

DEFR-O-III.44.188.2022

**Ostateczna Informacja Pokontrolna
z kontroli projektu RPDS.03.04.01-02-0004/20**

1. Informacje ogólne.

1.1. Podstawa prawna kontroli:

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

1.2. Nazwa Jednostki Kontrolującej:

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

1.3. Skład zespołu kontrolującego:

Agnieszka Świątkowska – Kierownik zespołu kontrolującego.
Agnieszka Michaluk – Członek zespołu kontrolującego.

1.4. Nazwa jednostki kontrolowanej:

Gmina Miejska Bolesławiec – Lider.
Gmina Zawidów – Partner.
Gmina i Miasto Lwówek Śląski – Partner.

1.5. Adres jednostki kontrolowanej:

Rynek 41, 59-700 Bolesławiec.

1.6. Numer i nazwa projektu:

RPDS.03.04.01-02-0004/20, pn.: „Modernizacja oświetlenia ulicznego w zachodniej i południowej części województwa dolnośląskiego”.

1.7. Numer i data decyzji o dofinansowaniu:

RPDS.03.04.01-02-0004/20-00 z dnia 30.06.2021 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:

15.09.2022 r.

1.12. Zakres kontroli:

Kontrola ex-post prawidłowości udzielania zamówień.

1.12.1. Zamówienie pn.: „Modernizacja oświetlenia ulicznego w zachodniej i południowej części województwa dolnośląskiego” IM.271.7.2022

Zamawiający: Gmina Miejska Zawidów.

Nr i data ogłoszenia: nr 2022/BZP 00114497/01 z dnia 07.04.2022 r.

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

Szacunkowa wartość zamówienia: 1 718 157,71 zł netto/ 385 790,76 euro.

Wybrany wykonawca: Konsorcjum firm: Lider: FPUH Elektrobud Justyna Droszcz ul. Daszyńskiego 75a/4 59-900 Zgorzelec, Uczestnik konsorcjum: FPUH Roberto Robert Droszcz ul. Prusa 30-32 59-900 Zgorzelec, Uczestnik konsorcjum: FPHU Ricardo Ryszard Droszcz ul. Górnicza 35, 59-900 Zgorzelec.

Nr i data umowy z wykonawcą: nr 13.2022 z dnia 03.06.2022 r.

Wartość umowy: 2 088 540,00 zł brutto.

1.12.2. Zamówienie pn.: „Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie gminy i miasta Lwówek Śląski z podziałem na części” IN.271.17.2022.AK

Część 1: Modernizacja oświetlenia ulicznego w zachodniej i południowej części województwa dolnośląskiego

Część 2: Montaż 2 lamp oświetleniowych przy przystanku autobusowym w Sobocie

Część 3: Montaż oświetlenia ulicznego przy drodze gminnej 301, obręb Płóczki Dolne

Zamawiający: Gmina i Miasto Lwówek Śląski.

Nr i data ogłoszenia: nr 2022/BZP 00097683/01 z dnia 24.03.2022 r.

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

Szacunkowa wartość zamówienia: 4 064 241,49 zł (912 574,42 euro).

Część 1

Wybrany wykonawca: Konsorcjum firm: Lider: Orange Polska S.A. Aleje Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa Partner: Elektros Energetyka Sp. z o.o. ul. Ekonomiczna 1, 57-900 Bolesławiec.

Nr i data umowy z wykonawcą IN.1622.272.203.2022 z dnia 19.07.2022 r.

Wartość umowy: 6 506 700,00 zł brutto.

Część 2

Postępowanie unieważnione na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy PZP.

Część 2

Postępowanie unieważnione na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy PZP.

1.12.3. Zamówienie pn.: „Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru przy wykonaniu zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja oświetlenia ulicznego w zachodniej i południowej części województwa dolnośląskiego” – II postępowanie IN.271.49.2022.AK

Zamawiający: Gmina i Miasto Lwówek Śląski.

Nr i data ogłoszenia: nr 2022/BZP 00223217/01 z dnia 24.06.2022 r

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

Szacunkowa wartość zamówienia: 349 000,00 zł/ 78 363,57 euro (w tym kontrolowane zamówienie 80 544,99zł/ 18 085,37 euro).

Wybrany wykonawca: Eco Energy Poland Mariusz Staniek ul. Górna 29B, 43-400 Cieszyn.

Nr i data umowy z wykonawcą: nr IN.1622.272.217.2022 z dnia 16.08.2022 r.

Wartość umowy: 96 555,00 zł brutto.

2. Ustalenia i wnioski z kontroli.

2.1. Zamówienie publiczne: „Modernizacja oświetlenia ulicznego w zachodniej i południowej części województwa dolnośląskiego” IM.271.7.2022.

Gmina Zawidów [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 (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) [dalej ustawa PZP], zobligowany był do stosowania przepisów ustawy PZP.

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

Zamawiający przeprowadził przedmiotowe zamówienie w trybie podstawowym z możliwością negocjacji, o którym mowa w art. 275 pkt 2 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych [dalej BZP] w dniu 07.04.2022 r. pod numerem 2022/BZP 00114497/01 [dalej Ogłoszenie o zamówieniu]. Specyfikację Warunków Zamówienia [dalej SWZ] wraz z Ogłoszeniem o zamówieniu zamieszczono w dniu 07.04.2022 r. na stronie internetowej prowadzonego postępowania <https://miniportal.uzp.gov.pl>.

W toku kontroli ustalono, iż Zamawiający na stronie internetowej prowadzonego postępowania zamieścił dwa ogłoszenia o zmianie Ogłoszenia o zamówieniu. Oba ogłoszenia zmieniające dotyczyły Ogłoszenia o zamówieniu i sporządzone zostały na stronie Biuletynu Zamówień Publicznych stanowiącej element Platformy e-Zamówienia dostępnej pod adresem <https://ezamowienia.gov.pl>. Na udostępnionych przez Zamawiającego na stronie internetowej prowadzonego postępowania formularzach ogłoszeń zmieniających nie widnieją numery nadawane automatycznie w systemie BZP ani daty ich opublikowania. Jak stwierdzono w trakcie kontroli powyższe ogłoszenia zmieniające nie zostały skutecznie zamieszczone w BZP.

W wyniku weryfikacji dokumentacji ustalono, że Zamawiający w trakcie prowadzonego postępowania dwukrotnie zmieniał treść SWZ. Pierwsza zmiana dotyczyła zmiany w zakresie skorygowania załącznika nr 8 do SWZ – tabela cen ryczałtowych, z uwagi na omyłkę w niej zawartą powodującą niezgodność z przedmiotem robót. Zmiana ta powodowała konieczność przesunięcia terminu składania ofert na dzień 26.04.2022 r. Druga ze zmian dotyczyła dodania nowej obligatoryjnej przesłanki wykluczenia z postępowania wprowadzonej zapisami 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., poz. 835). Zamawiający dostosował dokumentację zamówienia zgodnie z art. 22 ww. ustawy.

W wyniku dokonanych zmian treści SWZ Zamawiający przedłużył termin składania ofert w prowadzonym postępowaniu z dnia 22.04.2022 r. na dzień 26.04.2022 r.

