

DEFR-O-III.44.228.2021

**Informacja Pokontrolna
z kontroli projektu nr RPDS.06.02.00-02-0001/20**

1. Informacje ogólne.

1.1. Podstawa prawna kontroli:

- art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 45 ust.1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 roku o samorządzie województwa (Dz.U. z 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.).
- § 17 decyzji o dofinansowaniu.

1.2. Nazwa Jednostki Kontrolującej:

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

1.3. Skład zespołu kontrolującego:

Agnieszka Michaluk – Kierownik zespołu kontrolującego.

Sebastian Bojar – Członek zespołu kontrolującego.

1.4. Nazwa jednostki kontrolowanej:

Województwo Dolnośląskie.

Projekt realizowany przez Departament Zdrowia/Wydział Zdrowia Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego wraz z Partnerami.

Zamawiający Partner nr 1 - Dolnośląskie Centrum Chorób Płuc we Wrocławiu.

1.5. Adres jednostki kontrolowanej:

Wybrzeże Juliusza Słowackiego 12-14, 50-411 Wrocław.

1.6. Numer i nazwa projektu:

RPDS.06.02.00-02-0001/20 pn. „Poprawa dostępności i podniesienie jakości świadczeń zdrowotnych na rzecz ograniczenia zachorowalności mieszkańców regionu w związku z pojawieniem się COVID-19”.

1.7. Numer i data decyzji o dofinansowaniu:

RPDS.06.02.00-02-0001/20 z dnia 06.05.2020 r. podjęta Uchwałą Nr 2081/VI/20 Zarządu Województwa Dolnośląskiego z dnia 06.05.2020 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:

29.11.2021 r.

1.12. Zakres kontroli:

Kontrola ex-post prawidłowości udzielania zamówień.

1.12.1. Zamówienie publiczne: „Dostawa środków ochrony osobistej z listy pakietów, transportem Wykonawcy lub na jego koszt”. Z podziałem na 14 pakietów. Numer referencyjny: BZP.3810.48.2020.JU

Zamawiający Partner nr 1 - Dolnośląskie Centrum Chorób Płuc we Wrocławiu.

Nr i data ogłoszenia DUUE: 2020/S 145-356583 z dnia 29.07.2020 r.

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony.

Szacunkowa wartość zamówienia: 2 469 012,40 zł/ 578 317,85 euro.

Pakiet nr 1:

Unieważniony na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP.

Pakiet nr 2 i 3:

Wybrany Wykonawca: GREENPOL Instytut Kształtowania Środowiska Sp. z o. o., ul. St. Żeromskiego 10/4, 65-066 Zielona Góra.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą: BZP.3810.48.2020.JU (Pakiet nr 2 i 3) z dnia 09.11.2020 r.

Wartość zawartej umowy: 47 692,80 zł.

Pakiet nr 4:

Wybrany Wykonawca: J. Chodacki, A.Misztal MEDICA Sp. j. ul.Przemysłowa 4, 59-300 Lubin.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą: BZP.3810.48.2020.JU (Pakiet nr 4) z dnia 29.10.2020 r.

Wartość zawartej umowy: 344 400,00 zł.

Pakiet nr 5:

Wybrany Wykonawca: NEOMED Barbara Stańczyk, ul.Kajki 18, 05-501 Piaseczno.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą: BZP.3810.48.2020.JU (Pakiet nr 5) z dnia 13.11.2020 r.

Wartość zawartej umowy: 27 216,00 zł.

Pakiet nr 6:

Wybrany Wykonawca: NEOMED Barbara Stańczyk, ul.Kajki 18, 05-501 Piaseczno.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą: BZP.3810.48.2020.JU (Pakiet nr 6) z dnia 13.11.2020 r.

Wartość zawartej umowy: 107 740,80 zł.

Pakiet nr 7:

Unieważniony na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP.

Pakiet nr 8:

Wybrany Wykonawca: J. Chodacki, A.Misztal MEDICA Sp. j. ul.Przemysłowa 4, 59-300 Lubin.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą: BZP.3810.48.2020.JU (Pakiet nr 8) z dnia 09.11.2020 r.

Wartość zawartej umowy: 7 948,80 zł.

Pakiet nr 9:

Unieważniony na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP.

Pakiet nr 10:

Unieważniony na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP.

Pakiet nr 11:

Wybrany Wykonawca: SKAMEX Sp. z o.o. Sp.k., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą: BZP.3810.48.2020.JU (Pakiet nr 11) z dnia 13.11.2020 r.

Wartość zawartej umowy: 97 200,00 zł.

Pakiet nr 12:

Wybrany Wykonawca: SKAMEX Sp. z o.o. Sp.k., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą: BZP.3810.48.2020.JU (Pakiet nr 12) z dnia 18.11.2020 r.

Wartość zawartej umowy: 534 600,00 zł.

Aneks nr 1 z dnia 18.11.2020 r. 388 800,00 zł.

Pakiet nr 13:

Unieważniony na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP.

Pakiet nr 14:

Wybrany Wykonawca: Mieczysław Kruszelnicki, ul. Chorwacka 14/4, 51-107 Wrocław.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą: BZP.3810.48.2020.JU (Pakiet nr 14) z dnia 27.11.2020 r.

Wartość zawartej umowy: 17 245,44 zł.

1.12.2. Zamówienie publiczne: „Dostawa urządzeń z listy 2 pakietów wraz z jego uruchomieniem, przeszkoleniem w zakresie obsługi, transportem Wykonawcy lub na jego koszt”. Numer referencyjny: BZP.3810.95.2020.TP

Zamawiający Partner nr 1 - Dolnośląskie Centrum Chorób Płuc we Wrocławiu.

Nr i data ogłoszenia DUUE: 2020/S 255-640052 z dnia 31.12.2020 r.

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony.

Szacunkowa wartość zamówienia: 2 469 012,40 zł/ 578 317,85 euro.

Pakiet nr 1:

Wybrany Wykonawca: PRO-MED. Adam Pazurek, ul. J. Kochanowskiego 3, 47-400 Racibórz.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą: BZP.3810.95.2020.TP (Pakiet nr 1) z dnia 12.07.2021 r.

Wartość zawartej umowy: 149 580,00 zł.

Pakiet nr 2:

Wybrany Wykonawca: MEDIUM Sp. z o.o. ul. Puławska 45B, 05-500 Piaseczno.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą: BZP.3810.95.2020.TP (Pakiet nr 2) z dnia 08.07.2021 r.

Wartość zawartej umowy: 510 914,94 zł.

1.12.3. Zamówienie publiczne: Dostawa środków ochrony osobistej z listy pakietów w ilościach wynikających z bieżących potrzeb Zamawiającego transportem Wykonawcy lub na jego koszt.

Z podziałem na 5 pakietów. Numer referencyjny: BZP.3810.2.2021.KK

Zamawiający Partner nr 1 - Dolnośląskie Centrum Chorób Płuc we Wrocławiu.

Nr i data ogłoszenia DUUE: 2021/S 055-136023 z dnia 19.03.2021 r.

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony.

Szacunkowa wartość zamówienia: 2 469 012,40 zł/ 578 317,85 euro, w tym przedmiotowe zamówienie: 401 617,94 zł/ 94 071,14 euro.

Pakiet nr 1:

Wybrany Wykonawca: Boston Scientific Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Al. Jana Pawła II 22, 00-133 Warszawa.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą: BZP.3810.2.2021.KK (Pakiet nr 1) z dnia 27.07.2021 r.

Wartość zawartej umowy: 102 060,00 zł.

Pakiet nr 2:

Wybrany Wykonawca: J. Chodacki, A. Misztal „Medica” Spółka Jawna z siedzibą w 59-300 Lubin, ul. Przemysłowa 4A.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą: BZP.3810.2.2021.KK (Pakiet nr 2) z dnia 12.07.2021 r.

Wartość zawartej umowy: 17 269,20 zł.

Pakiet nr 3:

Wybrany Wykonawca: SKAMEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Jawna z siedzibą w ul. Częstochowska 38/52,93-121 Łódź.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą: BZP.3810.2.2021.KK (Pakiet nr 3) z dnia 12.07.2021 r.

Wartość zawartej umowy: 1 123,20 zł.

Pakiet nr 4:

Wybrany Wykonawca: ZARYS International Group sp. z o. o. sp. k. z siedzibą ul. Pod Borem 18, 41-808 Zabrze.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą: BZP.3810.2.2021.KK (Pakiet nr 4) z dnia 19.07.2021 r.

Wartość zawartej umowy: 105 408,00 zł.

Pakiet nr 5:

Wybrany Wykonawca: Mercator Medical Spółka Akcyjna z siedzibą ul. Heleny Modrzejewskiej 30, 31-327 Kraków.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą: BZP.3810.2.2021.KK (Pakiet nr 5) z dnia 12.07.2021 r.

Wartość zawartej umowy: 53 829,36 zł.

1.12.4. Zamówienie publiczne: „Dostawa urządzeń medycznych z listy pakietów wraz z ich uruchomieniem, przeszkoleniem w zakresie obsługi, transportem Wykonawcy lub na jego koszt”. Z podziałem na 8 pakietów.
BZP.3810.5.2021.JK

Zamawiający Partner nr 1 - Dolnośląskie Centrum Chorób Płuc we Wrocławiu.

Nr i data ogłoszenia DUUE: 2021/S 057-14286 z dnia 23.03.2021 r.

Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony.

Szacunkowa wartość zamówienia: 1 377 337,60 zł/ 322 614,46 euro, w tym przedmiotowe zamówienie: 269 026,55 zł/ 63 014,21 euro.

Pakiet nr 1:

Wybrany Wykonawca: MEDELA POLSKA Sp. z o.o. , 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6D.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą: BZP.3810.5.2021.JK (Pakiet nr 1) z dnia 30.06.2021 r.

Wartość zawartej umowy: 30 240,00 zł.

Pakiet nr 2:

Wybrany Wykonawca: Biameditek Sp. z o.o. , 15-620 Białystok, ul. Elewatorska 58.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą: BZP.3810.5.2021.JK (Pakiet nr 2) z dnia 01.07.2021 r.

Wartość zawartej umowy: 9 318,24 zł.

Pakiet nr 3:

Wybrany Wykonawca: Dräger Polska sp. z o.o., 02-495 Warszawa, ul. Posąg 7 Panien 1.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą: BZP.3810.5.2021.JK (Pakiet nr 3) z dnia 06.07.2021 r.

Wartość zawartej umowy: 38 552,76 zł.

Pakiet nr 4:

Wybrany Wykonawca: Biameditek Sp. z o.o. , 15-620 Białystok, ul. Elewatorska 58.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą: BZP.3810.5.2021.JK (Pakiet nr 4) z dnia 06.07.2021 r.

Wartość zawartej umowy: 19 440 zł.

Pakiet nr 5:

Wybrany Wykonawca: KREDOS - Zbigniew Kadzewicz, 10-695 Olsztyn, ul. Ks. Jerzego Popiełuszki 10/21.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą: BZP.3810.5.2021.JK (Pakiet nr 5) z dnia 01.07.2021 r.

Wartość zawartej umowy: 6 697,00 zł.

Pakiet nr 6:

Wybrany Wykonawca: Getinge Polska Sp. z o.o., 02-823 Warszawa, ul. Osmańska 14.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą: BZP.3810.5.2021.JK (Pakiet nr 6) z dnia 05.07.2021 r.

Wartość zawartej umowy: 158 674,71 zł.

Pakiet nr 7:

Unieważniono na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy PZP, cena oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Pakiet nr 8:

Wybrany Wykonawca: WAAM Sp. z o.o., 20-023 Lublin, ul. Fryderyka Chopina 41/2.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą: BZP.3810.5.2021.JK (Pakiet nr 8) z dnia 06.07.2021 r.

