ nie zawierało stosowanego odwołania do nowej, dodatkowej przesłanki wykluczenia z art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej.

Analizując powyższy stan faktyczny w kontekście przepisów ustawy Pzp w pierwszej kolejności wskazać należy na cel wprowadzenia poszczególnych regulacji zawartych w ustawie Pzp, jak i ogólnie na cel postępowania o udzielenie zamówienia. Celem prowadzenia przez Zamawiającego postępowania jest udzielenie zamówienia Wykonawcy, który spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie podlega wykluczeniu, a jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w świetle ustalonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert. Ponadto, poszczególne czynności postępowania, prowadzące ostatecznie do wyboru najkorzystniejszej oferty, powinny być wykonywane przez Zamawiającego z poszanowaniem zasad udzielania zamówień publicznych. Konieczność respektowania tych zasad może zatem bezpośrednio wpływać na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Zgodnie z zapisami art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. [dalej ustawa PZP] Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (pkt 1), przejrzysty (pkt 2) oraz proporcjonalny (pkt 3). Wskazać w tym miejscu należy, iż brzmienie art. 16 ustawy PZP jest konsekwencją zapisów dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE – zwanej dalej dyrektywą klasyczną co znalazło odzwierciedlenie także w stanowisku doktryny, zgodnie z którym (cyt.): „*Zasady równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji, a także proporcjonalności wywodzą się wprost z dyrektyw unijnych transponowanych przez Pzp, tj. dyrektyw: klasycznej (art. 18 ust. 1), sektorowej (art. 36 ust. 1) oraz obronnej (art. 4). Zasady te wiążą się z kolei bezpośrednio z wywodzącymi się z TFUE zasadami swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług. Jak wskazują pkt 1 preambuły do dyrektyw klasycznej i sektorowej oraz pkt 15 preambuły do dyrektywy obronnej, procedury określone przepisami w zakresie udzielania zamówień mają służyć praktycznemu zastosowaniu zasad równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania, proporcjonalności oraz przejrzystości. Wszystkie działania zamawiającego w zakresie przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podlegają ocenie przez pryzmat zasad wymienionych w art. 16 Pzp. Obowiązek uwzględniania zasad udzielania zamówień jest właściwy zarówno w odniesieniu do przygotowania, jak i przeprowadzenia postępowania.*”¹

Zatem wszystkie czynności dokonywane przez Zamawiającego w postępowaniu o zamówienie publiczne – od przygotowania postępowania, przez treści dokumentacji postępowania (opis przedmiotu zamówienia, warunki udziału, kryteria oceny ofert, komunikacja z wykonawcami w toku postępowania), wybór trybu postępowania, do wyboru oferty najkorzystniejszej winny być dokonywane poszanowaniu tych zasad i powinny mieć na celu zapewnienie ich przestrzegania. Normy zawarte w art. 16 ustawy PZP kierowane są przede wszystkim do Zamawiającego i stanowią klauzule generalne przewidziane w przepisach Prawa zamówień publicznych. Stanowią one także podstawę oceny prawidłowości działań podejmowanych przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu.

Zapewnienie zachowania *zasady uczciwej konkurencji* przez Zamawiającego oznacza stworzenie warunków umożliwiających Wykonawcom konkurowanie między sobą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na uczciwych zasadach. Biorąc pod uwagę szereg przepisów PZP ustanawiających obowiązek respektowania zasady uczciwej konkurencji, można wysnuć wniosek, że oznacza ona przede wszystkim zakaz ograniczenia konkurencji poprzez określanie nadmiernych warunków podmiotowych i przedmiotowych, a tym samym zawężanie kręgu potencjalnych Wykonawców. Z zasady zachowania uczciwej konkurencji wynika potrzeba eliminowania przez Zamawiającego sytuacji godzących w uczciwą konkurencję m.in. poprzez instytucję wykluczenia Wykonawcy, który podlega jej w określonych przypadkach enumeratywnie wskazanych w ustawie PZP.

Instytucja wykluczenia Wykonawcy z postępowania stanowi w ustawie jeden z podstawowych mechanizmów mających za zadanie eliminację z udziału w postępowaniu konkretnych Wykonawców, niespełniających określonych warunków odnoszących się do cech podmiotowych. Doniosłość tej instytucji polega na tym, iż jej użycie zamyka lub otwiera przed Wykonawcą możliwość ubiegania się o uzyskanie zamówienia. Wykluczenie następuje z mocy prawa i jest obowiązkiem a nie uprawnieniem Zamawiającego. Zamawiający nie może zaniechać weryfikacji czy Wykonawca

1. Praca zbior. pod red. H. Nowaka i M. Winiarza *Prawo Zamówień publicznych. Komentarz*, Urząd Zamówień Publicznych 2021, s. 151, dostępny na stronie <https://www.uzp.gov.pl/nowe-pzp/repozytorium-dokumentow-nowe-pzp/komentarz-do-nowego-pzp>

nie podlega wykluczeniu. Obliguje go bowiem do tego zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zasada równego traktowania Wykonawców jest określana w orzecznictwie jako jednakowe traktowanie Wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących Wykonawców ze względu na ich właściwości. Istotą zasady równego traktowania jest by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób identyczny.² W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości wskazuje się, że zasada równego traktowania oraz powiązany z nią obowiązek przejrzystości i niedyskryminacji wymagają jednakowego traktowania Wykonawców przez Zamawiającego.

Zasada przejrzystości postępowania oznacza, że wszystkie warunki i zasady postępowania o udzielenie zamówienia powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówienie lub w dokumentach zamówienia w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny. Oznacza to, że wyrazem zasady przejrzystości jest jasne i jednoznaczne formułowanie przez Zamawiającego wymagań w zakresie wykluczenia czy warunków udziału w postępowaniu, zatem w taki sposób aby Wykonawcy nie musieli domyślać się intencji Zamawiającego w tym zakresie. Zasada przejrzystości gwarantuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zawiera jasne reguły i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich stosowania, a Zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów, które zapewniają zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.³

Jak podkreśla orzecznictwo np. w wyroku KIO z dnia 18.04.2019r.⁴(cyt.): „Zasada przejrzystości - podobnie jak pozostałe zasady prawa zamówień publicznych - wywodzi się z prawa pierwotnego Unii Europejskiej. Względem zasady równego traktowania wykonawców, zasady uczciwej konkurencji oraz zasady jawności ma ona charakter instytucjonalny, znajdując w nich swoje odzwierciedlenie i będąc ich odzwierciedleniem. Współistnieje z nimi i jest immanentnym elementem tych zasad.

W ustawie P.z.p. ustawodawca odwołuje się wprost do przejrzystości jako zasady dopiero od niedawna, lecz wymóg zachowania przejrzystości obowiązuje od lat. W wyroku z 18 marca 2015 r. (KIO 398/15) Izba zaznaczyła, że choć zasada przejrzystości nie została *expressis verbis* wymieniona w ustawie P.z.p. (w ówczesnym brzmieniu ustawy), to jednak znajduje ona wyraz w wielu jej przepisach. Odwołanie do rzeczonyj zasady można jednak odnaleźć także we wcześniejszych wyrokach Izby. I tak, zgodnie z wyrokiem KIO z 10 maja 2012 r. (KIO 877/12) „Zasada przejrzystości postępowania ma służyć wprowadzaniu jasnych i klarownych reguł, dzięki którym wykonawcy będą mieli możliwość zweryfikowania oraz skontrolowania działań podejmowanych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” (zob. też wyrok KIO z 16 kwietnia 2012 r., KIO 643/12).

Przytoczone orzeczenia pozwalają wysnuć wniosek, że w praktyce przejrzystość interpretowana jest jako: obowiązek określania czytelnych, jasnych i jednoznacznych reguł postępowania o udzielenie zamówienia na każdym jego etapie, zobowiązanie zamawiających do obiektywizmu, bezstronności, wymóg jawności działań zamawiających i upubliczniania informacji związanych z procedurą oraz zamówieniem. Przejrzystość rozumiana jest też jako mechanizm pozwalający na kontrolę poprawności oraz zgodności działań zamawiającego i prowadzonych przez niego postępowań z przepisami. Przejrzystość można zatem rozumieć jako sposób przygotowania i prowadzenia postępowania, który zapewnia zachowanie pozostałych zasad prowadzenia postępowań.

Szczególne znaczenia w kontekście zasady przejrzystości nabierają zawarte w dokumentacji postępowania informacje o podstawach wykluczenia wykonawców z postępowania. Podkreślenia wymaga, że zasada przejrzystości nakłada na zamawiającego obowiązek odpowiedniego formułowania treści przekazywanych w trakcie postępowania informacji. Dotyczy to również informacji zawartych w dokumentacji postępowania. W szczególności informacje o podstawach wykluczenia, jako informacje o istotnym znaczeniu dla uczestników postępowania, muszą być sprecyzowane z odpowiednim wyprzedzeniem w sposób jasny i niebudzący wątpliwości.”

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny: „(...) Zasada przejrzystości definiuje natomiast jasność reguł procedury przetargowej, wyznaczając przy tym środki służące weryfikacji ich prawidłowości. Zobowiązuje ona wszystkich zamawiających do jawności postępowania na każdym jego etapie. Jej celem jest redukcja możliwości popełnienia błędów przez wykonawców i zamawiających poprzez określenie jednoznacznych zasad ubiegania się o zamówienie oraz ograniczenie dowolności w ocenie ofert przez zamawiających, zapewniając tym samym pełną konkurencyjność.

2. TSUE z 10.10.2013 r. w sprawie C-336/12 Ministeriet fo Forskning

3. Wyrok SO w Szczecinie, z dnia 2 września 2014 r., sygn. akt VIII Ga 432/13, orzeczenia.uzp.gov.pl

4. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.04.2019r., sygn. akt KIO/KU 28/19.

Zasada przejrzystości zapewnia konkurencyjność wszystkim zainteresowanym wykonawcom, a także daje możliwość kontroli prawidłowości działań zamawiającego”⁵.

I dalej: „(...) Jak podkreśla się w orzecznictwie TSUE, zasada przejrzystości, wypływająca z zasady równości, ma na celu zapewnienie, by wszystkie zainteresowane podmioty mogły zdecydować się na złożenie oferty na podstawie wszystkich istotnych informacji oraz wykluczenie wszelkiego ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Wymaga ona, by wszystkie warunki i zasady postępowania były zapisane w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny”⁶.

Także orzecznictwo w tym zakresie stwierdza, iż: „(...) obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Wymaga on, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, pozwolić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia”⁷.

Istotą zasady proporcjonalności jest fakt, że wybory dokonywane przez Zamawiającego oraz wymagania stawiane Wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia powinny być adekwatne do rodzaju i zakresu zamówienia, czyli być racjonalnie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Ustalenie, czy określone działania Zamawiającego nie naruszają zasady proporcjonalności, wymaga określenia celu, jaki zamierza on osiągnąć podejmując określone działania. Ma to ścisły związek z konkretnymi wymaganiami i warunkami jakie stawia Zamawiający Wykonawcom, którzy chcą przystąpić do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasada proporcjonalności wyraża się zatem w formułowaniu wobec Wykonawców wymagań, a więc także podstaw wykluczenia z postępowania, w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia i zgodnie z rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego, przy jednoczesnym niestawianiu nadmiernych wymagań lub ograniczeń dla potencjalnych Wykonawców, stanowiących dla nich zbędne utrudnienia w udziale w postępowaniu. Zasada proporcjonalności poza racjonalnym określeniem warunków udziału w postępowaniu powinna być bezwzględnie respektowana także przy określaniu selekcji Wykonawców, a więc także w procesie instytucji wykluczenia Wykonawców z postępowania.

