

DEFR-O-III.44.177.2022

**Ostateczna Informacja Pokontrolna
z kontroli projektu nr RPDS.03.03.01-02-0037/21**

1. Informacje ogólne.

1.1. Podstawa prawna kontroli:

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

1.2. Nazwa Jednostki Kontrolującej:

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

1.3. Skład zespołu kontrolującego:

Michalina Maksoń – Kierownik zespołu kontrolującego.
Agnieszka Michaluk – Członek zespołu kontrolującego.

1.4. Nazwa jednostki kontrolowanej:

Gmina Kudowa-Zdrój - Lider.
Gmina Miejska Kłodzko – Partner.
Gmina Radków – Partner.

1.5. Adres jednostki kontrolowanej:

ul. Zdrojowa 24, 57-350 Kudowa-Zdrój.

1.6. Numer i nazwa projektu:

RPDS.03.03.01-02-0037/21 „Kompleksowa termomodernizacja budynków edukacyjnych w gminach obszaru ziemi kłodzkiej”.

1.7. Numer i data decyzji o dofinansowaniu:

RPDS.03.03.01-02-0037/21-00 z dnia 29.04.2022 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:

29.08.2022 r.

1.12. Zakres kontroli:

Kontrola ex-post prawidłowości udzielania zamówień.

1.12.1. Zamówienie publiczne pn.: „Termomodernizacja budynku Społecznego Zespołu Szkolno-Przedszkolnego w Kudowie-Zdroju” IR.271.6.2022.

Zamawiający: Gmina Kudowa-Zdrój.

Nr i data ogłoszenia: 2022/BZP 00087825/01 z dnia 16.03.2022 r.

Tryb udzielenia zamówienia: tryb podstawowy z możliwością negocjacji.

Szacunkowa wartość zamówienia: 618 663,03 zł / 138 913,02 euro.

Wybrany wykonawca: Usługi Budowlane i Projektowe inż. Sławomir Grzegorzewicz, ul. Główna 34/6, 57-350 Kudowa-Zdrój.

Nr i data umowy z wykonawcą: IR.272.6/IR.032.1.6/2022 z 16.05.2022 r.

Wartość umowy: 797 000,00 zł brutto.

Aneks nr 1 z dnia 16.08.2022 r.

Aneks nr 2 z dnia 14.10.2022 r.

Wartość umowy po aneksie: 863 274,50 zł brutto.

(wartość zwiększenia tj. 66 274,50 zł brutto stanowi wydatek niekwalifikowany w projekcie)

1.12.2. Zamówienie publiczne pn.: „Kompleksowa termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej nr 3 Kłodzko, ul. Jana Pawła II nr 4” ZP.271.11.2022.DSS.

Zamawiający: Gmina Miejska Kłodzko.

Nr i data ogłoszenia: 2022/BZP 00157386/01 z dnia 13.05.2022 r.

Tryb udzielenia zamówienia: tryb podstawowy bez negocjacji.

Szacunkowa wartość zamówienia: 3 922 713,67 zł / 880 796,13 euro.

Wybrany wykonawca: Grupa KDM Sp. z o.o., ul. Połczyńska 53, 01-336 Warszawa.

Nr i data umowy z wykonawcą: 53/WI/2022 z 16.08.2022 r.

Wartość umowy: 6 232 311,60 zł brutto.

Aneks nr 1 z dnia 30.09.2022 r.

1.12.3. Zamówienie publiczne pn.: „Termomodernizacja budynków edukacyjnych w Radkowie z podziałem na części. Część nr 1 – montaż pomp ciepła. Część nr 2 – remont elewacji budynku” GKiM.271.8.2022.

Zamawiający: Gmina Radków.

Nr i data ogłoszenia: 2022/BZP 00208568/01 z dnia 14.06.2022 r.

Tryb udzielenia zamówienia: tryb podstawowy bez negocjacji.

Szacunkowa wartość zamówienia: 1 822 139,66 zł / 409 138,60 euro.

Wybrany wykonawca:

Część 1

Konsorcjum SANITERM ZAKŁAD HANDLOWO-USŁUGOWY MAREK NOWAK, ul. Łąkowa 4/1, 57-320 Polanica-Zdrój oraz KOWALEWSKI ROMAN WIERTNIK SUDETY, Bobrowniki Stare 14, 57-330 Szczytna.

Nr i data umowy z wykonawcą: GKiM.272.6.2022 z 12.07.2022 r.

Wartość umowy: 3 232 088,35 zł brutto

Część 2

„OLIWIA” DOMINIK KONEFAŁ, ul. Zielna 3c, 57-402 Nowa Ruda.

Nr i data umowy z wykonawcą: GKiM.272.7.2022 z 12.07.2022 r.

Wartość umowy: 1 146 546,15 zł brutto.

2. Ustalenia i wnioski z kontroli.

2.1. Zamówienie publiczne pn.: „Termomodernizacja budynku Społecznego Zespołu Szkolno-Przedszkolnego w Kudowie-Zdroju” IR.271.6.2022.

Gmina Kudowa-Zdrój [dalej Zamawiający] realizując przedmiotowe zamówienie jako podmiot zamawiający, o którym mowa w art. 4 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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 opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 16.03.2022 r. pod numerem 2022/BZP 00087825/01. Specyfikację Warunków Zamówienia [dalej SWZ] zamieszczono na stronie internetowej prowadzonego postępowania <https://platformazakupowa.pl/pn/kudowa> w dniu 16.03.2022 r. Zgodnie z ww. ogłoszeniem Zamawiający wyznaczył termin związania ofertą na dzień 28.04.2022 r. Do dnia 31.03.2022 r. tj. w wyznaczonym terminie składania ofert zostały złożone dwie oferty: oferta wykonawcy Usługi Budowlane i Projektowe inż. Sławomir Grzegorzewicz oraz oferta wykonawcy Usługi Ogólnobudowlane Sławomir Sobczak. Po przeprowadzonych negocjacjach Zamawiający zaprosił oferentów do złożenia oferty dodatkowej. W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie tj. do dnia 11.04.2021 r. wpłynęła oferta dodatkowa od wykonawcy Usługi Ogólnobudowlane Sławomir Sobczak.

W dniu 14.04.2022 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, o przedłużenie terminu ich ważności do dnia 26.05.2022 r., informując jednocześnie, iż brak pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą stanowi podstawę do jej odrzucenia. Wykonawca Usługi Budowlane i Projektowe inż. Sławomir Grzegorzewicz złożył wymagane oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 26.05.2022 r. W wyniku przeprowadzonej kontroli ustalono, iż wykonawca Usługi Ogólnobudowlane Sławomir Sobczak nie złożył oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, co zostało potwierdzone przez Zamawiającego w wyjaśnieniach z dnia 12.10.2022 r. złożonych w toku prowadzonych czynności kontrolnych. Mimo braku stosownego oświadczenia Zamawiający nie odrzucił oferty wykonawcy Usługi Ogólnobudowlane Sławomir Sobczak i po przeprowadzonej kwalifikacji i ocenie ofert dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród dwóch ofert złożonych w postępowaniu. Oferta wykonawcy Usługi Budowlane i Projektowe inż. Sławomir Grzegorzewicz uzyskała największą liczbę punktów przyznawanych na podstawie kryteriów oceny ofert, w związku z czym w dniu 16.05.2022 r. Zamawiający zawarł umowę z wykonawcą Usługi Budowlane i Projektowe inż. Sławomir Grzegorzewicz, ul. Główna 34/6, 57-350 Kudowa-Zdrój o wartości 797 000,00 zł brutto.

Przechodząc do analizy wskazanego powyżej stanu faktycznego w pierwszej kolejności należy wskazać, iż zgodnie z art. 307 ust. 1 ustawy PZP wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego datą w dokumentach zamówienia, jednak nie dłużej niż 30 dni od dnia upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert. W przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą określonego w dokumentach zamówienia, zamawiający przed upływem terminu związania ofertą zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 30 dni (art. 307 ust. 2 ustawy PZP). Zgodnie z treścią art. 307 ust. 3 ustawy PZP przedłużenie terminu związania ofertą wymaga złożenia przez wykonawcę pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Jednocześnie art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Granicznym terminem, do którego Zamawiający zobowiązany jest oczekiwać na wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, jest upływ pierwotnego terminu związania ofertą. Jeśli do tego terminu wykonawca nie podjął czynności na wezwanie Zamawiającego, to należy przyjąć, że wykonawca zgody tej nie udziela. Wnioskowanie a contrario pozwala na stwierdzenie, że skoro wykonawca nie przedłużył na wezwanie Zamawiającego terminu związania ofertą na warunkach

wskazanych przez Zamawiającego, to oznacza to, że nie wyraził takiej zgody. Brak zatem pisemnej odpowiedzi ze strony wykonawcy jest równoznaczny z brakiem wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a tym samym dochodzi do zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty. Odrzucenie oferty następuje na etapie badania i oceny ofert. Oferty, które zostają odrzucone, nie są uwzględniane w rankingu ofert, niemniej jednak są uznawane za złożone w ramach postępowania. Oznacza to, że oferty odrzucone powinny być ujawnione niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej (art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP). Przepis ten nakazuje podać powody odrzucenia oferty poprzez wskazanie uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonania tej czynności.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający powinien zatem odrzucić ofertę wykonawcy Usługi Ogólnobudowlane Sławomir Sobczak na etapie badania i oceny ofert, gdyż nie uzyskał pisemnej zgody wykonawcy na przedłużenie terminu jej ważności. Tymczasem Zamawiający ocenił ww. ofertę zgodnie z kryteriami, a następnie umieścił w zestawieniu wszystkich ofert podlegających ocenie w ramach postępowania.