Wartość zawartej umowy: 47 970,00 zł.

1.12.5. Zamówienie publiczne: „Dostawa wideobronchofiberoskopu ultracienkiego z sondą radialną transportem Wykonawcy lub na jego koszt- (1 zestaw)”. Numer referencyjny: BZP.3810.6.2021.TP

Zamawiający Partner nr 1 - Dolnośląskie Centrum Chorób Płuc we Wrocławiu.

Nr i data ogłoszenia DUUE: 2021/S 055-136367 z dnia 19.03.2021 r.

Szacunkowa wartość zamówienia: 1 377 337,60 zł/ 322 614,46 euro w tym przedmiotowe zamówienie 483 415,60 zł/ 113 230,64 euro.

Wybrany Wykonawca: OLYMPUS POLSKA Sp. z o.o., ul. Wynalazek 1, 02-677 Warszawa.

Nr i data zawarcia umowy z wykonawcą: BZP.3810.6.2021.TP (wideobronchofiberoskop zestaw) z dnia 08.07.2021r.

Wartość zawartej umowy: 532 994,69 zł.

2. Ustalenia i wnioski z kontroli.

2.1. Zamówienie publiczne: „Dostawa środków ochrony osobistej z listy pakietów, transportem Wykonawcy lub na jego koszt”. Z podziałem na 14 pakietów. Numer referencyjny: BZP.3810.48.2020.JU

Zamawiający Partner nr 1 - Dolnośląskie Centrum Chorób Płuc we Wrocławiu.

Dolnośląskie Centrum Chorób Płuc we Wrocławiu – [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 2019 r. poz. 1843 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.

Zamawiający w dniu 24.07.2020 r. przekazał Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu, które zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (dalej DUUE) w dniu 29.07.2020 r. pod numerem 2020/S 145-356583 [dalej Ogłoszenie o zamówieniu].

Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia [dalej SIWZ] zamieszczono na stronie internetowej Zamawiającego <https://platformazakupowa.pl/pn/dcchp> w dniu 29.07.2020 r.

W wyniku weryfikacji dokumentacji przetargowej ustalono, że w zapisach Ogłoszenia o zamówieniu nie zamieszczono informacji w zakresie przewidywanych w ramach prowadzonego postępowania podstaw wykluczenia. Informacje w tym zakresie zostały zawarte w zapisach Rozdziału VII b (Podstawy wykluczenia) SIWZ w których Zamawiający szczegółowo wymienił obligatoryjne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12-23 ustawy PZP oraz wskazał fakultatywną przesłankę wykluczenia określoną art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy PZP.

W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia Zamawiający zapisami Rozdziału VIII a SIWZ (Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia) oraz zapisami rozdziału VI.3 (Informacje dodatkowe) Ogłoszenia o zamówieniu zażądał m.in. przedłożenia oświadczenia wymienionego w § 5 pkt 9 *Rozporządzenia 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 2020 r., poz. 1282 t.j.) [zwanego dalej *Rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów*] tj. oświadczenia wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1170). Pismami Ldz. DF/1474/2020 z dnia 15 i 20.10.2020 r. oraz Ldz. 1459-DF/2020 z dnia 19.10.2020 r. skierowanymi do Wykonawców, którzy złożyli najkorzystniejsze oferty Zamawiający, na podstawie art. 26 ust 1 ustawy PZP wezwał do przedłożenia m.in. oświadczenia wymienionego w § 5 pkt 9 *Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów*.

Z powyższego jednoznacznie wynika, iż w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, Zamawiający wskazał w dokumentacji przetargowej, a następnie zażądał złożenia oświadczenia, o którym mowa w § 5 pkt 9 *Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów*, jednocześnie nie przewidując fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy PZP z którą oświadczenie, wymienione w § 5 pkt 9 *Rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów*, wyraźnie koresponduje.

Przechodząc do wskazanego powyżej stwierdzonego stanu faktycznego dotyczącego braku zamieszczenia w Ogłoszeniu o zamówieniu informacji w zakresie podstaw wykluczenia wskazać należy, iż ogłoszenia o zamówieniu przekazywane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z zapisami art. 11 ust. 7 ustawy PZP, konstruowane są na podstawie Formularza standardowego nr 2 Ogłoszenia o zamówieniu stanowiącego załącznik

do Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11.11.2015 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającego rozporządzenie wykonawcze (UE) 842/2011 (DUUE L296 z 12.11.2015 r.) jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP.

Zgodnie natomiast z zapisami art. 41 ustawy PZP ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1, winno zawierać co najmniej informacje wymienione enumeratywnie w przywołanym przepisie, w tym m.in. warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia (pkt 7).

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 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.

Tym samym podstawowym obowiązkiem informacyjnym określonym w art. 11 w związku z art. 40 ust. 1 i 3 oraz art. 41 ustawy PZP jest opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu zawierającego wszystkie wymagane przepisami ustawy PZP elementy. Jak podkreśla się w doktrynie (cyt.): *„Publikacja ogłoszenia jest pierwszą czynnością dokonywaną przez zamawiającego na „zewnątrz” i wywołuje doniosłe skutki prawne – jest wszczęciem postępowania, a więc od tego momentu zamawiający nie może odstąpić od postępowania, jest związany zarówno przepisami ustawy, jak i kolejno postanowieniami ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia od chwili zamieszczenia jej na stronie internetowej”¹.*

Tym samym brak podstawowych elementów ogłoszenia o zamówieniu – w tym wypadku przewidywanych podstaw wykluczenia oraz odesłanie do zapisów SIWZ w tym zakresie winno stanowić wyjątek od zasady publikacji informacji określonych przepisami ustawy PZP w ogłoszeniu o zamówieniu i powinno być stosowane tylko w takim zakresie w jakim zamawiający, ze względu na obszerność informacji, nie są w stanie zmieścić wszystkich wymaganych przepisami ustawy PZP informacji w formularzu ogłoszenia, w tym również w sekcjach dedykowanych informacjom dodatkowym.

W tym miejscu należy zauważyć, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznaje zamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu odesłania do treści dokumentacji postępowania za wyjątek od zasady publikacji informacji określonych przepisem art. 41 ustawy PZP w treści ogłoszenia i wskazuje, że możliwe jest ono tylko w zakresie, w jakim zamawiający, w szczególności z uwagi na ograniczenia techniczne, a także charakter zamówienia, jego przedmiot lub wymagania organizacyjne lub funkcjonalne, nie są w stanie zamieścić wszystkich informacji wymaganych przepisami ustawy PZP w formularzu ogłoszenia, w tym również w sekcjach dedykowanych informacjom dodatkowym. W takiej sytuacji postępowanie zamawiających należy uznać za wypełnienie normy prawnej wynikającej z treści art. 41 ustawy PZP. Co równie istotne, zgodnie ze stanowiskiem Prezesa UZP, art. 41 ustawy PZP nie obliguje zamawiających, by wymagane tym przepisem informacje, a w szczególności podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia, wskazywane były w ogłoszeniu o zamówieniu poprzez przytoczenie pełnej treści art. 24 ustawy PZP oraz treści *Rozporządzenia 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). Norma przepisu art. 41 ustawy PZP w tym zakresie może zostać wypełniona również poprzez wskazanie w treści formularza ogłoszenia odpowiednich podstaw prawnych, bez przytaczania ich brzmienia. W takim przypadku przepisy ustawy PZP konstruują wymóg, zgodnie z którym zamawiający przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinien zachować spójność informacji ujętych w ogłoszeniach zamieszczanych na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego z ogłoszeniami przekazywanymi UPUE lub publikowanymi w Biuletynie Zamówień

1. Wł. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak., *Prawo Zamówień Publicznych – Komentarz*, Wydanie 7, Wolters Kluwer, Warszawa 2018, s. 449.

Publicznych, a także z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przy czym spójności tej nie narusza działanie zamawiającego, który w treści ogłoszenia o zamówieniu podaje informację np. poprzez wskazanie na podstawę prawną wykluczenia, po czym szczegółowo opisuje ją w treści SIWZ.

Skoro odesłanie do zapisów SIWZ w omawianym zakresie stanowi wyjątek od reguły przy spełnieniu określonych przesłanek, to brak podstawowych elementów ogłoszenia o zamówieniu jedynie przy odesłaniu do zapisów SIWZ stanowi naruszenie ustawy PZP w tym zakresie. Dokonując analizy zapisów Ogłoszenia o zamówieniu należy stwierdzić, iż Zamawiający nie podjął próby zadośćuczynienia zapisom art. 41 ustawy PZP przy konstrukcji treści Ogłoszenia o zamówieniu poprzez wskazanie choćby skróconego katalogu podstaw wykluczenia np. poprzez odwołanie do odpowiednich zapisów ustawy PZP.

Biorąc zatem pod uwagę stan faktyczny sprawy należy stwierdzić, że Zamawiający **naruszył zapisy art. 41 pkt 7 ustawy PZP.**

Przechodząc do analizy stwierdzonego stanu faktycznego w zakresie żądania przedłożenia oświadczenia wymienionego w § 5 pkt 9 *Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów* na wstępie wskazać należy, że znowelizowane z dniem 28 lipca 2016 r. przepisy wprowadziły do ustawy PZP dwie kategorie przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - przesłanki obligatoryjne wskazane w treści art. 24 ust. 1 ustawy PZP oraz fakultatywne określone dyspozycją art. 24 ust. 5 ustawy PZP. Dokonany podział podstaw wykluczenia na obligatoryjne i fakultatywne przesłanki wykluczenia nie oznacza, że w przypadku tych ostatnich zamawiający ma swobodę w zakresie weryfikowania i wykluczania wykonawcy z postępowania. Swoboda ta istnieje bowiem tylko na etapie przygotowywania postępowania, gdy zamawiający powinien zdecydować, czy stosuje w nim przesłanki wykluczenia opisane w art. 24 ust. 5, a jeśli tak, to które z nich.

Przepis art. 24 ust. 5 ustawy PZP ustanawia zatem katalog dodatkowych przesłanek wykluczenia, które stanowią mogą podstawę podmiotowej weryfikacji wykonawcy o ile zostaną one wskazane przez zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Na podstawie bowiem art. 24 ust. 6 ustawy PZP jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 5, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do negocjacji.

Powyższe znajduje odzwierciedlenie w przepisach szczegółowych. Zamawiający ma bowiem obowiązek wskazać zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 41 pkt 7 ustawy PZP) jak i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 5a ustawy PZP) stosowane przez niego w prowadzonym postępowaniu fakultatywne podstawy wykluczenia wybrane przez zamawiającego z zamkniętego katalogu przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 25 ust. 5 ustawy PZP.