Istotą zasady proporcjonalności jest konieczność dołożenia należytej staranności przez Zamawiającego polegającej na podejmowaniu wyłącznie takich działań i stawianiu takich wymogów, bez których nie będzie możliwe osiągnięcie zamierzonego celu, jakim jest udzielenie danego zamówienia. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest procedurą sformalizowaną, nie powinno to jednak prowadzić do zbędnego zbiurokratyzowania tego procesu. Stąd Zamawiający, który weryfikuje zarówno zdolność Wykonawcy do wykonania zamówienia, jak i zgodność oferowanych przez niego usług, dostaw czy robót budowlanych z wymogami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia i innych postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie może przekraczać granic wyznaczonych przez ustawodawcę. Proporcjonalność powinna przyświecać Zamawiającemu w trakcie określenia wymogów odnośnie do zawartości oferty, jak również podczas tworzenia listy podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych, w związku z czym zamawiający powinien wymagać złożenia wyłącznie takich oświadczeń lub dokumentów, które faktycznie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

Jak bowiem podkreśla doktryna (cyt.): „(...) **Zamawiający zobowiązany jest do respektowania omawianych zasad na każdym etapie postępowania** (w szczególności dokonując oceny spełniania warunków podmiotowych, selekcji wykonawców, podejmując decyzje o ich wykluczeniu z udziału w postępowaniu, badając prawidłowość złożonych ofert w tym ustalając, czy nie zachodzą przesłanki skutkujące ich odrzuceniem oraz dokonując ich oceny), a także **przed jego wszczęciem** – przy dokonywaniu czynności związanych z przygotowaniem postępowania (m.in. wybór odpowiedniego trybu, opracowanie dokumentacji postępowania, w tym przede wszystkim odpowiednie dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji, określenie wymaganych przedmiotowych środków dowodowych, warunków udziału w postępowaniu, obiektywnych kryteriów selekcji wykonawców, kryteriów oceny ofert).”⁸

Zgodnie z zapisami art. 57 pkt 1 ustawy PZP o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu. Regulacja PZP opiera się na zasadzie jak najbardziej otwartego dostępu do rynku zamówień

5. Irena Skubiszak-Kalinowska, Ewa Wiktorowska, Prawo Zamówień Publicznych Komentarz, Wolters Kluwer Warszawa 2017, s. 141.

6. J. Pieróg, Prawo zamówień..., op. cit., s. 83.

7. Orzeczenie TSUE z dnia 6.11.2014 r. (sprawa C-42/13 Cartiera dell’Adda SpA przeciwko CEM Ambiente SpA).

8. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2021, str. 93.

publicznych. Większa liczba wykonawców zwiększa konkurencję, stwarzając Zamawiającym szansę uzyskania korzystniejszej oferty. Zasada otwartego dostępu do zamówień publicznych nie może być jednak pojmowana absolutnie. Konieczna ochrona interesu publicznego wymaga, aby o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wyłącznie Wykonawcy rzetelni oraz dający gwarancję należytej realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dlatego według dyspozycji art. 57 ustawy PZP o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, **o ile zostały one określone przez Zamawiającego**.⁹

Już w 2016 roku znowelizowane przepisy wprowadziły do ustawy PZP dwie kategorie przesłanek wykluczenia Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - przesłanki obligatoryjne oraz fakultatywne. Zgodnie z zapisami obecnie obowiązującej ustawy PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu Wykonawca, w stosunku do którego zachodzi podstawa wykluczenia o charakterze obligatoryjnym określona w art. 108 ust.1 i 2 ustawy lub wskazana przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia podstawa wykluczenia o charakterze fakultatywnym określona w art. 109 ust. 1.

Art. 108 PZP zawiera zamknięty katalog tzw. obligatoryjnych podstaw wykluczenia. Są to podstawy, których wystąpienie zawsze skutkuje wykluczeniem Wykonawcy. W przypadku zaistnienia obligatoryjnej podstawy wykluczenia Zamawiający nie ma możliwości rezygnacji z takiej przesłanki wykluczenia. Wykluczenia obligatoryjne pełnią przede wszystkim funkcję prewencyjną, represyjną i kompensacyjną. Stanowią sankcje za łamanie prawa przez Wykonawcę lub osoby sprawujące u Wykonawcy funkcje kierownicze.¹⁰ Jak sama nazwa wskazuje obligatoryjne podstawy wykluczenia są obowiązkowe i zostały określone ustawowo – Zamawiający realizując proces zamówień publicznych nie może z nich zrezygnować.

Art. 109 ust. 1 PZP zawiera natomiast zamknięty katalog tzw. fakultatywnych podstaw wykluczenia. Są to podstawy, których zastosowanie zależy od decyzji Zamawiającego. Ustawa PZP ustanawia zatem katalog dodatkowych przesłanek wykluczenia, które stanowić mogą podstawę podmiotowej weryfikacji Wykonawcy o ile zostaną one wskazane przez Zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Zastosowane przez ustawodawcę w ust. 1 wyrażenia „zamawiający może wykluczyć wykonawcę” oznacza, że wykluczenie zależy od tego, czy Zamawiający przewidział podstawę wykluczenia, wskazując ją w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (art. 109 ust. 2). Zamawiający nie ma jednak kompetencji do kształtowania fakultatywnych podstaw wykluczenia inaczej niż zostały określone w ustawie PZP. Rola Zamawiającego sprowadza się jedynie do doboru podstaw wykluczenia z ustawowego katalogu oraz żądania przedłożenia niezbędnych dokumentów. Dokonany w ustawie podział podstaw wykluczenia na obligatoryjne i fakultatywne przesłanki wykluczenia nie oznacza, że w przypadku tych ostatnich Zamawiający ma swobodę w zakresie wykluczenia Wykonawcy z postępowania. Swoboda ta istnieje tylko na etapie przygotowywania postępowania, gdy Zamawiający powinien zdecydować, czy stosuje w nim przesłanki wykluczenia opisane w art. 109 ustawy PZP, a jeśli tak, to które z nich.

Powyższe znajduje odzwierciedlenie w treści konkretnych artykułów ustawy PZP, jak również w przepisach rozporządzeń wykonawczych, w szczególności w *Rozporządzeniu Ministra Pracy, Rozwoju i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy* [dalej: Rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych].

Rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych określa rodzaje podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, określa ich ważności oraz formy, w jakich mogą być one składane.

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

W analizowanym przypadku Zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym miał bowiem obowiązek wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu (Załącznik nr 1 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych

9. Praca zbior. pod red. H. Nowaka i M. Winiarza *Prawo Zamówień publicznych. Komentarz*, Urząd Zamówień Publicznych 2021, s. 151, dostępny na stronie <https://www.uzp.gov.pl/nowe-pzp/repozytorium-dokumentow-nowe-pzp/komentarz-do-nowego-pzp>.

10. Tamże, strona 369.

w Biuletynie zamówień publicznych (Dz. U. z 2020, poz. 2439)) jak i w SWZ (art. 281 ust. 2 pkt 1) stosowane przez niego w prowadzonym postępowaniu fakultatywne podstawy wykluczenia, wybrane z zamkniętego katalogu przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 109 ustawy PZP. Wskazanie przez Zamawiającego konkretnych fakultatywnych przesłanek wykluczenia jest szczególnie istotne z punktu widzenia uprawnień Zamawiającego w zakresie możliwości żądania od Wykonawców podmiotowych środków dowodowych a więc określonego katalogu oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia. Dopiero bowiem w przypadku precyzyjnego określenia przez Zamawiającego fakultatywnych przesłanek wykluczenia, mógł on żądać od Wykonawców odpowiadających im rodzajowo podmiotowych środków dowodowych.

Wskazać należy, że wymagane przez Zamawiającego w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz dokumentach zamówienia *zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego*, wymienione zostało w *Rozporządzeniu Ministra Pracy, Rozwoju i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych*. Zgodnie z zapisami §2 ust. 1 pkt 4) Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, Zamawiający może żądać *„zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem podatków lub opłat wraz z zaświadczeniem zamawiający żąda złożenia dokumentów potwierdzających, że odpowiednio przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych podatków lub opłat wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności”*.

Na szczególną uwagę zasługuje fakt, że katalog środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia określony w rozporządzeniu w sprawie podmiotowych środków dowodowych, wydanym na podstawie art. 128 ust. 6 ustawy PZP jest katalogiem zamkniętym oraz odpowiada ustawowemu zakresowi zarówno obligatoryjnych, jak i fakultatywnych podstaw wykluczenia z postępowania. Innymi słowy, każdy dokument wymieniony w rozporządzeniu w sprawie podmiotowych środków dowodowych, przypisany jest do konkretnej przesłanki wykluczenia zawartych w art. 108 oraz art. 109 ustawy PZP.

Z powyższego jednoznacznie wynika, iż Zamawiający może żądać *zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego* jako środka dowodowego, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu tylko i wyłącznie w przypadku, gdy w ogłoszeniu o zamówieniu oraz dokumentacji zamówienia przewidywał fakultatywną przesłankę wykluczenia z art. 109 ust.1 pkt 1 ustawy PZP.

Mając na uwadze wskazane powyżej zapisy należy stwierdzić co następuje.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie spełnił wymogu wynikającego z art. 109 ust. 2 ustawy PZP wobec przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie przewidział wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1 oraz zastrzegł w postępowaniu jedynie fakultatywne przesłanki wykluczenia wymienione w art. 109 ust. 1, 4, 5 oraz 7 ustawy PZP. Powyższe podstawy wykluczenia z postępowania zostały wskazane zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak również w SWZ. W treści dokumentów zamówienia nie sposób odnaleźć zapisów o przesłance wykluczenia z postępowania wymienionej w art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP. Jednocześnie Zamawiający zażądał od Wykonawców przedłożenia *zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego*, o którym mowa w §2 ust. 1 pkt 4) Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, jako środka dowodowego, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu. Tym samym Zamawiający w zakresie wymienionych przez siebie fakultatywnych podstaw wykluczenia, zażądał dokumentu przekraczającego ich zakres, a więc takiego, któremu nie można przypisać cechy niezbędności, celowości i proporcjonalności w postępowaniu.

Ze względu na fakt, że wymagane przez Zamawiającego zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego, jest dokumentem potwierdzającym niepodleganie wykluczeniu z postępowania na podstawie przesłanki, której nie przewidział - postawiony przez Zamawiającego wymóg przedłożenia ww. dokumentu stanowi naruszenie przepisów ustawy.¹¹ Żądanie przez Zamawiającego dokumentu, którego treść nie zawiera takiego rodzaju informacji o Wykonawcy, jakie są wymagane w celu potwierdzenia braku istnienia konkretnej podstawy wykluczenia z postępowania, nie jest zgodne z istotą zasad proporcjonalności oraz przejrzystości, wymienionych w art. 16 ustawy PZP. Nieuprawnionym i niezasadnym było żądanie przez Zamawiającego dokumentu z katalogu określonego zapisami Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, jeżeli nie sposób było przypisać mu cech celowości w ramach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia.

11. Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20.04.2017 r., sygn. akt nr KIO/KU 11/17

Jak wykazano w powyższej analizie w zakresie obowiązujących przepisów prawa, w szczególności w zakresie podstawowych zasad udzielania zamówień, wymóg złożenia przez Wykonawcę biorącego udział w postępowaniu określonego dokumentu, nie może być bowiem celem samym w sobie, a brak powiązania żądanych dokumentów z konkretnymi zapisami w zakresie podstaw wykluczenia, wprowadza w błąd Wykonawców, gdyż przede wszystkim nie daje pewności, spełnieniem jakich przesłanek tak naprawdę będzie kierował się Zamawiający dokonując oceny podmiotowej.

Powyższa teza znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w tym w szczególności w wyroku z dnia 26.03.2015 r. (KIO 511/15) w świetle którego (cyt.): „zgodnie z art. 25 ust. 1 p.z.p. każdy żądany dokument Zamawiający jest zobowiązany odnieść do określonego w specyfikacji wymagania, w przeciwnym wypadku naraża się na zarzut żądania dokumentów z przekroczeniem upoważnienia wyznaczonego powołanym przepisem”. Idea ta jest jak najbardziej nadal aktualna w obecnie obowiązującym porządku prawnym.

