

Wrocław, dnia 03.03.2021 r.

DEFR-O-III.44.4.2021

**Ostateczna Informacja Pokontrolna
z kontroli projektu nr RPDS.04.05.01-02-0004/19**

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 2020 r. poz. 1668 ze zm.);
- art. 9 ust.1 pkt 2 i ust. 2 pkt 7 oraz pkt 8, art. 22 ust. 1 pkt 1 i ust. 4, art. 23 ust. 4, art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz. U. z 2020 poz. 818 ze zm.);
- § 18 umowy o dofinansowanie projektu.

1.2. Nazwa Jednostki Kontrolującej:

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

1.3. Skład zespołu kontrolującego:

Sebastian Bojar – Kierownik zespołu kontrolującego.
Irena Zych – Członek zespołu kontrolującego.

1.4. Nazwa jednostki kontrolowanej:

Beneficjent: Stowarzyszenie Ziemia Dzierżoniowska – projekt realizowany w oparciu o partnerstwo Stowarzyszenia Ziemia Dzierżoniowska(Lidera) z jednostkami samorządu terytorialnymi (Partnerami):Gminą Miejską Dzierżoniów, Gminą Pieszycę oraz Gminą Pilawa Górna.

1.5. Adres jednostki kontrolowanej:

58-200 Dzierżoniów; Rynek 36.

1.6. Numer i nazwa projektu:

RPDS.04.05.01-02-0004/19 pn.: „Redukcja skutków niekorzystnych zjawisk pogodowych poprzez modernizację i budowę sieci kanalizacji deszczowej na terenie Powiatu Dzierżoniowskiego”.

1.7. Numer i data umowy:

RPDS.04.05.01-02-0004/19-00 zawarta w dniu 29.06.2020 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:

07.01.2021 r.

1.12. Zakres kontroli:

Kontrola ex-post prawidłowości udzielania zamówień.

1.12.1. Zamówienie publiczne: „Redukcja skutków niekorzystnych zjawisk pogodowych poprzez modernizację i budowę sieci kanalizacji deszczowej na terenie Powiatu Dzierżoniowskiego. Budowa kanalizacji deszczowej na terenie drogi gminnej nr 118058D ul. Os. Młyńskie w Pilawie Górnej”.

Zamawiający: Gmina Pilawa Górna z siedzibą: 58-240 Pilawa Górna; ul. Piastowska 69.

Nr i data ogłoszenia z BZP: 545303-N-2020 z dnia 29.05.2020 r.

Tryb udzielenia zamówienia: Przetarg nieograniczony.

Szacunkowa wartość zamówienia: 631 935,73 zł co stanowi równowartość 148 018,58 euro .

Wybrany wykonawca: Przedsiębiorstwo Wodno Melioracyjne w Ząbkowicach Śląskich Sp. z o.o. z siedzibą: ul. Melioracyjna 3; 57-200 Ząbkowice Śląskie.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą/aneksów do umowy: ZBP.272.1.4.2020 zawarta w dniu 31.07.2020r.

Wartość zawartej umowy: 426 430,59 zł brutto.

1.12.2. Zamówienie publiczne: „Wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie kanalizacji deszczowej o długości 214,90 m w ramach realizacji zadania inwestycyjnego pn.: Przebudowa sieci kanalizacji deszczowej na terenie Szkoły Podstawowej nr 9 w Dzierżoniowie”.

Zamawiający: Gmina Miejska Dzierżoniów z siedzibą: 58-200 Dzierżoniów, Rynek 1.

Nr i data ogłoszenia z BZP: 553963-N-2020 z dnia 24.06.2020 r.

Tryb udzielenia zamówienia: Przetarg nieograniczony.

Szacunkowa wartość zamówienia: 683 559,30 zł co stanowi równowartość 160 110,39 euro.

Wybrany wykonawca: DR Infrastruktura Diana Zajączkowska-Rosińska z siedzibą: Koźmice 14; 57-200 Ząbkowice Śląskie.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą/aneksów do umowy: ZI.272.74.2020 zawarta w dniu 19.08.2020r.

Wartość zawartej umowy: 531 834,76 zł brutto.

1.12.3. Zamówienie publiczne: „Wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie kanalizacji deszczowej o długości 294,55 m w ramach realizacji zadania inwestycyjnego pn.: Budowa kanalizacji deszczowej w ul. Sienkiewicza (wzdłuż linii kolejowej do Parowozowni) w Dzierżoniowie”.

Zamawiający: Gmina Miejska Dzierżoniów z siedzibą: 58-200 Dzierżoniów, Rynek 1.

Nr i data ogłoszenia z BZP: 558516-N-2020 z dnia 06.07.2020 r.

Tryb udzielenia zamówienia: Przetarg nieograniczony.

Szacunkowa wartość zamówienia: 301 967,97 zł co stanowi równowartość 70 730,09 euro .

Wybrany wykonawca: DR Infrastruktura Diana Zajączkowska-Rosińska z siedzibą: Koźmice 14; 57-200 Ząbkowice Śląskie.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą/aneksów do umowy: ZI.272.79.2020 zawarta w dniu 26.08.2020r.

Wartość zawartej umowy: 339 086,50 zł brutto.

1.12.4. Zamówienie publiczne: „Budowa sieci kanalizacji deszczowej - ul. Polna w Pieszycach”.

Zamawiający: Gmina Pieszycy z siedzibą: 58-250 Pieszycy, ul. Kościuszki 2.

Nr i data ogłoszenia z BZP: 575242-N-2020 z dnia 17.08.2020 r.

Tryb udzielenia zamówienia: Przetarg nieograniczony.

Szacunkowa wartość zamówienia: 633 661,25 zł co stanowi równowartość 148 422,75 euro .

Wybrany wykonawca: Zakład Inżynierii Sanitarnej WINSAN Lech Walkiewicz Zbigniew Warwarko Spółka Jawna z siedzibą: ul. 3 Maja 88; 57-410 Ścinawka Średnia.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą/aneksów do umowy: WGPRiIT.272.0133.2020 zawarta w dniu 30.09.2020r.

Wartość zawartej umowy: 485 850,00 zł brutto.

2. Ustalenia i wnioski z kontroli.

2.1. Zamówienie publiczne: „Redukcja skutków niekorzystnych zjawisk pogodowych poprzez modernizację i budowę sieci kanalizacji deszczowej na terenie Powiatu Dzierżoniowskiego. Budowa kanalizacji deszczowej na terenie drogi gminnej nr 118058D ul. Os. Młyńskie w Pilawie Górnej”.

Ocena postępowania: Bez zastrzeżeń.

2.2. Zamówienie publiczne: „Wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie kanalizacji deszczowej o długości 214,90 m w ramach realizacji zadania inwestycyjnego pn.: Przebudowa sieci kanalizacji deszczowej na terenie Szkoły Podstawowej nr 9 w Dzierżoniowie”.

Ocena postępowania: Bez zastrzeżeń.

2.3. Zamówienie publiczne: „Wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie kanalizacji deszczowej o długości 294,55 m w ramach realizacji zadania inwestycyjnego pn.: Budowa kanalizacji deszczowej w ul. Sienkiewicza (wzdłuż linii kolejowej do Parowozowni) w Dzierżoniowie”.

Ocena postępowania: Bez zastrzeżeń.

2.4. Zamówienie publiczne: „Budowa sieci kanalizacji deszczowej - ul. Polna w Pieszycach”.

Gmina Pieszycy – [dalej Zamawiający] realizując przedmiotowe zamówienie jako podmiot zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 poz. 1986 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 przetargu nieograniczonego, o którym mowa w art. 39 ustawy PZP.

Przedmiotem poddanego czynnościom kontrolnym zamówienia była budowa sieci kanalizacji deszczowej – ul. Polna w Pieszycach.

Ogłoszenie o zamówieniu nr 575242-N-2020 zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17.08.2020 r. [dalej Ogłoszenie o zamówieniu]. Ogłoszenie o tożsamej treści zamieszczono w dniu 17.08.2020 r. na stronie internetowej <http://bip.gmpieszycy.finn.pl> oraz w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego. Ogłoszenie o zamówieniu zawiera adres strony internetowej www.pieszycy.pl, na której od dnia 17.08.2019 r. zamieszczona została Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia [dalej SIWZ].

W wyniku analizy zapisów dokumentacji przetargowej ustalono, iż w zakresie podstaw wykluczenia oprócz obligatoryjnych podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 12-23 ustawy PZP Zamawiający przewidywał w prowadzonym postępowaniu także fakultatywne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 1 i pkt 8 ustawy PZP (Sekcja III.3.2 Ogłoszenia o zamówieniu – Podstawy wykluczenia oraz Rozdział V, pkt 1.4 SIWZ).

Zamawiający zapisami Sekcji III.4) Ogłoszenia o zamówieniu – Wykaz oświadczeń lub dokumentów, składanych przez Wykonawcę w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP, zażądał od Wykonawców m.in.:

- zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,

- zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu, potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Jednocześnie, w Sekcji III.7) Ogłoszenia o zamówieniu – *Inne dokumenty nie wymienione w pkt III.3)- III.6)*, Zamawiający dokonał następujących zapisów:

„(...) do oferty każdy Wykonawca musi dołączyć: 1) aktualne na dzień składania ofert oświadczenia w zakresie wskazanym w załączniku nr 2 i 3 do SIWZ. Informacje zawarte w oświadczeniach będą stanowiły wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. 2) odpis z właściwego rejestru lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy (...).”

