



URZĄD MARSZAŁKOWSKI WOJEWÓDZTWA DOLNOŚLĄSKIEGO

Departament Funduszy Europejskich

Wydział Obsługi Wdrażania EFRR

ul. Mazowiecka 17, 50-412 Wrocław, tel. 71/ 776 90 41, e-mail: sekretariatdef@dolnyslask.pl

Załącznik do Ostatecznej Informacji pokontrolnej nr FEDS.02.01-IZ.00-0019/23-001

DEFR-O-III.44.123.2024
2024r.

Wrocław, dnia 15 listopada

Pisemne stanowisko wobec zgłoszonych Zastrzeżeń do Informacji pokontrolnej nr FEDS.02.01-IZ.00-0019/23-001-INF

W związku z wniesieniem w dniu 12.11.2024 r. Zastrzeżeń do Informacji pokontrolnej nr FEDS.02.01-IZ-0019/23-001-INF (pismo RGNiOŚ.271.5.2024 z dnia 12.11.2024 r.) [dalej Zastrzeżenia], poniżej dokonano szczegółowej analizy podniesionej przez Zamawiającego argumentacji w zakresie dotyczącym stwierdzonego w trakcie kontroli naruszenia zapisów § 16 ust. 1 Umowy o dofinansowanie poprzez naruszenie art. 16 w związku z naruszeniem zapisów art. 112 ust. 1 ustawy PZP poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej dotyczącej doświadczenia w sposób uniemożliwiający obiektywną ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Po analizie treści Zastrzeżeń w pierwszej kolejności należy stwierdzić, iż Zamawiający nie wskazał żadnych nowych okoliczności faktycznych mogących posłużyć do zakwestionowania ustaleń stwierdzonego stanu faktycznego w rozpatrywanej sprawie. Ten pozostaje bowiem bezsporny.

Zamawiający w złożonych Zastrzeżeniach utrzymuje, że w badanym postępowaniu skorzystał z przysługującego mu uprawnienia i określił warunki udziału w postępowaniu w sposób klarowny, jednoznaczny i nie budzący wątpliwości interpretacyjnych. Zamawiający podkreślił, iż doświadczenie na stanowisku kierownika robót zdobywa się kierując odcinkiem robót w danej branży i nie jest to wymóg, który narusza zasadę równego traktowania, nie jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia czy też niejasny. Zamawiający podkreślił, że stawiając taki warunek nie dopuściłby oferty, w której kierownik robót nie ma żadnego doświadczenia np. byłaby to jego pierwsza praca w tym zakresie a intencją Zamawiającego było postawienie minimalistycznego w tym zakresie warunku.

Z Zastrzeżeń wynika, że Zamawiający stoi na stanowisku, iż warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej został określony prawidłowo na poziomie minimalnym co otworzyło zamówienie na konkurencję.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego w pierwszej kolejności należy stanowczo podkreślić, że określenie warunków udziału w postępowaniu (o ile zamawiający decyduje się na ich określenie) stanowi jedną z najważniejszych czynności dokonywanych przez zamawiającego, albowiem wyznacza w ten sposób krąg podmiotów uprawnionych do ubiegania się o zamówienie. Określając je w dokumentacji postępowania zamawiający winien je opisać precyzyjnie, jednoznacznie i w sposób nie budzący wątpliwości w jaki sposób (wedle jakich kryteriów) będzie dokonywał weryfikacji, czy wykonawcy wykazali spełnianie opisanych przez niego warunków udziału a tym samym czy zostaną dopuszczeni do udziału w prowadzonym przez niego postępowaniu. Art. 112 ust. 1 ustawy PZP wskazuje na sposób postępowania przez zamawiającego przy określaniu warunków, które mają przede wszystkim zapewnić możliwość dokonania obiektywnej oceny zdolności wykonawcy do należytej realizacji zamówienia przy uwzględnieniu podstawowych zasad wynikających z zapisów art. 16 ustawy PZP. Z drugiej strony wykazanie się przez wykonawcę niezbędnym, wskazanym przez zamawiającego poziomem