I dalej: np. w wyroku NSA z dnia 18.01.2022 r.¹² wskazano, że (cyt.): „(...) nadanie nowelizacją z 2016 r. niektórym przesłankom charakteru fakultatywnego jest wyrazem zaufania do zamawiających, którzy mogą sami ocenić ryzyko na etapie przygotowawczym i następnie weryfikować sytuację podmiotów, z którymi potencjalnie można zawrzeć umowę. W odróżnieniu od przesłanek obligatoryjnych, przesłanki fakultatywne znajdują zastosowanie, tylko wówczas, gdy zostaną przewidziane przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub w zaproszeniu do składania ofert (art. 25 ust. 1 pzp). Powyższe rozróżnienie znajduje swoje odzwierciedlenie następnie w materiale dowodowym tzn. w rodzaju i charakterze dokumentów niezbędnym do wykazania braku wystąpienia wykluczenia z powodu przesłanek fakultatywnych bądź obligatoryjnych. Uregulowanie zawarte w przepisie art. 25 ust. 1 pzp ma na celu ograniczenie żądań zamawiającego w zakresie oświadczeń i dokumentów do tych niezbędnych do prawidłowego przeprowadzenia postępowania. Powyższa teza - jak celnie wskazał organ i WSA - znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO (np. wyrok z 26 marca 2015 r. KIO 511/15, LEX nr 1678118), w świetle którego - zgodnie z art. 25 ust. 1 pzp każdy żądany dokument zamawiający jest zobowiązany odnieść do określonego w specyfikacji wymagania, w przeciwnym wypadku naraża się na zarzut żądania dokumentów z przekroczeniem upoważnienia wyznaczonego powołanym przepisem. Od zamawiającego zatem zależy, czy i które z przesłanek fakultatywnych znajdują zastosowanie w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia”.

Wskazana powyżej prawidłowość znajduje potwierdzenie także w kontrolach przeprowadzanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Także w tym przypadku podkreślić należy, iż pomimo że kontrole te przeprowadzane były w warunkach poprzednio obowiązującej ustawy PZP to jednak tezy tam zawarte pozostają aktualne także na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów.

I tak np. w wynikach kontroli uprzedniej nr UZP/DKUE/KU/94/16¹³ stwierdzono m.in. (cyt.): „(...) Ze względu na fakt, iż wymagane przez zamawiającego zaświadczenia z Urzędu Skarbowego oraz właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS nie są dokumentami potwierdzającymi niepodleganie wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12-23 ustawy Pzp oraz z art. 24 ust 5 pkt 1-ustawy Pzp, postawiony przez zamawiającego wymóg przedłożenia ww. dokumentów stanowi naruszenie art. 25 ust 1 ustawy Pzp. Żądanie złożenia ich przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona stanowi jednocześnie naruszenie art. 26 ust 1 ustawy Pzp”.

Podobnie w wynikach kontroli uprzedniej nr UZP/DKUE/KU/3/17¹⁴ stwierdzono m.in. (cyt.): „(...) Należy wskazać, iż zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
 - 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
 - 3) brak podstaw wykluczenia
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Tym samym zaświadczeń, o których mowa w § 5 pkt 2) i 3) rozporządzenia, zamawiający może żądać jedynie na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. Powyższe oznacza, iż żądanie ww. dokumentów jest niezbędne jedynie w sytuacji, gdy zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy na podstawie ww. przepisu w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ.

12. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 18.01.2022 r., sygn. akt I GSK 1087/21.

13. Informacja o wyniku kontroli uprzedniej nr UZP/DKUE/KU/94/16 z dnia 28.12.2016 r. (dostępna na stronie www.uzp.gov.pl).

14. Informacja o wyniku kontroli uprzedniej nr UZP/DKUE/KU/3/17 (dostępna na stronie www.uzp.gov.pl).

Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Ze względu na fakt, iż wymagane przez zamawiającego zaświadczenia Urzędu Skarbowego, właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS nie są dokumentami potwierdzającym niepodleganie wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 – 23 ustawy Pzp oraz 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, postawiony przez zamawiającego wymóg przedłożenia ww. dokumentów stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ ww. zaświadczenia nie były niezbędne do przeprowadzenia postępowania.”

Każdy przypadek, w którym Zamawiający w dokumentach zamówienia stawia żądanie w zakresie podmiotowych środków dowodowych, które wykracza ponad celowość oraz nie stanowi kluczowego znaczenia dla zapewnienia zgodnego z przepisami prawa oraz racjonalnego przeprowadzenia instytucji wykluczenia, należy uznać za nieuzasadniony oraz poprzez nieprzestrzeganie podstawowych zasad udzielania zamówień prowadzi do naruszenia fundamentu całego systemu zamówień publicznych. W przedmiotowej sprawie Zamawiający żądając podmiotowego środka dowodowego w sposób nieuprawniony naruszył przepisy ustawy. Podkreślenia wymaga, że wymienione w art. 16 ustawy PZP cztery normy prawne mają odmienne znaczenie, ale są ze sobą ściśle powiązane i dopiero łącznie tworzą całość oddającą zamierzony cel. A zatem równe traktowanie Wykonawców jest istotnym elementem zachowania zasady uczciwej konkurencji, która z kolei wiąże się z określeniem proporcjonalnych wymagań, a jej instrumentem jest przejrzystość postępowania.¹⁵ Pozwala to wysnuć wniosek, że nieprzestrzeganie przez Zamawiającego którejkolwiek z naczelnych zasad w prawie zamówień publicznych stanowi naruszenie przepisów oraz finalnie ma kluczowe znaczenie dla zapewnienia racjonalnego i sprawnego wydatkowania środków publicznych.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż w warunkach tej konkretnej sprawy Zamawiający bezspornie naruszył zapisy art. 16 pkt 2 i pkt 3 w związku z art. 109 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy PZP oraz §2 ust. 1 pkt 4) Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych.

Ponadto w wyniku weryfikacji dokumentacji przetargowej ustalono, iż przygotowany przez Zamawiającego wzór oświadczenia o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, stanowiący załącznik nr 2 do SWZ nie zawierał informacji w zakresie braku podstawy wykluczenia, 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 2022., poz. 835 ze zm.) [dalej: ustawa sankcyjna]. W konsekwencji wszyscy Wykonawcy, w tym Wykonawca którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, składając wraz z ofertą oświadczenia wstępne zgodne ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ nie złożyli oświadczenia w zakresie braku wystąpienia podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej.

W trakcie czynności kontrolnych Zamawiający przedłożył notatkę służbową z dnia 23.08.2022 r., w której zawarł następujące wyjaśnienia (cyt.): „z uwagi na to, że ustawa pzp nie zawiera regulacji uprawniających do wzywania wykonawców do złożenia oświadczenia nt. podlegania wykluczeniu z przyczyn jw. zaś w Biuletynie Informacji Publicznej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji publikowana jest lista podmiotów, które podlegają wykluczeniu w oparciu o wskazany przepis, uznano, że czynność wykluczenia winna być oparta nie tyle o oświadczenie wykonawcy, tylko o informację płynące z tej listy. W związku z tym uznano, że od dnia otwarcia ofert w ww. postępowaniu tj. od dnia 04.07.2022 r. do dnia wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiający będzie regularnie weryfikował w Biuletynie Informacji Publicznej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji czy wykonawcy, którzy złożyli oferty nie znajdują się na liście osób i podmiotów, wobec których są stosowane środki, o których mowa w art. 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.2022.835) i tym samym nie podlegają wykluczeniu. W ocenie Zamawiającego podstawą takiego wykluczenia byłby przepis powołanej ustawy i dane z rejestru jw.”.

Mając na uwadze stwierdzony stan faktyczny w sprawie należy stwierdzić co następuje.

Ustawodawca zapisami art. 7 ust. 1 pkt 1-3 ustawy sankcyjnej wprowadził nową, samoistną i obligatoryjną podstawę wykluczenia. Podobnie jak obligatoryjne podstawy wykluczenia o których mowa w art. 108 ustawy PZP jest to podstawa, której wystąpienie zawsze skutkuje wykluczeniem Wykonawcy. W przypadku zaistnienia obligatoryjnej podstawy wykluczenia Zamawiający nie ma możliwości rezygnacji z takiej przesłanki wykluczenia.

15. Por. wyroki KIO z 25.03.2019 r. oraz KIO 415/19

Wykluczenia obligatoryjne pełnią bowiem funkcję prewencyjną i represyjną. Wskazane funkcje obligatoryjnych podstaw wykluczenia mają bezpośredni związek z nałożonymi na zamawiającego obowiązkami dotyczącymi weryfikacji wykonawców pod kątem braku wystąpienia obligatoryjnych podstaw wykluczenia. Zakres tych obowiązków jest uzależniony m.in. od wartości postępowania o udzielenie zamówienia.

I tak co do zasady, zgodnie z dyspozycją art. 125 ust. 1 ustawy PZP, Wykonawca do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji w zakresie wskazanym przez Zamawiającego.

Uwzględniając stan faktyczny rozpatrywanej sprawy wskazać należy, iż zgodnie z art. 273 ust. 2 ustawy PZP w trybie podstawowym oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, Wykonawca dołącza do oferty składanej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Natomiast na podstawie art. 273 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia. Oświadczenie z art. 125 ust. 1, zgodnie z dyspozycją art. 7 pkt 17 ustawy PZP nie stanowi podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 273 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP.

Jak wskazuje doktryna (cyt.): „Brak obowiązku żądania podmiotowych środków dowodowych oznacza, że kwalifikacja podmiotowa wykonawców może być dokonywana jedynie na podstawie **oświadczenia**, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP, które nie stanowi podmiotowego środka dowodowego (zob. art. 7 pkt 17 PZP), lecz – co do zasady – dowód tymczasowo zastępujący podmiotowe środki dowodowe (art. 125 ust.3 PZP). Jeżeli zamawiający nie żąda złożenia podmiotowych środków dowodowych, oświadczenie to może stanowić jedyny dowód brany pod uwagę podczas weryfikacji sytuacji podmiotowej wykonawcy.”¹⁶

Uwzględniając powyższe wskazać należy, że w prowadzonym postępowaniu Wykonawcy winni dołączyć do ofert oświadczenia wstępne, potwierdzające brak wystąpienia podstaw wykluczenia z art. 108 ustawy PZP oraz art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej.

Przykładowe wzory oświadczeń wstępnych składanych na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy PZP uwzględniające obligatoryjne przesłanki wykluczenia z ustawy sankcyjnej zostały zamieszczone na stronie Urzędu Zamówień Publicznych pod adresem <https://www.uzp.gov.pl/ukraina/komunikaty>.

W warunkach rozpatrywanej sprawy tj. postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne, ze względu na dyspozycję art. 266 ustawy PZP, zastosowanie winien znaleźć także przepis art. 128 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym jeżeli Wykonawca nie złożył oświadczenia z art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, Zamawiający wzywa Wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Wskazany powyżej przepis nakłada na Zamawiającego obowiązek wezwania Wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia niezłożonych, niekompletnych lub zawierających błędy dokumentów lub oświadczeń. Celem przepisu jest bowiem ograniczenie sytuacji, w których prawidłowa merytorycznie oferta musi być odrzucona z powodu braków lub błędów w złożonych dokumentach. Jak wyraźnie wynika z treści wskazanego przepisu obowiązek ten dotyczy także oświadczeń składanych jako tymczasowe potwierdzenie spełniania warunków, kryteriów selekcji i braku podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP.

W tym miejscu podkreślić należy, że o ile Zamawiający nie mają obowiązku przygotowania w ramach prowadzonych postępowań wzoru oświadczenia wstępnego, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP to już weryfikacja poprawności złożonych oświadczeń, ze względu na ich wagę, jest jednym z kluczowych jego obowiązków. W przypadku bowiem procedury dokonywania kwalifikacji podmiotowej Wykonawców, Zamawiający najpierw bada oświadczenia wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty, w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia, następnie dokonuje badania i oceny ofert, a na końcu wzywa (o ile skorzystał z uprawnienia określonego zapisami art. 273 ust. 1 ustawy PZP) do złożenia wymaganych podmiotowych środków dowodowych Wykonawcę którego oferta została najwyżej oceniona.

16. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak Prawo zamówień..., op. cit., str. 715.

Tak więc badanie oświadczenia wstępnego, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP determinuje krąg Wykonawców których oferty zostaną poddane ocenie, a w przypadku gdy Zamawiający nie wymaga złożenia podmiotowych środków dowodowych, oświadczenie wstępne stanowi jedyny dokument w zakresie kwalifikacji podmiotowej Wykonawców, w tym Wykonawcy któremu Zamawiający udzieli zamówienia.

W kontrolowanym postępowaniu oświadczenie z art. 125 ust. 1 ustawy PZP, stanowiące załącznik nr 2 do SWZ nie zawierało stosownego odwołania do nowej, dodatkowej przesłanki wykluczenia z art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej. Wykonawcy składając ww. oświadczenie nie potwierdzali zatem, że nie zastosowano wobec nich środków, o których mowa w art. 1 ustawy sankcyjnej.