Co szczególnie istotne w kontekście rozpatrywanej sprawy odrębnym, obligatoryjnym elementem zarówno ogłoszenia o zamówieniu (art. 41 pkt 7a ustawy PZP) jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP) jest wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

W zakresie fakultatywnych przesłanek wykluczenia, zgodnie z zapisami art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy PZP z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć m.in. wykonawcę, 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 mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

Powyższe jest szczególnie istotne z punktu widzenia uprawnień Zamawiającego w zakresie możliwości żądania od wykonawców określonego katalogu oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia. Zgodnie bowiem z zapisami art. 25 ust. 1 ustawy PZP, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Tym samym niedopuszczalne jest żądanie oświadczeń i dokumentów, którym nie można przypisać cechy niezbędności w postępowaniu. Dopiero zatem w przypadku określenia przez Zamawiającego określonych fakultatywnych przesłanek wykluczenia w ogłoszeniu i w siwz, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, na podstawie zapisów art. 26

ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wzywa wykonawcę którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia we wskazanym zakresie, przy czym zakres tego wezwania jest obwarowany zastrzeżeniem wynikającym z zapisów przywołanego powyżej art. 25 ust. 1 ustawy PZP. Tym samym w zakresie fakultatywnych podstaw wykluczenia muszą to być dokumenty faktycznie potwierdzające brak tych konkretnych fakultatywnych podstaw wykluczenia z katalogu określonego zapisami art. 24 ust. 5 ustawy PZP, które zamawiający zdecydował się zastosować w prowadzonym przez siebie postępowaniu o udzielenie zamówienia. Niedopuszczalne jest więc żądanie oświadczeń i dokumentów przekraczających ten zakres, a więc takich, którym nie można przypisać cechy niezbędności w postępowaniu. Wymóg złożenia określonego dokumentu nie może być bowiem celem samym w sobie, a brak powiązania żądanych dokumentów z konkretnymi zapisami w zakresie braku podstaw wykluczenia, wprowadza w błąd wykonawców, gdyż nie daje pewności, czym tak naprawdę będzie się kierował zamawiający dokonując oceny podmiotowej.

Powyższa teza znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w tym w szczególności w wyroku z dnia 26.03.2015 r. (KIO 511/15) w świetle którego (cyt.): „*zgodnie z art. 25 ust. 1 p.z.p. każdy żądany dokument Zamawiający jest zobowiązany odnieść do określonego w specyfikacji wymagania, w przeciwnym wypadku naraża się na zarzut żądania dokumentów z przekroczeniem upoważnienia wyznaczonego powołanym przepisem*”. Każde żądanie w zakresie dokumentów, które wykraczałoby ponad „niezbędność, należy zatem uznać za nadmierne.

W analizowanym przypadku Zamawiający w dokumentacji przetargowej (zarówno w Ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w zapisach SIWZ) nie przewidywał zastosowania fakultatywnej przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy PZP. W zakresie wymaganych środków dowodowych, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, zażądał natomiast przedłożenia oświadczenia wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1170) tj. dokumentu o którym mowa w § 5 pkt 9 *Rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów*.

Przechodząc do analizy prawidłowości żądania wskazanego powyżej dokumentu wskazać należy, że pełny katalog dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy został określony przywołanym powyżej w treści Informacji pokontrolnej *Rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów*.

Jak wskazuje doktryna,² (cyt.): „*Przedstawione w Rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia katalog dokumentów może wydawać się nieuporządkowany. Artykuł 24 p.z.p., który określa przesłanki wykluczenia, przewiduje bowiem podział na przesłanki obligatoryjne (art. 24 ust. 1) oraz fakultatywne (art. 24 ust.5). Wyżej wymieniony katalog nie zawiera natomiast takiego rozróżnienia, co może rodzić komplikacje. Porównanie art. 24 p.z.p. oraz katalogu dokumentów z § 5 r.r.d. pozwala jednak na wyciągnięcie następujących wniosków.*

W odniesieniu do obligatoryjnych przesłanek wykluczenia dokumentami, jakich może żądać zamawiający są:
(...) – *wobec wykonawcy, względem którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca 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. 1 pkt 15 p.z.p.) – oświadczenie wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczeniem podatków. Opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne albo – w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji – dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności (§ 5 pkt 5 r.r.d.).*

(...) *Na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia w oparciu o fakultatywne przesłanki wykluczenia zamawiający może żądać:*

(...) – *wobec wykonawcy, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub*

2. Irena Skubiszak-Kalinowska, Ewa Wiktorowska, Prawo Zamówień Publicznych Komentarz, Wolters Kluwer Warszawa 2017, s. 410-413.

grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności (art. 24 ust. 5 pkt 8 p.z.p.) – aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z organem podatkowym (§ 5 pkt 2 r.r.d.), aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że nie zalega, albo innego dokumentu potwierdzającego, że zawarł porozumienie (§ 5 pkt 3 r.r.d.), oraz oświadczenia wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie o podatkach i opłatach lokalnych (§ 5 pkt 9 r.r.d.).”

Wskazana powyżej prawidłowość znajduje potwierdzenie także w kontrolach przeprowadzanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. I tak np. w wynikach kontroli uprzedniej nr UZP/DKUE/KU/94/16³ stwierdzono m.in. (cyt.): „(...) Ze względu na fakt, iż wymagane przez zamawiającego zaświadczenia z Urzędu Skarbowego oraz właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS nie są dokumentami potwierdzającymi niepodleganie wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12-23 ustawy Pzp oraz z art. 24 ust 5 pkt 1-ustawy Pzp, postawiony przez zamawiającego wymóg przedłożenia ww. dokumentów stanowi naruszenie art. 25 ust 1 ustawy Pzp. Żądanie złożenia ich przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona stanowi jednocześnie naruszenie art. 26 ust 1 ustawy Pzp”.

Podobnie w wynikach kontroli uprzedniej nr UZP/DKUE/KU/3/17⁴ stwierdzono m.in. (cyt.): „(...) Należy wskazać, iż zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

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

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

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

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

Powyższe stanowisko znajduje także potwierdzenie w orzecznictwie. Zgodnie bowiem z Uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20.04.2017 r.⁵ (cyt.): „Dokumenty, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy zostały określone w ww. rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów. Przepis § 5 rozporządzenia zawiera enumeratywny katalog dokumentów, jakich zamawiający może żądać w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, który w punkcie 2 i 3 nawiązuje do brzmienia art. 24 ust 5 pkt 8 ustawy Pzp, natomiast w § 5 punkcie 5 nawiązuje do brzmienia art. 24 ust 1 pkt 15 ustawy Pzp. Mając powyższe na uwadze Izba nie podzieliła poglądów Zamawiającego, iż przytoczony powyżej przepis § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia „dotyczy zarówno przesłanki obowiązkowej z art. 24 ust. 1 pkt 15 PZP oraz przesłanki tzw. fakultatywnej z art. 24 ust. 5 pkt 8 PZP”.

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

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

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

I dalej (cyt.): „Treść § 5 rozporządzenia wskazuje zamknięty katalog dokumentów, jakie mogą być żądane przez zamawiającego od wykonawców w celu potwierdzenia braku poszczególnych przesłanek wykluczenia z postępowania, zarówno określonych w art. 24 ust 1 ustawy Pzp, jak również fakultatywnych określonych w art. 24 ust 5 ustawy Pzp. Przytoczony przez zamawiającego fragment przepisu § 5 rozporządzenia „zamawiający może żądać następujących dokumentów” oznacza zakaz żądania przez zamawiającego od wykonawców dokumentów innych niż wyszczególnione w tym przepisie w celu potwierdzenia przez wykonawców braku konkretnych przesłanek wykluczenia.

Jednocześnie należało zauważyć, że przepis § 5 rozporządzenia, w stosunku do tych z dokumentów, w których opisie ustawodawca nie zamieścił wskazania konkretnej przesłanki wykluczenia, nie uprawnia zamawiającego do żądania tego rodzaju dokumentów w celu potwierdzenia braku innych przesłanek wykluczenia niż zamawiający jest w stanie stwierdzić w oparciu o informacje zawarte w treści tych dokumentów.

Żądanie przez zamawiającego dokumentu, którego treść nie zawiera takiego rodzaju informacji o wykonawcy, jakie są wymagane w celu potwierdzenia braku istnienia konkretnej podstawy wykluczenia z postępowania jest niezgodne z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na żądanie dokumentu zbędnego do przeprowadzenia postępowania.

Odnosząc powyższe do stanu ustalonego w wyniku kontroli przedmiotowego postępowania należało stwierdzić, iż Zamawiający w celu potwierdzenia braku istnienia obligatoryjnej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp uprawniony był jedynie do żądania dokumentów określonych w § 5 pkt 5 rozporządzenia, tj. oświadczenia wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji - dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy, wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności. Nie mniej, jako jedyny dokument przewidziany w rozporządzeniu pozwalający zamawiającemu na dokonanie weryfikacji wykonawcy pod kątem ww. przesłanki wykluczenia (i tylko tej przesłanki) został wskazany w § 5 pkt 5 rozporządzenia, którego treść wyraźnie koresponduje z art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, tj.: „oświadczenie wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo - w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji - dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności.

Powyższe oznacza, że inne niż wynikające z art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp naruszenie obowiązku dotyczącego płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne może być przesłanką wykluczenia wykonawcy z postępowania o ile zamawiający wyraźnie ją wyartykułuje w dokumentacji przetargu - jako przesłankę fakultatywną, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp.

Bezsprzecznie dokumenty, wymienione w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia nie wymagają zawarcia informacji o wydaniu prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu przez wykonawcę z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne - co oznacza, iż na ich podstawie zamawiający nie jest w stanie stwierdzić istnienia lub braku istnienia przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp.

Na podstawie ww. dokumentów zamawiający ma jedynie możliwość weryfikacji, czy:

- wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, ewentualnie, czy 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,

- wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, ewentualnie, czy zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub

grzywnami, w szczególności uzyskać przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Tym samym ww. dokumenty są jedynie nośnikami informacji m.in. w zakresie terminowego wywiązywania się przez wykonawcę z ciążących na nim zobowiązań podatkowych lub zobowiązań powstałych z tytułu płatności składek na ubezpieczenie społeczne, lecz nie potwierdzają, że wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, gdyż nie wynika z nich, że wobec wykonawcy wydano, lub nie - prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

Treść przepisu § 5 pkt 5 rozporządzenia jest jasna i jednoznacznie nawiązuje do przesłanki obligatoryjnej wykluczenia ustanowionej w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp i zgodnie z zasadą *clara non sunt iterpretanda* - nie wymaga zatem sięgania po inne, pozajęzykowe metody wykładni.

Nie ma również podstaw łączenia obligatoryjnej przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp z fakultatywną przesłanką z art. 24 ust. 5 pkt 8 tej ustawy polegających na związaniu obu powyższych przesłanek z zaległościami w płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z treścią i celem, jakim jest potwierdzenie istnienia lub braku zaległości z tytułu płatności podatków oraz składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne w wystawianych zaświadczeniach przez właściwe urzędy.

W odniesieniu do powyższego należało przyjąć, iż sam fakt istnienia zaległości z tytułu niewywiązywania się z obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne przez wykonawcę, wobec którego nie wydano prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne - nie skutkuje sankcją wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp. Zamawiający chcąc ograniczyć możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawcom będącym w powyżej opisanej sytuacji (zaległości niepotwierdzonych wyrokiem sądu lub z braku ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne) - jest uprawniony do ustanowienia w SIWZ fakultatywnej przesłanki wykluczenia na podstawie art. 25 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp.

Dopiero w przypadku zastosowania ww. przesłanki fakultatywnej zamawiający ma obowiązek żądać od wykonawców środków dowodowych, którymi na gruncie obecnie obowiązującego prawa są dokumenty, określone w § 5 pkt 2 i 3 rozporządzenia. W niniejszej sprawie sytuacja taka nie miała miejsca."

Jakkolwiek przytoczone powyżej wyniki kontroli, ze względu na stan faktyczny poddanych weryfikacji postępowań, nie odnoszą się wprost do dokumentu o którym mowa § 5 pkt 9 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów to jednak wskazane i szeroko omówione zasady znajdują przez analogię zastosowanie także w warunkach rozpatrywanej sprawy.

Wskazać bowiem w tym miejscu należy, że Urząd Zamówień Publicznych opracował wzorcowe zestawienie oświadczeń i dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia dla postępowań, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne udostępnione na stronie www.uzp.gov.pl⁶. Upublicznione opracowanie w sposób jednoznaczny i niepodlegający wątpliwości wskazuje, że oświadczenie o którym mowa § 5 pkt 9 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jest jednym z trzech dokumentów jakich może żądać zamawiający w postępowaniach powyżej progów unijnych, na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia o których mowa w art. 24 ust 5 pkt 8 ustawy PZP.