Podsumowując należy stwierdzić, że Zamawiający nie odrzucając oferty wykonawcy, który nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, naruszył dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP.

Ocena postępowania: z zastrzeżeniami.

2.2. Zamówienie publiczne pn.: „Kompleksowa termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej nr 3 Kłodzko, ul. Jana Pawła II nr 4” ZP.271.11.2022.DSS.

Ocena postępowania: bez zastrzeżeń.

2.3. Zamówienie publiczne pn.: „Termomodernizacja budynków edukacyjnych w Radkowie z podziałem na części. Część nr 1 – montaż pomp ciepła. Część nr 2 – remont elewacji budynku” GKiM.271.8.2022.

Gmina Radków [dalej Zamawiający] realizując przedmiotowe zamówienie jako podmiot zamawiający, o którym mowa w art. 4 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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.

Zamówienie było podzielone na dwie części:

Część nr 1 – montaż pomp ciepła,

Część nr 2 – remont elewacji budynku.

W zakresie części nr 1 Zamawiający zawarł umowę z Konsorcjum firm SANITERM ZAKŁAD HANDLOWO-USŁUGOWY MAREK NOWAK, ul. Łąkowa 4/1, 57-320 Polanica-Zdrój oraz KOWALEWSKI ROMAN WIERTNIK SUDETY, Bobrowniki Stare 14, 57-330 Szczytna, a w zakresie części nr 2 z wykonawcą „OLIWIA” DOMINIK KONEFAŁ, ul. Zielna 3c, 57-402 Nowa Ruda.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 14.06.2022 r. pod numerem 2022/BZP 00208568/01. Specyfikację Warunków Zamówienia [dalej SWZ] zamieszczono na stronie internetowej <http://radkowklodzki.biuletyn.net> w dniu 14.06.2022 r.

W wyniku przeprowadzonej kontroli ustalono, iż Zamawiający w Sekcji III pkt. 3.1.) Ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale I pkt 2 ppkt 2) SWZ wskazał, iż stroną internetową prowadzonego postępowania jest strona <https://miniportal.uzp.gov.pl/> oraz strona <http://radkowklodzki.biuletyn.net>.

W ogłoszeniu o zamówieniu, opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 14.06.2022 r., wyznaczony został 14-dniowy termin składania ofert tj. do dnia 29.06.2022 r. do godz. 10:00.

W zakresie sposobu złożenia oferty Zamawiający zapisami Rozdziału XII pkt 1 i 3 oraz Rozdziału XIII pkt 1 SWZ wskazał, iż (cyt.): „Oferta w przedmiotowym postępowaniu musi być sporządzona w języku polskim, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym (...) Sposób złożenia, w tym zaszyfrowania oferty opisany został w „Instrukcji użytkownika”, dostępnej na stronie <https://miniportal.uzp.gov.pl/> (...) Ofertę należy złożyć za pośrednictwem Formularza do złożenia lub wycofania oferty dostępnego na ePUAP i udostępnionego również na miniPortalu (...).”

Z powyższych zapisów SWZ wynika wprost, iż miniPortal był niezbędnym narzędziem, aby wykonawca, ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, mógł zaszyfrować wymagane dokumenty, a tym samym skutecznie złożyć ofertę.

Na podstawie dokumentacji przedstawionej przez Zamawiającego w toku czynności kontrolnych ustalono, iż przedmiotowe postępowanie zostało opublikowane na stronie prowadzonego postępowania <https://miniportal.uzp.gov.pl> w dniu 24.06.2022 r. o godz. 15:20.

Uwzględniając stwierdzony stan faktyczny w rozpatrywanej sprawie należy wskazać co następuje.

Zgodnie z zapisami art. 61 ust. 1 ustawy PZP komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym składanie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wymiana informacji oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń między zamawiającym a wykonawcą, z uwzględnieniem wyjątków określonych w ustawie, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zgodnie natomiast z dyspozycją art. 68 ustawy PZP przekazywanie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zapewniających zachowanie integralności, autentyczności, nienaruszalności danych i ich poufności w ramach wymiany i przechowywania informacji, w tym zapewniających możliwość zapoznania się z ich treścią wyłącznie po upływie terminu na ich składanie. Oznacza to, że ofertę składa się zaszyfrowaną, w sposób uniemożliwiający zapoznanie się z jej treścią przed upływem terminu składania ofert.

Na podstawie art. 283 ustawy PZP Zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem złożoności zamówienia oraz czasu potrzebnego na ich przygotowanie, z tym że termin ten w przypadku dostaw i usług nie może być krótszy niż 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, a w przypadku robót budowlanych nie może być krótszy niż 14 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Przenosząc powyższe na grunt analizowanej sprawy należy stwierdzić, że w przedmiotowym postępowaniu na roboty budowlane Zamawiający zobowiązany był wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż 14 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Termin ten wyznaczony został na dzień 29.06.2022 r. na godz. 10:00. Zamawiający winien zatem w warunkach tej konkretnej sprawy zapewnić możliwość złożenia oferty potencjalnym wykonawcom nieprzerwanie w okresie od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych tj. od dnia 14.06.2022 r. do upływu terminu składania ofert tj. do dnia 29.06.2022 r. do godz. 10:00 w sposób zgodny z zapisami SWZ i przywołaną tam „Instrukcją użytkownika” miniPortal¹, zgodnie z którą (cyt.): „Cały proces szyfrowania ma miejsce na stronie [miniPortal.uzp.gov.pl](https://miniportal.uzp.gov.pl). Aby zaszyfrować ofertę Wykonawca musi na stronie miniPortalu wybrać w górnym menu opcję „Postępowania”, następnie na liście wszystkich postępowań wybrać to, do którego chce złożyć ofertę i wejść w jego szczegóły. Na dole strony, pod datą składania ofert, dostępny jest przycisk umożliwiający zaszyfrowanie oferty. (...) Po kliknięciu „Zaszyfruj i pobierz zaszyfrowany plik” zostanie on zapisany na komputerze użytkownika. Tak przygotowany plik należy przesłać przez formularz do złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku.”

Do obowiązków Zamawiającego należy bowiem zapewnienie narzędzi, które mają umożliwić wykonawcom dokonywanie wszelkich czynności niezbędnych do wzięcia udziału w postępowaniu i złożenia oferty.

1. <https://miniportal.uzp.gov.pl/Instrukcje>

Powyższe znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku KIO z dnia 13 lipca 2021 r.², zgodnie z którym (cyt.): „Obowiązkiem zamawiającego jest zapewnienie możliwości złożenia ofert wszystkim zainteresowanym wykonawcom, co jest realizacją zasady z art. 16 p.z.p., tj. przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Odnosi się to również do zapewnienia odpowiednich narzędzi i rozwiązań technicznych w taki sposób, żeby każdy zainteresowany **mógł w postępowaniu złożyć ofertę w każdym czasie przewidzianym w SWZ na jej złożenie.**”[podkreślenie kontrolujących].

Z dokumentacji postępowania bezspornie wynika, iż od dnia 14.06.2022 r. do dnia 24.06.2022 r. przedmiotowe postępowanie miało status „Robocze”. Oznacza to, iż faktyczna możliwość złożenia oferty została ograniczona przez Zamawiającego do 4 dni tj. od 24.06.2022 r. od godz. 15:20 do 29.06.2022 r. do godz. 10:00. Tym samym Zamawiający skrócił faktyczny termin składania ofert o 10 dni tj. o 71,4%.

Ponadto zgodnie z „Instrukcją użytkownika” we wskazanym okresie informacja o prowadzonym postępowaniu nie była dostępna na miniPortalu dla potencjalnych wykonawców.

Uniemożliwienie składania ofert potencjalnym wykonawcom w wyznaczonym terminie narusza naczelną zasadę udzielania zamówień publicznych, polegającą na konieczności zapewnienia równego traktowania i zachowania uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 ustawy PZP.

Na podstawie powyższych ustaleń należy stwierdzić, iż Zamawiający publikując postępowanie na stronie internetowej <https://miniportal.uzp.gov.pl/> w dniu 24.06.2022 r., skrócił faktyczną możliwość składania ofert o 10 dni, a tym samym naruszył dyspozycję art. 283 ustawy PZP w związku z art. 68 i 61 ust. 1 ustawy PZP.