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający dokonując kwalifikacji podmiotowej w zakresie podstaw wykluczenia Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia na podstawie ww. oświadczenia, de facto nie dochował obowiązku wezwania Wykonawcy do uzupełnienia w wyznaczonym terminie oświadczenia w zakresie dodatkowej, samoistnej obligatoryjnej przesłanki wykluczenia z postępowania wynikającej z zapisów art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej.

Mając na uwadze powyższe, należy uznać, że **doszło do naruszenia przepisów art. 128 ust. 1 ustawy PZP w związku z zapisami art. 125 ust. 1 ustawy PZP i 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.**

Ocena postępowania: z zastrzeżeniami.

2.6. Zamówienie publiczne: „Kompleksowa termomodernizacja energetyczna budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Miejskiej Lubań, Gminy Gromadka, Gminy i Miasta Lwówek Śląski oraz Powiatu Lwóweckiego” – postępowanie IV, z podziałem na części”. Nr referencyjny: IN.271.35.2022.AM

Gmina i Miasto Lwówek Śląski [dalej Zamawiający] realizując przedmiotowe zamówienie jako podmiot zamawiający, o którym mowa w art. 4 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) [dalej ustawa PZP], zobligowany był do stosowania przepisów ustawy PZP.

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

Postępowanie przetargowe przeprowadzone zostało w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 2 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu nr: 2022/BZP 00155479/01 [dalej Ogłoszenie o zamówieniu] opublikowano w dniu 12.05.2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na Platformie Zakupowej Zamawiającego <https://platformazakupowa.pl/lwowekslaski> i stronie internetowej <https://www.bip.lwowekslaski.pl>. Specyfikację Warunków Zamówienia [dalej SWZ] zamieszczono na Platformie Zakupowej Zamawiającego <https://platformazakupowa.pl/lwowekslaski> oraz stronie internetowej <https://www.bip.lwowekslaski.pl> w dniu 12.05.2022 r.

Zamawiający w Rozdziale IX pkt 2) SWZ „Podstawy wykluczenia” zawarł dodatkową obligatoryjną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania cyt.: *„Z postępowania wyklucza się osoby i podmioty, wobec których są zastosowane środki, o których mowa w art. 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.2022.835)”* [dalej: ustawa sankcyjna].

Weryfikacja braku podstaw wykluczenia w postępowaniach poniżej progów unijnych odbywa się na podstawie wstępnego oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, który tymczasowo zastępuje wymagane przez Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Zgodnie z art. 125 ust. 1 ustawy PZP, Wykonawca do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji w zakresie wskazanym przez Zamawiającego. Mając na uwadze art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej, Wykonawca powinien dołączyć do oferty oświadczenie wstępne, które powinno zawierać oświadczenie własne Wykonawcy obejmujące podstawy wykluczenia z art. 108 ustawy PZP oraz art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej, a także ewentualnie z art. 109 ustawy PZP, w przypadku, gdy Zamawiający przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia.

W kontrolowanym postępowaniu oświadczenie z art. 125 ust. 1 ustawy PZP, stanowiące załącznik nr 2 do SWZ nie zawierało stosowanego odwołania do nowej, dodatkowej przesłanki wykluczenia z art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej.

Stan prawny w ramach poddanego kontroli ww. zamówienia w zakresie dodatkowej obligatoryjnej podstawy wykluczenia Wykonawców z postępowania, wynikającej z ustawy sankcyjnej, jest tożsamy ze stanem prawnym opisanym w pkt 2.5. niniejszej Informacji pokontrolnej.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż wskazane powyżej w pkt 2.5. podstawy prawne, przesłanki wystąpienia naruszenia przepisów ustawy PZP oraz przedstawiona argumentacja w tym zakresie pozostają aktualne także na gruncie tego konkretnego przypadku.

Przygotowany przez Zamawiającego wzór oświadczenia o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, stanowiący załącznik nr 2 do SWZ nie zawierał informacji w zakresie braku podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej. W konsekwencji wszyscy Wykonawcy, w tym Wykonawca którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, składając wraz z ofertą oświadczenia wstępne zgodne ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ nie złożyli oświadczenia w zakresie braku wystąpienia podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej.

W toku prowadzonego postępowania Zamawiający nie żądał podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia.

W trakcie czynności kontrolnych Zamawiający przedłożył notatkę służbową z dnia 04.08.2022 r., w której zawarł następujące wyjaśnienia (cyt.): *„z uwagi na to, że ustawa pzp nie zawiera regulacji uprawniających do wzywania wykonawców do złożenia oświadczenia nt. podlegania wykluczeniu z przyczyn jw. zaś w Biuletynie Informacji Publicznej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji publikowana jest lista podmiotów, które podlegają wykluczeniu w oparciu o wskazany przepis, uznano, że czynność wykluczenia winna być oparta nie tyle o oświadczenie wykonawcy, tylko o informacje płynące z tej listy. W związku z tym uznano, że od dnia otwarcia ofert w ww. postępowaniu tj. od dnia 04.07.2022 r. do dnia wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiający będzie regularnie weryfikował w Biuletynie Informacji Publicznej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji czy wykonawcy, którzy złożyli oferty nie znajdują się na liście osób i podmiotów, wobec których są stosowane środki, o których mowa w art. 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.2022.835) i tym samym nie podlegają wykluczeniu. W ocenie Zamawiającego podstawą takiego wykluczenia byłby przepis powołanej ustawy i dane z rejestru jw.”.*

Mając na uwadze stwierdzony stan faktyczny w sprawie należy stwierdzić co następuje.

Ustawodawca zapisami art. 7 ust. 1 pkt 1-3 ustawy sankcyjnej wprowadził nową, samoistną i obligatoryjną podstawę wykluczenia. Podobnie jak obligatoryjne podstawy wykluczenia o których mowa w art. 108 ustawy PZP jest to podstawa, której wystąpienie zawsze skutkuje wykluczeniem Wykonawcy. W przypadku zaistnienia obligatoryjnej podstawy wykluczenia Zamawiający nie ma możliwości rezygnacji z takiej przesłanki wykluczenia. Wykluczenia obligatoryjne pełnią bowiem funkcję prewencyjną i represyjną. Wskazane funkcje obligatoryjnych podstaw wykluczenia mają bezpośredni związek z nałożonymi na Zamawiającego obowiązkami dotyczącymi weryfikacji Wykonawców pod kątem braku wystąpienia obligatoryjnych podstaw wykluczenia. Zakres tych obowiązków jest uzależniony m.in. od wartości postępowania o udzielenie zamówienia.

I tak co do zasady, zgodnie z dyspozycją art. 125 ust. 1 ustawy PZP, Wykonawca do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji w zakresie wskazanym przez Zamawiającego.

Uwzględniając stan faktyczny rozpatrywanej sprawy wskazać należy, iż zgodnie z art. 273 ust. 2 ustawy PZP w trybie podstawowym oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, Wykonawca dołącza do oferty składanej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Natomiast na podstawie art. 273 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia. Oświadczenie z art. 125 ust. 1, zgodnie z dyspozycją art. 7 pkt 17 ustawy PZP nie stanowi podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 273 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP.

Jak wskazuje doktryna (cyt.): *„Brak obowiązku żądania podmiotowych środków dowodowych oznacza, że kwalifikacja podmiotowa wykonawców może być dokonywana jedynie na podstawie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP, które nie stanowi podmiotowego środka dowodowego (zob. art. 7 pkt 17 PZP), lecz – co do zasady – dowód tymczasowo zastępujący podmiotowe środki dowodowe (art. 125 ust.3 PZP). Jeżeli zamawiający*

nie żąda złożenia podmiotowych środków dowodowych, oświadczenie to może stanowić jedyny dowód brany pod uwagę podczas weryfikacji sytuacji podmiotowej wykonawcy.”¹⁷

Uwzględniając powyższe wskazać należy, że w prowadzonym postępowaniu Wykonawcy winni dołączyć do ofert oświadczenia wstępne, potwierdzające brak wystąpienia podstaw wykluczenia z art. 108 ustawy PZP oraz art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej.

Przykładowe wzory oświadczeń wstępnych składanych na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy PZP uwzględniające obligatoryjne przesłanki wykluczenia z ustawy sankcyjnej zostały zamieszczone na stronie Urzędu Zamówień Publicznych pod adresem <https://www.uzp.gov.pl/ukraina/komunikaty>.

W warunkach rozpatrywanej sprawy tj. postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne, ze względu na dyspozycję art. 266 ustawy PZP, zastosowanie winien znaleźć także przepis art. 128 ust. 1 ustawy PZP zgodnie z którym jeżeli Wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Wskazany powyżej przepis nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania Wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia niezłożonych, niekompletnych lub zawierających błędy dokumentów lub oświadczeń. Celem przepisu jest bowiem ograniczenie sytuacji, w których prawidłowa merytorycznie oferta musi być odrzucona z powodu braków lub błędów w złożonych dokumentach. Jak wyraźnie wynika z treści wskazanego przepisu obowiązek ten dotyczy także oświadczeń składanych jako tymczasowe potwierdzenie spełniania warunków, kryteriów selekcji i braku podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP.

W tym miejscu podkreślić należy, że o ile Zamawiający nie mają obowiązku przygotowania w ramach prowadzonych postępowań wzoru oświadczenia wstępnego, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP to już weryfikacja poprawności złożonych oświadczeń, ze względu na ich wagę, jest jednym z kluczowych jego obowiązków. W przypadku bowiem procedury dokonywania kwalifikacji podmiotowej Wykonawców, Zamawiający najpierw bada oświadczenia wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty, w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia, następnie dokonuje badania i oceny ofert a na końcu wzywa (o ile skorzystał z uprawnienia określonego zapisami art. 273 ust. 1 ustawy PZP) do złożenia wymaganych podmiotowych środków dowodowych Wykonawcę którego oferta została najwyżej oceniona.

Tak więc badanie oświadczenia wstępnego, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP determinuje krąg Wykonawców których oferty zostaną poddane ocenie a w przypadku gdy Zamawiający nie wymaga złożenia podmiotowych środków dowodowych, oświadczenie wstępne stanowi jedyny dokument w zakresie kwalifikacji podmiotowej wykonawców, w tym Wykonawcy któremu Zamawiający udzieli zamówienia.

W kontrolowanym postępowaniu oświadczenie z art. 125 ust. 1 ustawy PZP, stanowiące załącznik nr 2 do SWZ nie zawierało stosownego odwołania do nowej, dodatkowej przesłanki wykluczenia z art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej. Wykonawcy składając ww. oświadczenie nie potwierdzali zatem, że nie zastosowano wobec nich środków, o których mowa w art. 1 ustawy sankcyjnej.

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający dokonując kwalifikacji podmiotowej w zakresie podstaw wykluczenia Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia na podstawie ww. oświadczenia, de facto nie dochował obowiązku wezwania Wykonawcy do uzupełnienia w wyznaczonym terminie oświadczenia w zakresie dodatkowej, samostnej obligatoryjnej przesłanki wykluczenia z postępowania wynikającej z zapisów art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej.

Mając na uwadze powyższe, należy uznać, że **doszło do naruszenia przepisów art. 128 ust. 1 ustawy PZP w związku z zapisami art. 125 ust. 1 ustawy PZP i 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.**

Ocena postępowania: z zastrzeżeniami.

17. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak Prawo zamówień..., op. cit., str. 715.

Zespół Kontrolujący:

Sebastian Bojar

/zaakceptowano elektronicznie/

.....
(imię i nazwisko kierownika zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 21 listopada 2022 r.

Karol Boczar

/zaakceptowano elektronicznie/

.....
(imię i nazwisko członka zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 21 listopada 2022 r.