W warunkach rozpatrywanej sprawy Zamawiający mógł zatem żądać oświadczenia z § 5 pkt 9 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów tylko i wyłącznie na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, przy czym *conditio sine qua non* jest w tym wypadku uprzednie wskazanie w treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz w zapisach SIWZ przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt. 8 ustawy PZP, z którą to przesłanką dokument ten koresponduje.

Jak bowiem wskazano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w tym w szczególności wyroku z dnia 26.03.2015 r. (KIO 511/15), (cyt.): „zgodnie z art. 25 ust. 1 p.z.p. każdy żądany dokument Zamawiający jest

6 <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/wzorcowe-dokumenty/wzory-oswiadczen-i-dokumentow-z-zakresu-znowelizowanych-przepisow-ustawy-pzp>

zobowiązany odnieść do określonego w specyfikacji wymagania, w przeciwnym wypadku naraża się na zarzut żądania dokumentów z przekroczeniem upoważnienia wyznaczonego powołanym przepisem".

Podobnie w wynikach kontroli uprzedniej nr UZP/DKUE/KU/3/17⁷ stwierdzono m.in. (cyt.): „(...) Należy wskazać, iż zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

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

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

Reasumując wskazać należy, że poprzez swoje działania Zamawiający doprowadził do naruszenia **zapisów art. 25 ust 1 ustawy PZP** poprzez żądanie dokumentu, który nie był niezbędny do przeprowadzenia postępowania.

Analiza dokumentacji przetargowej wykazała ponadto, iż w wyniku przeprowadzonego postępowania, w zakresie Pakietu nr 12, Zamawiający zawarł z firmą SKAMEX Sp. z o.o. Sp.k., ul. Częstochowska 38/52, 93-121 Łódź [dalej Wykonawca], umowę nr BZP.3810.48.2020.JU z dnia 18.11.2020 r. [dalej Umowa] na dostawę środków ochrony osobistej o łącznej wartości 534 600,00 zł, obejmującą dostawę rękawiczek w następujących wartościach:

- 1) rozmiar S w ilości 100 000 sztuk (0,97 zł/szt.),
- 2) rozmiar M w ilości 150 000 sztuk (1,94 zł/szt.),
- 3) rozmiar L w ilości 150 000 sztuk (0,972 zł/szt.).

W tym samym dniu tj. 18.11.2020r. zawarto Aneks nr 1 [dalej zwanym Aneksem] do umowy nr BZP.3810.48.2020.JU z dnia 18.11.2020 r. zmieniający zarówno łączną wartość dostawy na kwotę 388 800,00 zł oraz zmieniający ilościowo i rzeczowo zakres tej dostawy obejmujący po Aneksie dostawę rękawiczek w następujących wartościach:

- 1) rozmiar S w ilości 100 000 sztuk (0,972 zł/szt.)
- 2) rozmiar L w ilości 250 000 sztuk (0,972 zł/szt.)
- 3) rozmiar XL w ilości 50 000 sztuk (0,972 zł/szt.)

Przedmiotowym Aneksem zrezygnowano z dostawy rękawic o rozmiarze M w ilości 150 000 szt. (1,94zł/szt.), dodano dodatkowo 100 000 szt. rękawic o rozmiarze L (0,972 zł/szt.) w stosunku do pierwotnego zakresu przedmiotu zamówienia w tej części oraz wprowadzono dodatkowo dostawę 50 000 szt. rękawic o rozmiarze XL (0,972 zł/szt.), których pierwotny opis przedmiotu zamówienia nie obejmował.

Analiza zapisów dokumentacji przetargowej w zakresie przewidywanych możliwości zmian zawartej umowy wykazała, iż Zamawiający w zapisach sekcji III.2.2 Ogłoszenia o zamówieniu (ze zmianami) oraz w zapisach § 11 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ przewidywał następujące możliwości zmiany zapisów zawartej umowy:

- numeru katalogowego/kodu towaru będącego przedmiotem umowy w przypadku zmiany numeru katalogowego/kodu,
- obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zaistnienia okoliczności mających wpływ na obniżenie wynagrodzenia,
- wycofania ze sprzedaży niektórych oferowanych towarów przedmiotu umowy - zmiana na towar o parametrach lepszych lub równoważnych technicznie z wycofanymi bez zmiany wynagrodzenia;
- zmiany terminu wykonania (czasu trwania) umowy w przypadku zaistnienia okoliczności leżących po stronie Zamawiającego mających wpływ na wydłużenie czasu koniecznego do wykonania czynności będących przedmiotem niniejszej umowy,

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

- zmiany terminu wykonania (czasu trwania) umowy w przypadku zaistnienia siły wyższej lub innych okoliczności niezależnych od Wykonawcy lub których Wykonawca przy dołożeniu należytej staranności nie był w stanie uniknąć albo przewidzieć,
- zmiany terminu wykonania (czasu trwania) umowy w przypadku, w którym termin realizacji umowy uzależniony jest od realizacji przez zamawiającego przedsięwzięcia niezbędnego do należytego wykonania przedmiotu umowy, którego nie dało się przewidzieć na etapie zawarcia umowy, termin realizacji umowy może ulec zmianie o okres konieczny do realizacji tego przedsięwzięcia,
- zmian technologicznych – o ile są korzystne dla Zamawiającego, pod warunkiem, że są spowodowane następującymi okolicznościami:
 - pojawienie się na rynku materiałów lub towaru nowszej generacji pozwalających na zaoszczędzenie kosztów realizacji przedmiotu umowy lub kosztów eksploatacji wykonanego przedmiotu umowy, lub umożliwiające uzyskanie lepszej jakości przedmiotu umowy,
 - zaistnienia innych okoliczności prawnych, ekonomicznych lub technicznych, skutkujących niemożliwością wykonania lub należytego wykonania umowy zgodnie z jej postanowieniami.
- zmiany danych stron (m.in. siedziby, adresu, nazwy);
- omyłek pisarskich lub błędów rachunkowych;
- zmiany stawki podatku VAT, w przypadku urzędowej zmiany stawki podatku VAT.

Uwzględniając zatem wskazany powyżej stan faktyczny w sprawie, dokonano oceny wprowadzonych zapisami Aneksu zmian w stosunku do zapisów zawartej pierwotnie Umowy w kontekście odpowiednich uregulowań ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

W pierwszej kolejności podkreślić należy, iż 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 tych zasad 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”*⁸. 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”*⁹.

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 (cyt.): *„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 przestrzegania zasady równego traktowania oraz zasady przejrzystości.

Odzwierciedleniem wskazanych powyżej zasad udzielania zamówień w zakresie ewentualnych zmian postanowień zawartej umowy są regulacje art. 144 ustawy PZP. Zgodnie z ust. 1 wskazanego przepisu zakazuje się zmian

⁸ J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wydanie 12, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 80.

⁹ S. Babiarczyk, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pelczyński, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, LexisNexis 2013, Wydanie 3.

postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

1) zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian;

2) zmiany dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki:

a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego,

b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego,

c) wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej;

3) zostały spełnione łącznie następujące warunki:

a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,

b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej;

4) wykonawcę, któremu zamawiający udzielił zamówienia, ma zastąpić nowy wykonawca:

a) na podstawie postanowień umownych, o których mowa w pkt 1,

b) w wyniku połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy,

c) w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców;

5) zmiany, niezależnie od ich wartości, nie są istotne w rozumieniu ust. 1e;

6) łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane - jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

W świetle przepisów dotyczących zamówień publicznych, co do zasady, umowy w sprawie zamówienia publicznego określające proces ich realizacji, z zastrzeżeniem określonych wyjątków, nie mogą podlegać modyfikacjom. Stanowią bowiem efekt przeprowadzenia sformalizowanego postępowania, w wyniku którego dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o określone warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert. Dobrowolność zmiany postanowień tak zawartych umów w okolicznościach, gdy wybór wykonawcy, zakres świadczenia, a także warunki realizacji umowy podlegały określonym rygorom na etapie postępowania, stoi w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych. Stąd też, dyspozycja art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadza generalną zasadę niezmienności umów w sprawie zamówień publicznych, formułując jednocześnie katalog okoliczności, w których po spełnieniu określonych warunków zmiana umowy jest dopuszczalna. Potwierdza to stanowisko doktryny, która wskazuje (cyt.): „*Umowa w zamówieniach publicznych, co do zasady, nie może być zmieniana. Jest ona bowiem efektem określonych procedur, w wyniku których wybrano najkorzystniejszą ofertę. Dopuszczenie dowolnych zmian w umowie o zamówienie publiczne niweczyłoby zupełnie cel ustawy i sens prowadzenia tych procedur. Oznaczałoby całkowity rozdzwinek pomiędzy postępowaniem i ustalonymi w nim warunkami, a zobowiązaniem stron wynikającym z treści umowy. Można stwierdzić, iż zarówno wybór wykonawcy, jak i zakres jego zadań oraz zakres obowiązków zamawiającego nie byłby w żaden sposób wiążący, gdyby w umowie o zamówienie publiczne można było dokonywać dowolnych zmian*”.¹⁰

W związku z tym, że realizacja terminowych zamierzeń inwestycyjnych podlega zmiennym czynnikom zewnętrznym o charakterze prawnym, społecznym i politycznym, w zróżnicowanych okolicznościach rynkowych (ceny materiałów, koszty pracownice, stawki podatków, ceny surowców, paliw, itd.), Ustawodawca dopuścił możliwość dokonania zmian treści umów o udzielenie zamówienia publicznego przy spełnieniu określonych

¹⁰ J. Pieróg, Prawo zamówień..., op. cit., s. 646.

ustawowych warunków. Pierwszym z nich jest warunek przewidzenia takich zmian na etapie przygotowania postępowania i uwzględnienia ich szczegółowych okoliczności w dokumentacji przetargowej, tak aby wszyscy wykonawcy mogli się z nimi zapoznać na równych zasadach w momencie wszczęcia postępowania. Założenia te znalazły odzwierciedlenie w treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, zgodnie z którym strony stosunku prawnego wynikającego z przyjętego zobowiązania do wykonania zamówienia publicznego mają możliwość wprowadzenia zmian do umowy jedynie w oparciu o jednoznaczne postanowienia przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, określające zakres ewentualnych modyfikacji, ich charakter oraz sposób realizacji zmian. Ponadto warunkiem zastosowania art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, jest określenie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokładnych i precyzyjnych postanowień umownych. Działania te zasadniczo już na etapie, w którym potencjalni oferenci decydują o udziale w postępowaniu, a także w toku realizacji zamówienia, ograniczają i minimalizują wątpliwości co do zakresu ewentualnych zmian umowy, przesłanek ich wprowadzenia, a także warunków na jakich zostaną one zrealizowane. Uwzględniając powyższe, każdy z zainteresowanych podmiotów na równych zasadach będzie mógł ocenić przyszłe warunki realizacji zamówienia publicznego, oszacować ryzyka związane z tym procesem, a w konsekwencji przygotować ofertę na określonym poziomie cenowym.