Kolejno w trakcie czynności kontrolnych ustalono, iż w Rozdziale XV SWZ Zamawiający wskazał, iż wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, w stosunku do których zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w art. 108 ust. 1 ustawy PZP. W związku z powyższym na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu żądał od wykonawców złożenia wraz z ofertą oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, na wzorze stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ. Powyższe oświadczenie było jedynym dokumentem służącym weryfikacji obligatoryjnych podstaw wykluczenia, gdyż Zamawiający nie wymagał od wykonawców złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W wyniku analizy dokumentacji przetargowej ustalono, iż w przygotowanym przez Zamawiającego wzorze oświadczenia wskazano wyłącznie podstawy wykluczenia o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, pkt 2 oraz pkt 5 ustawy PZP. Zamawiający nie wymagał zatem od wykonawców oświadczenia o braku podstaw wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 3, pkt 4 oraz pkt 6 ustawy PZP. Wykonawcy, których oferty uznano za najkorzystniejsze i z którymi ostatecznie zawarto umowy, tj. Konsorcjum firm SANITERM ZAKŁAD HANDLOWO-USŁUGOWY MAREK NOWAK oraz KOWALEWSKI ROMAN WIERTNIK SUDETY w zakresie części nr 1 zamówienia oraz „OLIWIA” DOMINIK KONEFAŁ w zakresie części nr 2 zamówienia złożyli wraz z ofertą oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, na wzorze przygotowanym przez Zamawiającego, a więc potwierdzające brak podstaw wykluczenia wyłącznie w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 1, pkt 2 oraz pkt 5 ustawy PZP. Tym samym Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcom, którzy nie zostali zweryfikowani w zakresie obligatoryjnych podstaw wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 3, pkt 4 oraz pkt 6 ustawy PZP.

Przechodząc do analizy wskazanego powyżej stanu faktycznego należy wskazać, iż art. 108 ustawy PZP zawiera zamknięty katalog tzw. obligatoryjnych podstaw wykluczenia. Są to podstawy, których wystąpienie zawsze skutkuje wykluczeniem wykonawcy. Zamawiający, w toku postępowania, musi dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawców, aby udzielić zamówienia wyłącznie takiemu wykonawcy, który nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ustawy PZP. W przedmiotowym postępowaniu kwalifikacja podmiotowa wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia przeprowadzona została na podstawie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP.

2. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1760/21.

Zgodnie z art. 125 ust 1 ustawy PZP do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Oświadczenie to stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe (art. 125 ust. 3 ustawy PZP).

Oświadczenia przedstawione przez wykonawców nie obejmowały obligatoryjnych podstaw wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 3, pkt 4 oraz pkt 6 ustawy PZP. Zamawiający nie posiadał zatem potwierdzenia, czy oferty w przedmiotowym postępowaniu nie zostały złożone przez wykonawcę:

- wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności (art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP);
- wobec którego prawomocnie orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne (art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP);
- jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP).

Mając na uwadze powyższe okoliczności Zamawiając zobligowany był, po dokonaniu weryfikacji zapisów oświadczeń złożonych przez potencjalnych wykonawców, zastosować dyspozycję art. 128 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym (cyt.): *„Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.”*

Powyższe znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku KIO z dnia 25 sierpnia 2021 r.³, (cyt.): *„W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wadliwość powyższą można było „naprawić” za pomocą przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, przez wezwanie odwołującego do złożenia dokumentu pełnomocnictwa z podpisami elektronicznymi dającymi się zweryfikować. Jednakże zamawiający czynności tej zaniechał, czym naruszył ww. przepis. Izba wskazuje, że skoro z dyspozycji omawianego przepisu wynika nakaz nałożony na zamawiającego przez ustawodawcę do wezwania wykonawcy do złożenia dokumentu, który pierwotnie do tej oferty nie został załączony, to tym bardziej zamawiający zobowiązany jest do uzupełnienia dokumentu, który zawiera błąd.”*

Na obligatoryjny charakter wezwania, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy PZP wskazuje także doktryna, zgodnie z którą (cyt.): *„Określonym w art. 128 ust. 1 PZP przypadkom odpowiada nałożenie na zamawiającego **obowiązku wezwania wykonawcy** odpowiednio do **złożenia** oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu, ich **poprawienia lub uzupełnienia**.”*⁴

3. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 2039/21.

4. M. Jaworska Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa 2021, s. 398.

W warunkach tej konkretnej sprawy bezsprzecznie doszło zatem do pominięcia procedur przewidzianych w art. 128 ust 1 ustawy PZP w obszarze weryfikacji podmiotowej wykonawców: Konsorcjum firm SANITERM ZAKŁAD HANDLOWO-USŁUGOWY MAREK NOWAK oraz KOWALEWSKI ROMAN WIERTNIK SUDETY w zakresie części nr 1 zamówienia oraz „OLIWIA” DOMINIK KONEFAŁ w zakresie części nr 2 zamówienia.

Podsumowując należy stwierdzić, iż Zamawiający, nie wzywając wykonawców do uzupełnienia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, nie dopełnił obowiązków w zakresie podmiotowej kwalifikacji wykonawców, czym naruszył dyspozycję zapisów art. 128 ust. 1 ustawy PZP w związku z art. 125 ust. 1 ustawy PZP.

Ocena postępowania: z zastrzeżeniami.

Zespół Kontrolujący:

Michalina Maksoń
/nieobecność usprawiedliwiona/
(podpis kierownika zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 22 grudnia 2022 r.

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

Wrocław, dnia 22 grudnia 2022 r.

3. Stanowisko wobec zgłoszonych zastrzeżeń.

W związku z wniesieniem w dniu 7.12.2022 r. za pośrednictwem Beneficjenta – Gminy Kudowa Zdrój pisemnych zastrzeżeń do Informacji pokontrolnej z dnia 21.11.2022r., złożonych przez Partnera projektu – Gminę Radków (pismo PRIWT.042.4.2022 z dnia 6.12.2022r.) [dalej Zastrzeżenia], poniżej dokonano szczegółowej analizy podniesionej w złożonych Zastrzeżeniach argumentacji w zakresie dotyczącym ustaleń stanu faktycznego oraz wskazanych naruszeń (punkt 2.3 Informacji Pokontrolnej) jak i w zakresie ewentualnych skutków tych naruszeń w kontekście wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej (punkt 4.2 Informacji pokontrolnej).

W zakresie wskazanego naruszenia art. 283 ustawy PZP w związku z art. 68 i 61 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający nie wskazał nowych okoliczności mogących posłużyć do zakwestionowania ustaleń stwierdzonego stanu faktycznego w sprawie. Zamawiający podniósł natomiast, że w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia art. 283 ustawy PZP w związku z art. 68 i 61 ust. 1 ustawy PZP wykazując, że zgodnie z art. 283 ustawy PZP wyznaczył termin składania ofert nie krótszy niż 14 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Ponadto wskazał, iż nie naruszył także art. 61 i 68 ustawy PZP, gdyż w ogłoszeniu o zamówieniu jako stronę internetową prowadzonego postępowania wskazał dodatkowo stronę <http://radkowklodzki.biuletyn.net> na której od dnia 14.06.2022 r. opublikowana została SWZ z kompletem załączników. Zdaniem Zamawiającego sam fakt, iż przedmiotowe postępowanie zostało opublikowane na stronie <https://miniportal.uzp.gov.pl> dopiero w dniu 24.06.2022 r. jest bez znaczenia, skoro każdy potencjalny oferent miał pełny dostęp do dokumentów postępowania, na podstawie których mógł przygotować swoją ofertę. Argumentując swoje stanowisko Zamawiający wskazał, iż Zespół Kontrolujący dokonał w sposób nieuprawniony rozszerzonej interpretacji powyższych przepisów ustawy PZP.

W zakresie drugiego ze stwierdzonych naruszeń tj. naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy PZP w związku z art. 125 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający wyjaśnił, iż wzór oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, stanowiący załącznik do SWZ, omyłkowo nie zawierał wszystkich przesłanek wykluczenia z art. 108 ust. 1 ustawy PZP, czego Wykonawcy nie zauważyli i złożyli oświadczenia na błędnie przygotowanym wzorze. Zamawiający stoi na stanowisku, iż w SWZ prawidłowo wskazał obligatoryjne

podstawy wykluczenia, więc obowiązkiem Wykonawców było złożenie takiego oświadczenia, które będzie się odnosić do wszystkich obligatoryjnych podstaw wykluczenia.

Ponadto Zamawiający do złożonych Zastrzeżeń dołączył dokumenty, które zdaniem Zamawiającego powinny być podstawą do zmiany stanowiska Zespołu Kontrolującego w zakresie stwierdzonego naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy PZP w związku z art. 125 ust. 1 ustawy PZP. W treści przedstawionych Zastrzeżeń Zamawiający oświadczył, iż w trakcie prowadzonego postępowania naprawił błąd formalny związany z przygotowaniem wzoru oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający przedłożył wezwania z dnia 04.07.2022 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie zgodności oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z art. 108 ust. 1 ustawy PZP, skierowane do Wykonawcy Konsorcjum firm SANITERM ZAKŁAD HANDLOWO-USŁUGOWY MAREK NOWAK oraz KOWALEWSKI ROMAN WIERTNIK SUDETY oraz do Wykonawcy „OLIWIA” DOMINIK KONEFAŁ. Oba wezwania zostały opatrzone pieczęcią firmową, podpisem oraz stosowną adnotacją każdego z Wykonawców, co potwierdza osobisty odbiór dokumentów. Zamawiający przedstawił również złożone przez każdego z ww. Wykonawców w dniu 04.07.2022 r. pisma z wyjaśnieniami w zakresie błędnego wskazania podstaw wykluczenia z art. 108 ust. 1 ustawy PZP w oświadczeniu o braku podstaw do wykluczenia. Dodatkowo Zamawiający przedłożył oświadczenia ww. Wykonawców z dnia 06.12.2022 r. o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy PZP na dzień złożenia oferty. Jak wyjaśnił Zamawiający, załączone do Zastrzeżeń dokumenty nie zostały przedłożone w trakcie kontroli, gdyż Zespół Kontrolujący nie próbował pozyskać od Zamawiającego informacji o formalnym przebiegu weryfikacji podmiotowej Wykonawców.