Zamawiający w SIWZ, w Rozdziale V – Warunki udziału w postępowaniu, w punkcie 1.4 dokonał następujących zapisów: „Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, o którym mowa w art. 24 ust.1 oraz częściowo Wykonawcę określonego w art. 24 ust.5 ustawy pzp, tj. wykonawcę:

- 1) w stosunku do którego otwarta likwidację, lub którego upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawcy, który po ogłoszeniu upadłości zawarł układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego (art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy pzp);
- 2) który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym wykonawca 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. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy pzp).

Następnie w Rozdziale VI SIWZ – Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, w punkcie 1.1. Zamawiający zapisał: „Do oferty każdy Wykonawca musi dołączyć:

1) aktualne na dzień składania ofert oświadczenia w zakresie wskazanym w załączniku nr 2 i 3 do SIWZ. Informacje zawarte w oświadczeniach będą stanowiły wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

2) odpis z właściwego rejestru lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy.

3) (...)

4) (...)

5) (...)

6) zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

7) zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu, potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. (...)

Mając na uwadze wskazany powyżej stan faktyczny sprawy należy stwierdzić co następuje.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Zamawiający w Ogłoszeniu o Zamówieniu oraz SIWZ dokonał odmiennych, wzajemnie sprzecznych zapisów w zakresie okoliczności żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających brak fakultatywnych podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 1 i pkt 8 ustawy PZP.

Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu w Sekcji III.4) zamieścił zapisy informujące o tym, że będzie żądał od wykonawców złożenia dokumentów w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP (tj. zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego) na wezwanie Zamawiającego. Jednocześnie zapisami w Rozdziale VI SIWZ zobligował wykonawców do złożenia ww. zaświadczeń wraz z ofertą. Dodatkowo, zapisami Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ zobligował wykonawców do złożenia wraz z ofertą odpisu z właściwego rejestru lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej.

Zapewnienie w trakcie przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poszanowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy PZP) stanowi fundamentalną zasadę całego systemu zamówień publicznych. O doniosłości zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady zachowania uczciwej

konkurencji świadczy fakt wyodrębnienia w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych Rozdziału 2 zatytułowanego „Zasady udzielania zamówień”. „Wyodrębnienie w akcie prawnym niektórych przepisów i nadanie im rangi zasad pozwala na przypisanie tym przepisom szczególnej roli do spełnienia. Ta rola to przede wszystkim wskazówka interpretacyjna. W razie wątpliwości każdy przepis ustawy powinien być interpretowany zgodnie z zasadami właściwymi dla danej ustawy”¹. Warto przy tym wskazać, iż powyższy pogląd w doktrynie jest wyraźnie zaznaczony. „Rozdział 2 działu I wskazuje zasady udzielania zamówień, tj. generalne reguły, mające szeroki zasięg oddziaływania i przenikające całe postępowanie o udzielenie zamówienia, bez względu na rodzaj zamówienia, tryb jego udzielania czy stosowanie przepisów szczególnych. W przypadku wątpliwości co do interpretacji poszczególnych przepisów prawa zamówień publicznych należy się odnosić do zasad udzielania zamówień jako elementów konstrukcyjnych postępowania”. I dalej: „Znaczenie normatywne zasad określonych w komentowanym rozdziale sprowadza się do tego, że ustawa wyraźnie wskazuje na podstawowy charakter reguł zamieszczonych w art. 7-10. Nadanie tym przepisom takiego znaczenia wywiera skutki w praktyce stosowania szczegółowych regulacji z zakresu zamówień publicznych. Naruszenie zasady prowadzi do wadliwości postępowania o udzielenie zamówienia”².

Ustawa z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020) uzupełniła brzmienie art. 7 ust. 1 ustawy PZP o dwie wprost wyrażone generalne zasady – zasadę proporcjonalności oraz przejrzystości. Zgodnie z brzmieniem art. 7 ust. 1 ustawy PZP obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości”.

Normy zawarte w art. 7 ust. 1 ustawy PZP kierowane są przede wszystkim do zamawiającego i stanowią klauzule generalne adresowane do zachowań przewidzianych w przepisach Prawa zamówień publicznych. Stanowią one także podstawę oceny prawidłowości określenia warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny: „(...) Zasada przejrzystości definiuje natomiast jasność reguł procedury przetargowej, wyznaczając przy tym środki służące weryfikacji ich prawidłowości. Zobowiązuje ona wszystkich zamawiających do jawności postępowania na każdym jego etapie. Jej celem jest redukcja możliwości popełnienia błędów przez wykonawców i zamawiających poprzez określenie jednoznacznych zasad ubiegania się o zamówienie oraz ograniczenie dowolności w ocenie ofert przez zamawiających, zapewniając tym samym pełną konkurencyjność. Zasada przejrzystości zapewnia konkurencyjność wszystkim zainteresowanym wykonawcom, a także daje możliwość kontroli prawidłowości działań zamawiającego”³.

I dalej: „(...) Jak podkreśla się w orzecznictwie TSUE, zasada przejrzystości, wypływająca z zasady równości, ma na celu zapewnienie, by wszystkie zainteresowane podmioty mogły zdecydować się na złożenie oferty na podstawie wszystkich istotnych informacji oraz wykluczenie wszelkiego ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Wymaga ona, by wszystkie warunki i zasady postępowania były zapisane w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny”⁴.

Także orzecznictwo w tym zakresie stwierdza, iż: „(...) obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Wymaga on, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, pozwolić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia”⁵.

Zamawiający przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien zachować spójność informacji ujętych w ogłoszeniach zamieszczanych na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego z ogłoszeniami przekazywanymi Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub publikowanymi w Biuletynie Zamówień Publicznych, a także z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powyższe jest bowiem odzwierciedleniem zasady przejrzystości prowadzonego postępowania, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy PZP. Ogłoszenie o zamówieniu jest bowiem obligatoryjnym etapem każdego postępowania o udzielenie zamówienia

1. J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wydanie 12, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 80.

2. S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pelczyński, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, LexisNexis 2013, Wydanie 3.

3. I. Skubiszak-Kallnowska, E. Wiktorowska, Prawo Zamówień Publicznych Komentarz, Wolters Kluwer Warszawa 2017, s. 141.

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

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

publicznego, niezależnie od zastosowanego trybu. Ten element postępowania ma za zadanie zapewnienie prawidłowej realizacji zasady równego traktowania już na samym początku postępowania, poprzez dostarczenie wszystkim potencjalnym oferentom takich samych informacji o zamówieniu i w tym samym czasie.

W analizowanym przypadku Zamawiający zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak i w SIWZ wskazał podstawy prawne wykluczenia, tj. obligatoryjne oraz fakultatywne przesłanki wykluczenia, jednakże dokonał sprzecznych zapisów w zakresie okoliczności żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających brak zaistnienia wymienionych przesłanek wykluczenia.

Biorąc zatem pod uwagę stan faktyczny sprawy należy stwierdzić, że Zamawiający przygotowując i przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, nie zachowując zasady przejrzystości, naruszył zapisy art. 7 ust. 1 ustawy PZP.

Nowelizacja ustawy – Prawo zamówień publicznych z lipca 2016 r. zasadniczo zmieniła zasady składania przez wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, brak zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania oraz spełnienie przez oferowane usługi lub dostawy wymagań stawianych przez zamawiającego. Przede wszystkim zamawiający nie żąda złożenia owych dokumentów wraz z ofertą. Z art. 25a ust. 1 ustawy wynika jednoznacznie, iż do oferty (lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert (lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Powyższy przepis wprowadza w ustawie PZP regułę wstępnego potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia oraz spełniania kryteriów selekcji przez wykonawców, które następuje w oparciu o oświadczenie własne wykonawcy (zamiast dokumentów, co miało miejsce przed nowelizacją). Oświadczenie to stanowi dowód wstępny, który zastępuje na etapie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zaświadczenia (dokumenty) wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie. Przepis ten ma charakter obligatoryjny, co oznacza, że każdy wykonawca składający ofertę lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest zobowiązany załączyć do nich stosowne oświadczenia.

W zależności od wartości zamówienia oświadczenie własne wykonawcy przyjmuje różną postać. Jeżeli wartość zamówienia przekroczy równowartości kwot z rozporządzenia wydanego na gruncie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, to wstępne oświadczenie wykonawcy przyjmie postać jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. Jeżeli wartość zamówienia nie przekroczy równowartości kwot z rozporządzenia wydanego na gruncie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, wykonawca zobowiązany będzie przekazać stosowne oświadczenia na okoliczność spełniania warunków udziału w postępowaniu i niepodlegania wykluczeniu tzw. „oświadczenia zwykłe”.

Stosowne środki dowodowe potwierdzające w szczególności spełnianie warunków udziału w postępowaniu, brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie kryteriów selekcji opisano w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten określa właściwe środki dowodowe i stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

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

Katalog dokumentów, o których mowa w powyższym przepisie określony został w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), [dalej Rozporządzeniem o dokumentach], wydanym na podstawie delegacji z art. 25 ust. 2 ustawy Pzp.

Aby zamawiający mógł dokonać oceny podmiotowej wykonawcy w oparciu o ww. środki dowodowe (oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w rozporządzeniu o dokumentach), musi określić katalog konkretnych oświadczeń lub dokumentów w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert, w zależności od wymogów stawianych dla konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (określonych warunków udziału w postępowaniu, przesłanek wykluczenia z postępowania, opisanych kryteriów selekcji). Możliwość wezwania konkretnego wykonawcy o przedłożenie stosownych środków dowodowych w postaci oświadczeń lub dokumentów wskazanych w Rozporządzeniu o dokumentach, których

katalog został przez zamawiającego wyspecyfikowany w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do składania ofert, następuje dopiero po dokonaniu wstępnej oceny podmiotowej wykonawców oraz po wskazaniu przez zamawiającego oferty ocenionej najwyżej, w oparciu o kryteria oceny ofert opisane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ.