**DOLNY
ŚLĄSK**

URZĄD MARSZAŁKOWSKI WOJEWÓDZTWA DOLNOŚLĄSKIEGO
Wybrzeże Juliusza Słowackiego 12-14
50-411 Wrocław

www.umwd.dolnyslask.pl
umwd@dolnyslask.pl
www.bip.dolnyslask.pl



Fundusze Europejskie
dla Dolnego Śląska



Rzeczpospolita
Polska

Dofinansowane przez
Unię Europejską



**DOLNY
ŚLĄSK**



zdolności, winno gwarantować zainteresowanemu wykonawcy pozytywną ocenę jego właściwości podmiotowych. Dlatego też art. 112 ust. 1 ustawy PZP odwołuje się do najczęściej stosowanego sposobu określenia warunków udziału w postępowaniu, polegającego na wyznaczeniu „minimalnych poziomów zdolności”. Minimalne poziomy zdolności konkretyzują bowiem ogólne kryteria stosowane przy ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Reguły postępowania w tym zakresie muszą bowiem gwarantować, iż zamawiający podejmie przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów, które zapewniają zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Warunek, który nie jest ściśle określony stwarza bowiem pole do interpretacji a potencjalni wykonawcy nie mają pewności co do reguł jakimi de facto posłużą się zamawiający dokonując oceny spełniania tak sformułowanego warunku.

W tym też kontekście ocenie podlegał warunek udziału w postępowaniu i jego wpływ na krąg podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, nie zaś sposób późniejszego faktycznego zastosowania warunku do oceny sytuacji podmiotowej wykonawców. Powyższe wynika z faktu, że to na podstawie treści warunku, a nie jego interpretacji dokonywanej po złożeniu ofert, wykonawcy oceniają możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia.

W warunkach stanu faktycznego rozpatrywanej sprawy Zamawiający w Rozdziale 6 pkt 1.4 b SWZ wymagał dysponowania:

- 1 osobą na stanowisku kierownika budowy posiadającą odpowiednie uprawnienia w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi z **doświadczeniem na stanowisku kierownika robót**,
- 1 osobą na stanowisku kierownika robót branży sanitarnej posiadającą odpowiednie uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi z **doświadczeniem na stanowisku kierownika robót**,
- 1 osobą na stanowisku kierownika branży elektrycznej udowy posiadającą odpowiednie uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi z **doświadczeniem na stanowisku kierownika robót**.

Jak wskazał Zamawiający w złożonych Zastrzeżeniach (cyt.): „Zamawiający stawiając taki warunek nie dopuściłby oferty, w której kierownik robót nie ma żadnego doświadczenia np. byłaby to jego pierwsza praca w tym zakresie. Intencją Zamawiającego było postawienie minimalistycznego w tym zakresie warunku.”. W Notatce służbowej z dnia 14.08.2024r. (sygnatura sprawy: RGNiOŚ.271.5.2024), będącej załącznikiem do protokołu nr 3 z prac Komisji Przetargowej, Zamawiający dokonując analizy spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie będącym przedmiotem sporu wskazał (cyt.): „W zapisach SWZ dla przedmiotowego zadania **ogólnie wskazano**, [podkreślenie Kontrolujących] że wykonawca ubiegający się o realizację zamówienia będzie dysponować kierownikami branży: konstrukcyjno-budowlanej, sanitarnej oraz elektrycznej z **doświadczeniem na stanowisku kierownika robót, bez wskazania w jaki sposób doświadczenie zostanie zbadane**” [podkreślenie Kontrolujących].

Wbrew zatem twierdzeniu zawartemu w złożonych Zastrzeżeniach Zamawiający nie określił warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia w sposób klarowny, jednoznaczny i nie budzący wątpliwości interpretacyjnych, co sam potwierdził we wskazanej Notatce służbowej z dnia 14.08.2024r. Zamawiający określił te wymagania w sposób ogólny, bez wyznaczenia minimalnego poziomu zdolności w omawianym obszarze otwierając tym samym pole do interpretacji. Potencjalni wykonawcy nie mieli bowiem pewności co do reguł jakimi posłużą się Zamawiający dokonując oceny spełniania tak sformułowanego warunku. I to właśnie



określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej dotyczącej doświadczenia w sposób uniemożliwiający obiektywną ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i brak pewności co do reguł jakimi de facto posłuży się Zamawiający dokonując oceny spełniania tak sformułowanego warunku stanowi naruszenie zasad przejrzystości prowadzonego postępowania.

Jak podkreśla doktryna (cyt.): „Zasada przejrzystości wymaga w szczególności podejmowania przez zamawiających transparentnych działań w stosunku do wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z definicją Słownika języka polskiego słowo „przejrzysty” oznacza „łatwy do odgadnięcia, zrozumienia”. Z punktu widzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przejrzystość będzie oznaczać obowiązek zamawiającego do ustalenia jasnych, zrozumiałych zasad postępowania rozumianych jako jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu, kryteria selekcji ofert oraz inne elementy SWZ”¹

Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. I tak np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.03.2020r. podkreślono iż (cyt.): „W ocenie Izby nadal aktualne pozostaje utrwalona przez lata teza, że postanowienia w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, obecnie postanowienia dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować przede wszystkim z zastosowaniem wykładni gramatycznej. Regulacje odnoszące się do warunku udziału w postępowaniu czytane zatem muszą być tak jak zostały napisane, literalnie, tak aby nie pozostawiać marginesu na interpretacje i domysły. Tak więc wymagania, które określa Zamawiający wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ (porównaj: wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 października 2008 r. sygn. akt XXIII Ga 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu, **jak również nie jest dopuszczalna wykładania uznaniowa. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, dorozumianym znaczeniu w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego czy założeniach czynionych na potrzeby oceny** [podkreślenie Kontrolujących]. Ukształtowany przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej **należy i musi być odczytywany tak jak on brzmi** [podkreślenie Kontrolujących], zgodnie z treścią jaka została zawarta w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”² Stanowisko we wskazanym zakresie pozostaje aktualne także w obowiązującym stanie prawnym.

W warunkach stanu faktycznego rozpatrywanej sprawy Zamawiający sam dokonał interpretacji zapisu „z doświadczeniem na stanowisku kierownika robót” lecz dopiero na etapie dokonywania oceny spełniania tak określonego warunku udziału w postępowaniu (co bezspornie potwierdza Notatka służbowa z dnia 14.08.2024r.) uznając, że stawiając taki warunek nie może dopuścić oferty, w której kierownik robót nie pełnił dotychczas tej funkcji ani razu. Działanie takie stanowi

1. P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2021, s. 106.

2. Zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.03.2020 r., KIO 377/20, LEX nr 2952799.



naruszenie zasad, które obowiązywały Zamawiającego w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający winien był bowiem dokonać oceny według jasnych, wyartykułowanych w dokumentach zamówienia reguł a nie w oparciu o interpretację opartą na własnych intencjach czy też dorozumianym (przez Niego) znaczeniu określonego w dokumentacji przetargowej warunku. W rozpatrywanej sprawie Zamawiający na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia nie określił jednak jasnych, wyartykułowanych reguł które zastosuje przy ocenie warunku w zakresie doświadczenia. Stąd też na etapie wyboru wykonawcy Zamawiający mógł jedynie zminimalizować skutki uchybienia popełnionego na wcześniejszym etapie.

Przechodząc do użytego przez Zamawiającego sformułowania „z doświadczeniem na stanowisku kierownika robót” w pierwszej kolejności za stanowiskiem doktryny należy podkreślić, iż (cyt.): „W orzecznictwie KIO³⁴⁵ wskazuje się, że warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności literalnej wykładni, która polega na ustalaniu znaczenia tekstu przez odwołanie się do kontekstu językowego terminów, zwrotów czy wyrażeń zawartych SWZ. Innymi słowy, ocena wymagań określonych przez zamawiającego w SWZ dokonywana jest poprzez ustalenie językowego znaczenia, sensu postanowień opisujących warunki udziału w postępowaniu. Dla zrozumienia, czego wymaga zamawiający, wystarczająca jest znajomość reguł sensu języka. Jeżeli na gruncie języka potocznego można przypisać wyrażeniom użytym w SWZ kilka znaczeń, to należy wybrać takie znaczenie, które jest najbardziej oczywiste. Zaznaczyć przy tym należy, że jeżeli określony termin należy do terminów specyficznych w określonej dziedzinie wiedzy lub praktyki społecznej, to należy przyjąć znaczenie, jakie termin ten ma w tej właśnie dziedzinie (tzw. domniemanie znaczenia specjalnego).”³

Pogląd ten, jak podkreśliła doktryna znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie. I tak np. w wyroku KIO z dnia 27.04.2024r. Izba wskazała (cyt.): „Należy podkreślić, że warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności wykładni językowej, która polega na ustalaniu znaczenia tekstu przez odwołanie się do kontekstu językowego terminów, zwrotów czy wyrażeń zawartych SWZ. Innymi słowy, ocena wymagań określonych przez zamawiającego w SWZ dokonywana jest poprzez ustalenie językowego znaczenia, sensu postanowień opisujących warunki udziału w postępowaniu. Jeżeli na gruncie języka potocznego można przypisać wyrażeniom użytym w SWZ kilka znaczeń, to należy wybrać takie znaczenie, które jest najbardziej oczywiste. W przypadku jednak, gdy wykładnia językowa nie daje podstaw do ustalenia jednoznacznego znaczenia postanowień SWZ, ustalenie znaczenia zakresu wymagań zamawiającego odbywa się z uwzględnieniem kontekstu systemowego i funkcjonalnego, jako subsydiarnych narzędzi służących odkodowaniu treści zwartej w SWZ. Kontekst systemowy oznacza zakaz przypisywania postanowieniom SWZ znaczenia, które prowadziłoby do sprzeczności z zasadami systemu zamówień publicznych, określonymi m.in. w art. 16 Pzp. Kontekst zaś funkcjonalny oznacza ustalenie funkcji, jaką dane postanowienie ma pełnić w procesie udzielania zamówienia publicznego.”⁴

W wyroku KIO z dnia 21.03.2022r. Izba podkreśliła, iż (cyt.): „ (...) procedura udzielenia zamówienia publicznego na charakter sformalizowany, a obowiązkiem zamawiającego jest przestrzeganie podstawowych zasad prowadzenia postępowania wskazanych w art. 16 ust. 1 Pzp na każdym etapie postępowania. Zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości nakazują do interpretacji treści dokumentów zamówienia

3. A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2024, art. 112.
<https://sip.lex.pl/#/commentary/587871004/778091/gawronska-baran-andrzela-i-in-prawo-zamowien-publicznych-komentarz-aktualizowany?cm=URELATIONS>

4. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.04.2023 r., KIO 1041/23, LEX nr 3584919.



stosować zasady wykładni literalnej. Ten rodzaj wykładni daje bowiem gwarancje poszanowania przywołanych zasad.”⁵

Kluczowe zatem w rozpatrywanej sprawie jest ustalenie w pierwszej kolejności językowego kontekstu użytego przez Zamawiającego sformułowania „z *doświadczeniem na stanowisku kierownika robót*”. Pozostałe elementy określające warunek udziału w postępowaniu nie były bowiem przedmiotem sporu.

W dostępnym na stronie Urzędu Zamówień Publicznych opracowaniu Prawo Zamówień Publicznych (cyt.): „(...) na **zdolność zawodową** wykonawcy składa się **suma doświadczeń [podkreślenie Kontrolujących]**, wiedzy, wykształcenia i kwalifikacji zawodowych wykonawcy oraz jego personelu. Szczególnie istotny wpływ na zdolność zawodową ma kadra kierownicza, organizacja oraz struktura przedsiębiorstwa. Przez **doświadczenie** należy rozumieć zasób umiejętności praktycznych, warunkujących zdolność do należytego wykonania określonych czynności (niezawodność)⁶. Jak wynika z powołanego stanowiska na zdolność zawodową składa się suma doświadczeń a nie jednokrotne wykonanie czynności (roboty, dostawy, usługi) pozwalające na uznanie posiadania doświadczenia. Wskazane stanowisko nie jest w doktrynie odosobnione. I tak np. (cyt.): „Doświadczenie, które stanowi element zdolności technicznej i zawodowej, może się odnosić zarówno do wykonawcy, jak i do osoby skierowanej przez wykonawcę do wykonywania zamówienia. Przez doświadczenie rozumieć należy potwierdzone w praktyce **posiadanie powtarzalnych umiejętności** [podkreślenie Kontrolujących] niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia.”⁷

Nie ulega także żadnej wątpliwości że na gruncie języka potocznego najbardziej oczywiste znaczenie jakie można przypisać użytemu w SWZ wyrażeniu „z *doświadczeniem na stanowisku kierownika robót*” to po prostu posiadanie praktyki polegającej na powtarzalnym pełnieniu funkcji kierownika robót, uzyskanie wiedzy poprzez bezpośrednie powtarzalne uczestnictwo w pełnieniu tej funkcji. Im większa praktyka w pełnieniu funkcji kierownika robót tym większe doświadczenie w tym zakresie. Incydentalne, jednorazowe pełnienie funkcji kierownika robót nie wpisuje się w pojęcie posiadania doświadczenia w pełnieniu tej funkcji.

Przenosząc powyższe na grunt tej konkretnej sprawy należy stwierdzić, iż literalna wykładnia, polegająca na ustalaniu znaczenia sformułowania „z *doświadczeniem na stanowisku kierownika robót*” odwołując się do kontekstu językowego tego terminu nie potwierdza tezy Zamawiającego iż oczywistym jest, że każdy potencjalny wykonawca na pewno zinterpretował warunek będący przedmiotem niniejszej analizy w taki sam sposób w jaki zinterpretował go Zamawiający na etapie dokonywania oceny jego spełnienia tj. że na pewno chodziło o dysponowanie osobami mogącymi wykazać się doświadczeniem w realizacji minimum 1 usługi pełnienia funkcji kierownika w odpowiednich branżach.

W tym miejscu podkreślić należy, iż arbitralne ustalenie poziomu, od którego należy uznać doświadczenie wykonawcy za wystarczające do prawidłowego wykonania zamówienia jest ingerencją w prawo zamawiającego do samodzielnego ustalania warunków. Prawo to jednak nie jest niczym nieograniczone. Podlega ono bowiem naczelnym zasadom Prawa zamówień publicznych unormowanych w art. 16 ustawy PZP. Dokonując wykładni norm prawa zamówień

5. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21.03.2022r, KIO 641/22

6. Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Wydanie II pod red. H. Nowaka, M. Winiarza <https://ekomentarzpzp.uzp.gov.pl/prawo-zamowien-publicznych/art-116>

7. M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 116. <https://sip.lex.pl/#/commentary/587859695/657135/dzierzanowski-wlodzimierz-i-in-prawo-zamowien-publicznych-komentarz?cm=URELATIONS>



publicznych należy zatem uwzględnić systemową rolę naczelnych zasad Prawa zamówień publicznych, będących dyrektywami interpretacyjnymi co do szczegółowych norm tego prawa. Jak wskazano jedną z tych naczelnych zasad jest także przejrzystość prowadzonego postępowania. Skoro intencją było minimalne określenie poziomu zdolności dla omawianego warunku poprzez postawienie wymogu jednokrotnego pełnienia funkcji kierownika robót, to Zamawiający zobowiązany był wyartykułować ten poziom, zgodnie z zapisami art. 112 ustawy PZP poprzez precyzyjne wskazanie minimalnego wymaganego przez Niego poziomu zdolności w tym zakresie.

Użycie przez Zamawiającego nieprecyzyjnego sformułowania „z doświadczeniem na stanowisku kierownika robót” w konsekwencji doprowadziło do konieczności interpretowania takiego zapisu przez potencjalnych wykonawców. To na podstawie takiego niedookreślonego zapisu SWZ potencjalni wykonawcy musieli ustalić czy są w stanie przystąpić do postępowania i w takim stanie faktycznym podejmowali decyzję o wzięciu lub nie udziału w prowadzonym postępowaniu. Dokonując kompleksowej analizy rozpatrywanego przypadku nie można także pominąć, iż część wykonawców, jakkolwiek biegła w swoich dziedzinach, mogła mieć wątpliwości co do tak sformułowanych zapisów w SWZ. Dlatego tak ważne jest aby przy formułowaniu zapisów, w szczególności tak istotnych dla prowadzonego postępowania jak warunki udziału unikać stosowania nieprecyzyjnych sformułowań, które niejednokrotnie mogą być w różny sposób odczytywane przez potencjalnych wykonawców lub mogą budzić wątpliwości interpretacyjne. Taka niepewność w zakresie oceny spełnienia warunku może odnieść skutek zniechęcający potencjalnych wykonawców do udziału w takim postępowaniu. Nie sposób także bezsprzecznie wykluczyć, iż uwzględniając omówiony językowy kontekst użytego przez Zamawiającego sformułowania, jakiś potencjalny wykonawca z udziału w postępowaniu mógł zrezygnować uznając, iż po pierwsze chodzi o doświadczenie rozumiane na gruncie języka potocznego czyli o wykonanie powtarzalnych czynności. Powtarzalnych czyli na pewno minimum dwu w wymaganym zakresie. Po drugie Zamawiający nie określił jakie doświadczenie (ilukrotne powtórzenie czynności) uzna w tym konkretnym postępowaniu za wystarczające pozostawiając tę kwestię niedookreśloną aż do czasu dokonania oceny spełnienia tego warunku. Tym samym na etapie podejmowania decyzji o ewentualnym udziale w prowadzonym postępowaniu wykonawcy nie mieli pewności o jaką minimalną powtarzalność Zamawiającemu chodzi.

Podniesiony przez Zamawiającego bezsporny fakt braku reakcji potencjalnych wykonawców na tak sformułowane zapisy SWZ nie może mieć wpływu na dokonaną ocenę. Zaniechanie wykonawców ze skorzystania z przysługujących im uprawnień i wystąpienie bezsprzecznego faktu, iż w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie wpłynęły zapytania w zakresie będącym przedmiotem tej analizy nie stanowi i nie może stanowić o braku wystąpienia naruszenia przepisów ustawy PZP. Te bowiem są konsekwencją działania ze strony Zamawiającego i brak reakcji ze strony potencjalnych wykonawców nie może sanować błędów Zamawiającego popełnionych na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia. Podobnie, jak podkreślony w złożonych Zastrzeżeniach fakt wpływu 4 ofert w ramach przeprowadzonej procedury nie może być uznany za argument przemawiający za brakiem wystąpienia naruszenia przepisów ustawy PZP.

W tym miejscu wskazać należy na zapisy art. 601 ustawy PZP. Zgodnie z ust. 1 wskazanego przepisu podstawę stwierdzenia, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przeprowadzone niezgodnie z ustawą, stanowi naruszenie przepisu ustawy, które miało wpływ na wynik tego postępowania. Na podstawie jednak art. 601 ust. 2 ustawy PZP przepisu, o którym mowa w ust. 1, nie stosuje się w przypadku kontroli postępowania o udzielenie zamówienia współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej. Jak podkreśla doktryna (cyt.): „Zasada określona w ust. 1 komentowanego przepisu nie ma zastosowania w przypadku kontroli



postępowań o udzielenie zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej. Wynika to z funkcjonowania odrębnego systemu kontroli takich zamówień uregulowanego w odrębnych aktach prawnych, np. ustawie z 11.07.2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020 (Dz.U. z 2020 r. poz. 818 ze zm.) [obecnie ustawie z dnia 28 kwietnia 2022r. o zasadach realizacji zadań finansowanych ze środków europejskich w perspektywie finansowej 2021-2027 – przypis Kontrolujących] czy też rozporządzeniu Ministra Rozwoju z 29.01.2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U. z 2021 r. poz. 2179) [obecnie Wytycznych dotyczących sposobu korygowania nieprawidłowości na lata 2021-2027 ogłoszone komunikatem Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 05.07.2023 r. (M.P. 2023 poz. 708) – przypis Kontrolujących]. Oznacza to, że negatywne konsekwencje dla kontrolowanego są znacznie szersze, bardziej rygorystyczne. Podstawą stwierdzenia, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przeprowadzone niezgodnie z ustawą, może być nie tylko takie naruszenie przepisu ustawy, które miało wpływ na wynik danego postępowania.”⁸ W tym też kontekście nie ma znaczenia podnoszony przez Zamawiającego argument, iż Zamawiający dokonywałby wykładni rozszerzającej, tj. korzystniejszej dla wykonawcy biorącego udział w postępowaniu.

Na marginesie wskazać należy, iż Instytucja Zarządzająca Funduszami Europejskimi dla Dolnego Śląska 2021-2027 w pełni zgadza się z przedstawionymi przez Zamawiającego tezami wynikającymi z przywołanego w złożonych Zastrzeżeniach orzecznictwa. Podkreślić jednak należy, iż nie dotyczą one istoty wskazanego w Ustaleniu nr 1.3 Informacji pokontrolnej naruszenia. Ujawnione na etapie przeprowadzonej kontroli naruszenie dotyczyło bowiem określenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej dotyczącej doświadczenia w sposób uniemożliwiający obiektywną ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Kontrolujący nie kwestionowali natomiast prawa Zamawiającego do określenia warunków zamówienia jako takich czy też prawa do ustanowienia warunków umożliwiających wzięcie udziału w postępowaniu możliwie najszerszemu kręgowi wykonawców. Sformułowane zarzuty nie dotyczyły także określenia warunku na tyle rygorystycznie, że nie było to uzasadnione potrzebami zamawiającego, specyfiką wykonania zamówienia, czy też koniecznością do wyłonienia wykonawcy zdolnego do należytego zrealizowania umowy. Tym samym przywołane przez Zamawiającego orzecznictwo nie może w tym stanie faktycznym i prawnym stanowić o poprawności działań Zamawiającego w zakresie będącym przedmiotem sporu.

Instytucja Zarządzająca Funduszami Europejskimi dla Dolnego Śląska 2021-2027 zgadza się także z przytoczonym w złożonych Zastrzeżeniach poglądem Mariusza Wolskiego opublikowanym w LEX QA 1939161 i cytowanymi przez autora orzeczeniami KIO stwierdzającymi że nawet jeśli warunki udziału w postępowaniu nie zostały sformułowane w sposób jednoznaczny, to zamawiający ma obowiązek przyjąć ich wykładnię rozszerzającą, tzn. najbardziej korzystną dla wykonawców. Należy jednak podkreślić, że istotą podniesionego w Informacji pokontrolnej naruszenia nie była dokonana przez Zamawiającego ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu z zastosowaniem sposobu jego interpretacji który był korzystniejszy dla Wykonawcy. Istotą podniesionego naruszenia było złamanie zasad dotyczących określania

8. A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2024, art. 601.
<https://sip.lex.pl/#/commentary/587871487/778574/gawronska-baran-andrzela-i-in-prawo-zamowien-publicznych-komentarz-aktualizowany?cm=URELATIONS>



warunków udziału i ocena potencjalnych konsekwencji tego naruszenia na przebieg przeprowadzonego postępowania przez pryzmat zapisów art. 601 ust. 2 ustawy PZP.

Reasumując po dokonaniu szczegółowej analizy przedłożonej argumentacji nie sposób przyjąć stanowiska Zamawiającego, iż przy kształtowaniu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej nie doszło do naruszenia zapisów art. 16 w związku z art. 112 ust. 1 ustawy PZP. Tym samym wniosek o odstąpienie od nałożonej korekty finansowej i uznania wszystkich wydatków wynikających z realizacji umowy nr 320/2024 z dnia 23.08.2024 r. za poniesione prawidłowe i uznanie ich za kwalifikowalne w ramach realizowanego projektu nie może zostać rozpatrzony pozytywnie.

Reasumując, po dokonaniu szczegółowej analizy przedłożonej przez Zamawiającego argumentacji, po uwzględnieniu wszystkich wskazanych powyżej okoliczności faktycznych i prawnych, **złożone Zastrzeżenia odrzucono w całości. Tym samym zapisy Informacji pokontrolnej nie uległy zmianie.**

Małgorzata Kuruc
Zastępca Dyrektora
Departamentu Funduszy Europejskich
/podpisano elektronicznie/
(z upoważnienia ZWD na podstawie
Uchwały nr 7401/VI/23 z dnia 11 września 2023 r.)