W konsekwencji zdaniem Zamawiającego, skoro w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia art. 283 ustawy PZP w związku z art. 68 i 61 ust. 1 ustawy PZP oraz naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy PZP w związku z art. 125 ust. 1 ustawy PZP, tym samym nie było możliwe stwierdzenie nieprawidłowości skutkującej koniecznością pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych. Zamawiający zakwestionował ponadto zawarte w Informacji pokontrolnej stanowisko dotyczące możliwości wystąpienia szkody w budżecie UE podnosząc, iż ewentualne wskazane naruszenia miały charakter formalny, a Zespół Kontrolujący nie wykazał związku przyczynowego między stwierdzonymi naruszeniami prawa a potencjalną szkodą w budżecie UE.

Odnosząc się zatem do przedstawionej w złożonych Zastrzeżeniach argumentacji dotyczącej pierwszego ze wskazanych naruszeń tj. naruszenia art. 283 ustawy PZP w związku z art. 68 i 61 ust. 1 ustawy PZP podnieść należy, iż sformułowany w Informacji pokontrolnej zarzut w tym zakresie nie dotyczył wprost skrócenia wyznaczonego terminu składania ofert o którym mowa we wskazanym przepisie. W warunkach rozpatrywanej sprawy nie sposób jednak uznać, iż samo wskazanie w dokumentach zamówienia terminu składania ofert zgodnego z literalną dyspozycją art. 283 ustawy PZP jest wystarczające dla potwierdzenia prawidłowości podjętych przez Zamawiającego czynności, jeżeli przez cały czas trwania tego wyznaczonego terminu nie została zapewniona techniczna możliwość złożenia ofert. Wyznaczany w dokumentacji zamówienia termin na złożenie oferty byłby bowiem w takich przypadkach terminem pozornym przez większą część jego biegu. Tymczasem przyjmując zaprezentowane w złożonych Zastrzeżeniach stanowisko Zamawiającego w tym zakresie można byłoby uznać, iż przy poprawnie wyznaczonym w dokumentacji zamówienia terminie składania ofert (w znaczeniu formalnym) zapewnienie technicznej możliwości składania ofert przez wykonawców np. w ostatnim dniu tego wyznaczonego terminu należałoby uznać za działanie prawidłowe, z czym w świetle obowiązujących poszczególnych przepisów ustawy PZP oraz generalnych zasad udzielania zamówień publicznych nie sposób się zgodzić.

To do Zamawiającego, jako gospodarza prowadzonego postępowania, należało zapewnienie narzędzi i urządzeń mających umożliwić wykonawcom dokonywanie wszelkich czynności niezbędnych do udziału w prowadzonym postępowaniu, w tym także narzędzi do złożenia ofert. I co szczególnie istotne narzędzia te winny umożliwiać potencjalnym wykonawcom dokonywania wszelkich czynności (w tym możliwości składania ofert) przez cały bieg terminu na składanie ofert począwszy od wszczęcia prowadzonego postępowania aż do upływu terminu składania ofert. To bowiem nie Zamawiający decyduje w którym momencie prowadzonego postępowania można składać oferty np. poprzez udostępnienie narzędzia

umożliwiającego ich składanie na dzień, dwa, trzy czy cztery przed upływem terminu składania ofert. Decyzja w tym zakresie należy do potencjalnych wykonawców a podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest udostępnienie narzędzia umożliwiającego ich złożenie w każdym czasie przewidzianym w dokumentacji zamówienia tj. od wszczęcia postępowania aż do upływu terminu na ich złożenie. Do decyzji Zamawiającego pozostaje jedynie wskazanie daty granicznej, z uwzględnieniem minimalnego terminu przewidywanego zapisami ustawy PZP.

Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2020 r.⁵, zgodnie z którym (cyt.): „*Ponadto w świetle ciążącego na zamawiającym obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, zamawiający zobowiązany jest zapewnić możliwość złożenia oferty wszystkim zainteresowanym wykonawcom, w tym poprzez udostępnienie odpowiednich narzędzi i rozwiązań technicznych w taki sposób, by każdy zainteresowany mógł w postępowaniu złożyć ofertę w każdym czasie przewidzianym w SIWZ na jej złożenie.*” Pomimo, iż wyrok ten zapadł na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych sentencja ta pozostaje aktualna również w rozpatrywanej sprawie.

Nie sposób zatem zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, iż fakt opublikowania przedmiotowego postępowania na stronie <https://miniportal.uzp.gov.pl> dopiero w dniu 24.06.2022 r. o godz. 15:20 jest w warunkach rozpatrywanej sprawy okolicznością bez znaczenia. Dopiero bowiem od dnia 24.06.2022r. o godz. 15.20 Zamawiający udostępnił narzędzie umożliwiające złożenie oferty w prowadzonym przez siebie postępowaniu. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, iż ocena procedury wyłącznie przez pryzmat literalnej wykładni pojedynczych przepisów ustawy PZP, przeprowadzona dodatkowo bez uwzględnienia ich wzajemnych powiązań i zależności (jak sugeruje Zamawiający w złożonych Zastrzeżeniach), każdorazowo doprowadziłaby do wypaczenia celu ich stosowania. Tymczasem poszczególne przepisy ustawy PZP, stanowiące elementy całego systemu udzielania zamówień, należy odczytywać zarówno w kontekście ich wzajemnych zależności i powiązań jak i w kontekście naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 16 ustawy PZP.

Odnosząc się na zakończenie do podniesionej przez Zamawiającego kwestii związanej z brakiem jakiegokolwiek reakcji potencjalnych wykonawców na brak możliwości składania ofert do dnia 24.06.2022 r. do godz. 15:20 (podniesionej w części dotyczącej analizy w zakresie wystąpienia potencjalnej szkody) fakt ten nie może mieć wpływu na dokonaną ocenę. Zaniechanie wykonawców ze skorzystania z przysługujących im uprawnień i wystąpienie bezsprzecznego faktu, iż w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie wpłynęły pytania w tym zakresie jak i nie złożono środków ochrony prawnej nie stanowi i nie może stanowić o braku wystąpienia naruszenia przepisów ustawy PZP. Te bowiem są konsekwencją działania ze strony Zamawiającego i brak reakcji ze strony potencjalnych wykonawców nie może sanować błędów Zamawiającego popełnionych na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia. Podobnie jak fakt wpływu ofert w ramach przeprowadzonej procedury także nie może być uznany za argument przemawiający za brakiem wystąpienia naruszenia przepisów prawa w tym zakresie.

Tym samym złożone Zastrzeżenia w rozpatrywanym zakresie należy odrzucić w całości.

Przechodząc do przedstawionej w złożonych Zastrzeżeniach argumentacji w zakresie naruszenia zapisów art. 128 ust. 1 ustawy PZP w związku z art. 125 ust. 1 ustawy PZP na wstępie wskazać należy, iż dokonując oceny stanu faktycznego w rozpatrywanej sprawie oparto się na przedłożonej przez Zamawiającego dokumentacji. Zamawiający (Partner w projekcie) jako podmiot uczestniczący w realizacji projektu w ramach RPO WD 2014-2020 zobowiązany był do przekazania do IZ RPO WD dokumentów dotyczących zamówień udzielonych w ramach realizowanego projektu zgodnie z wykazem opublikowanym na stronie <https://rpo.dolnyslask.pl/>. To na Zamawiającym, jako gospodarzu prowadzonego postępowania (a jednocześnie Partnerze w realizowanym projekcie), ciążył obowiązek przedłożenia kompletnej dokumentacji zamówienia, w tym tak kluczowej dla oceny przebiegu przeprowadzonego postępowania jak

5. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2603/19.

dokumentacja potwierdzająca podmiotową weryfikację wykonawców. Wskazać w tym miejscu należy, iż Zamawiający przedkładając do kontroli dokumentację poddanego weryfikacji postępowania, w wypełnionym i podpisanym przez kierownika jednostki kontrolowanej w dnia 15.07 2022r. wykazie przedłożonych dokumentów zarówno w poz. nr 20 (korespondencja z wykonawcami w zakresie złożonych ofert), w poz. nr 27 (uzupełnienie ofert o brakujące dokumenty i przekazane wyjaśnienia), w poz. nr 38 (inne dokumenty nie wymienione wyżej stanowiące integralną część dokumentacji z postępowania) ani w żadnej innej pozycji przekazanego wykazu nie zamieścił jakiejkolwiek informacji w zakresie będącym przedmiotem tej części złożonych Zastrzeżeń. A zatem oceny działań Zamawiającego w zakresie będącym przedmiotem sporu dokonano w oparciu o przedłożoną przez samego Zamawiającego dokumentację, który jako profesjonalista w zakresie udzielania zamówień przygotowując materiał do kontroli winien mieć świadomość wagi poszczególnych dokumentów dla procesu oceny poprawności przeprowadzonej procedury udzielenia zamówienia. Ponadto, na podstawie zapisów przedłożonego zestawienia nie było żadnych podstaw do wystosowania wezwania o ewentualne uzupełnienie przedłożonej dokumentacji. Tym samym wyartykułowany w złożonych Zastrzeżeniach zarzut dotyczący swobodnego i niezgodnego z prawdą wnioskowania jest co najmniej niezrozumiały.