Analizując przesłanki umożliwiające dokonanie zmian w zapisach umowy określone w przepisach art. 144 ust.1 ustawy PZP i posiłkując się wypracowanym i ugruntowanym na gruncie ustawy PZP stanowiskiem doktryny wskazać należy, że (cyt.): „*Pierwsza z podstaw zmiany umowy uregulowana na gruncie art. 144 ust. 1 to takie zmiany umowy, które zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ (art. 144 ust. 1 pkt 1). W tym zakresie Prawo zamówień publicznych implementuje do prawa polskiego postanowienia art. 79 ust. 1 lit. a dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 89 ust. 1 lit. a dyrektywy 2014/25/UE które wyrażają normę prawną, w myśl której zamówienia i umowy ramowe można modyfikować bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia, gdy modyfikacje, niezależnie od ich wartości pieniężnej, zostały przewidziane w pierwotnych dokumentach zamówienia w jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzulach przeglądowych, które mogą obejmować klauzule zmiany ceny lub opcje. W dalszej części przywołane przepisy dyrektyw zastrzegają, że tego rodzaju klauzule muszą podawać zakres i charakter możliwych modyfikacji lub opcji, a także warunki, na jakich można je stosować, a zarazem nie mogą przewidywać modyfikacji ani opcji, które zmieniłyby ogólny charakter umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej. Wprowadzenie możliwości dokonywania tego rodzaju zmian umów uzasadniają motyw (111) preambuły do dyrektywy 2014/24/UE oraz motyw (117) preambuły do dyrektywy 2014/25/UE, stanowiąc, że: „Instytucje zamawiające powinny mieć możliwość, w odniesieniu do poszczególnych zamówień, przewidzenia modyfikacji zamówienia w drodze klauzul przeglądowych lub klauzul dotyczących opcji, jednak klauzule takie nie powinny dawać im nieograniczonej swobody decyzyjnej (...)*”.

I dalej (cyt.): „*Uprawnienie do dokonywania zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 wymaga skonstruowania odpowiedniego postanowienia umownego lub zapisu w ogłoszeniu o zamówieniu. De iure podstawą zmiany umowy jest zatem odpowiednio dokonana czynność prawna zamawiającego, art. 144 ust. 1 pkt 1 wyznacza zaś treść takiej czynności prawnej, tak aby lege artis skutecznie mogła ona stać się podstawą zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Omawiany przepis uzależnia możliwość dokonania zmiany umowy od spełnienia następujących przesłanek:*

1) *przyszłe zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zasady wprowadzania zmian umowy muszą zostać przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Konieczność zamieszczenia informacji w tej sprawie w tych właśnie dokumentach wynika z faktu, iż gwarantują one dostępność informacji w sprawie przyszłych zasad dokonywania ewentualnych zmian umowy dla wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Reguły, wedle których będzie modyfikowana umowa stanowią ważną informację dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i każdy z potencjalnie zainteresowanych powinien mieć taki sam dostęp do wiedzy w tym zakresie. Sposób zredagowania art. 144 ust. 1 pkt 1 nie pozostawia wątpliwości, iż stosowne postanowienia ogłoszenia lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia muszą zawierać kompletne postanowienia w sprawie zmiany umowy. Wskazuje na to jednoznacznie część przepisu mówiąca o zmianach przewidzianych w postaci*

jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, charakter oraz warunki wprowadzenia zmian.”¹¹

Powyższe potwierdza także stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych udostępnione na stronie www.uzp.gov.pl, zgodnie z którym (cyt.): „*Podkreślić należy, iż zbyt ogólne sformułowanie zakresu i warunków zmian w postanowieniach umownych wyklucza możliwość skorzystania przez strony umowy z normy zawartej w treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Prawo do dokonania modyfikacji w świetle powyższego przepisu przysługuje jedynie w przypadku precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę umowy oraz dokładnego określenia modyfikacji, które nastąpią w przypadku wystąpienia wskazanych okoliczności. Tytułem przykładu należy wskazać, iż klauzula umowna dopuszczająca zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych w zakresie wynagrodzenia czy terminu realizacji zamówienia z uwagi na duże opady atmosferyczne, nie spełnia wymagań określonych w przepisie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Chcąc skorzystać z możliwości zmiany umowy w oparciu o wskazaną podstawę prawną, zamawiający powinien we wzorze umowy sprecyzować dokładnie, o jakie opady atmosferyczne chodzi, tj. deszczu, śniegu, gradu, w jakich wielkościach (np. milimetry, centymetry słupa wody), przez jaki okres powinny występować (np. ilość dni) czy też poprzez dokładne określenie ich skutków. Umowa powinna precyzyjnie określać konsekwencje wskazanych wydarzeń, np. zmianę terminu realizacji (w dniach, tygodniach, miesiącach), modyfikację dotychczasowego harmonogramu prac (np. przestawienie kolejności poszczególnych robót), zmianę wynagrodzenia (wysokości czy sposobu dokonywania płatności).*”¹²

Dodatkowo w przytoczonej opinii UZP zalecono, aby umowa określała konsekwencje wskazanych wydarzeń, np. zmianę terminu realizacji (w dniach, tygodniach, miesiącach), modyfikację dotychczasowego harmonogramu prac (np. przestawienie kolejności poszczególnych robót), zmianę wynagrodzenia (wysokość czy sposobu dokonywania płatności).

Wskazane powyżej poglądy dotyczące sposobu uregulowania w dokumentacji przetargowej przewidywanych zmian umowy są ugruntowane w doktrynie. I tak np. (cyt.): „*Ustawodawca wprost nakazał w przypadku przewidywania okoliczności zmian umowy, aby:*

- 1) zapisy do nich się odnoszące miały charakter jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień*
- 2) zapisy określały charakter, a przede wszystkim zakres możliwych zmian, jak również warunki (zasady) na jakich można je wprowadzić w szczególności dotyczy to ustalenia mechanizmu zmiany wynagrodzenia i terminu wykonania umowy.*”¹³

I dalej (cyt.): „*Dopuszczalność zastrzeżenia klauzuli renegocjacyjnej lub automatycznego dostosowania umowy do zmieniających się warunków rynkowych, zwłaszcza klauzuli zmiany wysokości ustalonego wynagrodzenia w obrocie powszechnym wynika bezpośrednio ze swobody kontraktowej. Pewne ograniczenie tej swobody wprowadza jednak art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp, wyznaczając szczególne uwarunkowania dla tego rodzaju zastrzeżenia umownego. Wymaga on mianowicie, aby zmiany zostały przewidziane z góry w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres (przedmiot), w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian. Uchybienie powyższym wymaganiom spowoduje bezskuteczność zastrzeżonej odmiennie klauzuli, a w dalszej perspektywie uzasadni możliwość ewentualnego unieważnienia bezprawnej zmiany umowy na podstawie art. 144 ust. 2 Pzp. Poza warunkami niezbędnej korekty ceny (wynagrodzenia) uzasadnionej wzrostem popytu, inflacją lub innym zjawiskiem rynkowym – przedmiotem klauzul renegocjacyjnych może być modyfikacja ustalonego rozkładu ryzyka kontraktowego (np. objęcie skutków określonego zdarzenia losowego finansowaniem zamawiającego) albo zmiana parametrów lub innych właściwości zamówionego urządzenia (dzieła) celem dostosowania ich do oczekiwanego wzrostu postępu technicznego lub innych spodziewanych okoliczności.*”¹⁴

Jak wskazano powyżej w treści Informacji pokontrolnej przedmiotowym Aneksem zrezygnowano z dostawy rękawic o rozmiarze M w ilości 150 000 szt. (1,94zł/szt.). Wskazany asortyment o wartości 291 600 zł, stanowił około 54,55% łącznej wartości zawartej Umowy. Ponadto dodano dodatkowo 100 000 szt. rękawic o rozmiarze L

11. Wł. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak., Prawo Zamówień..., op. cit., s. 1177 i następne.

12. Zob. <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/zmiany-umowy-w-sprawie-zamowienia-publicznego>

13. Skubisak-Kalinowska, E. Wiktorowska, Prawo Zamówień..., op. cit., s. 1144.

14. R. Szostak, Umowy o zamówienia publiczne w zarysie, Urząd Zamówień Publicznych 2018, s. 200 i następne.

(0,972 zł/szt.) w stosunku do pierwotnego zakresu przedmiotu zamówienia przewidywanego w tej części asortymentu oraz wprowadzono dodatkowo dostawę 50 000 szt. rękawic o rozmiarze XL (0,972 zł/szt.), których pierwotny opis przedmiotu zamówienia nie obejmował. Łączna wartość zmian tych dwu części asortymentowych wyniosła około 145 800,00 zł co stanowi 27,28 % wartości pierwotnie zawartej Umowy w tym zakresie.

Zamawiający w zapisach dokumentacji przetargowej nie przewidywał możliwości dokonywania zmian w zakresie ilościowej dostawy poszczególnych elementów składających się na przedmiot zamówienia np. poprzez możliwość dokonywania zamiany ilościowej w ramach dokonywanej dostawy konkretnych rozmiarów zamawianych rękawiczek czy też możliwości dokonania zamiany jednego rozmiaru (wskazanego w dokumentacji przetargowej na inny rozmiar pierwotnie nie objęty zamówieniem. W warunkach rozpatrywanej sprawy Zamawiający wskazał na konkretne ilości zamawianych sztuk poszczególnych rozmiarów (poprzez wskazanie konkretnej żądanych ilości opakowań zawierających określoną ilość sztuk zamawianych rękawic). Nie dookreślił także w jakich okolicznościach przewiduje możliwość obniżenia wynagrodzenia wykonawcy wskazując ogólnikowo na zaistnienie okoliczności mających wpływ na obniżenie wynagrodzenia.

Mając zatem na uwadze wskazany powyżej przepis art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, zapisy dokumentacji przetargowej oraz przywołane powyżej stanowisko doktryny w zakresie będącym przedmiotem prowadzonej analizy należy bezspornie stwierdzić, iż w rozpatrywanym przypadku nie zaistniały okoliczności faktyczne i prawne, które umożliwiłyby dokonanie zmian zawartej Umowy w omawianym zakresie na podstawie wskazanego powyżej przepisu.

Dla oceny wprowadzonych zmian kluczowe jest także określenie ich istotności. Zgodnie bowiem z zapisami art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP przepisem zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zmiany, niezależnie od ich wartości, nie są istotne w rozumieniu ust. 1e.

Przywołany powyżej w treści Informacji pokontrolnej art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, jak wskazuje doktryna nie zawiera definicji istotnej zmiany, wprowadza jednak w ust. 1e art. 144 ustawy PZP definicję zmiany istotnej niedopuszczalnej na gruncie tej ustawy. A contrario zmiana, która nie ma charakteru tam opisanego, zawsze jest dopuszczalna.

W myśl postanowień przywołanego art. 144 ust. 1e ustawy PZP zmianę postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotną, jeżeli:

- 1) zmienia ogólny charakter umowy lub umowy ramowej, w stosunku do charakteru umowy lub umowy ramowej w pierwotnym brzmieniu bądź też
- 2) nie zmienia ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej i zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:
 - a) zmiana wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści,
 - b) zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie lub umowie ramowej,
 - c) zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy lub umowy ramowej,
 - d) polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, w przypadkach innych niż wymienione w art. 144 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP.

Dokonując zatem oceny wprowadzonych zmian z punktu widzenia ich istotności należy bezspornie stwierdzić, że w warunkach stanu faktycznego tej konkretnej sprawy wprowadzone przez Zamawiającego zmiany w zakresie będącym przedmiotem oceny mają charakter zmiany istotnej. Każda zmiana zawartej umowy winna być analizowana w odniesieniu do realiów danego przypadku, tj. zakresu w jakim następuje zmiana warunków wykonania umowy, okoliczności stanowiących przyczynę zmiany umowy, wpływu zmiany umowy na pozycję wykonawcy w stosunku do pozycji zamawiającego, porównania sytuacji wykonawcy po zmianie warunków wykonania umowy w stosunku do sytuacji innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, czy też potencjalnego wpływu zmiany warunków wykonania zamówienia na zwiększenie zainteresowania zamówieniem u innych wykonawców. Przy czym dokonując oceny istotności zmiany umowy należy również w każdym przypadku uwzględnić konieczność zachowania podstawowych zasad procedur udzielania zamówień, tj. zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania wykonawców, a także zasadę proporcjonalności i przejrzystości. Przy dokonywaniu powyższej kwalifikacji istotne znaczenie ma także ocena czy wiedza o możliwości wprowadzenia

zmian do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie wpłynęłyby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania.