Podkreślić należy, że wskazanie oferty najwyżej ocenionej nie jest tożsame z wyborem oferty najkorzystniejszej. Wskazanie oferty najwyżej ocenionej ma także ten cel, że konkretyzuje wykonawcę, który zostanie wezwany o złożenie środków dowodowych w formie oświadczeń lub dokumentów. Wykonawcę, który złożył ofertę najwyżej ocenioną, zamawiający, zobowiązany jest wezwać o złożenie dokumentów potwierdzających okoliczności wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. Dopiero w odpowiedzi na to wezwanie dochodzi do przedstawienia stosownych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia, ale co istotne, tylko względem jednego wykonawcy (tego, którego oferta została oceniona najwyżej).

Powyższy sposób procedowania opisują przepisy art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Art. 26 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Użycie przez ustawodawcę w art. 26 ust. 2 ustawy Pzp zwrotu „zamawiający może wezwać” oznacza tylko i wyłącznie fakultatywność określenia przez zamawiającego katalogu oświadczeń lub dokumentów z rozporządzenia o dokumentach w ogłoszeniu, specyfikacji lub zaproszeniu do składania ofert. Zatem, jeżeli zamawiający opisać wymagane oświadczenia lub dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw do wykluczenia, w ogłoszeniu, specyfikacji lub zaproszeniu do składania ofert – zobowiązany jest wezwać wykonawcę, który złożył ofertę najwyżej ocenioną o ich złożenie na gruncie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. Jeżeli zaś zamawiający nie wskaże w ogłoszeniu, specyfikacji lub zaproszeniu do składania ofert stosownych oświadczeń lub dokumentów z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp – nie ma podstaw do wezwania o ich przedłożenie, także na późniejszym etapie postępowania⁶.

Art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp stanowią, że oświadczenia lub dokumenty winny być aktualne na dzień ich złożenia i mają potwierdzać okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Oświadczenia lub dokumenty przekazywane przez wykonawcę na podstawie wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp mają stanowić potwierdzenie wstępnego domniemania o spełnieniu przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. Uznać zatem należy, że warunki udziału w postępowaniu i okoliczność niepodlegania wykluczeniu z postępowania winny być spełnione przez wykonawcę przez cały okres trwania postępowania o zamówienie publiczne, nie zaś tylko w konkretnym dniu (dniu składania ofert lub wniosków, dniu złożenia konkretnego oświadczenia lub dokumentu, etc.). Zatem oświadczenia lub dokumenty „aktualne” to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia, innymi słowy potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie, i która obecnie (w czasie teraźniejszym) występuje. Wezwanie zamawiającego o przedłożenie oświadczenia lub dokumentu implikuje odpowiedź wykonawcy, która ma być w czasie teraźniejszym prawdziwa i potwierdzać prawdziwe okoliczności – adekwatnie do całego toku postępowania⁷.

Pojęcia aktualności dokumentów nie należy utożsamiać z datą wystawienia tych dokumentów. Zamawiający, otrzymując od wykonawcy dokumenty, powinien uzyskać aktualne informacje na temat zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, którego oferta została oceniona najwyżej, a więc informacji zgodnych z istniejącym stanem faktycznym. Data wystawienia dokumentu, o ile dokument ten potwierdza istniejący stan rzeczy, nie ma zatem znaczenia dla uznania tego dokumentu przez zamawiającego za nieaktualny. Wykonawca, pozyskawszy wcześniej wskazane dokumenty, może się nimi posłużyć na wezwanie zamawiającego, o ile oczywiście pozostają aktualne – jak wskazano powyżej – nie co do daty ich wystawiania, ale co do konkretnych podmiotowych kwestii, wstępnie potwierdzonych w ramach oświadczeń złożonych wraz z ofertą lub wnioskiem.

W celu precyzyjnego wyjaśnienia tej kwestii należy wskazać na okoliczności, które pozwolą w konkretnych stanach faktycznych przesądzać, czy przedłożone przez wykonawcę oświadczenia lub dokumenty dotyczące braku podstaw do wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu są „aktualne” w świetle treści art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp.

6 <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych>

7 J. Pleróg, *Prawo zamówień...*, op. cit., s.231.

W odniesieniu do oświadczeń lub dokumentów składanych w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy PZP stwierdzić należy, że „aktualne” oświadczenia lub dokumenty potwierdzają okoliczność niepodlegania wykluczeniu na podstawie odpowiedniego przepisu z art. 24 ust. 1 lub 5 ustawy PZP w dniu złożenia go przez wykonawcę. Złożenie przez wykonawcę takiego oświadczenia lub dokumentu wskazuje, że ten stan, o którym zaświadcza dane oświadczenie lub dokument, nie uległ zmianie od dnia składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Drugorzędna jest przy tym data wystawienia oświadczenia lub dokumentu, która może wskazywać na dzień ich złożenia w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy PZP lub inny dzień wcześniejszy. W tym przypadku na uwadze mieć jednak należy terminy określone w Rozporządzeniu o dokumentach, w szczególności ustalone na gruncie §5 tego Rozporządzenia, które to terminy samodzielnie określają wstecz maksymalną „ważność” oświadczenia lub dokumentu składanego na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu z postępowania (np. na 6 miesięcy przed dniem składania i otwarcia ofert). Rozporządzenie zatem stwarza kolejne domniemanie aktualności oświadczeń lub dokumentów, wynikające wprost z terminów wskazanych w rozporządzeniu. Oznacza to zatem, że na gruncie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy PZP (a także art. 26 ust. 3 ustawy PZP) prawidłowe będzie złożenie oświadczeń lub dokumentów, wystawionych zgodnie z terminami wynikającymi z Rozporządzenia o dokumentach liczonymi wstecz od daty składania ofert (wniosków), o ile dokumenty te są nadal aktualne, tj. stan potwierdzony tymi oświadczeniami lub dokumentami nie uległ zmianie.

Art. 25a ust. 1 i 2 ustawy PZP (dotyczący obowiązku składania oświadczeń wstępnych) nie upoważnia zamawiającego do żądania przedłożenia przez wykonawców wraz z ofertą oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia na podobnej zasadzie jak miało to miejsce przed wejściem w życie ustawy nowelizacyjnej. Zamawiający nie jest uprawniony na gruncie przepisów ustawy PZP do wymagania, aby wszyscy wykonawcy wylegitymowali się stosownymi oświadczeniami lub dokumentami (środkami dowodowymi) na etapie składania ofert. Wymóg legitymowania się przez wszystkich wykonawców wymaganymi środkami dowodowymi na etapie składania ofert jest niedopuszczalny i jako taki stanowi naruszenie zasad prowadzenia postępowania.

Ustawa z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020 ze zm.) zredefiniowała pojęcie aktualności dokumentów składanych przez wykonawców w prowadzonym postępowaniu, co w warunkach tej konkretnej sprawy nabiera szczególnego znaczenia w świetle stwierdzonego stanu faktycznego.

Jak wskazuje doktryna (cyt.): „Zmiana jest wynikiem dostosowania systemu krajowego do przepisów dyrektyw 2014/24/UE oraz 2014/25/UE. Wykonawca wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertą przedkłada wstępne potwierdzenie, że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz spełnia kryteria selekcji (w trybach postępowania, w których mają one zastosowanie). To wstępne potwierdzenie przybiera postać oświadczenia wiedzy wykonawcy co do wskazanych okoliczności. Natomiast regułą jest, że jedynie wykonawca, którego oferta została oceniona najwyżej, będzie przedkładał na żądanie zamawiającego zestaw oświadczeń oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji.”⁸

„Składane dokumenty nie muszą być aktualne na dzień składania ofert, czy tym bardziej wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lecz na dzień ich składania. Natomiast potwierdzać mają okoliczności objęte oświadczeniem własnym wykonawcy, składanym wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Można z tego wywieść, że składane na wezwanie oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia w dwóch terminach: na dzień składania ofert lub wniosków oraz na dzień składania oświadczeń i dokumentów [podkreślenie kontrolujących]. Ponieważ w wielu przypadkach będzie to niemożliwe należy przyjąć, że na dzień składania ofert lub wniosków zamawiający ogranicza się tylko do badania wstępnego potwierdzenia, natomiast decydujące jest potwierdzenie na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów”.⁹

Powyższe jest szczególnie istotne w kontekście zaistniałego stanu faktycznego sprawy. Należy bowiem podkreślić że w rozpatrywanym przypadku Wykonawcy wraz z ofertą mieli obowiązek złożyć oświadczenie wstępne, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy PZP tj. potwierdzające wstępnie spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak wystąpienia podstaw wykluczenia. Poprzez powyższy fakt Wykonawcy potwierdzili więc spełnianie warunków

8. Wl. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak., Prawo Zamówień Publicznych – Komentarz, Wydanie 7, Wolters Kluwer, Warszawa 2018, s. 332.

9. J. Pleróg, Prawo zamówień..., op. cit., s.231.

udziału w postępowaniu oraz co ważniejsze brak podstaw wykluczenia konkretnie na ten moment na osi czasu tj. na dzień składania ofert.