Przechodząc do oceny uzupełnionego na etapie złożonych Zastrzeżeń materiału dowodowego w sprawie tj. przedłożonych 2 wezwań dotyczących złożenia wyjaśnień w zakresie zgodności oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z art. 108 ust. 1 ustawy PZP datowanych na dzień 04.07.2022 r., i skierowanych odpowiednio do Konsorcjum firm SANITERM ZAKŁAD HANDLOWO-USŁUGOWY MAREK NOWAK, KOWALEWSKI ROMAN WIERTNIK SUDETY oraz do Wykonawcy „OLIWIA” DOMINIK KONEFAŁ i odebranych osobiście przez ww. Wykonawców (potwierdzenie odbioru poprzez złożenie odręcznych podpisów) wskazać należy co następuje.

Po pierwsze Zamawiający bezsprzecznie nie spełnił wymogów określonych zapisami art. 61 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym składanie ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wymiana informacji oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń między zamawiającym a wykonawcą, z uwzględnieniem wyjątków określonych w ustawie, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Dodatkowo podjęte czynności udokumentowane uzupełnionym materiałem dowodowym stały w jawnej sprzeczności z zapisami pkt 7 ppkt. 1-5 w Rozdziale VIII SWZ (Sposób komunikowania się Zamawiającego z Wykonawcami).

Po wtóre, Zamawiający wzywając w dniu 04.07.2022 r. wskazanych Wykonawców, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy PZP, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, zastosował procedurę postępowania niewłaściwą dla tego konkretnego stanu faktycznego w sprawie. Należy bowiem zauważyć, iż uregulowanie zawarte w art. 128 ust. 4 ustawy PZP służy Zamawiającemu do wezwania do złożenia wyjaśnień, tj. przedstawienia sposobu, w jaki należy rozumieć treść zawartą w złożonych dokumentach lub oświadczeniach, czyli dokonania swoistej wykładni zawartych tam informacji. W przedmiotowym postępowaniu nie wystąpiła podstawa do żądania wyjaśnień zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy PZP. Złożone przez Wykonawców oświadczenia wstępne, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP nie potwierdzały braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu w pełnym zakresie. Natomiast ich treść nie budziła i nie budzi żadnych wątpliwości. Wykonawcy potwierdzili brak wystąpienia obligatoryjnych podstaw wykluczenia wskazanych w zapisach art. 108 ust. 1 pkt 1, pkt 3 oraz pkt 5 ustawy PZP. Tymczasem żądanie wyjaśnień jest zasadne wówczas, kiedy przedstawione dokumenty lub oświadczenia są nieprecyzyjne, niejasne lub wewnętrznie sprzeczne, a nie wówczas kiedy są niekompletne lub błędne. Skutkiem zastosowania przez Zamawiającego niewłaściwego trybu w zakresie weryfikacji podmiotowej Wykonawców było jedynie uzyskanie pisemnego potwierdzenia od Wykonawców, iż w złożonych oświadczeniach błędnie wskazano tylko część obligatoryjnych przesłanek wykluczenia. W tym miejscu przywołać należy stanowisko doktryny w tym zakresie zgodnie z którym (cyt.): „(...) art.26

ust. 4 PrZamPubl2004 [uw. aut. – obecnie art. 128 ust. 4] (...) służy wyłącznie wyjaśnieniu treści oświadczeń i dokumentów, nie zaś tworzeniu treści w nich uprzednio niezawartych”(…).⁶

Ostatecznie zatem Zamawiający nie dysponował i nie dysponuje oświadczeniami wstępnymi, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP potwierdzającymi brak wystąpienia podstaw wykluczenia o których mowa w art. 108 ust. 1 ustawy PZP i podpisanymi przez wskazanych Wykonawców przed wyborem ofert najkorzystniejszych. Tymczasem weryfikacja podmiotowa wykonawców stanowi jeden z kluczowych elementów prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia.

Kolejną kwestią w kontekście uzupełnienia dokumentacji przeprowadzonego postępowania na etapie złożonych Zastrzeżeń jest dokumentowanie postępowania z zachowaniem zasady przejrzystości o której mowa w art. 16 pkt 2 ustawy PZP m.in. w celu zachowania właściwej ścieżki audytu. Istotnym jest aby wykonywanie i dokumentowanie poszczególnych czynności było przeprowadzane w sposób umożliwiający ich późniejszą weryfikację pod kątem ich zgodności z przepisami ustawy PZP. Pomijają już sam fakt naruszenia, przy przekazywaniu wezwań i odbiorze oświadczeń, zapisów art. 61 ust. 1 ustawy PZP oraz zapisów pkt 7 ppkt. 1-5 w Rozdziale VIII SWZ w warunkach stanu faktycznego rozpatrywanej sprawy, poza datą sporządzenia oświadczeń (nota bene tożsamą zarówno z datą wezwania oraz datą odbioru tychże) i identyfikacją podmiotów je składających, nie sposób ustalić daty ich złożenia w ramach prowadzonego postępowania (zakładając, iż złożono je w formie pisemnej). Uzupełniona dokumentacja nie zawiera bowiem żadnej prezentaty pozwalającej na ustalenie takich danych jak data wpływu dokumentu do Zamawiającego. Na przedłożonej dokumentacji brak jest bowiem jakiegokolwiek adnotacji zawierającej podstawowe informacje pozwalające na ustalenie tak podstawowych informacji jak data faktycznego wpływu dokumentacji do Zamawiającego (np. informacja z systemu kancelaryjnego obowiązującego u Zamawiającego potwierdzająca rejestrację wpływu, datownik, pieczętka i/lub czytelny podpis pracownika przyjmującego pismo z adnotacją daty itp.).

Mając na uwadze fakt, iż postępowanie o udzielenie zamówienia jest postępowaniem sformalizowanym, przedmiot sporu dotyczy obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z udziału w prowadzonym postępowaniu mających fundamentalne znaczenie dla wyniku prowadzonego postępowania a Zamawiający nie dochował właściwej ścieżki audytu pozwalającej w sposób nie budzący żadnych wątpliwości potwierdzić dokonanie prawidłowo czynności weryfikacji podmiotowej Wykonawców w tym zakresie zgodnie z przepisami ustawy PZP przed wyborem ich ofert jako najkorzystniejszych nie sposób znaleźć podstawy do zmiany stanowiska w zakresie stwierdzonego naruszenia zapisów art. 128 ust. 1 ustawy PZP w związku z art. 125 ust. 1 ustawy PZP.

Na powyższe nie może mieć także wpływu fakt złożenia przez Wykonawców oświadczeń datowanych na dzień 6.12.2022r. będących załącznikiem do złożonych Zastrzeżeń. Nie może znaleźć także uznania niezrozumiała argumentacja Zamawiającego zarzucająca dokonanie w trakcie czynności kontrolnych sprzecznych ustaleń w omawianym zakresie. To bowiem Zamawiający na etapie przygotowywania dokumentacji postępowania, utworzył Załącznik nr 3 (zarówno dla części 1 jak i dla części 2) w którym literalnie wskazał podstawy wykluczenia wyłącznie w zakresie przesłanek z art. 108 ust. 1 pkt 1, pkt 2 oraz pkt 5 ustawy PZP. Podniesienie argumentacji, iż to do potencjalnych wykonawców należał obowiązek złożenia oświadczenia wstępnego w pełnym zakresie obligatoryjnych przesłanek wykluczenia przy jednoczesnym przygotowaniu wskazanych załączników do wykorzystania przez potencjalnych wykonawców z uwzględnieniem ich literalnej treści mogącej bezsprzecznie wprowadzać w błąd (co zresztą w rozpatrywanym przypadku miało miejsce) jest co najmniej niezrozumiałe. W kontekście powyższego należy bowiem wskazać, że problem w dostępie do zamówień publicznych, szczególnie dla małych przedsiębiorców stanowią nie tylko przepisy prawne ale częstokroć także niejasne, nieprecyzyjne lub też wzajemnie sprzeczne zapisy dokumentacji przetargowych. Tymczasem większa konkurencyjność w sektorze zamówień publicznych oznacza m.in. bardziej efektywne wydatkowanie środków publicznych. Rozwiązaniem występującego problemu niskiej konkurencyjności na rynku zamówień publicznych jest więc jak największy dostęp do tego rynku mikro i małych przedsiębiorców. Co istotne w sprawie część małych

6. M. Granecki, I. Granecka Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2021, s. 483.

i średnich przedsiębiorców, choć biegła w swojej dziedzinie, często ma problem ze zrozumieniem treści szeroko rozumianej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dlatego tak ważne jest aby przy formułowaniu jej zapisów zachować należyta staranność. Nie bez wpływu bowiem na poziom konkurencyjności pozostaje oprócz tak oczywistych okoliczności jak wyjątkowo rozbudowane żądania w zakresie licznych dokumentów, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia warunki udziału w postępowaniu także niezachowanie spójności i przejrzystości zapisów oraz dopuszczenie do ewentualnej możliwości błędnej interpretacji zapisów tej dokumentacji. Tym samym korzystanie z instrumentów prawnych i narzędzi przewidywanych w ustawie PZP zgodnie z przepisami tejże oraz zachowanie przejrzystości i czytelności zapisów dokumentacji przetargowej przyczynia się do zwiększenia dostępu do zamówień, w szczególności mikro i małych przedsiębiorstw.

I już tylko na marginesie wskazać należy, iż wbrew treści złożonych oświadczeń z dnia 4.07.2022r. Wykonawcy składając oświadczenia wstępne, bezsprzecznie z wykorzystaniem wzorów przygotowanych przez Zamawiającego, nie wykonali czynności polegających na „wpisaniu” pkt 1, 2 oraz 5. Treść ta była już bowiem wpisana w przygotowanych wzorach a Wykonawcy w tym zakresie nie dokonali żadnych zmian, wpisów czy poprawek.

Reasumując złożone Zastrzeżenia w rozpatrywanym zakresie należy odrzucić w całości.

Przechodząc do ostatniej z podniesionych w złożonych Zastrzeżeniach kwestii tj. możliwości wystąpienia w warunkach rozpatrywanej sprawy potencjalnej szkody w wyniku stwierdzonych naruszeń zapisów ustawy PZP, wskazać należy, iż Zamawiający, wbrew obszernie cytowanym w złożonych Zastrzeżeniach wyrokom, usilnie stara się dowieść, iż dla możliwości stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej niezbędnym jest konkretne wykazanie negatywnych skutków finansowych (nawet tylko potencjalnych) dla budżetu UE (cyt.): *„Mając na uwadze, że zamówienia zostały udzielone podmiotom, które nie były wykluczone z możliwości ubiegania się o zamówienie na podstawie obligatoryjnych przesłanek wykluczenia a publikacja wzoru oświadczenia dla potencjalnych oferentów, który omyłkowo nie zawierał wszystkich obligatoryjnych przesłanek wykluczenia w żaden sposób nie mógł wpłynąć zawężająco na krąg potencjalnych oferentów jak i na wysokość ich ofert. Tak więc nie można i w tym przypadku doszukać się jakiegokolwiek szkody potencjalnej dla budżetu UE.”*

Tymczasem, w świetle przywoływanych wyroków rolę instytucji zarządzających jest wykazanie, że nie można wykluczyć, że naruszenie miało wpływ na budżet w świetle obowiązującej definicji nieprawidłowości indywidualnej. Odnosząc się w tym miejscu do postawionego w złożonych Zastrzeżeniach zarzutu nadinterpretacji przepisów w tym zakresie należy przytoczyć jeszcze jeden wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25.02.2022r.⁷ w którym wskazano, że (cyt.): *„(...) w myśl art. 2 pkt 36 rozporządzenia nr 1303/2013, 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 stanowi nieprawidłowość, której stwierdzenie w operacjach nakłada na państwo członkowskie - zgodnie z art. 143 rozporządzenia - obowiązek dokonania korekt finansowych. Korekty finansowe polegają na anulowaniu całości lub części wkładu publicznego w ramach operacji lub programu operacyjnego. Aby mówić o nieprawidłowości, konieczne jest naruszenie prawa i musi być spełniona obowiązkowa przesłanka w postaci szkody wyrządzonej budżetowi Unii Europejskiej. Szkodą w interesach finansowych UE jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, z kolei nieuzasadniony wydatek to taki, który został poniesiony z naruszeniem podstawowych zasad prawa wspólnotowego, w tym zasad prawa zamówień publicznych (zob. wyrok NSA z 2 września 2015 r. sygn. akt II GSK 1653/14). Brak wykazania szkody dla budżetu UE wyklucza możliwość uznania, że zaszła nieprawidłowość przy wydatkowaniu środków europejskich. Tak stosowana definicja określona w art. 2 pkt 36 rozporządzenia nr 1303/2013, wskazuje na to, że nieprawidłowość można rozróżnić na taką, która przynosi rzeczywistą (mierzalną) szkodę oraz taką, której skutki finansowe dla budżetu są trudne do oszacowania (szkoda potencjalna). Ze swej istoty szkoda potencjalna to taka, która mogłaby wystąpić, jest*

7. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25.02.2022r., sygn. akt I GSK 1226/21.

niemierzalna. Z tego powodu nie można wymagać od instytucji zarządzającej, aby poddawała ocenie rozmiary i skutki naruszenia przepisów w zakresie realizacji program operacyjnego dla finansów UE. Podkreślić należy, że szkoda nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało zagrożenie, że szkoda powstanie (zob. wyrok NSA z 19 marca 2014 r., sygn. akt II GSK 51/13). Faktyczne wystąpienie uszczerbku finansowego w budżecie UE nie jest przesłanką konieczną dla zakwalifikowania działania jako nieprawidłowość, wystarczy sama potencjalna możliwość jego wystąpienia. Szkoda potencjalna jest szkodą szczególnego rodzaju, jest to szkoda, na którą budżet UE jest narażony, lecz której faktycznie może nie ponieść. Takie ujęcie szkody wynika z aksjologicznego założenia ustawodawcy, że beneficjent, który otrzymuje bezzwrotną pomoc finansową powinien środki te wydatkować w zgodzie z przepisami prawa. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) przyjmuje się, że w przypadku naruszenia procedur wydatkowania środków z UE szkoda powstaje już w momencie, gdy beneficjent otrzymujący dofinansowanie realizuje projekt niezgodnie z prawem. Zdaniem TSUE, nawet nieprawidłowości, które nie wywołują konkretnych skutków finansowych mogą uzasadniać zastosowanie korekty finansowej, ponieważ mogą one poważnie wpłynąć na interesy finansowe Unii oraz na poszanowanie prawa wspólnotowego (tak wyroki Trybunału: z 15 września 2005 r., sygn. akt C 199/03; z 21 grudnia 2011 r., sygn. akt C 465/10). Sądy administracyjne, odwołując się do ww. wyroków podkreślają, że nie jest koniecznym wystąpienie rzeczywistego uszczerbku finansowego do przyjęcia, iż doszło do istotnego - skutkującego nałożeniem korekty finansowej - naruszenia przepisów regulujących dofinansowanie projektu. Wystarczającą przesłanką do nałożenia korekty, a następnie żądania zwrotu dofinansowania jest wykazanie naruszenia prawa zamówień publicznych, które mogło doprowadzić do uszczuplenia środków unijnych."

A zatem przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy raz jeszcze wskazać należy, że stwierdzone naruszenia ustawy PZP, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, stanowią nieprawidłowość w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia nr 1303/2013, która mogła prowadzić do powstania potencjalnej szkody w budżecie Unii w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku. Należy bowiem wyraźnie podkreślić, iż na Zamawiającym spoczywał bezwzględny obowiązek prawidłowej weryfikacji podmiotowej wykonawców w zakresie obligatoryjnych podstaw wykluczenia. Poprzez swoje działania (przygotowanie nieprawidłowego wzoru oświadczenia wstępnego o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP) oraz zaniechania (brak wezwania z art. 128 ust. 1 ustawy PZP) Zamawiający powyższego obowiązku nie wypełnił. W konsekwencji Zamawiający nie uzyskał potwierdzenia od Wykonawców, iż nie podlegają wykluczeniu z postępowania w zakresie przesłanek wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 3, pkt 4 oraz pkt 6 ustawy PZP a tym samym dopuścił do sytuacji w której, w warunkach tej konkretnej sprawy, mogło dojść do udzielenia zamówienia wykonawcy, który podlegał wykluczeniu z postępowania z mocy prawa. A zatem Zamawiający naraził budżet UE na potencjalną szkodę doprowadzając do możliwości finansowania nieuzasadnionego wydatku poprzez dopuszczenie do możliwości skutecznego udziału w prowadzonym postępowaniu wykonawcy podlegającego wykluczeniu z mocy prawa. Dla dokonanej oceny nie ma natomiast znaczenia, iż faktycznie do tego uszczuplenia w ostatecznym rozrachunku nie doszło, gdyż Zamawiającemu udało się udzielić zamówienia Wykonawcom co do których przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 3, pkt 4 oraz pkt 6 ustawy PZP nie zachodziły. Zgodnie bowiem z podstawowymi zasadami udzielania zamówień określonymi zapisami art. 16 ustawy PZP obligatoryjnym obowiązkiem Zamawiającego było przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz w sposób zapewniający przejrzystość, czego w warunkach rozpatrywanej sprawy bezsprzecznie zabrakło.

Reasumując złożone Zastrzeżenia w rozpatrywanym zakresie należy odrzucić w całości.

Przechodząc do ostatniej z kwestii podniesionych w złożonych Zastrzeżeniach a dotyczącej zastosowanej stawki pomniejszenia w związku ze skróceniem faktycznej możliwości złożenia oferty w prowadzonym postępowaniu przy zachowaniu ustawowego minimalnego terminu składania ofert, uznając argumentację Zamawiającego w tym zakresie, zastosowano jako najbliższą rodzajowo kategorię nieprawidłowości indywidualnej pn. **„Nieprzestrzeganie procedury właściwej w zakresie zamówień elektronicznych i zagregowanych (pkt 8)** która przewiduje stawkę procentową w wysokości 10% („Nieprzestrzeganie

procedury właściwej w zakresie zamówień elektronicznych i zagregowanych w określonych przepisach, co mogło mieć skutek odstraszający dla potencjalnych oferentów”). W związku z powyższymi zapisami Ostatecznej Informacji pokontrolnej zostały w tym zakresie odpowiednio zmienione.

Po ponownej analizie stanu faktycznego i prawnego tej konkretnej sprawy oraz po rozważeniu i przeanalizowaniu podniesionej w złożonych Zastrzeżeniach argumentacji Zamawiającego, Zastrzeżenia PRiWT.042.4.2022 z dnia 6.12.2022r. odrzucono, za wyjątkiem zastrzeżenia w zakresie zmiany stawki pomniejszenia w związku ze skróceniem faktycznej możliwości złożenia oferty w prowadzonym postępowaniu przy zachowaniu ustawowego minimalnego terminu składania ofert które przyjęte w całości. Zapisy Informacji pokontrolnej w tym zakresie zostały odpowiednio zmienione. W pozostałym zakresie zapisy Informacji pokontrolnej nie uległy zmianie.

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

W zakresie naruszenia wskazanego w pkt 2.1 Informacji Pokontrolnej, w wyniku przeprowadzonej kontroli nie dokonano pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych

W zakresie naruszeń wskazanych w pkt 2.3 Informacji Pokontrolnej w wyniku stwierdzonych nieprawidłowości indywidualnych pomniejsza się wartość wydatków kwalifikowalnych.

4.1 Zamówienie publiczne pn.: „Termomodernizacja budynku Społecznego Zespołu Szkolno-Przedszkolnego w Kudowie-Zdroju” IR.271.6.2022.

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 bezspornie uznać za udowodnione, iż Zamawiający w poddanym weryfikacji postępowaniu naruszył art. 226 ust. 1 pkt 12 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. Bezspornie Zamawiający spełnia także i tę przesłankę. Ponadto zaniechanie Zamawiającego w zakresie wskazanym w pkt 2.1 Informacji pokontrolnej zostało bezspornie 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

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.

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

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

Przechodząc zatem do analizy możliwości wystąpienia szkody w budżecie Unii Europejskiej w kontekście wykrytego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP stwierdzono, co następuje.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż związanie ofertą oznacza, że przez określony czas wykonawca nie może zmienić treści złożonej oferty i odmówić podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie. Zamawiający ma natomiast prawo żądać od wykonawcy wykonania zamówienia zgodnie z ofertą i na warunkach w niej określonych. Zaniechanie Zamawiającego, polegające na nieodrzuceniu oferty wykonawcy, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, w tym konkretnym przypadku nie mogło wpłynąć na wynik postępowania z uwagi na fakt, iż nie była to oferta najkorzystniejsza, a samo poddanie takiej oferty ocenie pod kątem kryteriów nie wiązało się z żadnymi skutkami w postępowaniu. Niezłożenie przez wykonawcę oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą oznaczało bowiem niewyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu i tym samym brak gotowości do podpisania umowy na warunkach określonych w złożonej ofercie.

W okolicznościach stanu faktycznego rozpatrywanej sprawy można bezsprzecznie wykluczyć możliwość wywołania szkodliwego wpływu w budżecie środków europejskich. Należy bowiem potwierdzić, iż w warunkach stanu faktycznego tej konkretnej sprawy nie można, nawet hipotetycznie, wykazać możliwości wystąpienia szkody potencjalnej. Nie sposób bowiem wykazać logicznego następstwa zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE ze względu na fakt, iż Zamawiający spełnił obowiązek zwrócenia się do wszystkich wykonawców o wyrażenie zgody na wydłużenie terminu związania ofertą i ostatecznie udzielił zamówienia wykonawcy, który przedstawił najkorzystniejszą ofertę i który wyraził zgodę na przedłużenie terminu jej ważności.

Po dokonaniu wieloaspektowej analizy, należy stwierdzić, iż jakkolwiek w przedmiotowej sprawie wystąpiły wskazane dwie przesłanki wystąpienia nieprawidłowości tj. po pierwsze naruszenie prawa, po drugie zaniechanie Zamawiającego jako podmiotu gospodarczego, to jednak po dokonaniu oceny ryzyka na jakie budżet UE mógł zostać narażony w wyniku stwierdzonego uchybienia, należy stwierdzić, iż nie wystąpiła przesłanka trzecia, tj. możliwość wywołania szkodliwego wpływu w budżecie środków europejskich. Biorąc

bowiem pod uwagę wszystkie okoliczności faktyczne i prawne w tej konkretnej sprawie nie sposób wykazać związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a nawet potencjalną szkodą w budżecie UE.

Dokonując wieloaspektowej analizy, należy stwierdzić iż wykryte naruszenie nie spełnia definicji nieprawidłowości z art. 2 pkt 36 Rozporządzenia ogólnego.

4.2 Zamówienie publiczne pn.: „Termomodernizacja budynków edukacyjnych w Radkowie z podziałem na części. Część nr 1 – montaż pomp ciepła. Część nr 2 – remont elewacji budynku” GKiM.271.8.2022.

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 bezspornie uznać za udowodnione, iż Zamawiający w poddanym weryfikacji postępowaniu naruszył zapisy art. 283 ustawy PZP w związku z art. 68 i 61 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 128 ust. 1 w związku z art. 125 ust. 1 ustawy PZP [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. Bezspornie Zamawiający spełnia także i tę przesłankę. Ponadto zarówno działanie jak i zaniechanie Zamawiającego w zakresie wskazanym w pkt 2.3 Informacji pokontrolnej zostało bezspornie 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* stwierdził¹²: „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

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

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.¹³: 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.¹⁴ 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.¹⁵ *„W świetle dotychczas przedstawionych uwag stwierdzić należy - zwłaszcza gdy ponownie odwołać się do treści art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 definiującego pojęcie "nieprawidłowości" – że naruszenie prawa unijnego lub krajowego skutkujące szkodą dla budżetu UE wiąże się z wydatkową stroną tego budżetu, a mianowicie ze sfinansowaniem lub ryzykiem sfinansowania nieuzasadnionego wydatku. W sytuacji więc, gdy z punktu widzenia przywołanego przepisu istota nieprawidłowości, o której w nim mowa, wiąże się z bezprawnym działaniem lub zaniechaniem skutkującym naruszeniem norm prawa unijnego lub krajowego, to za oczywiste uznać należy, że obowiązkiem organu krajowego jest (powinno być) skonfrontowanie wskazanego działania lub zaniechania z punktu widzenia jego zgodności z konkretnym wzorcem zachowania w celu ustalenia, czy doszło do jego naruszenia, a następnie, w razie ustalenia i potwierdzenia tego naruszenia, zastosowanie odpowiedniej normy konsekwencyjnej. W związku z tym również, że na gruncie przywołanego przepisu, prawodawca unijny operuje pojęciem "działania lub zaniechania powodującego lub mogącego spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej*

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

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

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

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

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

Przechodząc do pierwszego ze stwierdzonych naruszeń tj. naruszenia art. 283 ustawy PZP w związku z art. 68 i 61 ust. 1 ustawy PZP podkreślić należy, iż uniemożliwienie składania ofert w terminie wyznaczonym w Ogłoszeniu o zamówieniu narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych i stanowi poważną wadę prowadzonego postępowania. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, dbając o zachowanie zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców, powinien zapewnić możliwość składania ofert za pośrednictwem miniPortalu w sposób nieprzerwany przez wskazany okres 14 dni. Działanie Zamawiającego, polegające na faktycznym skróceniu terminu składania ofert, nie może być zakwalifikowane do naruszeń o charakterze formalnym. Bezsprzecznie w warunkach rozpatrywanej sprawy zaburzone przejrzystość prowadzonego postępowania poprzez brak tegoż postępowania na stronach miniPortalu przez pierwszych 10 dni. Nie można wykluczyć, iż fakt ten utrudnił udział w prowadzonym postępowaniu, co mogło mieć skutek zniechęcający dla wykonawców, którzy chcieli złożyć ofertę, ale ze względów np. organizacyjnych, kadrowych czy technicznych próbowali odnaleźć przedmiotowe postępowanie na stronach miniPortalu przed jego faktycznym tam zamieszczeniem tj. przed godz. 15.20 dnia 24.06.2022 r. Tym samym nie można bezsprzecznie wykluczyć negatywnego wpływu stwierdzonego naruszenia na krąg potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w prowadzonym postępowaniu.

W tym miejscu podkreślić należy, że 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 rozumieć jako możliwość uszczuplenia środków unijnych. Dla uznania zatem, że doszło do powstania nieprawidłowości w rozumieniu wskazanego powyżej art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013 wystarczy ustalenie, że wskutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, iż 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.

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

W warunkach tej konkretnej sprawy takiego związku przyczynowo skutkowego dotyczącego możliwości sfinansowania nieuzasadnionego wydatku nie sposób bezsprzecznie wykluczyć, a to właśnie ze względu na stwierdzone działanie Zamawiającego mogące potencjalnie mieć wpływ na krąg wykonawców zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem.

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

Dokonując wieloaspektowej analizy, należy stwierdzić, iż wykryte naruszenie przepisów art. 283 ustawy PZP spełnia definicję nieprawidłowości z art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013.

W zakresie stwierdzonego naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy PZP w związku z art. 125 ust. 1 ustawy PZP podkreślić należy, iż na Zamawiającym spoczywa obowiązek weryfikacji wykonawców w zakresie obligatoryjnych podstaw wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przedmiotowym postępowaniu jednym narzędziem umożliwiającym przeprowadzenie w sposób należyty kwalifikacji podmiotowej wykonawców było oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, ponieważ Zamawiający nie wymagał od wykonawców złożenia żadnych podmiotowych środków dowodowych. Konsekwencją wprowadzenia do SWZ wzoru oświadczenia niezawierającego wszystkich obligatoryjnych przesłanek wykluczenia było uzyskanie od wykonawców potwierdzenia, iż nie podlegają wykluczeniu z postępowania wyłącznie w zakresie przesłanek wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 1, pkt 2 oraz pkt 5 ustawy PZP. Wobec powyższego na Zamawiającego spoczywał obowiązek wezwania wykonawców do uzupełnienia powyższego oświadczenia zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy PZP. Ponieważ Zamawiający powyższego obowiązku nie wypełnił i nie uzyskał potwierdzenia od wykonawców, iż nie podlegają wykluczeniu z postępowania w zakresie przesłanek wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 3, pkt 4 oraz pkt 6 ustawy PZP, dopuścił tym samym to sytuacji w której, w warunkach tej konkretnej sprawy, mogło dojść do udzielenia zamówienia wykonawcy, który podlegał wykluczeniu z postępowania z mocy prawa. Zaniechanie Zamawiającego mogło mieć zatem istotny wpływ na wynik postępowania. Biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności faktyczne w tej konkretnej sprawie nie można wykluczyć, iż zaniechanie Zamawiającego mogło doprowadzić do sfinansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE.

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

Dokonując wieloaspektowej analizy, należy stwierdzić, iż wykryte naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy PZP w związku z art. 125 ust. 1 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) - 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. 2.3 Informacji pokontrolnej jest niewspółmierne do charakteru i wagi stwierdzonych nieprawidłowości indywidualnych, a skutki finansowe tych nieprawidłowości są pośrednie, rozproszone oraz trudne do oszacowania.

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

Stwierdzona w ramach przeprowadzonej kontroli nieprawidłowość indywidualna związana ze skróceniem faktycznej możliwości złożenia oferty w prowadzonym postępowaniu przy zachowaniu ustawowego minimalnego terminu składania ofert nie została wskazana wprost w Załączniku do *Rozporządzenia*.

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

W warunkach stanu faktycznego tej konkretnej sprawy najbliższą rodzajowo kategorią nieprawidłowości indywidualnej jest kategoria nieprawidłowości indywidualnej pn. **„Nieprzestrzeganie procedury właściwej w zakresie zamówień elektronicznych i zagregowanych (pkt 8)** która przewiduje stawkę procentową w wysokości 10% (*„Nieprzestrzeganie procedury właściwej w zakresie zamówień elektronicznych i zagregowanych w określonych przepisach, co mogło mieć skutek odstrasżający dla potencjalnych oferentów”*).

Tym samym obniżenie wartości pomniejszenia, w związku ze stwierdzoną nieprawidłowością indywidualną związaną ze skróceniem faktycznej możliwości składania ofert winno nastąpić przy zastosowaniu stawki procentowej o wartości 10 %.

Stwierdzona w ramach przeprowadzonej kontroli nieprawidłowość indywidualna związana z niedopełnieniem obowiązków w zakresie weryfikacji obligatoryjnych podstaw wykluczenia wykonawców została wskazana w Załączniku do *Rozporządzenia* w ramach rodzaju nieprawidłowości indywidualnej pn. **„Wprowadzono zmiany w kryteriach kwalifikacji (lub specyfikacji technicznej) po otwarciu ofert lub kryteria te (lub specyfikacja) zostały zastosowane nieprawidłowo” (pkt 14)** i przewiduje stawkę procentową w wysokości 25%.

Tym samym obniżenie wartości pomniejszenia, w związku ze stwierdzoną nieprawidłowością indywidualną związaną z brakiem weryfikacji obligatoryjnych podstaw wykluczenia winno nastąpić przy zastosowaniu stawki procentowej o wartości 25 %.

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

Tym samym należy stwierdzić, że wskazane w treści niniejszej Informacji pokontrolnej nieprawidłowości indywidualne związane z realizacją zamówienia pn.: *„Termomodernizacja budynków edukacyjnych w Radkowie z podziałem na części. Część nr 1 – montaż pomp ciepła. Część nr 2 – remont elewacji budynku”* skutkuje pomniejszeniem w wysokości 25% faktycznych wydatków kwalifikowanych wynikających z realizacji:

- umowy nr GKiM.272.6.2022 z 12.07.2022 r. o wartości 3 232 088,35 zł brutto oraz
- umowy nr GKiM.272.7.2022 z 12.07.2022 r. o wartości 1 146 546,15 zł brutto.

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

5. Wynik kontroli.

Z istotnymi zastrzeżeniami.

6. Zalecenia pokontrolne.

Stwierdzona nieprawidłowość indywidualna pomniejsza wydatki kwalifikowalne związane z realizacją zamówienia pn.: *„Termomodernizacja budynków edukacyjnych w Radkowie z podziałem na części. Część nr 1 – montaż pomp ciepła. Część nr 2 – remont elewacji budynku”*, o 25% faktycznych wydatków kwalifikowanych wynikających z realizacji umowy nr GKiM.272.6.2022 z 12.07.2022 r. o wartości 3 232 088,35 zł brutto oraz umowy nr GKiM.272.7.2022 z 12.07.2022 r. o wartości 1 146 546,15 zł brutto.

Przygotowując wniosek o płatność i wprowadzając do SL2014 kwotę wydatków kwalifikowalnych, odpowiadającą fakturze (lub innemu dokumentowi księgowemu o równoważnej wartości dowodowej), wykazanej w Zestawieniu dokumentów i dotyczącej stwierdzonych 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 (Dz. U. z 2019 r., poz. 1781) oraz ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233).

8. Lista załączników.

Lp.	Nazwa załącznika	
1.	Deklaracje bezstronności	2 egzemplarze
2.	Lista sprawdzająca	3 komplety
3.	Dokumentacja przetargowa	1 segregator Płyta CD – 1 szt. oraz SL2014

Zespół Kontrolujący:

Michalina Maksoń
/nieobecność usprawiedliwiona/
(podpis kierownika zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 22 grudnia 2022 r.

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

Wrocław, dnia 22 grudnia 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/20
z dnia 29 stycznia 2020 r.)

Wrocław, dnia 22 grudnia 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	1125182.2937123.3085284
Nazwa dokumentu	Ostateczna Informacja Pokontrolna nr projektu RPDS.03.03.01-02-0037_21 Gmina Kudowa-Zdrój.pdf
Tytuł dokumentu	Ostateczna Informacja Pokontrolna nr projektu RPDS.03.03.01-02-0037_21 Gmina Kudowa-Zdrój
Sygnatura dokumentu	DEFR-O-III.44.177.2022
Data dokumentu	2022-12-22 10:27:30
Skrót dokumentu	26B520B9E03209911E803B7EA4E77C62736F03B B
Wersja dokumentu	1.3
Data podpisu	2022-12-22
Podpisane przez	Małgorzata Kuruc Zastępca Dyrektora Departamentu
Rodzaj certyfikatu	Certyfikat kwalifikowany podpisu elektronicznego
Akceptacja	Dobrowolska Ewa, 2022-12-22 09:42:33, wersja 1.0 (Dyrektor Wydziału, Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O), Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O)) Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
Akceptacja	Michaluk Agnieszka, 2022-12-22 09:17:23, wersja 1.0 (Główny Specjalista, Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O), Dział Kontroli Projektów EFRR (DEFR-O-III)) Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
	EZD 3.108.75.75.
Data wydruku:	2022-12-22 10:45:08
Autor wydruku:	Michaluk Agnieszka