Kierunek wskazanej powyżej wykładni uzasadnia m.in. wyrok TSUE z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur, w którym wskazano, że (cyt.): „(...) zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówień, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy brali udział w postępowaniu lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. (...)”.¹⁵

Powyższe znajduje także odzwierciedlenie w orzecznictwie krajowym. I tak np. Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z 16 października 2015 r. wskazał iż (cyt.): „Za istotną należy bowiem uznać taką zmianę, która wprowadza warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona, a nadto pozwoliłaby oferentom przedstawić znacząco odmienną ofertę.”¹⁶

Analizując zatem stan faktyczny tej konkretnej sprawy oraz posiłkując się wskazanym powyżej orzecznictwem nie może budzić wątpliwości, iż w tym przypadku jeden z asortymentów będących częścią przedmiotu zamówienia tj. rękawice w rozmiarze M w ilości 150 000 sztuk (1,94 zł/szt.) stanowiły bezsprzecznie jego istotny element o czym świadczy wartość tej części zamówienia stanowiąca ponad 50% pierwotnie zawartego kontraktu jak i cena jednostkowa rękawiczek w rozmiarze M przewyższająca cenę jednostkową pozostałych zamawianych rozmiarów. Dokonana zmiana bezsprzecznie wprowadziła warunki, które umożliwiłyby dopuszczenie innych ofert niż te które zostały pierwotnie dopuszczone w prowadzonym postępowaniu. Nie sposób wykluczyć, że modyfikacja polegająca na wprowadzeniu możliwości zmian w dostawie nie tylko ilości zamawianego asortymentu ale nawet w zakresie wymiany rozmiarów i wprowadzenie w miejsce pierwotnie wymaganych rozmiarów innych wcześniej nie wskazanych w dokumentacji przetargowej mogła wpłynąć na przebieg prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Każdy bowiem racjonalny wykonawca rozważający udział w postępowaniu i przygotowując swoją ofertę dostosowałby ją do posiadanego asortymentu a nie do wymagań zamawiającego. Mając na uwadze stan faktyczny sprawy oraz wszystkie ujawnione okoliczności, można stwierdzić, że zmiany wprowadzone zawartym Aneksem bez wątpienia mogły mieć wpływ na krąg potencjalnie zainteresowanych wykonawców.

Reasumując wskazać należy, iż wprowadzona zapisami Aneksu zmiana bezsprzecznie nosiła znamiona zmiany istotnej, o której mowa w art. 144 ust. 1e ustawy PZP. Tym samym, uwzględniając wskazaną powyżej argumentację w zakresie stanu faktycznego jak i prawnego, stwierdzić należy że także ta podstawa nie może się ostać w warunkach stanu faktycznego tej konkretnej sprawy.

Zgodnie z zapisami art. 144 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane - jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

Łączna wartość zmian wyniosła około 145 800,00 zł co stanowi 27,28 % wartości pierwotnie zawartej Umowy, tym samym przekroczyła 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w Umowie której przedmiotem była dostawa.

Reasumując wskazać należy, że poprzez swoje działania Zamawiający doprowadził do naruszenia **zapisów art. 144 ust 1 ustawy PZP** polegającego na dokonaniu zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, bez zachowania ustawowych przesłanek.

Ocena postępowania: z istotnymi zastrzeżeniami.

2.2. Zamówienie publiczne: „Dostawa urządzeń z listy 2 pakietów wraz z jego uruchomieniem, przeszkoleniem w zakresie obsługi, transportem Wykonawcy lub na jego koszt”. Numer referencyjny: BZP.3810.95.2020.TP

¹⁵ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 19.06.2008 r. w sprawie C-454/06 Presstext Nachrichten-agentur GmbH przeciwko Republice Austrii (Bund), APA-OTS Origin-alttext-Service GmbH, APA AUSTRIA PRESSE AGENTUR registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, Zb. Orz 2008, s. 8.

¹⁶ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 16.10.2015r., sygn.. akt VIII SA/Wa 210/15.

Zamawiający Partner nr 1 - Dolnośląskie Centrum Chorób Płuc we Wrocławiu.

Ocena postępowania: Bez zastrzeżeń.

2.3. Zamówienie publiczne: Dostawa środków ochrony osobistej z listy pakietów w ilościach wynikających z bieżących potrzeb Zamawiającego transportem Wykonawcy lub na jego koszt.

Z podziałem na 5 pakietów. Numer referencyjny: BZP.3810.2.2021.KK

Zamawiający Partner nr 1 - Dolnośląskie Centrum Chorób Płuc we Wrocławiu.

Ocena postępowania: Bez zastrzeżeń.

2.4. Zamówienie publiczne: „Dostawa urządzeń medycznych z listy pakietów wraz z ich uruchomieniem, przeszkoleniem w zakresie obsługi, transportem Wykonawcy lub na jego koszt”. Z podziałem na 8 pakietów.

BZP.3810.5.2021.JK

Zamawiający Partner nr 1 - Dolnośląskie Centrum Chorób Płuc we Wrocławiu.

Ocena postępowania: Bez zastrzeżeń.

2.5. Zamówienie publiczne: „Dostawa wideobronchofiberoskopu ultracienkiego z sondą radialną transportem Wykonawcy lub na jego koszt- (1 zestaw)”. Numer referencyjny: BZP.3810.6.2021.TP

Zamawiający Partner nr 1 - Dolnośląskie Centrum Chorób Płuc we Wrocławiu.

Ocena postępowania: Bez zastrzeżeń.

Zespół Kontrolujący:

Agnieszka Michaluk

/zaakceptowano elektronicznie/

.....
(podpis kierownika zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 31.01.2022 r.

Sebastian Bojar

/zaakceptowano elektronicznie/

.....
(podpis członka zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 31.01.2022 r.

3. Stanowisko wobec zgłoszonych zastrzeżeń.

Nie dotyczy.

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

W wyniku przeprowadzonej kontroli dokonano pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych.

4.1. Zamówienie publiczne: „Dostawa środków ochrony osobistej z listy pakietów, transportem Wykonawcy lub na jego koszt”. Z podziałem na 14 pakietów. Numer referencyjny: BZP.3810.48.2020.JU

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 (Dz. U. z 2020 r., poz. 818 ze zm.), [zwanej dalej ustawą wdrożeniową] nieprawidłowością indywidualną jest nieprawidłowość, o której mowa w art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności

i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006, (Dz. Urz. UE 347 z 20.12.2013, s.320, z późn. zm.) (dalej Rozporządzenie 1303/2013) zwane dalej *Rozporządzenie ogólnym*.

Zgodnie z zapisami ww. art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013 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 z przesłanek wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej po gruntownym zbadaniu sprawy należy bezsprzecznie uznać za udowodnione, iż Zamawiający naruszył:

- zapisy art. 41 ust. 7 ustawy PZP;
- zapisy art. 25 ust. 1 ustawy PZP;
- zapisy art. 144 ust. 1 ustawy PZP.

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. Ponadto zarówno działania jak i zaniechania Zamawiającego w toku przygotowywania i przeprowadzenia postępowania, o których mowa w pkt 2.1 Informacji pokontrolnej, zostały bezsprzecznie wykazane.

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

Powyższe stwierdzenie znajduje swoje potwierdzenia w judykaturze zarówno krajowej, jak i europejskiej. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej TSUE) w wyroku z 14 lipca 2016 C-406/14 *Wrocław – miasto na prawach powiatu przeciwko Ministrowi Infrastruktury i Rozwoju* stwierdził¹⁷: „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 1303/2013, 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 210z 31.07.2006, 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.

¹⁷. Wyrok Trybunału (trzecia izba) z dnia 14 lipca 2016 r. C-406/14 - Wrocław – Miasto na prawach powiatu przeciwko Ministrowi Infrastruktury i Rozwoju.

Powyższe potwierdza także wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12.12.2014 r.¹⁸: zgodnie z którym: „Warunkiem nałożenia korekty i wydania decyzji o zwrocie środków jest wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. Konieczne jest zatem przeprowadzenie takiej operacji myślowej, w której zaprezentowane zostanie logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE. Tylko w takiej sytuacji można mówić o „nieprawidłowości” w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 (...).”

Również WSA we Wrocławiu, w swoim orzecznictwie zgodny jest co do kwestii, iż faktyczne wystąpienie uszczerbku finansowego w budżecie ogólnym Unii Europejskiej nie jest przesłanką konieczną do zakwalifikowania danego działania jako nieprawidłowości, wystarczy bowiem potencjalna możliwość jego wystąpienia. W wyroku z dnia 19.02.2015 r.¹⁹ 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.²⁰ „W świetle dotychczas przedstawionych uwag stwierdzić należy - zwłaszcza gdy ponownie odwołać się do treści art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 definiującego pojęcie „nieprawidłowości” – że naruszenie prawa unijnego lub krajowego skutkujące szkodą dla budżetu UE wiąże się z wydatkową stroną tego budżetu, a mianowicie ze sfinansowaniem lub ryzykiem sfinansowania nieuzasadnionego wydatku. W sytuacji więc, gdy z punktu widzenia przywołanego przepisu istota nieprawidłowości, o której w nim mowa, wiąże się z bezprawnym działaniem lub zaniechaniem skutkującym naruszeniem norm prawa unijnego lub krajowego, to za oczywiste uznać należy, że obowiązkiem organu krajowego jest (powinno być) skonfrontowanie wskazanego działania lub zaniechania z punktu widzenia jego zgodności z konkretnym wzorcem zachowania w celu ustalenia, czy doszło do jego naruszenia, a następnie, w razie ustalenia i potwierdzenia tego naruszenia, zastosowanie odpowiedniej normy konsekwencyjnej. W związku z tym również, że na gruncie przywołanego przepisu, prawodawca unijny operuje pojęciem „działania lub zaniechania powodującego lub mogącego spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego”, nie może budzić wątpliwości, że szkoda o której mowa w tym przepisie, nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda ta powstanie (por. wyrok NSA z dnia 19 marca 2013 r., sygn. akt II GSK 51/13). Tym samym, odstąpić od nałożenia korekty organ orzekający może wyłącznie w przypadku, jeżeli naruszenie prawa, w tym naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych, miało wyłącznie charakter formalny i nie mogło mieć wpływu na powstanie rzeczywistej czy też potencjalnej szkody, ani też na jej wysokość (por. wyrok NSA z dnia 25 kwietnia 2014 r., sygn. akt II GSK 173/13).

Dokonując zatem analizy stwierdzonego stanu faktycznego i prawnego należy, w tym konkretnym przypadku, wziąć pod uwagę kluczowe okoliczności mające wpływ na ostateczne wnioskowanie w zakresie skutków naruszenia przepisów ustawy PZP, a tym samym na kwestię nałożenia ewentualnej korekty finansowej.

Przechodząc zatem do pierwszego ze stwierdzonych uchybień a dotyczącego naruszenia zapisów art. 41 pkt 7 ustawy PZP należy stwierdzić co następuje.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż z uwagi na ograniczoną liczbę znaków w DUUE ogłoszenie o zamówieniu co do zasady powinno zawierać skrótowo tylko najistotniejsze informacje. Zainteresowany wykonawca wszelkie szczegółowe informacje związane z udziałem w postępowaniu otrzymuje w wyniku analizy zapisów **dokumentów zamówienia**. Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 13 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (DUUE L 94 z 23.03.2014 r) za dokumenty takie, oprócz ogłoszenia, należy uznać w szczególności specyfikacje techniczne, dokument opisowy, proponowane warunki umowy, formaty przedstawiania dokumentów przez kandydatów i oferentów, informacje na temat mających ogólne zastosowanie obowiązków oraz wszelkie dokumenty dodatkowe, które najczęściej szczegółowo opisane są w SIWZ.