Tak więc o tym czy dane okoliczności dotyczące warunków udziału czy braku podstaw wykluczenia pozostają aktualne od czasu złożenia oświadczenia wstępnego, potwierdzającego te okoliczności na dzień składania ofert, zostają przez wykonawcę potwierdzone poprzez złożenie środków dowodowych (oświadczeń i dokumentów) na konkretnym etapie prowadzonego postępowania tj. po dokonanej wstępnej ocenie w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia oraz po dokonaniu oceny ofert.

W tym miejscu wskazać należy, za wyrokiem KIO KD 17/18 z dnia 10.05.2018 r. „(...) Zgodnie z art. 26 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych, zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Fakultatywny charakter wezwania należy rozumieć w ten sposób, że ustalenie konieczności wezwania do uzupełnienia określonych dokumentów uzależnione jest od decyzji zamawiającego, ale decyzja w tym zakresie musi być podjęta przed wszczęciem postępowania. Z chwilą ogłoszenia o zamówieniu musi być jasne, jakich dokumentów zamawiający będzie żądał od wykonawców. Od żądania dokumentów zamawiający nie może odstąpić na późniejszym etapie – przeciwna interpretacja godziłaby w podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych – zasadę równości i równego traktowania wykonawców. Skoro Zamawiający w kontrolowanym postępowaniu określił katalog dokumentów, mających potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu, to nie może na dalszym etapie postępowania odstąpić od ich żądania (...)”.¹⁰ Pogląd ten jednogłośnie prezentowany jest również w piśmiennictwie: „To, czy zamawiający skorzysta z uprawnienia do żądania złożenia dokumentów czy nie, powinno być w sposób jednoznaczny określone w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ. Jeśli zamawiający wskaże w ogłoszeniu lub w SIWZ, że będzie żądał złożenia określonych oświadczeń lub dokumentów od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, to na etapie badania i oceny ofert nie będzie mógł odstąpić od wezwania do ich złożenia (...)”.¹¹ Reasumując, skoro Zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu dokumenty, których będzie żądał na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to powinien był ich zażądać od wykonawcy na późniejszym etapie postępowania. Brak wezwania do uzupełnienia tych dokumentów stanowi naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych.

Wskazana powyżej uchwała KIO podziela również stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w wyniku Kontroli doraźnej UZP/DKZP/KND/25/2017 z dnia 5 kwietnia 2018 r., który wskazał, iż zamawiający błędnie rozumując fakultatywność wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów poniżej tzw. progów unijnych, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy PZP lub wezwania tego wykonawcy do potwierdzenia aktualności złożonych dokumentów - naruszył przepis art. 26 ust. 2 ustawy PZP¹².

Dokonując analizy zapisów art. 26 ust. 1 i 2 ustawy PZP należy stwierdzić, że ustawodawca nadał obligatoryjny charakter wezwaniu do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów wobec wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Substytutu wezwania nie może bowiem stanowić samodzielne uznanie przez zamawiającego, że wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu lub że nie zachodzą względem niego podstawy wykluczenia, nawet w sytuacji, gdy zamawiający posiada oświadczenia i dokumenty wymagane przez rozporządzenie o dokumentach, na skutek złożenia ich przez wykonawcę wraz z ofertą. Zamawiający nie może usprawiedliwiać swojego zaniechania domniemaniem, że wykonawca i tak złożyłby te dokumenty w odpowiedzi na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy PZP, a tym samym potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Zamawiający nie ma bowiem wiedzy, czy w okresie między złożeniem oferty a wyborem najkorzystniejszej oferty w sytuacji podmiotowej wykonawcy nie nastąpiły zmiany, które skutkowałyby koniecznością wykluczenia go z postępowania.

Naruszenie zapisów art. 26 ust. 2 ustawy PZP powoduje także naruszenie zapisów art. 7 ust. 3 ustawy PZP. Zgodnie bowiem z zapisami art. 7 ust. 3 ustawy PZP zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający w toku prowadzonego postępowania pominął bowiem procedurę, do której był zobowiązany na podstawie wskazanych powyżej przepisów ustawy PZP.

10. Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.05.2018 r., sygn. akt KIO/KD 17/18

11. M. Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018, Legalis – komentarz do art.26, porównaj także z I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2017, komentarz do art. 26

12. Kontrola doraźna Prezesa UZP - UZP/DKZP/KND/25/2017 z dnia 5 kwietnia 2018 r.

Jak wskazuje doktryna (cyt.): „Naruszeniem tej zasady będzie okoliczność pominięcia procedur przewidzianych komentowaną ustawą w sytuacjach, w których był obowiązek ich zastosowania, albo takie działania zamawiającego, które, naruszając przepisy tej ustawy, mają wpływ na wynik postępowania, tzn. umowa zostaje zawarta nie z tym wykonawcą, który powinien być zostać wyłoniony zgodnie z daną procedurą.”¹³

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do przedstawienia aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust 1 ustawy PZP, w szczególności dokumentów o których mowa w § 5 pkt 2 oraz pkt 3 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, naruszył zapisy art. 7 ust. 3 w związku z art. 26 ust. 2 ustawy PZP.

Ocena postępowania: z zastrzeżeniami.

Zespół Kontrolujący:

zaakceptowano elektronicznie: Sebastian Bojar

.....
(podpis kierownika zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 01.03.2021 r.

zaakceptowano elektronicznie: Irena Zych

.....
(podpis członka zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 01.03.2021 r.

3. Stanowisko wobec zgłoszonych zastrzeżeń.

W związku z wniesieniem przez Zamawiającego (Gminę Pleszycę – Partnera w Projekcie) w dniu 23.02.2021 r. pismem nr RZŚFiZP.042.4.2020 z dnia 16.02.2021 r. Zastrzeżeń do Informacji pokontrolnej z dnia 4.02.2021r. [dalej Zastrzeżenia], dokonano analizy podniesionej w złożonych Zastrzeżeniach argumentacji zarówno w zakresie dotyczącym ustaleń co do naruszeń wskazanych przepisów ustawy PZP (punkt 2.4 Informacji pokontrolnej) jak i w zakresie ewentualnych skutków tych naruszeń w kontekście wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej (punkt 4.1 Informacji pokontrolnej). Po analizie przedłożonych Zastrzeżeń należy stwierdzić, iż Zamawiający nie wskazał żadnych okoliczności faktycznych, które mogłyby posłużyć do zakwestionowania ustaleń stwierdzonego stanu faktycznego w sprawie. Natomiast podniesiona argumentacja w zakresie prawnym (merytorycznym) nie ma związku z ustaleniami stanu faktycznego i prawnego opisanego w treści Informacji pokontrolnej.

Przechodząc do analizy przedstawionego w złożonych Zastrzeżeniach stanowiska podkreślić w pierwszej kolejności należy, iż w Informacji pokontrolnej nie podnoszono wobec Zamawiającego zarzutu dotyczącego naruszenia zapisów art. 25 ust. 1 ustawy PZP poprzez żądanie katalogu dokumentów i oświadczeń zbędnych w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, tym bardziej w zakresie katalogu dokumentów dotyczących weryfikacji obligatoryjnej przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 15 oraz fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy PZP. Niezrozumiałym jest zatem w okolicznościach faktycznych tej sprawy cel zaprezentowanej w złożonych Zastrzeżeniach (nota bene błędnej) argumentacji dotyczącej możliwości żądania, zdaniem Zamawiającego, dokumentów o których mowa w § 5 pkt 2 oraz pkt 3 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy PZP. Zaprezentowane stanowisko nie odnosi się bowiem do stwierdzonego i opisanego w treści Informacji pokontrolnej naruszenia skutkującego pomniejszeniem wydatków kwalifikowanych. Stwierdzone w ramach przeprowadzonej weryfikacji dokumentacji postępowania naruszenia związane są bowiem nie z samym katalogiem żądanych dokumentów a z niespójnością zapisów Ogłoszenia o zamówieniu oraz zapisów SIWZ w zakresie kręgu wykonawców zobowiązanych do ich przedłożenia oraz terminu ich przedłożenia a w konsekwencji zaniechaniem wezwania przez Zamawiającego wykonawcy którego ofertę oceniono najwyżej do przedłożenia przez tegoż wykonawcę aktualnych na dzień ich złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust 1 pkt 3 ustawy PZP

13. I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, Prawo Zamówień ..., op. cit., s. 144.

w warunkach tej konkretnej sprawy dokumentów o których mowa w § 5 pkt 2 oraz pkt 3 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w związku z ich złożeniem przez tego wykonawcę wraz z ofertą, zgodnie z zapisami Rozdziału VI SIWZ.

Pomimo braku polemiki w tym zakresie w złożonych Zastrzeżeniach raz jeszcze podkreślić należy, że wraz z odformalizowaniem prowadzonych postępowań (w szczególności zniesienie obowiązku składania dokumentów już z ofertą przez wszystkich uczestników prowadzonego postępowania) w sposób zasadniczy zmieniono także zasady weryfikacji wykonawców w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zasady te szczegółowo omówiono w pkt 2.4 Informacji pokontrolnej wskazując jednocześnie podstawy prawne obowiązujące w obszarze będącym przedmiotem przeprowadzonej analizy. Dodatkowego podkreślenia wymaga ciążący na Zamawiającym obowiązek potwierdzenia aktualności dokumentów w sytuacji ich ewentualnego złożenia przez wykonawcę na etapie składania ofert. Orzecznictwo np. wyrok KIO z dnia 30.04.2019r.¹⁴, wprost wskazuje cel przyjętych regulacji (cyt.): „Izba dalej wskazuje, że weryfikacja spełniania warunków udziału w postępowaniu odbywa się etapowo. Zgodnie z art. 25a ust. 1 pkt 1 p.z.p. do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zaś w oparciu o art. 25a ust. 2 p.z.p. rzeczne oświadczenie, w postępowaniach których wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p., składane jest w formie jednolitego dokumentu (dalej zwanego jako „JEDZ”). Natomiast następnie wykonawca składa, aktualne na dzień złożenia, oświadczenia lub dokumenty, potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., zgodnie z art. 26 ust. 1 p.z.p. Zatem informacje zawarte w jednolitym dokumencie stanowią wstępne potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, które winny być przez wykonawcę spełnione na dzień składania ofert, co potwierdzą dowody, składane na etapie późniejszym, które będą „aktualne na dzień złożenia”. Oznacza to, że oświadczenia i dokumenty, składane na wezwanie zamawiającego, winny oddawać stan faktyczny istniejący w momencie ich złożenia, zgodny z informacją wskazaną w JEDZ. Następnie skład orzekający wskazuje, że w obecnie obowiązującym stanie prawnym intencją ustawodawcy europejskiego, jak i krajowego, jest ocena sytuacji podmiotowej wykonawców na podstawie możliwie najbardziej aktualnych informacji, ponadto zamawiający posiada uprawnienie do weryfikowania posiadania odpowiedniej zdolności podmiotowej wykonawcy, na każdym etapie postępowania. Zgodnie z motywem 84 Preambuły Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE, „(...) Instytucje zamawiające powinny być także uprawnione do zwrócenia się w każdej chwili o całość lub część dokumentów potwierdzających, gdy uważają, że jest to niezbędne dla właściwego przebiegu postępowania (...)”, zaś w motywie 85 wskazano, iż „Istotne jest, by decyzje instytucji zamawiających opierały się na aktualnych informacjach, w szczególności jeśli chodzi o podstawy wykluczenia, z uwagi na to, że ważne zmiany mogą zachodzić dość szybko (...)”. Warto również zaznaczyć, że powyższe, jak i treść art. 59 ust. 4 wskazanej dyrektywy, znalazło odzwierciedlenie na gruncie prawa krajowego, o czym stanowi art. 26 ust. 2f p.z.p., umożliwiający zobowiązanie wykonawcy, na każdym etapie postępowania, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających, że nie podlega on wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji. W konsekwencji powyższego należy przyjąć, że zarówno ustawodawca unijny, jak i ustawodawca krajowy, odszedł od zasady, że składane dowody mają potwierdzać stan odpowiedniej zdolności podmiotowej jedynie na moment przystąpienia do postępowania – moment złożenia oferty lub wniosku. Obecnie posiadanie przez wykonawcę właściwej sytuacji podmiotowej weryfikuje się na początku postępowania, poprzez oświadczenie wstępne (art. 25a ust. 1 pkt 1 p.z.p.), zaś żąda się dowodów ją potwierdzających, aktualnych na dzień złożenia (art. 26 ust. 1 p.z.p.), nadto na każdym etapie postępowania zamawiający ma prawo wymagać zaktualizowanych dokumentów i oświadczeń (art. 26 ust. 2f p.z.p.). Wskazane przepisy, w związku ze sobą, należy zatem wyklądać nie przez pryzmat czynności zamawiającego, które siłą rzeczy zawsze będą „punktowo” sprawdzały stan faktyczny, a przez pryzmat uregulowania stanu który jest poddawany ocenie – z treści zestawionych norm wynika bowiem w sposób logiczny i spójny, że o ile weryfikacja jest „punktowa”, o tyle odbywa się ona na linii ciągłej w czasie, gdzie w każdym momencie ta weryfikacja może się odbyć. Stan spełniania warunków udziału w postępowaniu nie jest zatem stanem wyłącznie konkretnego dnia, który może się zmieniać (raz warunki mogą być spełnione, innym razem nie – wymagałoby to przyjęcia, że wykonawca posiada odpowiedni potencjał podmiotowy, bo zamawiający akurat „nie trafi” ze sprawdzeniem na moment w którym warunki nie są spełnione), a stanem ciągłym. Należy przypomnieć również, iż warunki udziału stawiane przez

14. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.04.2019r., sygn. akt KIO 685/19.

zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, stanowi ustawowy instrument mający umożliwić wybór wykonawcy, który swoimi cechami podmiotowymi gwarantuje pewność, co do rzetelnego i prawidłowego wykonania umowy w przedmiocie zamówienia publicznego. Przyjęcie wykładni o możliwości spełniania warunków w sposób „punktowy” – na dany moment, spowodowałoby, że warunek udziału w postępowaniu spełniałby wykonawca, który posiada zdolność podmiotową w sposób ciągły, jak i wykonawca, który w momencie weryfikacji spełnia warunek, a np. tydzień wcześniej rzeczony zdolności nie posiadał, tylko, że wtedy zamawiający nie wzywał go do złożenia dowodów. Zrównanie sytuacji obu wykonawców i przyjęcie, że obaj dają rękojmię należytego wykonania zamówienia, stoi w sprzeczności z zasadami naczelnymi p.z.p., wskazanymi w art. 7 ust. 1 p.z.p., zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Powyższe skutkuje przekonaniem Izby, że wykładnia celowościowa, funkcjonalna i systemowa normy odtworzonej na podstawie przywołanych przepisów – to jest z perspektywy stanu weryfikacji, nie zaś oderwanej od tego stanu czynności faktycznej złożenia dokumentów, jest interpretacją słuszną, i co więcej, jedyną dopuszczalną i nie prowadzącą do absurdalnych rezultatów. Interpretację o ciągłym charakterze stanu spełnienia warunku potwierdza a fortiori zmiana brzmienia art. 26 ust. 3 p.z.p., zgodnie z którym – w wyniku wejścia w życie ustawy z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz innych ustawy (Dz. U. 2016 poz. 1020), zwanej dalej jako „ustawa nowelizująca” – zmieniły się zasady dotyczące wykazywania, odpowiednimi środkami dowodowymi w postaci dokumentów lub oświadczeń, spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Do wejścia w życie ustawy nowelizującej dokumenty przedstawione przez wykonawców powinny potwierdzać właściwą sytuację podmiotową, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Po nowelizacji przepis nie nakłada takiego obowiązku, uzupełniane oświadczenia oraz dokumenty powinny być aktualne na dzień ich złożenia (por. np. wyrok Izby z 09.05.2017 r. sygn. akt KIO 785/17). Odejście od koncepcji weryfikacji posiadania odpowiedniej zdolności podmiotowej na dzień składania wniosków lub ofert, spowodowało również, że ustawą nowelizującą dodano uprawnienie zamawiającego do wykluczenia wykonawcy na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia – zgodnie z art. 24 ust. 12 p.z.p. W ocenie Izby w sposób zdecydowany systemowo potwierdza to, że wykonawca winien spełniać warunki udziału w postępowaniu przez cały czas trwania postępowania, a nie jedynie na określony, „punktowy”, moment ich rewizji (np. na dzień składania ofert czy wniosków, czy na dzień wykazywania środkami dowodowymi okoliczności wskazanych w art. 25 ust. 1 p.z.p.).”

Konkluzje powyższego wyroku, pozostają w pełni aktualne także w warunkach rozpatrywanej sprawy z oczywistym uwzględnieniem różnicy w zakresie wskazywanej podstawy prawnej dotyczącej wezwania do złożenia dokumentów związanej z wartością zamówienia. Skoro zatem Zamawiający na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia, korzystając z przysługującego mu uprawnienia, określił w dokumentach postępowania podmiotowe środki dowodowe jakich będzie wymagał na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia o którym mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy PZP (poza oświadczeniem wstępnym o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy PZP) Jego obligatoryjnym obowiązkiem, zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 2 ustawy PZP, była przynajmniej jednokrotna obligatoryjna weryfikacja ciągłości braku wystąpienia wskazanej powyżej podstawy wykluczenia na określonym etapie postępowania o udzielenie zamówienia tj. po dokonaniu oceny złożonych ofert i w stosunku do wykonawcy którego ofertę oceniono najwyżej. Należy bowiem podkreślić, iż substytutu wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 2 ustawy PZP nie mogło stanowić samodzielne uznanie przez Zamawiającego, że od dnia składania ofert w stosunku do wykonawcy którego ofertę oceniono najwyżej nie zaszyły przesłanki wykluczenia, pomimo, iż na dzień składania ofert wykonawca którego ofertę oceniono najwyżej potwierdził ten fakt zarówno oświadczeniem wstępnym jak i złożeniem wraz z ofertą odpowiednich dokumentów zgodnie z wymaganiami Rozdziału VI SIWZ. W świetle obowiązujących przepisów ustawy PZP Zamawiający nie miał uprawnienia do żądania złożenia środków dowodowych wraz z ofertą przez wszystkich wykonawców a weryfikacja za pomocą wymaganych środków dowodowych winna nastąpić obligatoryjnie po dokonanej ocenie ofert w stosunku do wykonawcy którego ofertę oceniono najwyżej.

Przechodząc do braku wystąpienia, zdaniem Zamawiającego, podstaw do stwierdzenia w warunkach tej sprawy nieprawidłowości indywidualnej ponownie za wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10.01.2017 r.¹⁵, przywołanego już w pkt 4. 1 Informacji pokontrolnej wskazać należy że (cyt.): „(...) naruszenie prawa unijnego lub krajowego skutkujące szkodą dla budżetu UE wiąże się z wydatkową stroną tego budżetu, a mianowicie ze sfinansowaniem lub ryzykiem sfinansowania nieuzasadnionego wydatku. W sytuacji więc, gdy z punktu widzenia przywołanego przepisu istota nieprawidłowości, o której w nim mowa, wiąże się z bezprawnym działaniem lub

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

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

Tak więc mając na uwadze wskazany powyżej obowiązek, skonfrontowano w tym konkretnym przypadku stwierdzone zaniechanie Zamawiającego z punktu widzenia jego zgodności z konkretnym wzorcem zachowania (art. 26 ust. 2 ustawy PZP) w celu ustalenia, czy doszło do jego naruszenia oraz po potwierdzeniu tego naruszenia, zastosowano odpowiednie normy konsekwencyjne uwzględniając obowiązujące przepisy tj. art. 2 pkt 36 przywołanego poniżej w treści pkt 4.1 Informacji pokontrolnej Rozporządzenia 1303/2013.