3. Stanowisko wobec zgłoszonych zastrzeżeń.

W związku z wniesieniem przez Beneficjenta, Lidera projektu - Gminę Lubań w dniu 14.11.2022 r. pismem FZ.042.6.2022 zastrzeżeń do Informacji pokontrolnej z dnia 26.04.2022 r., złożonych przez Partnera projektu – Miasto i Gminę Lwówek Śląski (nr ref. IN.7013.8.2022.AM/21 [dalej Zastrzeżenia], dokonano analizy podniesionej w złożonych Zastrzeżeniach argumentacji zarówno w zakresie dotyczącym ustaleń co do naruszeń wskazanych przepisów ustawy PZP (punkt 2.5 oraz 2.6 Informacji pokontrolnej) jak i w zakresie skutków tych naruszeń w kontekście wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej (punkt 4.1 oraz 4.2 Informacji pokontrolnej). Po wnikliwej analizie podniesionej argumentacji należy stwierdzić, iż Zamawiający nie wskazał żadnych okoliczności faktycznych oraz prawnych, które podważyłyby poczynione w sprawie ustalenia zarówno w zakresie faktycznym jak i merytorycznym. Podniesiona argumentacja nie znajduje bowiem oparcia w przywołanych w treści Informacji pokontrolnej odpowiednich przepisach prawa, w orzecznictwie jak również w doktrynie.

Analizując przedstawione przez Zamawiającego w złożonych Zastrzeżeniach zapisy, że *poczynione ustalenie Kontrolujących jest sprzeczne z dokumentami postępowania i nie uprawnia do nałożenia korekty finansowej z następujących powodów:*

1. *W SWZ nie została określona fakultatywna przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy – jedynie żądano złożenia dokumentu nie związanego z podstawą wykluczenia;*
2. *W protokole nie określono jakiego rodzaju jest to nieprawidłowość: czy indywidualna czy systemowa oraz na czym miałyby polegać szkodliwy wpływ na budżet Unii;*
3. *Na bazie zacytowanego wyżej fragmentu ustaleń widać tok myślenia kontrolującego: żądanie dokumentu generuje powstanie podstawy wykluczenia. Myślenie to nie ma uzasadnienia w przepisach Pzp.*

nie sposób odnieść wrażenia, że wynikają one najprawdopodobniej z dokonanej przez Zamawiającego niewłaściwej interpretacji zapisów całości Informacji pokontrolnej, a co za tym idzie braku dostrzeżenia przedstawionego w niej ciągu przyczynowo skutkowego - od stwierdzonego naruszenia (punkt 2.5 Informacji pokontrolnej), do prawdopodobieństwa zaistnienia szkody oraz powstałej nieprawidłowości (punkt 4.1 Informacji pokontrolnej).

Przechodząc do szczegółowej analizy przedstawionej w Zastrzeżeniach argumentacji podkreślić należy, iż Zamawiający potwierdza, że w dokumentach zamówienia nie została określona fakultatywna przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, a „jedynie” żądano złożenia dokumentu nie związanego z podstawą wykluczenia.

Mając na uwadze argumenty Zamawiającego podkreślić należy, że geneza zaistniałego naruszenia przepisów ustawy PZP została szczegółowo przedstawiona w punkcie 2.5 Informacji pokontrolnej. Powtórzyć należy, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający w istocie nie spełnił wymogu wynikającego z art. 109 ust. 2 ustawy PZP wobec przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP. Zamawiający nie przewidział wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1 oraz zastrzegł w postępowaniu jedynie fakultatywne przesłanki wykluczenia wymienione w art. 109 ust. 1, 4, 5 oraz 7 ustawy PZP. Powyższe podstawy wykluczenia z postępowania zostały wskazane zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak również w SWZ. Jednocześnie Zamawiający zażądał od Wykonawców przedłożenia *zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego*, o którym mowa w §2 ust. 1 pkt 4) Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, jako środka dowodowego, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu. Tym samym Zamawiający

w zakresie wymienionych przez siebie fakultatywnych podstaw wykluczenia, zażądał dokumentu przekraczającego ich zakres, a więc takiego, któremu nie można przypisać cechy niezbędności, celowości i proporcjonalności w postępowaniu. Ze względu na fakt, że wymagane przez Zamawiającego zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego, jest dokumentem potwierdzającym niepodleganie wykluczeniu z postępowania na podstawie przesłanki, której nie przewidział - postawiony przez Zamawiającego wymóg przedłożenia ww. dokumentu stanowi naruszenie przepisów ustawy. Jak wykazano powyższej w punkcie 2.5 Informacji pokontrolnej, w zakresie obowiązujących przepisów prawa, w szczególności w zakresie podstawowych zasad udzielania zamówień, wymóg złożenia przez Wykonawcę biorącego udział w postępowaniu określonego dokumentu, nie może być bowiem celem samym w sobie, a brak powiązania żądanych dokumentów z konkretnymi zapisami w zakresie podstaw wykluczenia, wprowadza w błąd Wykonawców, gdyż przede wszystkim nie daje pewności, spełnieniem jakich przesłanek tak naprawdę będzie kierował się Zamawiający dokonując oceny podmiotowej.

Odnosząc się do stwierdzenia Zamawiającego przedstawionego w złożonych Zastrzeżeniach, że „*na bazie zacytowanego wyżej fragmentu ustaleń widać tok myślenia kontrolującego: żądanie dokumentu generuje powstanie podstawy wykluczenia. Myślenie to nie ma uzasadnienia w przepisach Pzp*”, z całą stanowczością podkreślić należy, że w zapisach Informacji pokontrolnej wykazano na podstawie istniejącego orzecznictwa i zapisów doktryny, że żądanie podmiotowego środka dowodowego - dokumentu winno nastąpić tylko i wyłącznie jako konsekwencja przewidzenia przez Zamawiającego w tym konkretnym postępowaniu określonych fakultatywnych przesłanek wykluczenia. Innymi słowy to właśnie wskazanie podstaw wykluczenia upoważnia do żądania odpowiednich dokumentów. Powyższa teza znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądowym, orzecznictwie KIO a także w kontrolach przeprowadzanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Na szczególną uwagę zasługuje fakt, że w treści Informacji pokontrolnej podkreślono, że kontrole te choć były przeprowadzane w warunkach poprzednio obowiązującej ustawy PZP, to jednak tezy tam zawarte pozostają aktualne także na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów. Głównym celem nowej regulacji było odformalizowanie prowadzonych postępowań, właściwej weryfikacji potrzeb Zamawiających i możliwych sposobów ich realizacji, a przede wszystkim racjonalizacja wydatków publicznych. Konkluzje przedstawionych w niniejszej Informacji pokontrolnej wyroków oraz orzecznictwa w zakresie wykazanego naruszenia, pozostają w pełni aktualne także w warunkach rozpatrywanej sprawy. Należy bowiem podkreślić, iż już w 2016 roku nowelizowane przepisy wprowadziły do ustawy PZP dwie kategorie przesłanek wykluczenia Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - przesłanki obligatoryjne oraz fakultatywne. W obecnym stanie prawnym instytucja wykluczenia została tylko usystematyzowana poprzez ściśle skorelowanie odpowiednich przepisów art. 108 oraz art. 109 obowiązującej ustawy z odpowiednimi dokumentami i oświadczeniami wymienionymi w *Rozporządzeniu Ministra Pracy, Rozwoju i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy*. Innymi słowy, w okolicznościach faktycznych objętych normą powyższych przepisów, Zamawiający był zobowiązany przyporządkować do każdej, określonej przez siebie fakultatywnej podstawy wykluczenia oraz bezwzględnie do każdej obligatoryjnej podstawy wykluczenia odpowiednich oświadczeń i/lub dokumentów wymienionych w Rozporządzeniu w sprawie podmiotowych środków dowodowych. Stosowne oświadczenia lub dokumenty Zamawiający powinien uprzednio wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu, SWZ i następnie, w trybie art. 274 ust. 1 ustawy PZP, wezwać o ich przedłożenie Wykonawcę, który złożył ofertę najwyżej ocenioną przez Zamawiającego. Podniesiony w złożonych zastrzeżeniach argument, że „*przeprowadzono wywód prawny na bazie orzecznictwa powstałego pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy Pzp*” w analizowanym przypadku należy uznać za chybiony, nie zasługujący na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu Zamawiającego, że wskazane w powołanych i cytowanych wynikach kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych naruszenia nie miały wpływu na wynik postępowania, wskazać należy, że podczas prowadzonych kontroli Prezes nie jest zobowiązany do dokonania analizy zaistniałych naruszeń pod kątem nieprawidłowości indywidualnej, 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 *Rozporządzenie ogólnym*.

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

kontrolę na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz. U. z 2020 poz. 818 ze zm.). Podstawy prawne kontroli wskazane zostały w punkcie 1.1 Informacji pokontrolnej. W wyniku analizy wymienionych tam aktów prawnych wnioskować należy, że Instytucja Zarządzająca zobligowana jest do rozpatrywania zaistniałych naruszeń także pod kątem definicji nieprawidłowości. Reasumując, celem przedstawienia w Informacji pokontrolnej ww. wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, było potwierdzenie, że wskazane konkretne działania i zaniechania Zamawiającego stanowią w istocie naruszenie przepisów ustawy PZP. W zaistniałych okolicznościach, w związku z podstawami prawnymi prowadzonej przez Instytucję Zarządzającą kontroli, argumentacja Zamawiającego w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w złożonych Zastrzeżeniach podniósł argument, że „w tym przypadku wykonawcy złożyli zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego – ale nie na potwierdzenie przesłanki wykluczenia, gdyż takiej nie postawiono. Idąc dalej skoro nie było podstawy do wykluczenia z art.109 ust.1 pkt 1, to nawet gdyby takiego zaświadczenia nie złożyli albo złożyli je o treści wskazującej na posiadanie zaległości podatkowych, to i tak z braku fakultatywnej przesłanki wykluczenia ich oferty nie zostałyby odrzucone. Oznacza to, że naruszenie choć istniało nie miało wpływu na wynik postępowania. Wystąpiła zatem sytuacja identyczna jak w przytoczonych w protokole informacjach o kontroli uprzedniej”.

Analizując powyższy tok rozumowania Zamawiającego, można by przyjąć, że Zamawiający w prowadzonym przez niego postępowaniu za prawidłowe uznaje żądanie od Wykonawców biorących udział w postępowaniu, jakiegokolwiek dowolnego podmiotowego środka dowodowego jeżeli równocześnie nie ustanowi odpowiadającej mu fakultatywnej przesłanki wykluczenia. I dalej, Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogą traktować jako niezobowiązujące, żądanie przez Zamawiającego przedłożenia podmiotowego środka dowodowego lub innego dokumentu i oświadczenia, w przypadku braku w dokumentach zamówienia konkretnej odpowiadającej mu fakultatywnej przesłanki wykluczenia.

Opisane powyżej okoliczności doprowadziłyby do sytuacji, w której to Wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czytając dokumenty zamówienia, zobowiązani byli samodzielnie ustalić, złożenie których z wymienionych przez Zamawiającego podmiotowych środków dowodowych należy uznać za wymagane, konieczne i zasadne, a które to zostały przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia wyspecyfikowane „przypadkowo i niezobowiązująco” - bez jakiegokolwiek powodu. Sytuacja taka stanowiłaby złamanie wszystkich fundamentalnych zasad przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które ustawodawca wskazał w art. 16 ustawy PZP. Cytowany powyżej argument Zamawiającego, w żadnym wypadku nie zasługuje na uwzględnienie.

Wskazane w Informacji pokontrolnej naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP oraz wykazanie jego wpływu na przebieg i wynik postępowania zostało przedstawione w sposób logiczny a przedstawione fakty są bezsporne. Biorąc pod uwagę powyższe wskazać należy, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w złożonych Zastrzeżeniach, stan faktyczny w rozpatrywanej sprawie ustalono z należytą starannością, w oparciu o dokumentację przeprowadzonego postępowania, który bezsprzecznie potwierdza stwierdzone i szczegółowo opisane w treści Informacji pokontrolnej naruszenia zapisów ustawy PZP.

Powyższe Zamawiający w złożonych Zastrzeżeniach, pomimo podnoszonych zarzutów sam potwierdza pisząc cyt.: „W omawianym przypadku zażądano dokumentu na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z art. 109 ust.1.pkt 1 ustawy Pzp w sytuacji, gdy podstawa taka do wykluczenia nie została określona. Działanie to nie było prawidłowe.”

Przechodząc do kwalifikacji stwierdzonych naruszeń na samym wstępie, ponownie za wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10.01.2017¹⁸, 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

18. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10.01.2017 r., sygn. akt II GSK 1722/15.

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 działanie Zamawiającego z punktu widzenia zgodności z konkretnym wzorcem zachowania (art. 275 ust. 1 ustawy PZP) 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 w treści pkt 4.1 Informacji pokontrolnej Rozporządzenia ogólnego.

Natomiast za wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 15 kwietnia 2019 r.¹⁹, podkreślić należy że (cyt.): „nieprawidłowość” ma miejsce w sytuacji, gdy wskutek naruszenia procedur doszło do powstania szkody lub mogłoby dojść do jej powstania w budżecie ogólnym UE. Możliwość powstania szkody należy rozumieć jako możliwość uszczuplenia środków unijnych. Dla uznania zatem, że doszło do powstania „nieprawidłowości” w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia nr 1303/2013 wystarczy ustalenie, że wskutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE. Natomiast celem korekt finansowych jest spowodowanie sytuacji, w której wszystkie wydatki deklarowane do finansowania ze środków unijnych będą wydatkowane zgodnie z prawem i odpowiednimi zasadami i przepisami krajowymi oraz unijnymi. Korekta finansowa jest zatem kwotą nienależnie wypłaconą ze środków budżetu UE.

Wysokość korekty finansowej jest determinowana wysokością szkody poniesionej przez dany fundusz w związku z nieprawidłowością, którą z kolei relatywizuje się do 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 ogólnego wystarczy ustalenie, że wskutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych zaistniała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, iż wskazane powyżej zapisy art. 2 pkt 36 Rozporządzenia ogólnego 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 z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych. Dla wystąpienia potencjalnej szkody wystarczy zatem uprawdopodobnienie możliwości jej wystąpienia. Powyższe jest kluczowe w kontekście analizy rozpatrywanej sprawy. W kontekście przywołanych bowiem powyżej przepisów dla stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej nie jest koniecznym udowodnienie faktu wystąpienia takich okoliczności ale samo dopuszczenie do możliwości ich wystąpienia.

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

Mając na uwadze powyższe, oceny tego konkretnego przypadku dokonano przez pryzmat wszystkich stwierdzonych naruszeń w ramach przeprowadzonej procedury udzielenia zamówienia w kontekście możliwości wystąpienia potencjalnej szkody. Jak wykazano powyżej, ze względu na fakt, że wymagane przez Zamawiającego *zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego*, jest dokumentem potwierdzającym niepodleganie wykluczeniu z postępowania na podstawie przesłanki, której nie przewidywał - postawiony przez Zamawiającego wymóg przedłożenia ww. dokumentu stanowi naruszenie przepisów ustawy.

Jak wskazano w treści Informacji pokontrolnej (pkt 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.

Wskazana powyżej w treści Informacji pokontrolnej niekonsekwencja Zamawiającego w zapisach dokumentów zamówienia w zakresie fakultatywnych podstaw wykluczenia, a żądanym katalogiem podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, potencjalnie mogła wpłynąć na spadek zainteresowania Wykonawców przedmiotowym zamówieniem. Niewątpliwie brak przejrzystości w dokumentach zamówienia spowodowany niepowiązaniem żądanych dokumentów z konkretnymi zapisami w zakresie podstaw wykluczenia mógł wprowadzić w błąd Wykonawców, gdyż przede wszystkim nie dawał pewności, spełnieniem jakich przesłanek tak naprawdę będzie kierował się Zamawiający dokonując oceny podmiotowej. Nie można bowiem bezsprzecznie wykluczyć, że przy braku przejrzystości zapisów dokumentacji przetargowej w tym zakresie część potencjalnie zainteresowanych Wykonawców mogła zrezygnować z udziału w prowadzonym postępowaniu np. ze względu na bieżące zaległości podatkowe. Dokonując zatem analizy tej konkretnej sprawy nie można bezsprzecznie wykluczyć sytuacji, że w przypadku zażądania przez Zamawiającego od Wykonawców przedłożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w zakresie zgodnym z przewidzianym w ogłoszeniu o zamówieniu oraz dokumentach zamówienia katalogiem fakultatywnych podstaw wykluczenia z postępowania - krąg Wykonawców zainteresowanych udziałem w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia mógłby być inny. Tym samym nie sposób bezsprzecznie wykluczyć potencjalnego negatywnego wpływu stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania. Na marginesie wskazać należy, że w przedmiotowym postępowaniu wpłynęła oferta tylko od jednego Wykonawcy.

Dokonując zindywidualizowanej, kompleksowej oceny tej konkretnej sprawy uwzględniono wszystkie okoliczności faktyczne, w tym bezsporny fakt, że działanie Zamawiającego poprzez wymóg przedłożenia *zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego*, jako dokumentu potwierdzającego niepodleganie wykluczeniu z postępowania na podstawie przesłanki, której nie przewidywał, wynikało bezpośrednio z nieprawidłowości powstałych już na etapie przygotowania dokumentacji przetargowej (zapisy Sekcji V.5.6 i 5.7 Ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziału IX.4 SWZ w zakresie katalogu oświadczeń i dokumentów, których będzie żądał Zamawiający od Wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia), co znalazło bezpośrednie odzwierciedlenie w przypisanej kategorii nieprawidłowości oraz w konsekwencji w zastosowanej stawce procentowej pomniejszenia.

Przechodząc do analizy podniesionej w złożonych Zastrzeżeniach argumentacji dotyczącego braku skorelowania przepisów ustawy PZP oraz przepisów ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. *o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego* (Dz.U.2022.835) i dalej, że „(...) *wywód zawarty w protokole kontroli nie opiera się na przepisach tylko stanowi ich dowolną interpretację*”, po raz kolejny podkreślić należy, że nie sposób odnieść wrażenia, że Zamawiający wybiórczo kwestionuje zasadność wyrwanych z kontekstu zapisów Informacji pokontrolnej. Formułowane przez Zamawiającego zarzuty dotyczą wybranych wycinków Informacji pokontrolnej, następnie fragmenty te poddawane są interpretacji, w większości o charakterze uznaniowym, w oderwaniu od pozostałych części Informacji pokontrolnej.

Przesłanka wykluczenia, o której mowa w zapisach ustawy sankcyjnej powstaje z mocy tej ustawy. W zapisach Informacji pokontrolnej wielokrotnie podkreślono, że Ustawodawca zapisami art. 7 ust. 1 pkt 1-3 ustawy sankcyjnej wprowadził nową, samoistną i obligatoryjną podstawę wykluczenia. Podobnie jak obligatoryjne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 ustawy PZP, jest to podstawa, której wystąpienie zawsze skutkuje wykluczeniem Wykonawcy.

Dokonując analizy stanu faktycznego stwierdzono, że Zamawiający w Rozdziale IX pkt 2) SWZ „Podstawy wykluczenia” zawarł dodatkową obligatoryjną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania cyt.: „Z postępowania wyklucza się osoby i podmioty, wobec których są zastosowane środki, o których mowa w art. 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.2022.835)”. Ponadto w wyniku weryfikacji dokumentacji przetargowej ustalono, iż przygotowany przez Zamawiającego wzór oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, stanowiący załącznik nr 2 do SWZ nie zawierał informacji w zakresie braku podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy. W konsekwencji wszyscy Wykonawcy, w tym Wykonawca którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, składając wraz z ofertą oświadczenia wstępne zgodne ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ, nie złożyli oświadczenia w zakresie braku wystąpienia podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej.

Opis stanu faktycznego szczegółowo przedstawiony w punkcie 2.5 oraz 2.6 Informacji pokontrolnej oraz analiza prawdopodobieństwa zaistnienia nieprawidłowości opisana w punkcie 4.1 oraz 4.2 Informacji pokontrolnej, wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie stanowiły „wywodu, który nie opiera się na przepisach tylko stanowi dowolną interpretację”. Poczynione wnioskowanie miało na celu wskazanie, że przepisy ustawy Pzp oraz ustawy sankcyjnej zgodnie z intencją Ustawodawcy należy stosować w sposób komplementarny. Innymi słowy Zamawiający ma obowiązek konstruować zapisy dokumentów zamówienia oraz przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego tak, aby w sposób przejrzysty jednoznacznie wypełnić obowiązki wynikające ze wszystkich w tym zakresie aktów prawnych. Na marginesie tylko wskazać należy, że na stronie Urzędu Zamówień Publicznych (<https://www.uzp.gov.pl/ukraina/komunikaty>) w momencie wejścia w życie przepisów ustawy sankcyjnej, zamieszczone zostały pytania i odpowiedzi oraz komunikaty w zakresie poprawnego stosowania nowo wprowadzonych przepisów. Wspomniany przez Zamawiającego w Zastrzeżeniach argument braku korelacji w zakresie terminu wejścia w życie przepisów ustawy sankcyjnej oraz daty wszczęcia postępowania nie może zatem stanowić o okolicznościach błędnego stosowania obowiązujących przepisów.

Przedstawiona szczegółowo w Informacji pokontrolnej analiza stanu faktycznego tej konkretnej sprawy jednoznacznie wykazała, że w zakresie weryfikacji Wykonawców na podstawie nowej, samoistnej i obligatoryjnej przesłanki wykluczenia z art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej, Zamawiający nie dochował należytej staranności już na etapie przygotowania dokumentacji przetargowej poprzez brak zamieszczenia wzajemnie uzupełniających się zapisów pomiędzy treścią Rozdziału IX pkt 2 SWZ a wzorem oświadczenia wstępnego, stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ.

Reasumując, w treści Informacji pokontrolnej nie sposób odnaleźć zapisów, z których wynikałoby, że do przepisów ustawy sankcyjnej należy stosować procedury ustawy PZP, a jedynie w sposób jednoznaczny, nie budzący wątpliwości wykazano wynikające z przepisów ustawy PZP zaniechanie Zamawiającego w zakresie prawidłowej weryfikacji podmiotowej Wykonawców. W warunkach tej konkretnej sprawy, ze względu na dokonanie dodatkowych czynności Zamawiającego, wynikających z treści dołączonej przez niego notatki, warunkowo uznać można było, że wykazane naruszenie Zamawiającego, nie wypełniło trzeciej przesłanki wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej. W związku z powyższym w zakresie ww. naruszenia można było odstąpić od przypisania kategorii nieprawidłowości oraz w konsekwencji zastosowania odpowiedniej stawki procentowej pomniejszenia.

Po dokonaniu ponownej analizy stanu faktycznego w sprawie oraz szczegółowej analizie podniesionej w złożonych Zastrzeżeniach argumentacji Zamawiającego, stwierdzić należy iż nie przedstawiono żadnych okoliczności faktycznych i prawnych, które skutkowałyby koniecznością zmiany ustaleń zawartych w Informacji pokontrolnej. Mając na uwadze powyższe Zastrzeżenia Zamawiającego odrzucono w całości. Tym samym zapisy Informacji pokontrolnej nie zostały zmienione.

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

W wyniku przeprowadzonej kontroli dokonano pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych.

4.1. Zamówienie publiczne: „Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru przy wykonaniu zadania inwestycyjnego pn.: „Kompleksowa termomodernizacja energetyczna budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Miejskiej Lubań, Gminy Gromadka, Gminy i Miasta Lwówek Śląski oraz Powiatu Lwóweckiego Budynek B Szkoły Podstawowej nr 2 w Lwówku Śląskim – II postępowanie”. Nr referencyjny: IN.271.67.2022.AM.

Na podstawie zapisów art. 2 pkt 14 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (t. j. Dz. U. z 2020 r., poz. 818) [zwanej dalej ustawą wdrożeniową], nieprawidłowością indywidualną jest nieprawidłowość, o której mowa w art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006, (Dz. Urz. UE 347 z 20.12.2013, s.320, z późn. zm.), zwane dalej *Rozporządzeniem ogólnym*.

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 [dalej *budżet UE*]. W trakcie przeprowadzanej kontroli zbadano więc, czy w analizowanym stanie faktycznym doszło do kumulatywnego spełnienia wszystkich trzech przesłanek wystąpienia nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 *Rozporządzenia ogólnego*.

W zakresie pierwszej przesłanki po gruntownym zbadaniu sprawy należy uznać za udowodnione, iż Zamawiający naruszył przepisy art. 16 pkt 2 i pkt 3 w związku z art. 109 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy PZP oraz §2 ust. 1 pkt 4) *Rozporządzenia* w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz przepisy art. 128 ust. 1 ustawy PZP w związku z zapisami art. 125 ust. 1 ustawy PZP i 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. [pkt 2.5 Informacji pokontrolnej].

Drugim elementem pojęcia nieprawidłowości jest działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego. Zgodnie z art. 2 pkt 37 *Rozporządzenia ogólnego* 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. Zarówno działanie jak i zaniechanie Zamawiającego zostało w tym przypadku także bezsprzecznie wykazane [pkt. 2.5 Informacji pokontrolnej].

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

Powyższe stwierdzenie znajduje swoje potwierdzenia w judykaturze zarówno krajowej, jak i europejskiej. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej TSUE) w wyroku z 14 lipca 2016 C-406/14 *Wrocław – miasto na prawach powiatu przeciwko Ministrowi Infrastruktury i Rozwoju* stwierdził²⁰: „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

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

konkluzje znajdują zastosowanie do nowych regulacji, tj. Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r.

Tak więc w sytuacji wystąpienia naruszenia przepisów ustawy PZP niezbędna jest ocena ryzyka, na jakie budżet UE w wyniku stwierdzonego uchybienia został narażony. Zgodnie z przywołanym wyrokiem TSUE 2016 C-406/14 należy badać każdy przypadek indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności każdej sprawy istotne z punktu widzenia jednego z trzech wskazanych kryteriów.

Powyższe potwierdza także wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12.12.2014 r.²¹: zgodnie z którym: *„Warunkiem nałożenia korekty i wydania decyzji o zwrocie środków jest wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. Konieczne jest zatem przeprowadzenie takiej operacji myślowej, w której zaprezentowane zostanie logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE. Tylko w takiej sytuacji można mówić o „nieprawidłowości” w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 (....)”*.

Również WSA we Wrocławiu, w swoim orzecznictwie zgodny jest co do kwestii, iż faktyczne wystąpienie uszczerbku finansowego w budżecie ogólnym Unii Europejskiej nie jest przesłanką konieczną do zakwalifikowania danego działania jako nieprawidłowości, wystarczy bowiem potencjalna możliwość jego wystąpienia. W wyroku z dnia 19.02.2015 r.²² 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.²³ *„W świetle dotychczas przedstawionych uwag stwierdzić należy - zwłaszcza gdy ponownie odwołać się do treści art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 definiującego pojęcie "nieprawidłowości" – że naruszenie prawa unijnego lub krajowego skutkujące szkodą dla budżetu UE wiąże się z wydatkową stroną tego budżetu, a mianowicie ze sfinansowaniem lub ryzykiem sfinansowania nieuzasadnionego wydatku. W sytuacji więc, gdy z punktu widzenia przywołanego przepisu istota nieprawidłowości, o której w nim mowa, wiąże się z bezprawnym działaniem lub zaniechaniem skutkującym naruszeniem norm prawa unijnego lub krajowego, to za oczywiste uznać należy, że obowiązkiem organu krajowego jest (powinno być) skonfrontowanie wskazanego działania lub zaniechania z punktu widzenia jego zgodności z konkretnym wzorcem zachowania w celu ustalenia, czy doszło do jego naruszenia, a następnie, w razie ustalenia i potwierdzenia tego naruszenia, zastosowanie odpowiedniej normy konsekwencyjnej. W związku z tym również, że na gruncie przywołanego przepisu, prawodawca unijny operuje pojęciem "działania lub zaniechania powodującego lub mogącego spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego", nie może budzić wątpliwości, że szkoda o której mowa w tym przepisie, nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda ta powstanie (por. wyrok NSA z dnia 19 marca 2013 r., sygn. akt II GSK 51/13). Tym samym, odstąpić od nałożenia korekty organ orzekający może wyłącznie w przypadku, jeżeli naruszenie prawa, w tym naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych, miało wyłącznie charakter formalny i nie mogło mieć wpływu na powstanie rzeczywistej czy też potencjalnej szkody, ani też na jej wysokość (por. wyrok NSA z dnia 25 kwietnia 2014 r., sygn. akt II GSK 173/13).”*

Warunkiem nałożenia korekty jest więc wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. Konieczne jest zatem przeprowadzenie takiej operacji myślowej, w której zaprezentowane zostanie logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE.

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

Przechodząc do stwierdzonego naruszenia przepisów art. 16 pkt 2 i pkt 3 w związku z art. 109 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy PZP oraz §2 ust. 1 pkt 4) Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych należy stwierdzić co następuje.

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

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

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

Uprawnienie do skorzystania przez Zamawiającego z katalogu dokumentów wymienionych w §2 ust. 1 pkt 4) *Rozporządzeniu Ministra Pracy, Rozwoju i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy*, w warunkach tej konkretnej sprawy, przysługiwałoby Zamawiającemu wyłącznie wówczas, gdyby w dokumentach zamówienia przewidział fakultatywną przesłankę wykluczenia o której mowa w art. 109 ust.1 pkt 1 ustawy PZP. W warunkach tej konkretnej sprawy Zamawiający bezspornie nie przewidział tej przesłanki.

Nie ulega także najmniejszej wątpliwości, iż poprzez przytoczoną powyżej w pkt 2.5 Informacji pokontrolnej konstrukcję zapisów Ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów zamówienia w zakresie podstaw wykluczenia oraz katalogu podmiotowych środków dowodowych składanych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, doszło do naruszenia zasad przejrzystości oraz proporcjonalności prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia poprzez zamieszczenie sprzecznych zapisów. Z jednej bowiem strony Zamawiający nie zamieszczając w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w dokumentach zamówienia przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 1 dopuścił do udziału w prowadzonym przez siebie postępowaniu także takich Wykonawców, którzy „(...) *naruszyli obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 108 ust.1 pkt 3 (...)*” (art. 109 ust 1 pkt 1). Z drugiej zaś strony Zamawiający poinformował, że Wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona zostanie zobowiązany do złożenia podmiotowego środka dowodowego w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia w postaci *Zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub inny dokument potwierdzający, że Wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.*

Mając na uwadze, iż katalog dokumentów dotyczących potwierdzenia braku fakultatywnych podstaw wykluczenia jest niejako elementem „wtórnym”, jednakże ściśle związanym i zależnym od obowiązku wcześniejszego enumeratywnego wskazania fakultatywnych przesłanek wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu oraz dokumentach zamówienia, bezspornie żądane przez Zamawiającego *Zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego*, o którym mowa w §2 ust. 1 pkt 4) *Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych*, chociaż enumeratywnie wymienionym we wskazanym akcie wykonawczym, nie było w tym konkretnym przypadku dokumentem celowym i niezbędnym do przeprowadzenia przedmiotowego postępowania.

Dokonując analizy stanu faktycznego i prawnego tej konkretnej sprawy należy także podkreślić, iż zgodnie z motywem 84 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm.) (cyt.): „*Wielu wykonawców, zwłaszcza MŚP, uważa, że jedną z głównych przeszkód dla ich uczestnictwa w zamówieniach publicznych są obciążenia administracyjne wynikające z konieczności przedstawienia znacznej liczby zaświadczeń lub innych dokumentów dotyczących kryteriów wykluczenia i kwalifikacji.*”

Wskazane powyżej okoliczności stanowiły podstawę do uproszczenia procedur udzielania zamówień publicznych i ich uelastycznienia oraz zmniejszenia obowiązków formalnych na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia m.in. poprzez przedstawianie przez Wykonawców *oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez Zamawiającego* (art. 125 ust. 1 ustawy PZP) oraz poprzez nałożenie obowiązku ewentualnego złożenia podmiotowych środków dowodowych co do zasady przez Wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Powyższe stanowiło niewątpliwie także podstawę do rezygnacji z obligatoryjnego wykluczenia z udziału w postępowaniu Wykonawców którzy *naruszyli obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne (z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3), chyba że Wykonawcy odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności* (art. 109 ust.1 pkt 1 ustawy PZP) i pozostawienie decyzji w tym zakresie Zamawiającym. Przyjęte rozwiązania w założeniu mają zachęcić potencjalnych Wykonawców do udziału w prowadzonych postępowaniach.

Wskazana powyżej w treści Informacji pokontrolnej niekonsekwencja Zamawiającego w zapisach dokumentów zamówienia w zakresie fakultatywnych podstaw wykluczenia, a żądanym katalogiem podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, potencjalnie mogła wpłynąć na spadek

zainteresowania Wykonawców przedmiotowym zamówieniem. Niewątpliwie brak przejrzystości w dokumentach zamówienia spowodowany niepowiązaniem żądanych dokumentów z konkretnymi zapisami w zakresie podstaw wykluczenia mógł wprowadzić w błąd Wykonawców, gdyż przede wszystkim nie dawał pewności, spełnieniem jakich przesłanek tak naprawdę będzie kierował się Zamawiający dokonując oceny podmiotowej. Nie można bowiem bezsprzecznie wykluczyć, że przy braku przejrzystości zapisów dokumentacji przetargowej w tym zakresie część potencjalnie zainteresowanych Wykonawców mogła zrezygnować z udziału w prowadzonym postępowaniu np. ze względu na bieżące zaległości podatkowe.

Dokonując zatem analizy tej konkretnej sprawy nie można bezsprzecznie wykluczyć sytuacji, że w przypadku zażądania przez Zamawiającego od Wykonawców przedłożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w zakresie zgodnym z przewidzianym w ogłoszeniu o zamówieniu oraz dokumentach zamówienia katalogiem fakultatywnych podstaw wykluczenia z postępowania - krąg Wykonawców zainteresowanych udziałem w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia mógłby być inny.

Jak wskazywano 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 przepisach regulujących zasady udzielania zamówień, w tym konkretnym przypadku w zapisach Ustawy PZP oraz Rozporządzeń wykonawczych. Dla wystąpienia potencjalnej szkody wystarczy stwierdzenie możliwości jej wystąpienia, nie zaś wykazanie szkody rzeczywistej poprzez np. wskazanie konkretnego Wykonawcy, który z określonych przyczyn odstąpił od udziału w prowadzonym postępowaniu.

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

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

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

„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 wskazano powyżej w treści Informacji pokontrolnej 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 poprzez działanie Zamawiającego, bezsprzecznie doszło do ryzyka 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.

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 naruszenie bez wątpienia nie nosi znamion naruszenia formalnego. Doprowadziło natomiast do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień określonych zapisami ustawy PZP. Reasumując, należy stwierdzić, że ww. działanie Zamawiającego mogło doprowadzić do szkody potencjalnej w budżecie UE.

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

Dokonując wieloaspektowej analizy, należy stwierdzić iż wykryte **naruszenie przepisów art. 16 pkt 2 i pkt 3 w związku z art. 109 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy PZP oraz §2 ust. 1 pkt 4) Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych - spełnia definicję nieprawidłowości z art. 2 pkt 36 Rozporządzenia ogólnego.**

Przechodząc do oceny w zakresie możliwości wystąpienia trzeciej przesłanki nieprawidłowości, jaką jest wystąpienie szkodliwego wpływu na budżet środków europejskich w zakresie stwierdzonego naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 125 ust. 1 ustawy PZP i art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej, poprzez niezłożenie przez Wykonawcę oświadczenia o braku podstaw wykluczenia wynikających z ustawy sankcyjnej, z uwagi na niedostosowanie przez Zamawiającego Załącznika nr 2 do SWZ do brzmienia nowych przepisów, a także poprzez brak wezwania Wykonawcy do uzupełnienia tego oświadczenia w ww. zakresie, należy uwzględnić okoliczności faktyczne zaistniałe w tym konkretnym przypadku, których wystąpienie determinuje kwalifikację naruszenia oraz przypisane mu skutki prawne.

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

Analizując zatem stan faktyczny tej konkretnej sprawy pod kątem możliwości wykazania takiego związku 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 zapisach SWZ informację w zakresie obligatoryjnych przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej informując tym samym wszystkich potencjalnych Wykonawców o obowiązującej z mocy prawa obligatoryjnej przesłance wykluczenia z udziału w prowadzonym postępowaniu. Następnie weryfikacji takiej w stosunku do Wykonawcy którego ofertę oceniono najwyżej Zamawiający dokonał.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia żądał, oprócz oświadczenia wstępnego, o którym była mowa powyżej także podmiotowych środków dowodowych m.in. odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy, sporządzonych nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji.

Poprzez żądanie złożenia ww. podmiotowych środków dowodowych był zatem w posiadaniu niezbędnych danych potrzebnych do weryfikacji podstaw wykluczenia Wykonawcy z ustawy sankcyjnej. Weryfikacji tej dokonuje się nie tylko w oparciu o oświadczenie własne Wykonawcy, 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.

Zamawiający takiej weryfikacji Wykonawcy najwyżej ocenionego w postępowaniu pod kątem istnienia przesłanek wykluczenia z ustawy sankcyjnej dokonał, co znalazło odzwierciedlenie w notatce wewnętrznej z dnia 23.08.2022r., potwierdzającej fakt dokonania czynności weryfikacji.

Prawidłowość praktyki weryfikacji podstaw wykluczenia na podstawie dostępnych Zamawiającemu podmiotowych środków dowodowych została potwierdzona w stanowisku Urzędu Zamówień Publicznych, który na stronie internetowej <https://www.uzp.gov.pl/ukraina/pytania-i-odpowiedzi> (dostęp 9.05.2022r.) wskazał, że (cyt.): „weryfikacji braku zaistnienia podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego w stosunku do wykonawcy zamawiający może dokonać za pomocą wszelkich dostępnych podmiotowych środków dowodowych. Podmiotowym środkiem dowodowym służącym wykazaniu braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 7 ust. 1 ww. ustawy przykładowo [podkreślenie kontrolujących] może być: oświadczenie własne wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia na ww. podstawie prawnej, odpis lub informacja z KRS lub CEIDG, roczne skonsolidowane sprawozdanie finansowe albo jego część, sprawozdanie zarządu z działalności jednostki albo jego część, informacja z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, informacja z wykazów określonych w rozporządzeniu 765/2006 i rozporządzeniu 269/2014, a także informacja z listy rozstrzygającej o zastosowaniu środka, o którym mowa w art. 1 pkt 3 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego”. A zatem co do zasady zamawiający ma obowiązek weryfikacji braku podstaw wykluczenia z art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej za pomocą wszelkich dostępnych podmiotowych środków dowodowych.

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 ustawy PZP przed przystąpieniem do oceny złożonych ofert. Wskazać jednak należy, iż zarówno wstępna weryfikacja jak i weryfikacja Wykonawcy którego ofertę uznano za najkorzystniejszą z wykorzystaniem złożonych przez tegoż Wykonawcę aktualnych podmiotowych środków dowodowych służy zablokowaniu możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji przez wykonawców rosyjskich. Weryfikacji wystąpienia podstaw wykluczenia przy pomocy dostępnych podmiotowych środków dowodowych Zamawiający powinien dokonać samodzielnie na podstawie m.in. wykazów stanowiących załączniki do rozporządzenia nr 765/2006 i rozporządzenia nr 269/2014, listę czy Centralny Rejestr Beneficjentów Rzeczywistych.

W warunkach rozpatrywanej sprawy Zamawiający weryfikacji takiej dokonał 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.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż w tym wypadku nie wystąpiły wszystkie trzy przesłanki wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej. Dokonując wieloaspektowej analizy, należy stwierdzić, iż wykryte naruszenie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 125 ust. 1 ustawy PZP i 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 indywidualnej powoduje zgodnie z zapisami art. 24 ust. 1 ustawy wdrożeniowej powstanie obowiązku podjęcia przez właściwą instytucję, którą w przypadku regionalnego programu operacyjnego jest zarząd województwa (art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy wdrożeniowej), odpowiednich działań, o których mowa w ust. 9 ww. artykułu. Zgodnie z tymi zapisami, w przypadku stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej przed zatwierdzeniem wniosku o płatność, instytucja zatwierdzająca wniosek o płatność dokonuje pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych ujętych we wniosku o płatność złożonym przez beneficjenta o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo (art. 24 ust. 9 pkt 1 ustawy wdrożeniowej). Natomiast w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej w uprzednio zatwierdzonym wniosku o płatność właściwa instytucja nakłada korektę finansową (art. 24 ust. 9 pkt 2 ustawy wdrożeniowej).

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

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

W tym celu, na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 24 ust. 13 ustawy wdrożeniowej Minister Rozwoju wydał Rozporządzenie z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzieleniem zamówienia (Dz. U. z 2021, poz. 2179) – zwane dalej *Rozporządzeniem*.

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

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

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

Możliwość obniżenia stawki pomniejszenia uzależniona jest więc od indywidualnej oceny zamówienia, stopnia naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności. W przedmiotowej sprawie należy stwierdzić, iż anulowanie całości wydatków kwalifikowalnych, poniesionych w ramach zamówienia opisanego w pkt. 2.5 Informacji pokontrolnej jest niewspółmierne do charakteru i wagi stwierdzonych nieprawidłowości indywidualnych, a skutki finansowe tych nieprawidłowości są pośrednie, rozproszone oraz trudne do oszacowania. W związku z tym, spełniona została przesłanka do obniżenia wartości pomniejszenia związanego ze stwierdzonymi nieprawidłowościami indywidualnymi przy zastosowaniu odpowiedniej stawki procentowej wynikającej z zapisów *Rozporządzenia*.

Stwierdzona w ramach przeprowadzonej kontroli nieprawidłowość indywidualna związana z **naruszeniem przepisów art. 16 pkt 2 i pkt 3 w związku z art. 109 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy PZP oraz §2 ust. 1 pkt 4) Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych**, nie została wprost wskazana w Załączniku do *Rozporządzenia*, dlatego też na podstawie § 6 ww. *Rozporządzenia*, zgodnie z którym „w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej, dla której w załączniku do rozporządzenia nie określono stawki procentowej, stosuje się stawkę procentową odpowiadającą najbliższej rodzajowo kategorii nieprawidłowości indywidualnych”, zastosowano najbliższą rodzajowo kategorię nieprawidłowości pn.: **„Zastosowanie: - kryteriów wykluczenia, kwalifikacji, udzielenia zamówienia lub - warunków realizacji zamówień lub – specyfikacji technicznej – które nie są dyskryminacyjne w rozumieniu poprzedniego rodzaju nieprawidłowości, ale w inny sposób ograniczają dostęp dla wykonawców.** (pkt 11 Załącznika do *Rozporządzenia*) - **Przypadki, w których zastosowano ograniczające kryteria/warunki/specyfikację, ale mimo to zapewniono minimalny poziom konkurencji, tj. otrzymano i przyjęto od pewnej liczby wykonawców oferty spełniające kryteria kwalifikacji – dla której przewidziano stawkę pomniejszenia w wysokości 5%.**

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

Tym samym należy stwierdzić, że wskazana w treści niniejszej Informacji pokontrolnej nieprawidłowość indywidualna skutkuje pomniejszeniem wydatków kwalifikowalnych związanych z realizacją zamówienia pn.: *„Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru przy wykonaniu zadania inwestycyjnego pn.: „Kompleksowa termomodernizacja energetyczna budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Miejskiej Lubań, Gminy Gromadka, Gminy i Miasta Lwówek Śląski oraz Powiatu Lwóweckiego Budynek B Szkoły Podstawowej nr 2 w Lwówku Śląskim – II postępowanie”*. Nr referencyjny:

IN.271.67.2022.AM. o 5% faktycznych wydatków kwalifikowalnych wynikających z realizacji umowy nr IN.1622.272.223.2022 zawartej w dniu 25.08.2022 r. o łącznej wartości 34 440,00 zł brutto.

Zgodnie z zapisami art. 24 ust. 4 ustawy wdrożeniowej, do stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości, pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych ujętych we wniosku o płatność, złożonym przez beneficjenta, o którym mowa w ust. 9 pkt 1 i/lub nałożenia korekty finansowej, nie stosuje się przepisów ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego.

4.2. Zamówienie publiczne: „Kompleksowa termomodernizacja energetyczna budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Miejskiej Lubań, Gminy Gromadka, Gminy i Miasta Lwówek Śląski oraz Powiatu Lwóweckiego” – postępowanie IV, z podziałem na części”. Nr referencyjny: IN.271.35.2022.AM

Przywołane w pkt 4.1 regulacje prawne oraz orzecznictwo w zakresie pojęcia nieprawidłowości indywidualnej pozostają aktualne także na gruncie niniejszego postępowania.

Zgodnie z zapisami ww. art. 2 pkt 36 Rozporządzenia ogólnego, nieprawidłowość oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

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

W zakresie pierwszej przesłanki po gruntownym zbadaniu sprawy należy uznać za udowodnione, iż Zamawiający naruszył przepisy art. 128 ust. 1 ustawy PZP w związku z zapisami art. 125 ust. 1 ustawy PZP i 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. [pkt 2.6 Informacji pokontrolnej].

Drugim elementem pojęcia nieprawidłowości jest działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego. Zgodnie z art. 2 pkt 37 Rozporządzenia ogólnego 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. Zarówno działanie jak i zaniechanie Zamawiającego zostało w tym przypadku także bezsprzecznie wykazane [pkt. 2.6 Informacji pokontrolnej].

Z uwagi na tożsamy stan faktyczny i prawny, przeprowadzona w pkt 4.1 Informacji pokontrolnej analiza w zakresie kluczowych okoliczności, mających wpływ na ostateczne wnioskowanie w zakresie skutków stwierdzonego w pkt 2.6 Informacji pokontrolnej naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy PZP w związku z zapisami art. 125 ust. 1 ustawy PZP i 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, w kontekście możliwości wystąpienia potencjalnej szkody jako trzeciego elementu nieprawidłowości indywidualnej pozostaje aktualna także w rozpatrywanym przypadku.

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.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż w tym wypadku nie wystąpiły wszystkie trzy przesłanki wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej. Dokonując wieloaspektowej analizy, należy stwierdzić, iż wykryte naruszenie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 125 ust. 1 ustawy PZP i 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.

5. Wynik kontroli.

Z istotnymi zastrzeżeniami.

6. Zalecenia pokontrolne.

Stwierdzona nieprawidłowość indywidualna związana z realizacją zamówienia: pn.: „Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru przy wykonaniu zadania inwestycyjnego pn.: „Kompleksowa termomodernizacja energetyczna budynków użyteczności publicznej na terenie Gminy Miejskiej Lubań, Gminy Gromadka, Gminy i Miasta Lwówek Śląski oraz

Powiatu Lwóweckiego Budynek B Szkoły Podstawowej nr 2 w Lwówku Śląskim – II postępowanie”. Nr referencyjny: IN.271.67.2022.AM. skutkuje pomniejszeniem wydatków kwalifikowalnych o 5% faktycznych wydatków kwalifikowanych wynikających z realizacji umowy nr IN.1622.272.223.2022 zawartej w dniu 25.08.2022 r. z Biurem Inżynierskim Bytnar Bogumiła, z siedzibą: ul. Asnyka 1; 59-600 Lwówek Śląski, o łącznej wartości 34 440,00 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 pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo.

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 10.05.2018r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1781) oraz ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233).

8. Lista załączników.

Lp.	Nazwa załącznika	
1.	Deklaracje bezstronności – egzemplarz kontrolującego	2 egzemplarze
2.	Listy sprawdzające – egzemplarz kontrolującego	6 kompletów
3.	Dokumentacja postępowania	dokumentacja na nośnikach CD oraz w postaci elektronicznej w SL2014

Zespół Kontrolujący:

Sebastian Bojar

/zaakceptowano elektronicznie/

.....
(imię i nazwisko kierownika zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 21 listopada 2022 r.

Karol Boczar

/zaakceptowano elektronicznie/

.....
(imię i nazwisko członka zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 21 listopada 2022 r.

Małgorzata Kuruc

Z-ca Dyrektora Departamentu Funduszy Europejskich
Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
/podpisano elektronicznie/

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

Wrocław, dnia 21 listopada 2022

Pouczenie:

1. Podmiotowi kontrolowanemu, zgodnie z zapisami art. 25 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 przysługuje prawo do zgłoszenia, w terminie 14 dni od dnia otrzymania informacji pokontrolnej, umotywowanych pisemnych zastrzeżeń do *informacji pokontrolnej*.
2. Zastrzeżenia wnosi się do Wydziału Obsługi Wdrażania EFRR w Urzędzie 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.