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

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

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

Przyjmując zatem punkt widzenia ustawodawcy unijnego, w ogłoszeniu należy zawrzeć jedynie krótki opis warunków udziału i podstaw wykluczenia oraz krótką listę wymaganych dokumentów. Sam fakt, iż ogłoszenie nie musi zawierać kompleksowej informacji, nie zwalnia zamawiającego z obowiązku opisanie szczegółowych wymagań w SIWZ. Dopiero kompletna dokumentacja postępowania, a więc ogłoszenie pełniące rolę „informatora” oraz SIWZ zawierający wszystkie niezbędne wymagania i szczegóły tworzą komplet, na podstawie którego zainteresowany wykonawca może zdecydować o udziale w danym postępowaniu.

W przetargu nieograniczonym sytuacja jest o tyle specyficzna, że wraz z ogłoszeniem o zamówieniu udostępniana jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Zgodnie bowiem z zapisami art. 37 ust. 2 ustawy PZP zamawiający w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego udostępnia specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 lub od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, w przypadku zamówień których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Natomiast na podstawie zapisów art. 41 pkt 3 ustawy PZP ogłoszenie o zamówieniu winno obligatoryjnie zawierać adres strony internetowej, na której zamieszczona będzie specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający zadośćuczynił wskazanym wymaganiom podając w Ogłoszeniu o zamówieniu adres strony internetowej <https://platformazakupowa.pl/pn/dcchp>, na której udostępniono SIWZ. Jednocześnie SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej w dniu zamieszczenia Ogłoszenia o zamówieniu w DUUE.

W SIWZ znalazły się więc informacje, których brak stwierdzono w zapisach Ogłoszenia o zamówieniu, a każdy potencjalny wykonawca mógł uzyskać prawidłowe informacje o postępowaniu w tym samym czasie i na tych samych zasadach.

Analizując zaistniały w przeprowadzonym postępowaniu stan faktyczny i prawny należy podkreślić, że możliwość zapoznania się przez potencjalnego wykonawcę z treścią fakultatywnych podstaw wykluczenia na podstawie dokumentu obwieszczającego wolę zamawiającego do udzielenia zamówienia publicznego na określonych warunkach, jakim niewątpliwie jest ogłoszenie o zamówieniu nie została ograniczona.

W analizowanym przypadku zaistniały bowiem łącznie następujące okoliczności:

- w SIWZ zamieszczono wszelkie i wyczerpujące informacje o zamówieniu,
- SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w terminach określonych w art. 37 ust. 2 ustawy PZP, tj. od dnia publikacji Ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej,
- w Ogłoszeniu o zamówieniu publikowanym w DUUE udostępniono adres strony internetowej zapewniającej nieograniczony, pełny, bezpośredni i bezpłatny dostęp do dokumentów zamówienia.

Mając na uwadze powyższe nie można stwierdzić, iż rozbieżności między Ogłoszeniem o zamówieniu a SIWZ (a właściwie brak wskazanych elementów w Ogłoszeniu o zamówieniu) opisane w Informacji pokontrolnej mogły spowodować zawężenie kręgu zainteresowanych uzyskaniem przedmiotowego zamówienia wykonawców. Stwierdzone uchybienia miały bowiem charakter formalny i pozostały bez wpływu zarówno na przebieg jak i wynik prowadzonej procedury.

Po dokonaniu wieloaspektowej analizy, należy stwierdzić, iż jakkolwiek w przedmiotowej sprawie wystąpiły wskazane dwie przesłanki wystąpienia nieprawidłowości tj. po pierwsze naruszenie prawa, po drugie zaniechanie Zamawiającego jako podmiotu gospodarczego, to jednak po dokonaniu oceny ryzyka na jakie budżet UE mógł zostać narażony w wyniku stwierdzonego uchybienia, należy stwierdzić, iż nie wystąpiła przesłanka trzecia, tj. możliwość wywołania szkodliwego wpływu w budżecie środków europejskich. Biorąc bowiem pod uwagę wszystkie okoliczności faktyczne i prawne w tej konkretnej sprawie nie sposób wykazać związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE.

W związku z powyższym wykryte naruszenie nie spełnia definicji nieprawidłowości indywidualnej w rozumieniu art. 2 pkt 14 ustawy wdrożeniowej w związku z zapisami z art. 2 pkt 36 *Rozporządzenia ogólnego*.

Przechodząc do stwierdzonego naruszenia zapisów art. 25 ust. 1 ustawy PZP należy stwierdzić co następuje.

Uprawnienie do skorzystania przez Zamawiającego z katalogu dokumentów wymienionych w § 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia

wykonawcy z udziału w postępowaniu w zakresie fakultatywnych przesłanek wykluczenia, w warunkach tej konkretnej sprawy, przysługiwało Zamawiającemu wyłącznie wówczas, gdy po pierwsze w dokumentacji przetargowej przewidział wszystkie, bądź wybrane przez siebie okoliczności z katalogu wymienionego w art. 24 ust. 5 ustawy PZP a po drugie, ze względu na wartość zamówienia, skorzystał z obowiązku określonego w zapisach art. 26 ust. 1 ustawy PZP. W warunkach tej konkretnej sprawy bezspornie zabrakło pierwszej z obligatoryjnych przesłanek.

Nie ulega także najmniejszej wątpliwości, iż poprzez przytoczoną powyżej w pkt 2.1 Informacji pokontrolnej konstrukcję zapisów dokumentacji przetargowej w zakresie podstaw wykluczenia oraz katalogu dokumentów składanych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, doszło do naruszenia zasady przejrzystości prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia poprzez zamieszczenie sprzecznych zapisów. Z jednej bowiem strony Zamawiający dopuścił do udziału w prowadzonym przez siebie postępowaniu wszystkich wykonawców zalegających z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, których to zaległości nie potwierdzono prawomocnym wyrokiem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną. Z drugiej zaś strony Zamawiający poinformował, że wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona zostanie zobowiązany do potwierdzenia bieżącego niezalegania z uiszczeniem podatków i opłat lokalnych poprzez przedłożenie oświadczenia w tym zakresie.

Mając na uwadze, iż katalog dokumentów dotyczących potwierdzenia braku fakultatywnych podstaw wykluczenia jest niejako elementem „wtórnym” i ściśle zależnym od wcześniejszego enumeratywnego wskazania fakultatywnych przesłanek wykluczenia w dokumentacji przetargowej bezspornie żądane przez Zamawiającego dokumentu, o których mowa w § 5 pkt 9 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, chociaż enumeratywnie wymienione we wskazanym akcie wykonawczym, były w tym konkretnym przypadku dokumentami zbędnymi do przeprowadzenia przedmiotowego postępowania.

Dokonując analizy stanu faktycznego i prawnego tej konkretnej sprawy należy także podkreślić, że pomimo, iż dokument określony w § 5 pkt 9 *Rozporządzenia w sprawie dokumentów*, jest oświadczeniem własnym wykonawcy i co do zasady nie powoduje nadmiernego obciążenia administracyjnego w rozumieniu jego uzyskania, to wywołuje jednak określone skutki prawne. Nie można bagatelizować faktu potwierdzenia przez wykonawcę braku zalegania z opłatami i podatkami lokalnymi w postaci oświadczenia własnego, bowiem złożenie nieprawdziwych informacji w postępowaniu o zamówienie publiczne może obciążać wykonawcę karnie. Sankcją za złożenie nieprawdziwych informacji jest po pierwsze wykluczenie wykonawcy z postępowania, jednak nie jest to granica odpowiedzialności wykonawców. Wykonawcy podlegają również odpowiedzialności karnej określonej w art. 1 § 1 ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (dalej k.k.). Stanowi on, że odpowiedzialności karnej podlega ten, kto popełnia czyn zabroniony. Czynem zabronionym odnoszącym się wprost do systemu zamówień publicznych jest m.in. poświadczenie nieprawdy (art. 297 § 1 k.k.). Zresztą sam fakt, żądania przez Zamawiającego przedmiotowego oświadczenia, świadczy o tym, że uznał on za celowe zweryfikowanie wykonawców właśnie w tym zakresie. Nie można więc bezspornie wykluczyć sytuacji, w której bliżej nieokreślony krąg wykonawców mógł zrezygnować z udziału w prowadzonych postępowaniach ze względu na posiadanie zaległości w opłatach i podatkach lokalnych (np. zaległości w podatku od nieruchomości), które uniemożliwiały złożenie oświadczenia w tym zakresie. Tym samym nie można w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wykluczyć negatywnego wpływu stwierdzonego naruszenia na przebieg prowadzonego postępowania i w konsekwencji na wydatek z budżetu UE. Natomiast nie trzeba udowadniać wystąpienia konkretnych skutków finansowych.

Jak wskazywano powyżej odstąpić od nałożenia korekty można 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. Uwzględniając okoliczności faktyczne i prawne rozpatrywanego przypadku stwierdzonego naruszenia nie sposób zakwalifikować za naruszenie o charakterze formalnym. Zamawiający bowiem konsekwentnie wskazał w dokumentacji przetargowej oświadczenie o których mowa w § 5 pkt 9 *Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów* a następnie konsekwentnie żądał jego przedłożenia od wykonawców których oferty oceniono najwyżej.

Należy także w tym miejscu podkreślić, iż dla wystąpienia ryzyka zaistnienia potencjalnej szkody wystarczy tylko samo uprawdopodobnienie, że wydatek został poniesiony z naruszeniem prawa. Powyższe potwierdza pogląd wyrażony w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który w wyroku z dnia 15.09.2005 r. w sprawie C-199/03 Irlandia przeciwko Komisji, Zb. Orz. s. I/8027, orzekł, że (cyt.): „(...) nawet takie nieprawidłowości, które nie mają szczególnego wpływu finansowego i nie prowadzą do żadnych nienależnych

wypłat lub nadpłat ze strony Wspólnoty, mogą poważnie szkodzić interesom finansowym UE i z tego względu uzasadniają zastosowanie korekt finansowych”.

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

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

Dokonując wieloaspektowej analizy, należy stwierdzić, iż wykryte naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy PZP spełnia definicję nieprawidłowości z art. 2 pkt 36 *Rozporządzenia ogólnego*.

Przechodząc do ostatniego ze stwierdzonych naruszeń tj. naruszenia zapisów art. 144 ust 1 ustawy PZP polegającej na dokonaniu zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy bez zachowania ustawowych przesłanek, w kontekście wystąpienia trzeciej z przesłanek nieprawidłowości indywidualnej tj. szkody, należy wskazać co następuje.

W przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz przejrzystości prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Informacja o możliwym dopuszczeniu na etapie realizacji zamówienia do zmian w zakresie rozmiarów i ilości dostarczanych rękawic mogła potencjalnie mieć wpływ na krąg wykonawców zainteresowanych udziałem w prowadzonym postępowaniu. Krąg wykonawców potencjalnie zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem mógł być inny. Potencjalnie wykonawca posiadający wiedzę, że może zaoferować inny zakres (rozmiary rękawic) lub inne ilości poszczególnych rozmiarów mógł złożyć ofertę korzystniejszą a od tej, która de facto została wybrana.

Tym samym nie można w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wykluczyć negatywnego wpływu stwierdzonego naruszenia na przebieg prowadzonego postępowania i w konsekwencji na wydatek z budżetu UE. Natomiast nie trzeba udowadniać wystąpienia konkretnych skutków finansowych.