Natomiast za wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 15 kwietnia 2019 r.¹⁶, podkreślić należy że: „nieprawidłowość” ma miejsce w sytuacji, gdy wskutek naruszenia procedur doszło do powstania szkody lub mogłoby dojść do jej powstania w budżecie ogólnym UE. Możliwość powstania szkody należy rozumieć jako możliwość uszczuplenia środków unijnych. Dla uznania zatem, że doszło do powstania „nieprawidłowości” w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia nr 1303/2013 wystarczy ustalenie, że wskutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE.

Natomiast celem korekt finansowych jest spowodowanie sytuacji, w której wszystkie wydatki deklarowane do finansowania ze środków unijnych będą wydatkowane zgodnie z prawem i odpowiednimi zasadami i przepisami krajowymi oraz unijnymi. Korekta finansowa jest zatem kwotą nienależnie wypłaconą ze środków budżetu UE. Wysokość korekty finansowej jest determinowana wysokością szkody poniesionej przez dany fundusz w związku z nieprawidłowością, którą z kolei relatywizuje się do charakteru naruszenia i jego wagi."

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

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

Szkodą w interesach finansowych Unii Europejskiej jest natomiast finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, a nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa unijnego lub krajowego, w tym zasad określonych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych. Dla wystąpienia potencjalnej szkody wystarczy zatem uprawdopodobnienie możliwości jej wystąpienia. Powyższe jest kluczowe w kontekście analizy rozpatrywanej sprawy. W kontekście przywołanych bowiem powyżej przepisów dla stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej nie jest

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

koniecznym udowodnienie faktu wystąpienia takich okoliczności ale samo dopuszczenie do możliwości ich wystąpienia.

Mając na uwadze powyższe, oceny tego konkretnego przypadku dokonano przez pryzmat wszystkich stwierdzonych naruszeń w ramach przeprowadzonej procedury udzielenia zamówienia w kontekście możliwości wystąpienia potencjalnej szkody. Jak wykazano powyżej dokonując wyboru oferty z naruszeniem przepisów art. 26 ust 2 ustawy PZP Zamawiający bezsprzecznie naruszył nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Należy bowiem podkreślić, iż brak weryfikacji wykonawcy z uwzględnieniem zapisów art. 26 ust 2 ustawy PZP jest sprzeczny z dyspozycją art. 7 ust 3 ustawy PZP co potwierdza m.in. wyrok KIO z dnia 12.04.2018 r.¹⁷, zgodnie z którym (cyt.): „Brak weryfikacji wykonawcy w sposób przewidziany w przepisach ustawy P.z.p. pod kątem spełniania warunków jest także sprzeczny z dyspozycją drugiego z wymienionych przepisów, tj. art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p. Zgodnie z tym przepisem, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p. odsyła zatem do innych przepisów ustawy P.z.p., jednocześnie wyraźnie wskazując, że niezgodność procedury udzielenia zamówienia z jakimkolwiek przepisem dotyczącym procesu wyboru wykonawcy, skutkuje zakazem udzielenia zamówienia temu wykonawcy. Dowodzi tego zwłaszcza użycie w przepisie słowa „wyłącznie”, które zawęża możliwość wyboru wykonawcy jedynie do takiego, który został wybrany zgodnie z przepisami ustawy, tym samym wykluczając możliwość udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z jakimkolwiek przepisem ustawy mającym wpływ na wybór oferty”.

Jak wskazano w treści Informacji pokontrolnej (pkt 4.1) ze szkodą potencjalną mamy do czynienia wtedy, gdy właściwa instytucja, stwierdzając naruszenie, nie może z całą stanowczością, z całą pewnością, wykluczyć, że takie skutki mogły wystąpić. Zatem jeśli na podstawie konkretnych, indywidualnych okoliczności sprawy właściwa instytucja poweźmie wątpliwości co do tego, że określone naruszenie ustawy mogło skutkować ryzykiem wystąpienia nieuzasadnionego wydatku poniesionego z naruszeniem przepisów obowiązującego prawa a więc wyrządzeniem szkody w budżecie UE to absolutnie tego rodzaju wydatku nie można uznać za kwalifikowalny w całości. Zamawiający poprzez swoje zaniechanie do ryzyka takiego doprowadził nie dokonując weryfikacji podmiotowej wykonawcy którego oferta została oceniona najwyżej w sposób wymagany przepisami ustawy PZP. Złożone przez wykonawcę, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, dokumenty winny potwierdzać brak podstaw wykluczenia na dzień ich złożenia, a więc po dokonanej ocenie złożonych ofert i wyborze wykonawcy którego ofertę oceniono najwyżej. Decydującym zatem czynnikiem jest dzień złożenia odpowiedniego dokumentu na wezwanie Zamawiającego. Dokumenty te mają być bowiem aktualne na dzień ich złożenia. Jak bowiem wskazywano powyżej w treści Informacji pokontrolnej w obecnie obowiązującym stanie prawnym intencją ustawodawcy europejskiego, jak i krajowego, jest aby zamawiający dokonywał oceny sytuacji podmiotowej wykonawców na podstawie możliwie najbardziej aktualnych informacji. W warunkach tej konkretnej sprawy, uwzględniając cały jej stan faktyczny nie ulega żadnym wątpliwości, że w świetle wskazanego powyżej stanowiska, Zamawiający określonych obligatoryjnych czynności związanych z potwierdzeniem określonych okoliczności na etapie po wyborze oferty ocenionej najwyżej zaniechał. Zatem wykonawca, którego ofertę oceniono najwyżej nie potwierdził po upływie terminu składania ofert brak podstaw wykluczenia. Tym samym nie sposób bezsprzecznie wykluczyć potencjalnego negatywnego wpływu stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania.

Podobnie w przypadku stwierdzonego faktu niezgodności zapisów Ogłoszenia o zamówieniu oraz zapisów SIWZ w zakresie wymogów Zamawiającego zarówno co do kręgu wykonawców zobowiązanych do złożenia wymaganych dokumentów jak i momentu ich złożenia, które to rozbieżności potencjalnie również taki negatywny wpływ na przebieg prowadzonego postępowania mieć mogły a to ze względu zapisy Rozdziału VI SIWZ. Dodatkowe obciążenia formalne związane z przedłożeniem żądanych w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia dokumentów i oświadczeń co do zasady mają dotyczyć wyłącznie wykonawcy, którego ofertę oceniono najwyżej tj. wykonawcy, który uplasował się na najwyżej pozycji w rankingu ofert, a więc wykonawcy, który z dużą dozą prawdopodobieństwa uzyska przedmiotowe zamówienie, o ile oczywiście potwierdzi brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu przedkładając żądany przez zamawiającego katalog dokumentów potwierdzających jego wstępne oświadczenie złożone wraz z ofertą. Rozwiązanie polegające na oparciu oferty o oświadczenia wykonawcy i ich potwierdzeniu stosownymi dokumentami wyłącznie w odniesieniu do oferty najwyżej ocenionej co do zasady ma na celu doprowadzić do uproszczenia systemu w oparciu o dostępne środki poprzez zmniejszenie obciążeń formalnych będących jednym z elementów paraliżujących system udzielania zamówień. Stąd zwiększenie doniosłości oświadczenia wstępnego składanego przez wykonawcę wraz z ofertą. Konstrukcja ta zmniejsza obciążenia administracyjne ciążące na wykonawcach związane z koniecznością

17. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12.04.2018 r., sygn. akt KIO/KD 9/18.

pozyskiwania ciągle nowych dokumentów na rzecz oświadczenia wstępnego składanego pod rygorem odpowiedzialności karnej i co do zasady ma na celu odformalizowanie i uproszczenie procedury udzielania zamówień. Powyższe potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza, która w wyroku z dnia 9 marca 2017 r.¹⁸ stwierdziła m.in. iż (cyt.): „Wymaganie, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, składając wraz z ofertą dokument JEDZ jednocześnie dysponował kompletem dokumentów, potwierdzających spełnienie wymagań i brak podstaw wykluczenia nie później niż na dzień składania ofert, byłoby zaprzeczeniem celu nowelizacji ustawy, jakim było odformalizowanie i uproszczenie procedur przetargowych”.

Ponadto jak wskazywano w treści Informacji pokontrolnej zgodnie z motywem 84 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm.) (cyt.): „Wielu wykonawców, zwłaszcza MŚP, uważa, że jedną z głównych przeszkód dla ich uczestnictwa w zamówieniach publicznych są obciążenia administracyjne wynikające z konieczności przedstawienia znacznej liczby zaświadczeń lub innych dokumentów dotyczących kryteriów wykluczenia i kwalifikacji.”

Nie sposób zatem bezsprzecznie wykluczyć, iż wskazana rozbieżność, a w szczególności zapisy Rozdziału VI SIWZ obligujące wszystkich potencjalnych wykonawców do złożenia wraz z ofertą kompletu wymaganych przez Zamawiającego środków dowodowych mogły negatywnie wpłynąć na zainteresowanie potencjalnych wykonawców przedmiotowym zamówieniem.

Dokonując zindywidualizowanej, kompleksowej oceny tej konkretnej sprawy uwzględniono wszystkie okoliczności faktyczne, w tym fakt że zaniechanie przez Zamawiającego obowiązku wezwania Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów dotyczyło de facto zaniechania potwierdzenia aktualności złożonych wraz z ofertą i będących w posiadaniu Zamawiającego środków dowodowych. Uwzględniono fakt, iż przyczyną tego zaniechania były nieprawidłowości na etapie przygotowania dokumentacji przetargowej, w szczególności zapisy Rozdziału VI SIWZ, co znalazło bezpośrednie odzwierciedlenie w przypisanej kategorii nieprawidłowości oraz zastosowanej stawce procentowej pomniejszenia. Należy jednak podkreślić, iż zarówno rozbieżności zapisów dokumentacji przetargowej, nieprawidłowych zapisów Rozdziału VI SIWZ jak i wskazanego zaniechania Zamawiającego, w świetle obowiązujących przepisów nie sposób było uznać za naruszenia o charakterze czysto formalnym.

Zaprezentowana w złożonych Zastrzeżeniach argumentacja dotycząca możliwości żądania dokumentów o których mowa w § 5 pkt 2 oraz pkt 3 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy PZP nie znajduje potwierdzenia zarówno w obowiązujących przepisach prawa, utrwalonym orzecznictwie jak i stanowisku doktryny. Mając jednak na uwadze, że powyższe nie odnosi się bezpośrednio do stwierdzonego i opisanego w treści Informacji pokontrolnej naruszenia przepisów ustawy PZP argumentacji Zamawiającego w tym zakresie nie poddano merytorycznej ocenie. Natomiast wystąpienie nadużycia finansowego (kwalifikowanej formy nieprawidłowości indywidualnej) lub celowe uprzywilejowanie jednego z wykonawców nie jest, jak sugeruje Zamawiający, warunkiem sine qua non dla wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej.

Mając na uwadze powyższą argumentację Zastrzeżenia Zamawiającego odrzucono w całości.

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

W wyniku przeprowadzonej kontroli dokonano pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych.

4.1. Zamówienie publiczne: „Budowa sieci kanalizacji deszczowej - ul. Połna w Pleszycach”.

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

18. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9.03.2017 r., sygn. akt KIO 352/17.

Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006, (Dz. Urz. UE 347 z 20.12.2013, s.320, z późn. zm.), zwane dalej *Rozporządzenie ogólnym*.

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

Zatem, aby można mówić o nieprawidłowości muszą zostać spełnione kumulatywnie trzy przesłanki tj.: po pierwsze naruszenie prawa, po drugie działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego oraz po trzecie szkoda w budżecie ogólnym Unii Europejskiej [dalej *budżet UE*].

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

W zakresie pierwszej przesłanki po gruntownym zbadaniu sprawy należy uznać za udowodnione, iż Zamawiający naruszył zapisy art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 w związku z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp [pkt 2.4 Informacji pokontrolnej].

Drugim elementem pojęcia nieprawidłowości jest działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego. Zgodnie z art. 2 pkt 37 *Rozporządzenia ogólnego* przez podmiot gospodarczy rozumie się każdą osobę fizyczną lub prawną lub inny podmiot biorący udział we wdrażaniu pomocy z EFSI, z wyjątkiem państwa członkowskiego wykonującego swoje uprawnienia władzy publicznej. Bezsprzecznie Zamawiający spełnia także i tę przesłankę. Zarówno działanie jak i zaniechanie Zamawiającego zostało w tym przypadku także bezsprzecznie wykazane [pkt. 2.4 Informacji pokontrolnej].

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

Powyższe stwierdzenie znajduje swoje potwierdzenia w judykaturze zarówno krajowej, jak i europejskiej. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej TSUE) w wyroku z 14 lipca 2016 C-406/14 *Wrocław – miasto na prawach powiatu przeciwko Ministrowi Infrastruktury i Rozwoju* stwierdził¹⁹: „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.²⁰: zgodnie z którym: „Warunkiem nałożenia korekty i wydania decyzji o zwrocie środków jest wykazanie związku przyczynowego między

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

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

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.²¹ 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.²² „W świetle dotychczas przedstawianych uwag stwierdzić należy - zwłaszcza gdy ponownie odwołać się do treści art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 definiującego pojęcie „nieprawidłowości” – że naruszenie prawa unijnego lub krajowego skutkujące szkodą dla budżetu UE wiąże się z wydatkową stroną tego budżetu, a mianowicie ze sfinansowaniem lub ryzykiem sfinansowania nieuzasadnionego wydatku. W sytuacji więc, gdy z punktu widzenia przywołanego przepisu istota nieprawidłowości, o której w nim mowa, wiąże się z bezprawnym działaniem lub zaniechaniem skutkującym naruszeniem norm prawa unijnego lub krajowego, to za oczywiste uznać należy, że obowiązkiem organu krajowego jest (powinno być) skonfrontowanie wskazanego działania lub zaniechania z punktu widzenia jego zgodności z konkretnym wzorcem zachowania w celu ustalenia, czy doszło do jego naruszenia, a następnie, w razie ustalenia i potwierdzenia tego naruszenia, zastosowanie odpowiedniej normy konsekwencyjnej. W związku z tym również, że na gruncie przywołanego przepisu, prawodawca unijny operuje pojęciem „działania lub zaniechania powodującego lub mogącego spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego”, nie może budzić wątpliwości, że szkoda o której mowa w tym przepisie, nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda ta powstanie (por. wyrok NSA z dnia 19 marca 2013 r., sygn. akt II GSK 51/13). Tym samym, odstąpić od nałożenia korekty organ orzekający może wyłącznie w przypadku, jeżeli naruszenie prawa, w tym naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych, miało wyłącznie charakter formalny i nie mogło mieć wpływu na powstanie rzeczywistej czy też potencjalnej szkody, ani też na jej wysokość (por. wyrok NSA z dnia 25 kwietnia 2014 r., sygn. akt II GSK 173/13).”

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

Przechodząc do stwierdzonego naruszenia zapisów art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 w związku z art. 26 ust. 2 ustawy PZP należy stwierdzić co następuje.

Nie ulega najmniejszej wątpliwości, iż poprzez przytoczoną powyżej w pkt 2.4 Informacji pokontrolnej konstrukcję zapisów dokumentacji przetargowej dotyczącej sprzecznych zapisów co do okoliczności żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających brak zaistnienia wymienionych przesłanek wykluczenia, doszło do naruszenia zasady przejrzystości prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Jednocześnie poprzez fakt, że Zamawiający zaniechał wezwania wykonawców, do przedstawienia aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust 1 ustawy PZP, w szczególności dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 2 oraz pkt 3 Rozporządzenia o dokumentach - nie sposób bezsprzecznie wykluczyć potencjalnej możliwości finansowania nieuzasadnionego wydatku. Ze względu bowiem na stwierdzone zaniechanie Zamawiającego nie można w sposób nie budzący żadnych wątpliwości stwierdzić, iż w stosunku do Wykonawcy, którego ofertę oceniono najwyżej nie zaistniały przesłanki wykluczenia po upływie terminu składania ofert.

Nie sposób także bezsprzecznie potwierdzić, że przesłanki takie w rozpatrywanym przypadku zaistniały a wybrany Wykonawca winien zostać z postępowania wykluczony. W świetle wskazanego powyżej w pkt 2.4 Informacji pokontrolnej stanowiska, Zamawiający wymaganych prawem czynności związanych z potwierdzeniem braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania zaniechał.

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

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

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

W warunkach tej konkretnej sprawy takiego związku przyczynowo skutkowego dotyczącego możliwości sfinansowania nieuzasadnionego wydatku nie sposób wykluczyć, a to właśnie ze względu na stwierdzone zaniechanie Zamawiającego. Należy bowiem wskazać, iż dokumenty składane zamawiającemu mają być „aktualne” na dzień ich złożenia. Oznacza to, że mogły się one „zdezaktualizować” w tym znaczeniu, że pomimo prawidłowej daty ich wystawienia czyli tzw. „ważności zaświadczeń” (zgodnej z wymogami określonymi zapisami Rozporządzenia o dokumentach), przestały przedstawiać prawdziwy stan faktyczny - tzn. np. u danego wykonawcy mogły powstać zaległości z tytułu podatków lub składek na ubezpieczenia społeczne po dniu wystawienia zaświadczenia. Potwierdzenie przez wykonawcę aktualności informacji zawartych w tych dokumentach następuje poprzez fakt złożenia takiego dokumentu w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego lub poprzez wskazanie odpowiedniego dokumentu znajdującego się w posiadaniu zamawiającego. Wskazane czynności muszą nastąpić na odpowiednim etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia i mają na celu potwierdzenia informacji zawartych w oświadczeniu wstępnym.

Jak wskazywano powyżej w treści informacji pokontrolnej w warunkach tej konkretnej sprawy chodzi w szczególności o przewidywaną przez Zamawiającego przesłankę wykluczenia o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy PZP oraz o środki dowodowe, o których mowa w § 5 pkt 2 oraz pkt 3 Rozporządzenia o dokumentach. Należy bowiem wskazać, iż istotnym jest aby Zamawiający opierał się na aktualnych informacjach w szczególności jeżeli chodzi o podstawy wykluczenia z uwagi na to, że niektóre zmiany w tym zakresie, w tym szczególnie związane z brakiem podstawy wykluczenia o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy PZP mogą zachodzić szybko. Zadaniem zaś Zamawiającego nie jest domniemanie braku zaistnienia podstawy wykluczenia a podjęcie prawem przewidzianych czynności w celu weryfikacji sytuacji podmiotowej wykonawcy w tym zakresie zgodnie z przewidzianymi w ustawie PZP uregulowaniami w tym zakresie.

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

Wskazane powyżej okoliczności stanowiły podstawę do uproszczenia procedur udzielania zamówień publicznych i ich uelastycznienia oraz zmniejszenia obowiązków formalnych na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia m.in. poprzez przedstawianie przez wykonawców oświadczenia o spełnianiu warunków oraz braku podstaw wykluczenia lub oświadczenia aktualnego na dzień składania ofert w zakresie oraz terminie wskazanym przez zamawiającego oraz poprzez nałożenie obowiązku złożenia dokumentów co do zasady przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Wskazana powyżej w treści informacji pokontrolnej sprzeczność w zakresie okoliczności udokumentowania fakultatywnych podstaw wykluczenia mogła wpłynąć na spadek zainteresowania wykonawców przedmiotowym zamówieniem.

Określenie przez Zamawiającego podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, w zakresie zarówno obligatoryjnych jak i fakultatywnych przesłanek wykluczenia, nakłada na Zamawiającego bezwzględny obowiązek zweryfikowania wykonawcy w zakresie wykazania przez niego braku podstaw do wykluczenia. W związku z powyższym przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP, o ile Zamawiający do obligatoryjnych oraz fakultatywnych podstaw wykluczenia przyporządkował określone środki dowodowe, odpowiednie oświadczenia lub dokumenty przekazywane przez wykonawcę na podstawie wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy PZP mają stanowić potwierdzenie ciągłości braku podstaw wykluczenia, które to potwierdzenie w analizowanym przypadku winno być przez Zamawiającego wyegzekwowane od wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Konsekwencją rozbieżności zapisów Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ (w szczególności Rozdziału VI) było złożenie środków dowodowych wraz z ofertą oraz późniejsze zaniechanie Zamawiającego do wezwania wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej do potwierdzenia ciągłości braku wystąpienia przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy PZP.

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

Co do zasady bowiem odstąpić od sankcji można wyłącznie w przypadku, gdy naruszenie przepisów o zamówieniach miało charakter formalny i nie mogło mieć wpływu na wysokość rzeczywistej czy potencjalnej szkody. Stwierdzone w warunkach tej konkretnej sprawy naruszenie bez wątpienia nie nosi znamion naruszenia formalnego. Doprowadziło natomiast do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień określonych zapisami ustawy PZP.

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

„Szkodą w interesach finansowych UE jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, z kolei nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa wspólnotowego, w tym zasad przepisów u.p.z.p. Do oceny, czy doszło do naruszenia przepisów regulujących realizację projektu w ramach programu operacyjnego nie ma podstawowego znaczenia wystąpienie rzeczywistej szkody. Wystarczy stwierdzenie możliwości wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE”. (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 2 września 2015 r., sygn. akt. II GSK 1653/14).

Jak wskazano powyżej w treści Informacji pokontrolnej naruszenie prawa unijnego lub krajowego skutkujące szkodą dla budżetu UE, wiąże się z wydatkową stroną tego budżetu, a mianowicie ze sfinansowaniem lub ryzykiem sfinansowania nieuzasadnionego wydatku. W warunkach tej konkretnej sprawy poprzez zaniechanie Zamawiającego, bezsprzecznie doszło do ryzyka sfinansowania nieuzasadnionego wydatku. Celem zaś korekt jest przywrócenie sytuacji, gdy wszystkie wydatki deklarowane do finansowania unijnego są prawidłowe oraz, zgodne z prawem i odpowiednimi zasadami i przepisami prawa krajowego oraz unijnymi.

Reasumując, należy stwierdzić, że ww. działanie Zamawiającego mogło doprowadzić do szkody potencjalnej w budżecie UE.

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*).

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.7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 w związku z art. 26 ust. 2 ustawy PZP spełnia definicję nieprawidłowości z art. 2 pkt 36 *Rozporządzenia ogólnego*.

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

stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej w uprzednio zatwierdzonym wniosku o płatność właściwa instytucja nakłada korektę finansową (art. 24 ust. 9 pkt 2 ustawy wdrożeniowej).

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

W tym celu, na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 24 ust. 13 ustawy wdrożeniowej Minister Funduszy i Polityki Regionalnej w dniu 22 czerwca 2020 r. wydał nowe Rozporządzenie (Dz.U. z 2020 poz. 1264) zmieniające treść wydanego przez Ministra Rozwoju Rozporządzenia z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzieleniem zamówienia (Dz. U. z 2018, poz. 971) – [zwanego dalej *Rozporządzeniem*]. Rozporządzenie zmieniające wprowadza nowy załącznik dot. stawek procentowych stosowanych przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych.

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

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

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

W przedmiotowej sprawie należy stwierdzić, iż anulowanie całości wydatków kwalifikowalnych, poniesionych w ramach zamówienia opisanego w pkt. 2.4 Informacji pokontrolnej jest niewspółmierne do charakteru i wagi stwierdzonych nieprawidłowości indywidualnych, a skutki finansowe tych nieprawidłowości są pośrednie, rozproszone oraz trudne do oszacowania. W związku z tym, spełniona została przesłanka do obniżenia wartości pomniejszenia związanego ze stwierdzonymi nieprawidłowościami indywidualnymi przy zastosowaniu odpowiedniej stawki procentowej wynikającej z zapisów *Rozporządzenia*.

Zgodnie z treścią § 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 tej konkretnej sprawy najbliższą rodzajowo kategorią nieprawidłowości indywidualnej jest kategoria nieprawidłowości wymieniona w Kategorii 1: „Ogłoszenie o zamówieniu i specyfikacje istotnych warunków zamówienia” – poz. 11: „Zastosowanie: - kryteriów wykluczenia, kwalifikacji, udzielenia zamówienia (...), które nie są dyskryminacyjne w rozumieniu poprzedniego rodzaju nieprawidłowości, ale w inny sposób ograniczają dostęp dla wykonawców”. W przypadkach, w których zastosowano ograniczające kryteria/warunki/specyfikację, ale mimo to zapewniono minimalny poziom konkurencji, tj. otrzymano i przyjęto od pewnej liczby wykonawców oferty spełniające kryteria kwalifikacji - przewiduje się zastosowanie stawki procentowej w wysokości 5 %.

W związku z powyższym, obniżenie wartości pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych związanych z realizacją zamówienia „Budowa sieci kanalizacji deszczowej - ul. Polna w Pieszcach” winno nastąpić przy zastosowaniu 5 % stawki pomniejszenia.

Tym samym należy stwierdzić, że wskazana w treści niniejszej Informacji pokontrolnej nieprawidłowość indywidualna skutkuje pomniejszeniem wydatków kwalifikowalnych związanych z realizacją zamówienia pn. „Budowa sieci kanalizacji deszczowej - ul. Polna w Pieszcach” o 5% faktycznych wydatków kwalifikowalnych

wynikających z realizacji umowy nr WGPRIIT.272.0133.2020 zawartej w dniu 30.09.2020 r. o łącznej wartości 485 850,00 zł brutto.

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

5. Wynik kontroli.

Z istotnymi zastrzeżeniami.

6. Zalecenia pokontrolne.

Stwierdzona nieprawidłowość indywidualna skutkuje pomniejszeniem wydatków kwalifikowalnych związanych z realizacją zamówienia pn.: „Budowa sieci kanalizacji deszczowej - ul. Polna w Pieszycach” o 5% faktycznych wydatków kwalifikowanych wynikających z realizacji umowy nr WGPRIIT.272.0133.2020 zawartej w dniu 30.09.2020 r. z firmą: Zakład Inżynierii Sanitarnej WINSAN Lech Walkiewicz Zbigniew Warwarko Spółka Jawna z siedzibą: ul. 3 Maja 8B; 57-410 Ścinawka Średnia, o łącznej wartości 485 850,00 zł brutto.

Przygotowując wniosek o płatność i wprowadzając do SL2014 kwotę wydatków kwalifikowalnych, odpowiadającą fakturze (lub innemu dokumentowi księgowemu o równoważnej wartości dowodowej), wykazanej w Zestawieniu dokumentów i dotyczącej stwierdzonej w przedmiotowej Informacji pokontrolnej nieprawidłowości, Beneficjent zobowiązany jest do pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo.

7. Informację pokontrolną sporządzono w dwóch egzemplarzach, po jednym dla kontrolującego i kontrolowanego. Dane osobowe zawarte w niniejszej informacji pokontrolnej są chronione na podstawie ustawy z dnia 10.05.2018 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 2020 r., poz. 1913).

8. Lista załączników.

Lp.	Nazwa załącznika	
1.	Deklaracje bezstronności – egzemplarz kontrolującego	2 egzemplarze
2.	Listy sprawdzające – egzemplarz kontrolującego	4 komplety
3.	Dokumentacja postępowania	I-III tomy oraz dokumentacja elektroniczna w SL2014 i na nośnikach CD

Zespół Kontrolujący:

Ostateczna informacja pokontrolna z dnia 01.03.2021 r.

zaakceptowano elektronicznie Sebastian Bojar

(podpis kierownika zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 01.03.2021 r.

zaakceptowano elektronicznie: Irena Zych

(podpis członka zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 01.03.2021 r.

Zastępca Dyrektora
Działu
pejskich

(z upoważnienia ZWD)

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

Wrocław, dnia 01.03.2021 r.

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.