W ramach prowadzonych czynności kontrolnych Zamawiający w dniu 29.09.2022 r. udzielił wyjaśnień, z których wynikało, że: (cyt.): „Zamawiający działał w dobrej wierze i nie był świadomy, iż wyniknął najprawdopodobniej błąd systemu i ogłoszenia pozostały na BZP ze statusem <<Zatwierdzone>>. Po naciśnięciu przycisku <<Opublikuj>> pobrano dokument w przekonaniu, iż wszystko zrobiono prawidłowo. Nie było to celowe działanie Zamawiającego i w jego opinii nie wpłynęło na oferty złożone w postępowaniu, ponieważ wszyscy oferenci otrzymali do wglądu poprawioną Specyfikację Warunków Zamówienia i ogłoszenie o zmianie w postaci wydruku z BZP. Sposób wydruku ogłoszenia spowodował to, że Zamawiający nie zorientował się w istniejącym problemie, a na pewno nie miało to wpływu na oferentów, którzy i tak kierowali się zapisami SWZ”.

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

Zgodnie z zapisami art. 286 ust. 3 ustawy PZP w przypadku gdy zamawiający dokonuje istotnej dla sporządzenia oferty zmiany treści SWZ lub zmiana taka wymaga od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmienioną treścią SWZ i przygotowanie ofert, jest zobowiązany do przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie. W konsekwencji takich zmian, na podstawie zapisów art. 286 ust. 6 ustawy PZP zamawiający jest zobowiązany do zamieszczenia w ogłoszeniu, o którym mowa w art. 267 ust. 2 pkt 6 informacji o przedłużonym terminie składania odpowiednio ofert albo ofert

podlegających negocjacjom. W warunkach rozpatrywanej sprawy, ze względu na zakres zmian oraz wydłużenie terminu składania ofert bezsprzecznie zaistniały przesłanki do zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że ogłoszenie o zamówieniu to oficjalne upublicznienie zamiaru dokonania zakupu i informacja, jak będzie się toczyć proces zakupowy. Ogłoszenie pełni rolę informacyjną, ale również realizuje zasadę transparentności i przejrzystości działań zamawiającego. Stanowi również swoistą gwarancję jawności oraz konkurencyjności zamówień publicznych. Realizuje zatem podstawowe zasady udzielania zamówień o których mowa w art. 16 ustawy PZP. Z tych względów ogłoszenie o zamówieniu podlega specjalnym rygorom w zakresie jego treści, sposobu i kolejności publikacji oraz przechowywania. Jest jednym z najistotniejszych dokumentów postępowania zakupowego. Na podstawie zapisów art. 267 ust. 1 ustawy PZP ogłoszenia, o których mowa w Dziale III ustawy PZP, są zamieszczane w Biuletynie Zamówień Publicznych, udostępnianym na stronach portalu internetowego Urzędu. Zgodnie natomiast z zapisami art. 267 ust. 2 pkt 6 ustawy PZP na zamawiających ciąży bezwzględny obowiązek, w przypadku zaistnienia ustawowych przesłanek, zamieszczania w Biuletynie Zamówień Publicznych także ogłoszeń o zmianie ogłoszenia.

Bezwzględny obowiązek publikacji ogłoszeń o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w przypadku wystąpienia ustawowych przesłanek do dokonania zmiany zapisów już opublikowanego ogłoszenia o zamówieniu ma bowiem ścisły związek ze wskazaną powyżej rolą jaką pełnią w systemie zamówień publicznych publikowane ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający ma możliwość udostępniania ogłoszeń/ogłoszeń o zmianie także za pomocą innych serwisów czy portali internetowych, niemniej jednak nie może pominąć publikacji w BZP. Publikacja ogłoszenia/zmiany ogłoszenia w innym miejscu nigdy nie sanuje zaniechania publikacji w BZP. Zamawiający samodzielnie zamieszcza wszelkie ogłoszenia w postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne i ponosi odpowiedzialność zarówno za sam fakt ich zamieszczenia, jak i za ich treść. Zamawiający obowiązany jest także do udokumentowania zamieszczenia ogłoszenia w BZP, a także do przechowywania dowodu jego zamieszczenia. Dowodem zamieszczenia będzie zawsze samo ogłoszenie, jego wydruk lub elektroniczna kopia.

Zamawiający w kontrolowanym postępowaniu, o wartości poniżej progów unijnych, skorzystał z uprawnienia przewidzianego w art. 270 ust. 1 ustawy PZP i udostępnił ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w inny sposób niż określony w art. 269 ust. 1 ustawy PZP, tj. na swojej stronie internetowej <https://bip.zawidow.eu/>. Jednak zgodnie z ust. 3 ww. przepisu udostępnienie lub przekazanie ogłoszenia w sposób, o którym mowa w ust. 1 lub 2, nie może nastąpić przed jego zamieszczeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych, a zgodnie z ust. 4 pkt 2 wskazanego art. 270 ustawy PZP ogłoszenie takie wskazuje datę zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych. W podlegającym kontroli postępowaniu powyższe wymogi nie zostały spełnione bowiem ogłoszenia o zmianie ogłoszenia nie zostały skutecznie zamieszczone w BZP.

W konsekwencji należy uznać, że brak publikacji w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszeń o zmianie ogłoszenia pozostaje w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości prowadzonego postępowania wyrażonymi w art. 16 pkt 1 i pkt 2 ustawy PZP, gdyż bezwzględnym obowiązkiem Zamawiającego było dopilnowanie, aby wszelkie zmiany w postępowaniu zostały zakomunikowane w sposób umożliwiający zapoznanie się z ich treścią wszystkim wykonawcom, w tym takim, którzy wstępne informacje o toczącym się postępowaniu, w tym m.in. o wyznaczonym terminie składania ofert uzyskiwali poprzez analizę informacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Tym samym należy stwierdzić, że Zamawiający poprzez zaniechanie publikacji ogłoszeń o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych naruszył dyspozycję art. 16 pkt 1 i pkt 2 w związku z naruszeniem zapisów art. 286 ust. 6 i art. 267 ust. 2 pkt 6 ustawy PZP.

Ocena postępowania: z zastrzeżeniami.

2.2. Zamówienie publiczne: „Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie gminy i miasta Lwówek Śląski z podziałem na części” IN.271.17.2022.AK

Część 1: Modernizacja oświetlenia ulicznego w zachodniej i południowej części województwa dolnośląskiego

Część 2: Montaż 2 lamp oświetleniowych przy przystanku autobusowym w Sobocie

Część 3: Montaż oświetlenia ulicznego przy drodze gminnej 301, obręb Płóczki Dolne

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 (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) [dalej ustawa PZP], zobligowany był do stosowania przepisów ustawy PZP.

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

Zamawiający przeprowadził przedmiotowe zamówienie w trybie podstawowym z możliwością negocjacji, o którym mowa w art. 275 pkt 2 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych [dalej BZP] w dniu 24.03.2022 r. pod numerem 2022/BZP 00097683/01 [dalej Ogłoszenie o zamówieniu]. Specyfikację Warunków Zamówienia [dalej SWZ] wraz z Ogłoszeniem o zamówieniu zamieszczono w dniu 24.03.2022 r. na stronie internetowej prowadzonego postępowania <https://miniportal.uzp.gov.pl>.

W toku kontroli ustalono, iż zapisami Ogłoszenia o zamówieniu (ppkt 5 pkt 5.6 Sekcji V) oraz zapisami SWZ (ppkt 4.7 pkt 4 Rozdziału XI) Zamawiający w celu wykazania braku podstaw wykluczenia z udziału w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia żądał od wykonawcy m.in. przedłożenia zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z 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 spłaty tych należności, tj. dokumentu o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U.2020., poz.2415) [zwanego dalej *rozporządzeniem w sprawie podmiotowych środków dowodowych*].

W wyniku analizy zapisów Ogłoszenia o zamówieniu (Sekcja V, pkt 5.2) oraz SWZ (Rozdziale IX pkt 1 ppkt 1.2.) w zakresie przewidywanych fakultatywnych podstawach wykluczenia ustalono bezspornie, iż w prowadzonym postępowaniu Zamawiający nie przewidywał fakultatywnej podstawy wykluczenia o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP zgodnie z którą z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który naruszył 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 wykonawca odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

Z powyższego jednoznacznie wynika, iż w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, Zamawiający żądał złożenia m.in. oświadczenia, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 4 *rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych*, jednocześnie nie przewidując fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP z którą oświadczenie, wymienione w § 2 ust. 1 pkt 4 *rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych*, wyraźnie koresponduje.

Przechodząc do analizy stwierdzonego stanu faktycznego na wstępie wskazać należy, iż zgodnie z zapisami art. 16 ustawy 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 (pkt3).

Jedną z generalnych zasadą obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada proporcjonalności. Jej istotą 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 biurokratyzowania 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).”¹

Badanie podstaw wykluczenia stanowi jeden z elementów podmiotowej kwalifikacji wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Ustawa PZP rozróżnia dwie kategorie przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - przesłanki obligatoryjne wskazane w treści art. 108 ustawy PZP oraz fakultatywne określone dyspozycją art. 109 ust. 1 ustawy PZP. Dokonany podział podstaw wykluczenia na obligatoryjne i fakultatywne przesłanki wykluczenia nie oznacza, że w przypadku tych ostatnich zamawiający ma swobodę w zakresie weryfikowania i wykluczania wykonawcy z postępowania. Swoboda ta istnieje bowiem tylko na etapie przygotowywania postępowania, gdy zamawiający powinien zdecydować, czy stosuje w nim przesłanki wykluczenia opisane w art. 109 ust. 1 ustawy PZP, a jeśli tak, to które z nich. Zgodnie bowiem z zapisami art. 109 ust. 2 ustawy PZP jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Wskazany wymóg ogólny znajduje odzwierciedlenie w przepisach szczegółowych. Zamawiający ma bowiem obowiązek wskazać zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu (Załącznik nr 1 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie zamówień publicznych (Dz. U. z 2020, poz. 2439)) jak i w specyfikacji warunków zamówienia (art. 281 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP) stosowane przez niego w prowadzonym postępowaniu fakultatywne podstawy wykluczenia wybrane przez zamawiającego z zamkniętego katalogu przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 ustawy PZP o ile na takie w ramach prowadzonego postępowania się zdecyduje.

Powyższe, w kontekście generalnej zasady proporcjonalności określonej zapisami art. 16 pkt 3 ustawy PZP, jest szczególnie istotne z punktu widzenia uprawnień zamawiającego w zakresie możliwości żądania od wykonawców określonego katalogu oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia.

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

Katalog podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu zawarto w zapisach § 2 i § 3 przywołanego w treści niniejszej informacji pokontrolnej *rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych*.

Analiza zapisów § 2 przywołanego *rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych* bezsprzecznie wskazuje, iż do poszczególnych obligatoryjnych oraz fakultatywnych podstaw wykluczenia przypisano konkretne środki dowodowe w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia.

Zgodnie z zapisami § 2 ust. 1 pkt 4 *rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych* (cyt.): *W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zwanego dalej "postępowaniem", zamawiający może żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: (...) 4) zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, [podkreślenie kontrolujących] 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 spłaty tych należności*".

Nie ulega zatem najmniejszej wątpliwości, iż zaświadczenie o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 4 *rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych* służy potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia w oparciu o fakultatywną przesłankę wykluczenia o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP zgodnie z którą z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który naruszył 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 wykonawca odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

W warunkach rozpatrywanej sprawy żądanie przez Zamawiającego w celu wykazania braku podstaw wykluczenia zaświadczenia o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 4 *rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych* nie było skorelowane z fakultatywną przesłanką wykluczenia o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP. Zamawiający nie przewidział bowiem tej przesłanki wykluczenia w prowadzonym postępowaniu. A zatem żądanie takiego dokumentu było żądaniem nieuzasadnionym i nieproporcjonalnym.

Powyższe znajduje potwierdzenie także w orzecznictwie, które choć wydane na kanwie sprawy, do której zastosowanie znajdowały przepisy poprzednio obowiązującej ustawy PZP z 2004 r., to jednak tezy tam zawarte pozostają aktualne także na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów. I tak np. w wyroku NSA z dnia 18.01.2022 r.² 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

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

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 znajdą 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/94/16³ 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/3/17⁴ 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 z 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.

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.”

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że Zamawiający poprzez nieuzasadnione żądanie podmiotowego środka dowodowego tj. zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego na potwierdzenie braku fakultatywnej podstawy wykluczenia, określonej w art. 109 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, która nie została przewidziana w dokumentach zamówienia, **naruszył dyspozycję art. 16 pkt 3 w związku z art. 109 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp i § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U.2020., poz. 2415).**

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

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

2.3. Zamówienie pn.: „Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru przy wykonaniu zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja oświetlenia ulicznego w zachodniej i południowej części województwa dolnośląskiego” – II postępowanie IN.271.49.2022.AK

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 (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) [dalej ustawa PZP], zobligowany był do stosowania przepisów ustawy PZP.

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

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

Zamawiający w dniu 24.06.2022 r. zamieścił w BZP ogłoszenie o zamówieniu pod numerem 2022/BZP 00223217/01, a wraz ze Specyfikacją Warunków Zamówienia (dalej SWZ) w tym samym dniu umieścił je również na stronie internetowej prowadzonego postępowania <https://platformazakupowa.pl/lwowekslaski>. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 04.07.2022 r.

W toku kontroli ustalono, iż zapisami Ogłoszenia o zamówieniu (ppkt 2 pkt 5.7 Sekcji V) oraz zapisami SWZ (ppkt 4.4 pkt 4 Rozdziału XI) Zamawiający w celu wykazania braku podstaw wykluczenia z udziału w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia żądał od wykonawcy m.in. przedłożenia zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z 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 spłaty tych należności, tj. dokumentu o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U.2020., poz.2415) [zwanego dalej *rozporządzeniem w sprawie podmiotowych środków dowodowych*].

W wyniku analizy zapisów Ogłoszenia o zamówieniu (Sekcja V, pkt 5.2) oraz SWZ (Rozdziale IX pkt 1 ppkt 1.2.) w zakresie przewidywanych fakultatywnych podstaw wykluczenia ustalono bezspornie, iż w prowadzonym postępowaniu Zamawiający nie przewidywał fakultatywnej podstawy wykluczenia o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP zgodnie z którą z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który naruszył 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 wykonawca odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

Z powyższego jednoznacznie wynika, iż w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, Zamawiający wskazał konieczność złożenia oświadczenia, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 4 *rozporządzeniem w sprawie podmiotowych środków dowodowych*, jednocześnie nie przewidując fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP z którą oświadczenie, wymienione w § 2 ust. 1 pkt 4 *rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych*, wyraźnie koresponduje.

Stan prawny w ramach poddanego kontroli ww. zamówienia w zakresie żądania dokumentów jest tożsamy ze stanem prawnym opisanym w pkt 2.2. niniejszej Informacji pokontrolnej.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż wskazane powyżej w pkt 2.2. podstawy prawne, przesłanki wystąpienia naruszenia przepisów ustawy PZP oraz przedstawiona argumentacja w tym zakresie pozostają aktualne także na gruncie tego konkretnego przypadku.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że Zamawiający poprzez nieuzasadnione żądanie podmiotowego środka dowodowego tj. zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego na potwierdzenie braku fakultatywnej podstawy wykluczenia, określonej w art. 109 ust.1 pkt 1 ustawy PZP, która nie została przewidziana w dokumentach zamówienia, **naruszył dyspozycję art. 16 pkt 3 w związku z art. 109 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy PZP oraz § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U.2020., poz. 2415).**

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.) [zwanej dalej ustawą sankcyjną]. W konsekwencji 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 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, o którym mowa w 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.”⁵

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. postępowaniu 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 dokument w zakresie kwalifikacji podmiotowej wykonawców, w tym wykonawcy któremu zamawiający udzieli zamówienia.

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

Tym samym w warunkach rozpatrywanej sprawy, wobec niezłożenia przez wykonawcę oświadczenia o braku podstaw wykluczenia wynikających z ustawy sankcyjnej oraz braku wezwania przez Zamawiającego do jego uzupełnienia w powyższym zakresie, należy uznać, że **doszło do 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.**

Zespół Kontrolujący:

Agnieszka Świątkowska
/zaakceptowano elektronicznie/

(podpis kierownika zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 17 listopada 2022 r.

Agnieszka Michaluk
/zaakceptowano elektronicznie/
(podpis członka zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 17 listopada 2022 r.

3. Stanowisko wobec zgłoszonych zastrzeżeń.

W związku z wniesieniem w dniu 14.11.2022 r. poprzez platformę e-PUAP pismem nr ZI.-IV.042.1.2021.MW z dnia 14.11.2022 r. Zastrzeżeń do Informacji pokontrolnej z dnia 28.10.2022r. [dalej Zastrzeżenia], dokonano analizy podniesionej w złożonym dokumencie argumentacji w kwestii wskazanych w treści złożonych Zastrzeżeń skutków naruszeń przepisów ustawy PZP w kontekście stwierdzonego w ich wyniku wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej (punkt 4.1 Informacji pokontrolnej).

Zastrzeżenia zostały wniesione przez Beneficjenta – Gminę Miejską Bolesławiec w imieniu Partnera – Gminy Miejskiej Zawidów, Zamawiającego w postępowaniu pn. „*Modernizację Oświetlenia ulicznego w zachodniej i południowej części województwa dolnośląskiego*” IM.271.7.2022. Kwestionowane naruszenie przepisów ustawy PZP dotyczyło braku opublikowania w BZP ogłoszeń o zmianie ogłoszenia o zamówieniu, które zmieniały m.in. termin składania ofert oraz dodawały nową obligatoryjną przesłankę wykluczenia z postępowania wprowadzoną przepisami tzw. ustawy sankcyjnej. Beneficjent nie zakwestionował zaniechania w publikacji ww. ogłoszeń zmieniających w BZP, jednakże nie upatruje w nim żadnego negatywnego wpływu na przebieg postępowania oraz na wybór oferty. Jednocześnie Beneficjent wskazał, że kontrolowane postępowanie było drugim z rzędu postępowaniem, po wcześniejszym unieważnieniu z uwagi na zbyt wysokie ceny ofert, w którym dzięki możliwościom negocjacji udało się uzyskać niższe ceny ofert, co niewątpliwie przełożyło się na oszczędności po stronie budżetu środków UE. Biorąc pod uwagę powyższy argument, zdaniem Odwołującego, brak jest związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy dokonaniem naruszenia a szkodliwym wpływem na budżet UE. Dodatkowo Beneficjent podkreślił, że wszelkie informacje o zmianach były zamieszczane na stronie prowadzonego postępowania oraz na BIP Zamawiającego i każdy wykonawca zainteresowany udziałem w postępowaniu był zobligowany śledzić komunikaty tam zamieszczane. W ocenie Beneficjenta nawet gdyby ogłoszenia zmieniające były zamieszczane prawidłowo, także w BZP, to i tak krąg wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu byłby taki sam, z uwagi na bardzo niskie prawdopodobieństwo realnej możliwości złożenia prawidłowej i kompletnej oferty przez wykonawcę, który o zamówieniu dowiedział się w dniu 22.04.2022 r. (piątek - pierwotny dzień składania ofert), w przedłużonym terminie wyznaczonym na dzień 26.04.2022 r. (wtorek – nowy termin składania ofert). Z uwagi na powyższe, zdaniem Beneficjenta, brak jest podstaw do nałożenia korekty finansowej.

Odnosząc się do przytoczonych argumentów, stanowiących podstawę wnioskowania Beneficjenta o niesłuszności nałożenia korekty finansowej, należy stwierdzić, że nie mogą one stanowić podstawy zmiany stanowiska Kontrolujących w zakresie skutków finansowych stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy PZP

w zakresie zaniechania publikacji ogłoszeń w BZP. Samo naruszenie przepisów ustawy PZP tj. art. 16 pkt 1 i pkt 2 w zw. z naruszeniem zapisów art. 286 ust. 6 i art. 267 ust. 2 pkt 6 ustawy PZP zostało bezspornie wykazane i nie jest przez Beneficjenta kontestowane, dlatego też stanowisko Kontrolujących w zakresie złożonych Zastrzeżeń zostanie ograniczone tylko do kwestii skutków oceny ww. naruszenia w postaci stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej, mającej swoje konsekwencje w nałożonej korekcie finansowej. Zespół kontrolujący podtrzymuje swoje stanowisko, że każde stwierdzone naruszenie ogólnej zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców może powodować zmiany w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia albo stwarzać ryzyko wpływu na rozstrzygnięcie przetargu. Tylko postępowanie prowadzone w zgodzie z ww. generalnymi zasadami gwarantuje jednakowe dla wszystkich uczestników postępowania warunki udziału, niezależnie od sytuacji w jakiej się znajdują. Dotyczy to także takiego samego dla wszystkich wykonawców dostępu do informacji, w tym tak kluczowych, jakimi są zmiany w postępowaniu, wpływające na przesłanki wykluczenia czy termin składania ofert. W treści niniejszej Informacji pokontrolnej w pkt. 4.1 zostały wskazane przesłanki wskazujące na możliwość wystąpienia szkodliwego wpływu stwierdzonego naruszenia na budżet UE, w postaci możliwości sfinansowania nieuzasadnionego wydatku, poniesionego z naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień, a także możliwości wpływu ww. naruszenia na wynik postępowania, co pozostaje w ścisłej korelacji z kwotą, o jaką Beneficjent ubiegał się w ramach realizowanego projektu. Dodatkowo, jak sam Beneficjent wskazuje, postępowanie to było już uprzednio przeprowadzone a następnie unieważnione, a zatem istniała już grupa wykonawców, którzy byli zapoznani z przedmiotem zamówienia, warunkami udziału i mieli przygotowane gotowe wyceny ofert. Wydłużony w kolejnym postępowaniu o parę dni termin składania ofert mógł zdecydować o podjęciu decyzji o udziale w postępowaniu a zatem mógł przesądzić o finalnej liczbie uczestników postępowania oraz wartości zawartej umowy. Powyższego nie można wykluczyć a zatem nie można jednoznacznie potwierdzić, że potencjalny wpływ na wynik postępowania nie nastąpił. Nie można także zakładać, że wszyscy zainteresowani udziałem w postępowaniu wykonawcy, w celu uzyskania informacji, korzystali wyłącznie ze strony internetowej prowadzonego postępowania. Powyższe deprecjonowałoby rolę platformy BZP, jako wiodącej w zakresie publikacji najistotniejszych dokumentów postępowania, inicjujących postępowanie bądź informujących o postępach w jego rozstrzygnięciu.

Przechodząc do podniesionego w Zastrzeżeniach zagadnienia braku wystąpienia podstaw do stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej, a co za tym idzie nałożenia korekty finansowej, należy stwierdzić, że bez znaczenia dla oceny prawidłowości wnioskowania Kontrolujących pozostają przywołane na poparcie zajętego stanowiska orzeczenia wydane w poprzednio obowiązującym stanie prawnym. Tezy tam zawarte, w szczególności w zakresie przesłanek stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej pozostają aktualne także na gruncie obowiązujących przepisów, gdyż regulacje prawne w zakresie przesłanek niezbędnych do wykazania zaistnienia nieprawidłowości nie uległy zmianie. Dlatego też w odniesieniu do zarzutu braku wpływu naruszenia na wynik postępowania, zasadnym jest przywołanie wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10.01.2017 r.⁶, cytowanego już w pkt 4. 1 Informacji pokontrolnej, zgodnie z którym (cyt.): *„(...) naruszenie prawa unijnego lub krajowego skutkujące szkodą dla budżetu UE wiąże się z wydatkową stroną tego budżetu, a mianowicie ze sfinansowaniem lub ryzykiem sfinansowania nieuzasadnionego wydatku. W sytuacji więc, gdy z punktu widzenia przywołanego przepisu istota nieprawidłowości, o której w nim mowa, wiąże się z bezprawnym działaniem lub zaniechaniem skutkującym naruszeniem norm prawa unijnego lub krajowego, to za oczywiste uznać należy, że obowiązkiem organu krajowego jest (powinno być) skonfrontowanie wskazanego działania lub zaniechania z punktu widzenia jego zgodności z konkretnym wzorcem zachowania w celu ustalenia, czy doszło do jego naruszenia, a następnie, w razie ustalenia i potwierdzenia tego naruszenia, zastosowanie odpowiedniej normy konsekwencyjnej. W związku z tym również, że na gruncie przywołanego przepisu, prawodawca unijny operuje pojęciem "działania lub zaniechania powodującego lub mogącego spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego", nie może budzić wątpliwości, że szkoda o której mowa w tym przepisie, nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda ta*

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

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 i opisane w pkt 2.1 Informacji pokontrolnej zaniechanie Zamawiającego z punktu widzenia jego zgodności z konkretnymi wzorcami zachowania w celu ustalenia, czy doszło do ich 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 1303/2013.

Za wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 15 kwietnia 2019 r.⁷, podkreślić należy że: „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 zgodne z prawem i odpowiednimi zasadami i przepisami krajowymi oraz unijnymi. Korekta finansowa jest zatem kwotą nienależnie wypłaconą ze środków budżetu UE. Wysokość korekty finansowej jest determinowana wysokością szkody poniesionej przez dany fundusz w związku z nieprawidłowością, którą z kolei relatywizuje się do charakteru naruszenia i jego wagi.”

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

Nieprawidłowość indywidualna ma miejsce w sytuacji, gdy wskutek naruszenia procedur doszło do powstania szkody lub mogłoby dojść do jej powstania w budżecie ogólnym UE. Możliwość powstania szkody należy natomiast rozumieć jako możliwość uszczuplenia środków unijnych. Dla uznania zatem, że doszło do powstania nieprawidłowości w rozumieniu wskazanego powyżej art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013 wystarczy ustalenie, że wskutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE. Wskazane zapisy art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013 nie zawierają definicji szkody. Zawierają definicję nieprawidłowości, w której możliwość wystąpienia szkodliwego wpływu na budżet UE poprzez możliwość obciążenie tegoż budżetu nieuzasadnionym wydatkiem jest jednym z jej elementów. Szkodą w interesach finansowych Unii Europejskiej jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, a nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa unijnego lub krajowego, w tym zasad określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Dla wystąpienia potencjalnej szkody wystarczy zatem uprawdopodobnienie możliwości jej wystąpienia. Powyższe jest kluczowe w kontekście analizy rozpatrywanej sprawy. Dla stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej nie jest bowiem koniecznym udowodnienie, że okoliczności takie faktycznie wystąpiły.

Wbrew twierdzeniu Zamawiającego zawartego w Zastrzeżeniach Instytucja Zarządzająca Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Dolnośląskiego 2014-2020 nie poprzestała wyłącznie na stwierdzeniu samego faktu naruszenia odpowiednich przepisów ustawy PZP. W ramach rozpatrywanej sprawy dokonano analizy w zakresie wystąpienia wszystkich trzech przesłanek nieprawidłowości indywidualnej wykazując związek pomiędzy naruszeniem przepisu prawa a możliwością finansowania

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

nieuzasadnionego wydatku, a więc możliwość wystąpienia potencjalnej szkody. W uzasadnieniu powyżej zostało wykazane, że zaniechanie Zamawiającego mogło mieć potencjalny wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Związek pomiędzy stwierdzonym naruszeniem a możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku jest bezsprzeczny. Stwierdzonego naruszenia nie można bowiem żadną miarą zakwalifikować, jak postuluje Zamawiający, do kategorii naruszeń formalnych. Podkreślenia bowiem wymaga, że stwierdzone naruszenie w zakresie braku publikacji ogłoszeń o zmianie ogłoszenia w BZP dotyczy jednego z najistotniejszych obowiązków Zamawiającego związanego z jawnością oraz przejrzystością prowadzonego postępowania.

Po analizie przedłożonych Zastrzeżeń należy stwierdzić, iż nie występują przesłanki do zmiany stanowiska Kontrolujących w zakresie kwalifikacji stwierdzonego naruszenia jako nieprawidłowości indywidualnej, skutkującej koniecznością nałożenia korekty finansowej. Tym samym złożone Zastrzeżenia odrzucono w całości, a zapisy Informacji pokontrolnej w jej pkt. 4.1 nie uległy zmianie.

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

W wyniku przeprowadzonej kontroli pomniejsza się wartość wydatków kwalifikowalnych.

4.1 Zamówienie publiczne: „Modernizacja oświetlenia ulicznego w zachodniej i południowej części województwa dolnośląskiego” IM.271.7.2022

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

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

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

W zakresie pierwszej przesłanki, po gruntownym zbadaniu sprawy, należy bezsprzecznie uznać za udowodnione, iż Zamawiający w poddanym weryfikacji postępowaniu naruszył art. 16 pkt 1 i pkt 2 w związku z naruszeniem zapisów art. 286 ust. 6 i art. 267 ust. 2 pkt 6 ustawy PZP [pkt 2.1 Informacji pokontrolnej].

Drugim elementem pojęcia nieprawidłowości jest działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego. Zgodnie z art. 2 pkt 37 Rozporządzenia 1303/2013 przez podmiot gospodarczy rozumie się każdą osobę fizyczną lub prawną lub inny podmiot biorący udział we wdrażaniu pomocy z EFSI, z wyjątkiem państwa członkowskiego wykonującego swoje uprawnienia władzy publicznej. Bezsprzecznie Zamawiający spełnia także i tę przesłankę. Ponadto zaniechanie Zamawiającego w zakresie wskazanym w pkt 2.1 Informacji pokontrolnej zostało bezsprzecznie wykazane.

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

Powyższe stwierdzenie znajduje swoje potwierdzenia w judykaturze zarówno krajowej, jak i europejskiej. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej TSUE) w wyroku z 14 lipca 2016 C-406/14 Wrocław – miasto na prawach powiatu przeciwko Ministrowi Infrastruktury i Rozwoju stwierdził⁸: „Niemniej jednak z definicji zawartej w art. 2 pkt 7 owego rozporządzenia wynika, że naruszenie prawa Unii stanowi nieprawidłowość w rozumieniu tego przepisu jedynie wtedy, gdy powoduje ono lub mogłoby powodować szkodę w budżecie ogólnym Unii w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku. Naruszenie takie należy zatem uznać za nieprawidłowość, o ile może ono jako takie mieć skutki budżetowe. Natomiast nie trzeba udowadniać wystąpienia konkretnych skutków finansowych (...). W konsekwencji należy stwierdzić, że uchybienie zasadom udzielania zamówień publicznych stanowi nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006, o ile nie można wykluczyć, że uchybienie to miało wpływ na budżet odnośnie funduszu”.

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

Tak więc w sytuacji wystąpienia naruszenia przepisów 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.⁹: 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.¹⁰ 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.¹¹ „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,

⁸. Wyrok Trybunału (trzecia izba) z dnia 14 lipca 2016 r. C-406/14 - Wrocław – Miasto na prawach powiatu przeciwko Ministrowi Infrastruktury i Rozwoju.

⁹. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12.12.2014 r., sygn. akt II GSK 1467/13.

¹⁰. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 19.02.2015 r., sygn. akt III SA/Wr 853/14.

¹¹. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 stycznia 2017 r., sygn. akt. II GSK 1722/15.

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)."

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 stwierdzonego naruszenia a tym samym na kwestię nałożenia ewentualnej korekty finansowej/pomniejszenia wydatków kwalifikowanych.

Przechodząc zatem do naruszenia w zakresie braku publikacji w BZP ogłoszeń o zmianie ogłoszenia o zamówieniu, należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył podstawową zasadę, która leży u podstaw każdego zamówienia publicznego, a więc zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Wykonawcy korzystający, przy uzyskiwaniu informacji o toczącym się postępowaniu z BZP, pozostawali w błędnym przekonaniu, że w postępowaniu nie zachodzą żadne zmiany w zakresie informacji zawartych w pierwotnym ogłoszeniu o zamówieniu. Zmiany te były na tyle doniosłe w swym znaczeniu tj. zmiana treści SWZ prowadząca do wydłużenia terminu składania ofert oraz dodanie nowej przesłanki obligatoryjnego wykluczenia z udziału w postępowaniu, że istotnie różnicowały pozycję wykonawców w postępowaniu w zależności od miejsca pozyskiwania informacji o przetargu. Zasadą powinno być ujednolicenie informacji zawartych w różnych publikatorach, w taki sposób aby niezależnie od źródła pozyskiwania informacji, zasady oraz warunki udziału pozostawały jednakowe dla wszystkich oferentów. W warunkach tej konkretnej sprawy bezsprzecznie wystąpił związek przyczynowo skutkowy zapoczątkowany naruszeniem prawa a skutkujący możliwością sfinansowania nieuzasadnionego wydatku tj. wydatku poniesionego z naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień. W tym konkretnym przypadku potencjalni wykonawcy mogli nie uzyskać na czas wszystkich niezbędnych informacji o warunkach przygotowania oferty a także informacji o przedłużonym terminie jej złożenia. Nie sposób zatem bezsprzecznie wykluczyć, iż znalazł się choć jeden wykonawca, który ze względu na brak informacji w BZP o zmianie terminu składania ofert nie złożył oferty, gdyż pozostawał w przekonaniu, że termin ten upłynął.

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

Szkodą w interesach finansowych Unii Europejskiej jest więc finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, a nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa unijnego lub krajowego, w tym zasad określonych w ustawie PZP. Dla

wystąpienia potencjalnej szkody wystarczy zatem stwierdzenie możliwości jej wystąpienia nie zaś jej wykazanie.

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

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

Reasumując, należy stwierdzić, że ww. zaniechanie 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 zaniechanie Zamawiającego i po trzecie możliwość wywołania szkodliwego wpływu w budżecie środków europejskich.

Dokonując wieloaspektowej analizy, należy stwierdzić, iż wykryte naruszenie przepisów art. 16 pkt 1 i pkt 2 w związku z naruszeniem zapisów art. 286 ust. 6 i art. 267 ust. 2 pkt 6 ustawy PZP spełnia definicję nieprawidłowości z art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013.

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

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

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

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

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

z uwzględnieniem odpowiedniej stawki procentowej stosowanej przy obniżeniu wartości pomniejszych dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości.

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

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

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

Stwierdzona w ramach przeprowadzonej kontroli nieprawidłowość indywidualna związana z brakiem publikacji ogłoszeń o zmianie ogłoszenia o zamówieniu, w tym w zakresie informacji o przedłużeniu terminu składania ofert, została wskazana w Załączniku do *Rozporządzenia* w ramach rodzaju nieprawidłowości indywidualnej pn. **„Nieopublikowanie informacji o przedłużeniu terminów składania ofert lub brak przedłużenia terminów składania ofert” (pkt 6)** i przewiduje stawkę procentową w wysokości 5% w sytuacji gdy „początkowe terminy składania ofert (...) były prawidłowe zgodnie ze stosownymi przepisami, ale przedłużono je bez odpowiedniej publikacji zgodnie ze stosownymi zasadami (tj. publikacji w Dz. Urz. UE, BZP, BK), natomiast opublikowano tę informację (o przedłużonych terminach) za pomocą innych odpowiednich środków (...)”. **W związku z powyższym, że Zamawiający opublikował ogłoszenia zmieniające na swojej stronie internetowej oraz na stronie internetowej prowadzonego postępowania, obniżenie wartości 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 związana z realizacją zamówienia pn.: **„Modernizacja oświetlenia ulicznego w zachodniej i południowej części województwa dolnośląskiego” skutkuje pomniejszeniem w wysokości 5% faktycznych wydatków kwalifikowanych wynikających z realizacji umowy nr 13.2022 z dnia 03.06.2022 r. Wartość umowy 2 088 540,00 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 nałożenia korekty finansowej nie stosuje się przepisów ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. — Kodeks postępowania administracyjnego.

4.2. Zamówienie pn.: „Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie gminy i miasta Lwówek Śląski z podziałem na części” IN.271.17.2022.AK

Część 1: Modernizacja oświetlenia ulicznego w zachodniej i południowej części województwa dolnośląskiego

Część 2: Montaż 2 lamp oświetleniowych przy przystanku autobusowym w Sobocie

Część 3: Montaż oświetlenia ulicznego przy drodze gminnej 301, obręb Płóczki Dolne

Przywołane w pkt 4.1 regulacje prawne oraz orzecznictwo w zakresie pojęcia nieprawidłowości indywidualnej pozostają aktualne także na gruncie niniejszego postępowania, które dodatkowo uzupełniono, zgodnie z poniższym uzasadnieniem, szczegółową analizą wystąpienia przesłanek charakteryzujących nieprawidłowość w poddanym kontroli postępowaniu.

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 bezsprzecznie uznać za udowodnione, iż Zamawiający w poddanym weryfikacji postępowaniu naruszył art. 16 pkt 3 w związku z art. 109 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy PZP oraz § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U.2020., poz. 2415) [pkt 2.2 Informacji pokontrolnej].

Drugim elementem pojęcia nieprawidłowości jest działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego. Zgodnie z art. 2 pkt 37 Rozporządzenia 1303/2013 przez podmiot gospodarczy rozumie się każdą osobę fizyczną lub prawną lub inny podmiot biorący udział we wdrażaniu pomocy z EFSI, z wyjątkiem państwa członkowskiego wykonującego swoje uprawnienia władzy publicznej. Bezsprzecznie Zamawiający spełnia także i tę przesłankę. Ponadto działanie Zamawiającego w zakresie wskazanym w pkt 2.2 Informacji pokontrolnej zostało bezsprzecznie wykazane.

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 stwierdzonego naruszenia a tym samym na kwestię nałożenia ewentualnej korekty finansowej/pomniejszenia wydatków kwalifikowanych.

W zakresie stwierdzonego naruszenia art. 16 pkt 3 w związku z art. 109 ust. 2 ustawy PZP i § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy poprzez żądanie przez Zamawiającego podmiotowego środka dowodowego niepowiązanego z przesłanką wykluczenia, której Zamawiający nie przewidział w dokumentach zamówienia, należy stwierdzić, że działanie w tym zakresie, jako nieuprawnione mogło potencjalnie wpłynąć na wynik postępowania.

Nie ulega bowiem najmniejszej wątpliwości, iż poprzez przytoczoną powyżej w pkt 2.2 Informacji pokontrolnej konstrukcję zapisów dokumentacji przetargowej w zakresie podstaw wykluczenia oraz katalogu dokumentów składanych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, poza naruszeniem zasady proporcjonalności doszło także do zaburzenia przejrzystości prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia poprzez zamieszczenie sprzecznych zapisów. Z jednej bowiem strony Zamawiający dopuścił do udziału w prowadzonym przez siebie postępowaniu wszystkich wykonawców zalegających z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, których to zaległości nie potwierdzono prawomocnym wyrokiem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną. Z drugiej zaś strony Zamawiający poinformował, że wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona zostanie zobowiązany do potwierdzenia bieżącego niezalegania z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne poprzez przedłożenie urzędowych dokumentów w tym zakresie.

Mając na uwadze, iż katalog dokumentów dotyczących potwierdzenia braku fakultatywnych podstaw wykluczenia jest niejako elementem „wtórnym” i ściśle zależnym od wcześniejszego enumeratywnego wskazania fakultatywnych przesłanek wykluczenia w dokumentacji przetargowej, bezsprzecznie żądany przez Zamawiającego dokumentu, o których mowa w § 2 pkt 4 *rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych*, chociaż enumeratywnie wymienionego we wskazanym akcie wykonawczym, było w tym konkretnym przypadku żądaniem zbędnym 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 spełnianiu warunków w postaci jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia lub oświadczenia aktualnego na dzień składania ofert w zakresie wskazanym przez zamawiającego oraz poprzez nałożenie obowiązku złożenia dokumentów 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 zalegających z bieżącymi opłatami w podatkach i opłatach 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 sprzeczność w zakresie fakultatywnych podstaw wykluczenia, a żądanym przez Zamawiającego katalogiem dokumentów na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia potencjalnie mogła wpłynąć na spadek zainteresowania wykonawców przedmiotowym zamówieniem.

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, uniemożliwiające uzyskanie dokumentu potwierdzającego brak zaległości.

Tymczasem 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 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.

Powyższe stanowisko znalazło swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie. I tak np. WSA w Szczecinie w wyroku z dnia 12.05.2021r.¹² wskazał, że (cyt.): „*(...) umieszczenie w SIWZ żądania przedstawienia dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia nie stanowi tylko uchybienia formalnego, pozostającego bez wpływu na wynik postępowania i nieprowadzącego do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, konkurencyjności i proporcjonalności, a w konsekwencji niemogącego zostać uznane za nieprawidłowość skutkującą nałożeniem kary finansowej. Stwierdzenie naruszenia jak najbardziej stanowi nieprawidłowość uprawniającą do nałożenia korekty, zgodnie z załącznikiem do rozporządzenia w sprawie korekt.*”

Należy w tym miejscu podkreślić, iż dla wystąpienia ryzyka zaistnienia potencjalnej szkody wystarczy tylko samo uprawdopodobnienie, że wydatek został poniesiony z naruszeniem prawa. Powyższe potwierdza pogląd wyrażony w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który w wyroku z dnia

12. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 12.05.2021r. sygn. akt I SA/Sz 163/21.

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.

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 art. 16 pkt 3 w związku z art. 109 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy PZP oraz § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy spełnia definicję nieprawidłowości z art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013.

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

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

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

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

Jeżeli jednak anulowanie całości współfinansowania UE lub całości wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach zamówienia jest niewspółmierne do charakteru i wagi nieprawidłowości indywidualnej wartość pomniejszenia może zostać obniżona (§ 3 ust. 1 *Rozporządzenia*). W przypadku gdy skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej są pośrednie, rozproszone, trudne do oszacowania lub gdy nieprawidłowość indywidualna mogłaby zniechęcić potencjalnych wykonawców do złożenia oferty, wartość

pomniejszenia może zostać obniżona, zgodnie ze wzorem określonym w § 5 ust. 1 pkt 2 ww. *Rozporządzenia* z uwzględnieniem odpowiedniej stawki procentowej stosowanej przy obniżeniu wartości pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości.

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

W przedmiotowej sprawie należy stwierdzić, iż anulowanie całości wydatków kwalifikowalnych, poniesionych w ramach zamówienia opisanego w pkt. 2.2 Informacji pokontrolnej jest niewspółmierne do charakteru i wagi stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej, a skutki finansowe tej nieprawidłowości są pośrednie, rozproszone oraz trudne do oszacowania.

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

Zgodnie z zapisami § 6 *Rozporządzenia* (cyt.): „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”.

Najbliższą rodzajowo kategorią nieprawidłowości indywidualnej dotyczącej naruszenia w zakresie żądania od wykonawców dokumentów i oświadczeń, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest kategoria 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)**, która przewiduje stawkę procentową w wysokości 5% („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”).

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

Tym samym należy stwierdzić, że wskazana w treści niniejszej Informacji pokontrolnej nieprawidłowość indywidualna związana z realizacją zamówienia pn.: **„Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie gminy i miasta Lwówek Śląski z podziałem na części Część 1: Modernizacja oświetlenia ulicznego w zachodniej i południowej części województwa dolnośląskiego” skutkuje pomniejszeniem w wysokości 5% faktycznych wydatków kwalifikowanych wynikających z realizacji umowy nr IN.1622.272.203.2022 z dnia 19.07.2022 r. Wartość umowy 6 506 700,00 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 nałożenia korekty finansowej nie stosuje się przepisów ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. — Kodeks postępowania administracyjnego.

4.3. Zamówienie pn.: „Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru przy wykonaniu zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja oświetlenia ulicznego w zachodniej i południowej części województwa dolnośląskiego” – II postępowanie” IN.271.49.2022.AK

Przywołane w pkt 4.1 regulacje prawne oraz orzecznictwo w zakresie pojęcia nieprawidłowości indywidualnej pozostają aktualne także na gruncie niniejszego postępowania, które dodatkowo uzupełniono, zgodnie

z poniższym uzasadnieniem, szczegółową analizą wystąpienia przesłanek charakteryzujących nieprawidłowość w poddanym kontroli postępowaniu.

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.

Przechodząc do pierwszego ze stwierdzonych naruszeń tj. naruszenia art. 16 pkt 3 w związku z art. 109 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy PZP oraz § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, po gruntownym zbadaniu sprawy, należy bezsprzecznie uznać za udowodnione, iż pierwsza z przesłanek – naruszenie przepisów prawa – bezsprzecznie wystąpiła [pkt 2.3 Informacji pokontrolnej].

Drugim elementem pojęcia nieprawidłowości jest działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego. Zgodnie z art. 2 pkt 37 Rozporządzenia 1303/2013 przez podmiot gospodarczy rozumie się każdą osobę fizyczną lub prawną lub inny podmiot biorący udział we wdrażaniu pomocy z EFSI, z wyjątkiem państwa członkowskiego wykonującego swoje uprawnienia władzy publicznej. Bezsprzecznie Zamawiający spełnia także i tę przesłankę. Ponadto działanie Zamawiającego w zakresie wskazanym w pkt 2.3 Informacji pokontrolnej zostało bezsprzecznie wykazane.

Z uwagi na tożsamy stan faktyczny i prawny przeprowadzona w pkt 4.2 Informacji pokontrolnej analiza w zakresie kluczowych okoliczności mających wpływ na ostateczne wnioskowanie w zakresie skutków stwierdzonego w pkt 2.3 Informacji pokontrolnej naruszenia art. 16 pkt 3 w związku z art. 109 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy PZP oraz § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy 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 kontekście możliwości wystąpienia potencjalnej szkody jako trzeciego elementu nieprawidłowości indywidualnej pozostaje aktualna także w rozpatrywanym przypadku.

Uwzględniając zatem zawartą w pkt 2.3 Informacji pokontrolnej argumentację oraz przywołane orzecznictwo w tym zakresie 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.

Tym samym stwierdzić należy, iż wykryte naruszenie art. 16 pkt 3 w związku z art. 109 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy PZP oraz § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy spełnia definicję nieprawidłowości z art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013.

Przechodząc do analizy dotyczącej kumulatywnego wystąpienia wszystkich trzech przesłanek wystąpienia nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia ogólnego w przypadku drugiego ze stwierdzonych naruszeń tj. 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 należy bezsprzecznie uznać za udowodnione, iż pierwsza z przesłanek – naruszenie przepisów prawa – bezsprzecznie wystąpiła [pkt 2.3 Informacji pokontrolnej].

Drugim elementem pojęcia nieprawidłowości jest działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego. Zgodnie z art. 2 pkt 37 Rozporządzenia 1303/2013 przez podmiot gospodarczy rozumie się każdą osobę fizyczną lub prawną lub inny podmiot biorący udział we wdrażaniu pomocy z EFSI, z wyjątkiem państwa członkowskiego wykonującego swoje uprawnienia władzy publicznej. Bezsprzecznie Zamawiający spełnia także i tę przesłankę. Zaniechanie Zamawiającego w zakresie wskazanym w pkt 2.3 Informacji pokontrolnej zostało bezsprzecznie wykazane.

A zatem kluczowa w rozpatrywanym przypadku pozostaje 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.

Przechodząc zatem 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 sanacyjnej dokonał, co znalazło odzwierciedlenie w notatce wewnętrznej z dnia 04.08.2022r., 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 indywidualnych powoduje zgodnie z zapisami art. 24 ust. 1 ustawy wdrożeniowej powstanie obowiązku podjęcia przez właściwą instytucję, którą w przypadku regionalnego programu operacyjnego jest zarząd województwa (art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy wdrożeniowej), odpowiednich

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

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

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

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

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

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

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

Zgodnie z zapisami § 6 *Rozporządzenia* (cyt.): „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”.

Najbliższą rodzajowo kategorią nieprawidłowości indywidualnej dotyczącej naruszenia w zakresie żądania od wykonawców dokumentów i oświadczeń, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest kategoria 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)**, która przewiduje stawkę procentową w wysokości 5% („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”).

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

Tym samym należy stwierdzić, że wskazana w treści niniejszej Informacji pokontrolnej nieprawidłowość indywidualna związana z realizacją zamówienia pn.: „Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru przy wykonaniu zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja oświetlenia ulicznego w zachodniej i południowej części województwa dolnośląskiego” – II postępowanie” skutkuje **pomniejszeniem w wysokości 5% faktycznych wydatków kwalifikowanych wynikających z realizacji umowy nr IN.1622.272.217.2022 z dnia 16.08.2022 r. Wartość umowy 96 555,00 zł brutto.**

5. Wynik kontroli.

Z istotnymi zastrzeżeniami.

6. Zalecenia pokontrolne.

Stwierdzona nieprawidłowość indywidualna związana z realizacją zamówienia pn.: „Modernizacja oświetlenia ulicznego w zachodniej i południowej części województwa dolnośląskiego” **pomniejsza wydatki kwalifikowane o 5 % faktycznych wydatków kwalifikowanych wynikających z realizacji umowy nr 13.2022 z dnia 03.06.2022 r. Wartość umowy 2 088 540,00 zł.**

Stwierdzona nieprawidłowość indywidualna związana z realizacją zamówienia pn.: „Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie gminy i miasta Lwówek Śląski z podziałem na części Część 1: Modernizacja oświetlenia ulicznego w zachodniej i południowej części województwa dolnośląskiego” **pomniejsza wydatki kwalifikowane o 5 % faktycznych wydatków kwalifikowanych wynikających z realizacji umowy nr IN.1622.272.203.2022 z dnia 19.07.2022 r. Wartość umowy 6 506 700,00 zł.**

Stwierdzona nieprawidłowość indywidualna związana z realizacją zamówienia pn.: „Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru przy wykonaniu zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja oświetlenia ulicznego w zachodniej i południowej części województwa dolnośląskiego” – II postępowanie” **pomniejsza wydatki kwalifikowane o 5% faktycznych wydatków kwalifikowanych wynikających z realizacji umowy nr IN.1622.272.217.2022 z dnia 16.08.2022 r. Wartość umowy 96 555,00 zł.**

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

8. Lista załączników.

Lp.	Nazwa załącznika	
1.	Deklaracja bezstronności	2 egz.
2	Lista sprawdzająca	6 egz.
3.	Dokumentacja przetargowa	Dokumentacja w SL

Zespół Kontrolujący:

Agnieszka Świątkowska
/zaakceptowano elektronicznie/

.....
(podpis kierownika zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 17 listopada 2022 r.

Agnieszka Michaluk

/zaakceptowano elektronicznie/

.....
(podpis członka zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 17 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 18 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.

Potwierdzam zgodność kopii z dokumentem elektronicznym:

Identyfikator dokumentu	1185828.2858798.2997315
Nazwa dokumentu	Ostateczna Informacja pokontrolna RPDS.03.04.01-02-0004_20 Gmina Miejska Bolesławiec.pdf
Tytuł dokumentu	Ostateczna Informacja pokontrolna RPDS.03.04.01-02-0004_20 Gmina Miejska Bolesławiec
Sygnatura dokumentu	DEFR-O-III.44.188.2022
Data dokumentu	2022-11-18 08:21:46
Skrót dokumentu	6E8E7F75BF1143E93869C366B499BE98B1DD11 FA
Wersja dokumentu	1.4
Data podpisu	2022-11-18
Podpisane przez	Małgorzata Kuruc Zastępca Dyrektora Departamentu
Rodzaj certyfikatu	Certyfikat kwalifikowany podpisu elektronicznego
Akceptacja	Dobrowolska Ewa, 2022-11-17 11:17:52, wersja 1.1 (Dyrektor Wydziału, Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O), Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O)) Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
Akceptacja	Aleksandrowicz Marek, 2022-11-17 10:54:16, wersja 1.1 (Kierownik Działu, Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O), Dział Kontroli Projektów EFRR (DEFR-O-III)) Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
Akceptacja	Michaluk Agnieszka, 2022-11-17 10:47:33, wersja 1.1 (Główny Specjalista, Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O), Dział Kontroli Projektów EFRR (DEFR-O-III)) Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
Akceptacja	Świątkowska Agnieszka, 2022-11-17 10:45:47, wersja 1.1 (Główny Specjalista, Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O), Dział Płatności i Rozliczeń EFRR (DEFR-O-I)) Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
	EZD 3.108.75.75.
Data wydruku:	2022-11-18 09:17:29
Autor wydruku:	Świątkowska Agnieszka