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. 144 ust. 1 ustawy PZP spełnia definicję nieprawidłowości z art. 2 pkt 36 *Rozporządzenia ogólnego*.

Stwierdzenie nieprawidłowości indywidualnych związanych z naruszeniem art. 25 ust. 1 ustawy PZP powoduje zgodnie z zapisami art. 24 ust. 1 ustawy wdrożeniowej powstanie obowiązku podjęcia przez właściwą instytucję, którą w przypadku regionalnego programu operacyjnego jest Zarząd Województwa (art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy wdrożeniowej), odpowiednich działań, o których mowa w ust. 9 ww. artykułu. Zgodnie z tymi zapisami, w przypadku stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej przed zatwierdzeniem wniosku o płatność, instytucja zatwierdzająca wniosek o płatność dokonuje pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych ujętych we wniosku o płatność złożonym przez beneficjenta o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo (art. 24 ust. 9 pkt 1 ustawy wdrożeniowej). Natomiast w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej w uprzednio zatwierdzonym wniosku o płatność właściwa instytucja nakłada korektę finansową (art. 24 ust. 9 pkt 2 ustawy wdrożeniowej).

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

W tym celu Minister Rozwoju wydał Rozporządzenie z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzieleniem zamówienia (Dz. U. z 2018, poz. 971) - zwane dalej *Rozporządzeniem*.

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

Jeżeli jednak anulowanie całości wydatków kwalifikowalnych poniesionych w ramach zamówienia jest niewspółmierne do charakteru i wagi nieprawidłowości indywidualnej wartość pomniejszenia może zostać obniżona (§ 3 ust. 1 *Rozporządzenia*).

W przypadku, gdy skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości są pośrednie, rozproszone, trudne do oszacowania lub gdy nieprawidłowość indywidualna mogłaby zniechęcić potencjalnych wykonawców do złożenia oferty, wartość pomniejszenia może zostać obniżona, zgodnie ze wzorem określonym w § 5 ust. 1 pkt 2 *Rozporządzenia* z uwzględnieniem odpowiedniej stawki procentowej stosowanej przy obniżeniu wartości pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości.

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

W przedmiotowej sprawie należy stwierdzić, iż anulowanie całości wydatków kwalifikowalnych, poniesionych w ramach ww. zamówienia, jest niewspółmierne do charakteru i wagi stwierdzonych nieprawidłowości indywidualnych, a skutki finansowe tych nieprawidłowości są pośrednie, rozproszone oraz trudne do oszacowania.

W związku z powyższym, spełniona została przesłanka do obniżenia wartości pomniejszenia związanego ze stwierdzonymi w przedmiotowym zamówieniu nieprawidłowościami indywidualnymi przy zastosowaniu odpowiedniej stawki procentowej wynikającej z zapisów *Rozporządzenia*.

Uwzględniając datę wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia wskazanego w pkt 4.1 Informacji pokontrolnej tj. (29.07.2020 r.) wskazać należy, że:

I.

Stwierdzone w ramach przeprowadzonej kontroli nieprawidłowości indywidualne (art. 25 ust. 1 ustawy PZP) związane z żądaniem od wykonawców dokumentów i oświadczeń, które nie były niezbędne do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zostały wskazane wprost w Załączniku do *Rozporządzenia* (Dz. U. z 2018, poz. 971) w ramach kategorii nieprawidłowości indywidualnej pn.: „*Nieprawidłowości w zakresie oświadczeń i dokumentów wymaganych od wykonawców*” (pkt 19) i przewidują stawkę procentową w wysokości 5 % bez możliwości jej obniżenia.

II.

Stwierdzona w ramach przeprowadzonej kontroli nieprawidłowości indywidualna dotycząca pakietu nr 12 związana ze zmianą zawartej umowy polegająca na nieuprawnionym zmniejszeniu zakresu świadczenia wykonawcy w stosunku do zobowiązania zawartego w ofercie została wskazana wprost w Załączniku do *Rozporządzenia* (Dz. U. z 2018, poz. 971) w ramach kategorii nieprawidłowości indywidualnej pn.: „*Niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy w sprawie zamówienia lub koncesji*” (pkt 29) i przewidują stawkę procentową w wysokości 100 % zmniejszenia zakresu świadczenia oraz 25 % wartości ostatecznego zakresu świadczenia.

Zgodnie z zapisami § 9.1 *Rozporządzenia* (w przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych wartość korekt finansowych lub pomniejszeń nie podlega sumowaniu).

W związku z tym obniżenie wartości pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych związanych z realizacją zamówienia pn.: „*Dostawa środków ochrony osobistej z listy pakietów, transportem Wykonawcy lub na jego koszt*” w zakresie Pakietów nr 2, 3, 4 5, 6, 8, 11 oraz 14 **winno nastąpić przy zastosowaniu 5% stawki pomniejszenia.**

Obniżenie wartości pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych związanych z realizacją zamówienia pn.: „*Dostawa środków ochrony osobistej z listy pakietów, transportem Wykonawcy lub na jego koszt*” w zakresie Pakietu nr 12 **winno nastąpić przy zastosowaniu 25% stawki pomniejszenia.**

Tym samym należy stwierdzić, że wskazane w treści niniejszej Informacji pokontrolnej nieprawidłowości indywidualne skutkują:

1. Pomniejszeniem w wysokości 5% faktycznych wydatków kwalifikowalnych związanych z realizacją:

- Umowy BZP.3810.48.2020.JU (Pakiet nr 2 i 3) z dnia 09.11.2020 r. Wartość zawartej umowy: 47 692,80 zł,
- Umowy BZP.3810.48.2020.JU (Pakiet nr 4) z dnia 29.10.2020 r. Wartość zawartej umowy: 344 400,00 zł,
- Umowy BZP.3810.48.2020.JU (Pakiet nr 5) z dnia 13.11.2020 r. Wartość zawartej umowy : 27 216,00 zł,
- Umowy BZP.3810.48.2020.JU (Pakiet nr 6) z dnia 13.11.2020 r. Wartość zawartej umowy: 107 740,80 zł,
- Umowy BZP.3810.48.2020.JU (Pakiet nr 8) z dnia 09.11.2020 r. Wartość zawartej umowy: 7 948,80 zł,
- Umowy BZP.3810.48.2020.JU (Pakiet nr 11) z dnia 13.11.2020 r. Wartość zawartej umowy: 97 200,00 zł,
- Umowy BZP.3810.48.2020.JU (Pakiet nr 14) z dnia 27.11.2020 r. Wartość zawartej umowy: 17 245,44 zł.

2. Pomniejszeniem w wysokości 25% faktycznych wydatków kwalifikowalnych związanych z realizacją umowy BZP.3810.48.2020.JU (Pakiet nr 12) z dnia 18.11.2020 r. Wartość zawartej umowy: 388 800,00 zł.

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

5. Wynik kontroli.

Z istotnymi zastrzeżeniami.

6. Zalecenia pokontrolne.

Stwierdzona nieprawidłowość indywidualna skutkuje:

1. Pomniejszeniem w wysokości 5% faktycznych wydatków kwalifikowalnych związanych z realizacją:

- Umowy BZP.3810.48.2020.JU (Pakiet nr 2 i 3) z dnia 09.11.2020 r. Wartość zawartej umowy: 47 692,80 zł,
- Umowy BZP.3810.48.2020.JU (Pakiet nr 4) z dnia 29.10.2020 r. Wartość zawartej umowy: 344 400,00 zł,
- Umowy BZP.3810.48.2020.JU (Pakiet nr 5) z dnia 13.11.2020 r. Wartość zawartej umowy : 27 216,00 zł,
- Umowy BZP.3810.48.2020.JU (Pakiet nr 6) z dnia 13.11.2020 r. Wartość zawartej umowy: 107 740,80 zł,
- Umowy BZP.3810.48.2020.JU (Pakiet nr 8) z dnia 09.11.2020 r. Wartość zawartej umowy: 7 948,80 zł,
- Umowy BZP.3810.48.2020.JU (Pakiet nr 11) z dnia 13.11.2020 r. Wartość zawartej umowy: 97 200,00 zł,
- Umowy BZP.3810.48.2020.JU (Pakiet nr 14) z dnia 27.11.2020 r. Wartość zawartej umowy: 17 245,44 zł.

2. Pomniejszeniem w wysokości 25% faktycznych wydatków kwalifikowalnych związanych z realizacją umowy BZP.3810.48.2020.JU (Pakiet nr 12) z dnia 18.11.2020 r. Wartość zawartej umowy: 388 800,00 zł.

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

7. Informację pokontrolną sporządzono w dwóch egzemplarzach, po jednym dla kontrolującego i kontrolowanego. Dane osobowe zawarte w niniejszej Informacji pokontrolnej są chronione na podstawie ustawy z dnia 10.05.2018 r. o ochronie danych osobowych (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 ze zm.).

8. Lista załączników.

Lp.	Nazwa załącznika	sztuk
1.	Deklaracje bezstronności	2
2.	Lista sprawdzająca	2
3.	Dokumentacja przetargowa	5 płyt CD

Zespół Kontrolujący:

Agnieszka Michaluk
/zaakceptowano elektronicznie/

.....
(podpis kierownika zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 31.01.2022 r.

Sebastian Bojar
/zaakceptowano elektronicznie/

.....
(podpis członka zespołu kontrolującego)

Wrocław, dnia 31.01.2022 r.

Magdalena Bednarska-Wajerowska
Dyrektor Departamentu Funduszy Europejskich
Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
/podpisano elektronicznie/

.....
(z upoważnienia ZWD na podstawie Uchwały nr 1718/VI/20
z dnia 29 stycznia 2020 r.)

Wrocław, dnia 31 stycznia 2022

Pouczenie:

1. Podmiotowi kontrolowanemu, zgodnie z zapisami art. 25 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 przysługuje prawo do zgłoszenia, w terminie 14 dni od dnia otrzymania informacji pokontrolnej, umotywowanych pisemnych zastrzeżeń do *informacji pokontrolnej*.
2. Zastrzeżenia wnosi się do Wydziału Obsługi Wdrażania EFRR w Urzędzie Marszałkowskim Województwa Dolnośląskiego.
3. W przypadku przekroczenia ww. ustawowego terminu zastrzeżenia pozostawia się bez rozpatrzenia a informacja pokontrolna uznana zostaje za ostateczną po upływie ustawowego terminu na ich wniesienie.
4. Jednostka kontrolująca, w terminie 14 dni kalendarzowych od dnia otrzymania zastrzeżeń, dokonuje ich rozpatrzenia i przekazuje ostateczną *informację pokontrolną* zawierającą skorygowane ustalenia kontroli lub pisemne stanowisko wobec zgłoszonych zastrzeżeń wraz z uzasadnieniem odmowy skorygowania ustaleń.
5. Podjęcie dodatkowych czynności kontrolnych w celu ustalenia zasadności złożonych zastrzeżeń, żądanie przedstawienia dokumentów lub złożenia dodatkowych wyjaśnień na piśmie każdorazowo przerywa bieg terminu na rozpatrzenie zastrzeżeń.
6. Do ostatecznej *informacji pokontrolnej* oraz do pisemnego stanowiska wobec zgłoszonych zastrzeżeń nie przysługuje możliwość złożenia zastrzeżeń.
7. Ostateczna *informacja pokontrolna* stanowi podstawę realizacji ustaleń pokontrolnych w niej zawartych.
8. Licząc terminy należy stosować zasady określone w tytule V ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (art. 110-116). I tak: termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, przy obliczaniu tego terminu nie uwzględnia się dnia, w którym zdarzenie nastąpiło. Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany za ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego.