



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.01.03-IZ.00-0007/23-002-OST

DEFR-O-III.44.137.2024

Wrocław, dnia 18 grudnia 2024r.

Pisemne stanowisko wobec zgłoszonych Zastrzeżeń do Informacji pokontrolnej nr FEDS.01.03-IZ.00-0007/23-002-INF

W związku wniesieniem w dniu 26.11.2024r. Zastrzeżeń do Informacji pokontrolnej nr FEDS.01.03-IZ.00-0007/23-002-INF (pismo DU.260.25.2024 z dnia 26.11.2024r.) [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. 138 ust. 1 w związku z art. 138 ust. 4 ustawy PZP przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert.

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

Zamawiający w złożonych Zastrzeżeniach zakwestionował zawarte w Informacji pokontrolnej stanowisko dotyczące skrócenia terminu składania ofert podnosząc, iż w kontrolowanym zamówieniu termin na przygotowanie i złożenie oferty był dłuższy niż wymagany minimalny termin składania ofert i wynosił 738 godzin i 45 minut tj. był dłuższy niż minimalny 30 dniowy termin składania ofert wynoszący 720 godzin. Zamawiający pokreślił, że w postępowaniu złożono łącznie dwie oferty, w tym jedną już w dniu 30.06.2024r., a drugą na 64 godziny i 33 minuty przed upływem terminu składania ofert określonym w SWZ. Zamawiający podniósł także bezsporny fakt braku pytań i wniosków o wyjaśnienie treści SWZ oraz brak logowania na stronie prowadzonego postępowania na Platformie zakupowej wykonawców innych niż ci, którzy złożyli oferty. Powyższe okoliczności według Zamawiającego świadczą o tym, iż zainteresowani zamówieniem wykonawcy mieli zapewniony wystarczający czas aby złożyć ofertę. W związku z powyższym zamawiający zawnioskował o odstąpienie od nałożenia korekty finansowej. W przypadku nieuznania argumentacji dotyczącej braku naruszenia, z uwagi na brak zdaniem Zamawiającego, wystąpienia potencjalnego szkodliwego wpływ na budżet UE, polegającego na finansowaniu ze środków tego budżetu nieuzasadnionego wydatku, co w konsekwencji prowadzi do braku możliwości stwierdzenia wystąpienia w rozpatrywanym przypadku nieprawidłowości indywidualnej, o której mowa w art. 2 pkt 17 ustawy wdrożeniowej, Zamawiający wniósł o obniżenie korekty finansowej wg metodologii wskazanej w złożonych Zastrzeżeniach.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego w pierwszej kolejności należy stanowczo podkreślić że terminy, w szczególności termin składania ofert, odgrywają bardzo istotną rolę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający wyznacza terminy składania ofert z uwzględnieniem złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do ich przygotowania i złożenia z tym, że terminy te **nie mogą być krótsze niż ustawowe terminy minimalne**, o ile są one określone (art. 131 ust. 1 ustawy PZP). W pierwszej kolejności zamawiający jest zobowiązany w warunkach konkretnego postępowania uwzględnić w szczególności opis przedmiotu zamówienia i jego złożoność oraz rozmiar, a także czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty przez każdego z wykonawców, zapewniając tym

**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**



samym realną oraz uczciwą konkurencję w postępowaniu. Zamawiający powinien zatem wyznaczyć termin składania ofert czy wniosków w sposób racjonalny, mając na względzie to, że skutki nieprawidłowo ustalonego terminu w postępowaniu mogą być dotkliwe.

Ustawodawca jasno wskazał, że termin składania ofert dla przetargu nieograniczonego nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej. Zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert krótszy o 5 dni, jeżeli składanie ofert odbywa się w całości przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w sposób określony w art. 63 ust. 1 ustawy PZP. Powyższe wynika w sposób bezpośredni z zapisów art. 138 ust. 1 w powiązaniu z art. 138 ust. 4 ustawy PZP.

Ustawa PZP nie zawiera regulacji odnoszących się do kwestii obliczania terminów wskazanych w jej zapisach. Kluczową rolę w tym zakresie odgrywają uregulowania ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2024 r. poz. 1061) [dalej K.C.]. Zgodnie bowiem z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu, w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Tym samym zasady wyznaczania terminów powinno się odnieść do reguł określonych w art. 111-116 K.C. Zgodnie z art. 111 § 1 K.C. termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym ono nastąpiło (art. 111 § 2 K.C.).

Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny (cyt.): „Wyznaczony termin składania wniosków lub ofert nie może być krótszy niż terminy określone w ustawie – odpowiednio dla każdego z trybów postępowania. Ustawodawca określił minimalne terminy w dniach. Dla potrzeb postępowania zamawiający wyznacza natomiast termin datą dzienną i zazwyczaj określa godzinę składania wniosków lub ofert. Przy wyliczeniu długości terminu należy stosować przepisy art. 111 k.c. z uwzględnieniem szczególnych postanowień art. 8 p.z.p. Dniem, od którego należy wyliczyć termin, jest dzień wszczęcia postępowania (przekazania ogłoszenia o zamówieniu) lub też dzień przekazania zaproszenia do składania ofert, w zależności od trybu postępowania.”¹

Podkreślić należy, że (cyt.): „Przepisy Prawa zamówień publicznych stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów Kodeksu cywilnego. W zakresie nieuregulowanym w Prawie zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców należy więc stosować wprost (a nie odpowiednio) przepisy Kodeksu cywilnego. W wyroku z 3.07.2007r., V SA/Wa 172/17, LEX nr 368193, Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie orzekł, że: „Jakkolwiek stronami przy udzielaniu zamówień publicznych są zamawiający i wykonawcy, jednak do ich czynności o charakterze cywilnoprawnym stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r., poz. 121) tylko wówczas, gdy stosownie do art. 14 i art. 139 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (...) przepisy tej ustawy nie stanowią inaczej”.² Wskazane stanowisko dotyczące poprzednio obowiązującego stanu prawnego pozostaje aktualne również na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień

1. M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 131
<https://sip.lex.pl/#/commentary/587859710/657150/dzierzanowski-wlodzimierz-i-in-prawo-zamowien-publicznych-komentarz?cm=URELATIONS>

2. J.E. Nowicki *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*. 3 Wydanie. Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2018, s. 203.



publicznych z dnia 11 września 2019r., co potwierdza także stanowisko doktryny przywołane w pkt 5. Informacji pokontrolnej.

Przenosząc zatem powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy dla dokonania poprawnej oceny stwierdzonego stanu faktycznego w zakresie wyznaczonego przez Zamawiającego terminu składania ofert kluczowe będą uregulowania Kodeksu Cywilnego Księga Pierwsza Tytuł V Terminy.

Zgodnie z zapisami art. 111 § 1 K.C., termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym ono nastąpiło (art. 111 § 2 K.C.). Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że dla terminów oznaczonych w dniach najmniejszą jednostką czasu jest doba. A zatem skutki czynności prawnej mające wpływ na bieg tak określonego terminu należy również rozpatrywać i oceniać w dniach. Mogą one następować zatem jedynie z początkiem lub końcem dnia (liczonego jako doby od godziny 00.00 do godziny 23.59). Jeżeli termin oznaczony w dniach ustalono w ten sposób, że jego początkiem jest wystąpienie określonego zdarzenia (np. przekazania ogłoszenia o zamówieniu do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej), to do obliczenia tego terminu nie uwzględnia się dnia, w którym owo zdarzenie wystąpiło. Termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia, czyli z nastaniem północy, albowiem okres wyrażony w dniach rozpoczyna się na początku pierwszej godziny pierwszego dnia i wygasa wraz z upływem ostatniej godziny ostatniego dnia okresu. Bezsprzecznie termin o którym mowa w art. 138 ust. 1 w powiązaniu z art. 138 ust. 4 ustawy PZP to termin oznaczony w dniach. Z kolei art. 115 K.C., jasno wskazuje, że jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy lub sobotę, termin upływa następnego dnia, który nie jest dniem wolnym od pracy ani sobotą.

Zamawiający w złożonych Zastrzeżeniach przywołuje regulacje zawarte w art. 138 ust 1 oraz art. 138 ust 4 ustawy PZP, jednak całkowicie pomija fakt, iż minimalny termin składania ofert to termin wyznaczany w dniach dla liczenia którego należy uwzględnić reguły wynikające z zapisów art. 110 – 116 K.C. z uwagi na dyspozycję art. 8 ust. 1 ustawy PZP. Z jednej strony bowiem Zamawiający zgadza się, że termin składania ofert w kontrolowanym postępowaniu powinien wynosić 30 dni, jednak podaje go w przeliczeniu na godziny wskazując że (cyt.): „*W przedmiotowym zamówieniu termin na przygotowanie i złożenie oferty wynosił 738 godzin i 45 minut, tj. był dłuższy niż wymagany minimalny 30 dniowy termin składania ofert [w przeliczeniu na godziny 8 godzin 45 minut + (30 dni x 24 godziny) + 10 godzin = 738 godzin i 45 minut; przy czym okres 30 dni w przeliczeniu na godziny to 720 godzin]*”.

W warunkach stanu faktycznego rozpatrywanej sprawy, uwzględniając zapisy art. 8, art. 138 ust. 1, art. 138 ust. 4 ustawy PZP, art. 111 § 1, 111 § 2 oraz art. 115 K.C. minimalny ustawowy termin składania ofert upływał o północy w dniu 29.07.2024r. Nie sposób zatem przyjąć argumentacji przedłożonej w złożonych Zastrzeżeniach, iż w tym konkretnym stanie faktycznym Zamawiający wyznaczył termin składania ofert dłuższy niż minimalny termin na składanie ofert wymagany przepisami prawa. Wyznaczając termin na dzień 29.07.2024r do godziny 10:00 Zamawiający skrócił minimalny wymagany przepisami prawa termin składania ofert o 1 dzień co wyraźnie podkreślono w zapisach Informacji pokontrolnej (cyt.): „*Wyznaczając termin składania ofert na dzień 29.07.2024r. na godz. 10:00:00, Zamawiający de facto skrócił termin składania ofert o 14 godzin. Uwzględniając, iż określone w art. 138 ustawy PZP terminy składania ofert są terminami oznaczonymi w dniach, w tym przypadku nastąpiło skrócenie terminu składania ofert o 1 dzień.*” Próba przeliczania terminu składania ofert na godziny w celu wykazania zachowania minimalnego, wynikającego z przepisów ustawy PZP, terminu na składanie ofert nie



może się w tym przypadku ostać i nie stanowi dowodu na prawidłowe działanie Zamawiającego w tym zakresie.

Również przytoczony przez Zamawiającego argument dotyczący złożenia 2 ofert w postępowaniu nie może stanowić potwierdzenia, iż pomimo nieuprawnionego skrócenia terminu składania ofert Zamawiający zagwarantował wystarczający czas, aby zainteresowani zamówieniem wykonawcy mogli przygotować i złożyć ofertę. Zamawiający w złożonych Zastrzeżeniach podkreślił, iż pierwsza z ofert wpłynęła już w dniu 30.06.2024r. Należy jednak podkreślić, iż oferta ta zawierała wady w konsekwencji których sam Zamawiający był zmuszony ją odrzucić, albowiem nie została ona opatrzona żadnym podpisem, a także zabezpieczona wymaganym wadium. Złożenie oferty dwa dni po publikacji Ogłoszenia o zamówieniu (uwzględniając przedmiot zamówienia), brak zabezpieczenia oferty wymaganym wadium oraz brak podpisu budzi co najmniej uzasadnione wątpliwości co do intencji tego potencjalnego wykonawcy. Pomijając jednak wskazane wątpliwości de facto w prowadzonym postępowaniu złożono jedną ważną ofertę. I jakkolwiek bezspornym jest, co podkreśla Zamawiający, iż wpłynęła ona na 64 godziny i 33 minuty przed upływem terminu składania ofert wskazanego w SWZ, fakt ten nie może stanowić dowodu na poprawność działania Zamawiającego w zakresie wyznaczenia terminu składania ofert. Podobnie zresztą jak kolejne podniesione w Zastrzeżeniach okoliczności dotyczące braku złożenia oferty po wyznaczonym terminie, brak logowania się na stronie prowadzonego postępowania na platformie zakupowej innych wykonawców, czy bezsporny fakt braku pytań czy próśb o wyjaśnienia treści SWZ. Okoliczności te nie mogą 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.

Reasumując w tym konkretnym przypadku doszło do naruszenia § 16 ust. 1 Umowy o dofinansowanie poprzez naruszenie art. 138 ust. 1 w związku z art. 138 ust. 4 ustawy PZP przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert. Złożone Zastrzeżenia w zakresie braku wystąpienia naruszenia wskazanych przepisów ustawy PZP należy odrzucić w całości jako niemające odzwierciedlenia w obowiązujących przepisach prawa.

Przechodząc do drugiej części złożonych Zastrzeżeń dotyczących braku wystąpienia, zdaniem Zamawiającego, podstaw do stwierdzenia w warunkach tej sprawy nieprawidłowości indywidualnej na wstępie wskazać należy, iż przywołane w złożonych Zastrzeżeniach Rozporządzenie z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzieleniem zamówienia (t.j. Dz. U. z 2021, poz. 2179 ze zm.) nie znajduje zastosowania w rozpatrywanej sprawie. Przywołane przez Zamawiającego w treści złożonych Zastrzeżeń Rozporządzenie, zostało wydane na podstawie art. 24 ust. 13 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020 (Dz. U. z 2020r. poz. 818 ze zm.). Określało ono warunki obniżania wartości korekt finansowych oraz pomniejszeń oraz stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń związanych z udzielaniem zamówień realizowanych ze środków publicznych w ramach projektów objętych współfinansowaniem w zakresie polityki spójności w perspektywie finansowej 2014–2020. W perspektywie finansowej 2021–2027 zastosowanie winny znaleźć i znalazły zapisy *Wytycznych dotyczących sposobu korygowania nieprawidłowości na lata 2021–2027*, wydane na podstawie art. 5 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 28 kwietnia 2022 r. o zasadach realizacji zadań finansowanych ze środków europejskich w perspektywie finansowej 2021–2027 (Dz. U. z 2022 r. poz. 1079 ze zm.) [zwanej dalej ustawą wdrożeniową],



ogłoszone komunikatem Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 05.07.2023 r. (M.P. 2023 poz. 708).

Jak wskazał Zamawiający w złożonych Zastrzeżeniach zgodnie z art. 2 pkt 17 ustawy wdrożeniowej nieprawidłowością indywidualną jest nieprawidłowość, o której mowa w art. 2 pkt 31 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2021/1060 z dnia 24 czerwca 2021 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego Plus, Funduszu Spójności, Funduszu na rzecz Sprawiedliwej Transformacji i Europejskiego Funduszu Morskiego, Rybackiego i Akwakultury, a także przepisy finansowe na potrzeby tych funduszy oraz na potrzeby Funduszu Azylu, Migracji i Integracji, Funduszu Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Instrumentu Wsparcia Finansowego na rzecz Zarządzania Granicami i Polityki Wizowej (Dz. Urz. UE L 231 z 30.06.2021 z późn. zm.) [zwanego dalej Rozporządzeniem ogólnym].

Zgodnie z zapisami art. 2 pkt 31 Rozporządzenia ogólnego nieprawidłowość oznacza każde naruszenie mającego zastosowanie prawa, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie go 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 realny lub tylko potencjalny szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem.

W trakcie przeprowadzanej kontroli zbadano, czy w analizowanym stanie faktycznym doszło do kumulatywnego ich spełnienia.

W zakresie pierwszej z przesłanek wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej potwierdzono, iż Zamawiający w poddanym weryfikacji postępowaniu o udzielenie zamówienia naruszył zapisy mającego zastosowanie prawa tj. art. 138 ust. 1 w związku z art. 138 ust. 4 ustawy PZP przez wyznaczenie w poddanym weryfikacji postępowaniu o udzielenie zamówienia zbyt krótkiego terminu składania ofert.

Drugim elementem pojęcia nieprawidłowości indywidualnej jest działanie lub zaniechanie podmiotu gospodarczego.

Zgodnie z art. 2 pkt 30 Rozporządzenia ogólnego przez podmiot gospodarczy rozumie się każdą osobę fizyczną lub prawną lub inny podmiot biorący udział we wdrażaniu Funduszy, z wyjątkiem państwa członkowskiego podczas wykonywania uprawnień władzy publicznej. Bezsprzecznie Zamawiający spełnia także i tą przesłankę. Działanie Zamawiającego polegające na wyznaczeniu zbyt krótkiego terminu składania ofert zostało w tym przypadku bezsprzecznie wykazane.

Trzecim elementem pojęcia nieprawidłowości indywidualnej jest wystąpienie lub możliwość wystąpienia szkodliwego wpływu na budżet Unii poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem.

Zdaniem Zamawiającego w rozpatrywanej sprawie nie zaistniała trzecia z przesłanek nieprawidłowości indywidualnej. Brak jest bowiem według Zamawiającego związku przyczynowo skutkowego pomiędzy skróceniem terminu składania ofert, a możliwością wystąpienia choćby hipotetycznego uszczuplenia budżetu UE.

Przechodząc zatem do analizy trzeciej przesłanki w ramach tej konkretnej sprawy wskazać należy, iż w sytuacji wystąpienia naruszenia przepisów ustawy PZP niezbędna jest ocena ryzyka, na jakie w wyniku stwierdzonego uchybienia został narażony budżet UE.



Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 stycznia 2017 r.³ (cyt.): „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).

W tym miejscu wskazać także 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.”⁴

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

4. A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2024, art. 601.



Natomiast w wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 18.12.2019r.⁵ wskazano, że (cyt.): „Samo stwierdzenie naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, o ile naruszenie to nie ma li tylko wyłącznie charakteru formalnego, jest równoznaczne z powstaniem potencjalnej (a nie rzeczywistej szkody) z uwagi na charakter naruszenia przepisów u.p.z.p. szkody, a jej wysokość oraz waga i charakter naruszenia tych przepisów, znajduje odzwierciedlenie w przypisanych poszczególnym naruszeniom wskaźnikach określonych w Taryfikatorze. W przypadku naruszenia u.p.z.p. z reguły bowiem stwierdzone naruszenia są tego rodzaju, że instytucja zarządzająca nie jest w stanie obiektywnie to oceniając określić rzeczywistej wysokości szkody. Z tego względu nie ma potrzeby przeprowadzenia w tym zakresie jakichkolwiek ustaleń faktycznych. Przyjmuje się, że wysokość szkody jest ujęta w poszczególnych pozycjach Taryfikatora, w którym poszczególnym, zindywidualizowanym naruszeniem przypisana jest wysokość korekty. Wysokość tej korekty jest ustalana w Taryfikatorze relatywnie do szkody powodowanej przez naruszenia. Ustawodawca przyjmuje tu domniemanie, że skoro doszło do naruszenia przepisów ustawy o zamówieniach publicznych, to musiała zaistnieć szkoda w budżecie UE. Każdorazowo kiedy instytucja zarządzająca stwierdzi naruszenia Prawa zamówień publicznych obowiązana jest zastosować przewidziany dla tego naruszenia wskaźnik %. Przypisany w taryfikatorze poszczególnym naruszeniom wyrażony w % stopień (wysokość) korekty odpowiada zaś wysokości szkody, wadze tych naruszeń i jest adekwatny do charakteru tych naruszeń. Każdy wskaźnik uwzględnia więc potencjalną szkodę, którą mogło spowodować objęte nim naruszenie. Wskaźniki procentowe przyjmuje się więc dlatego, że nie sposób oszacować rzeczywistej szkody dla budżetu UE w przypadku określonych naruszeń ustawy Prawa zamówień publicznych. Procentowe wyrażenie szkody za naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych oraz zawarta w Taryfikatorze metodologia obliczania kwot korekt służy koordynacji i ujednoliceniu sposobu postępowania w przypadkach wykrycia naruszeń przepisów zamówień publicznych. W Taryfikatorze przyjęto założenie, wedle którego wskazane poziomy korekt powinny znaleźć zastosowanie jedynie w odniesieniu do tych przypadków naruszeń przepisów zamówień publicznych, w których nie jest możliwe oszacowanie nieprawidłowo wydatkowanej kwoty. Ustalenie szkody wedle metody dyferencyjnej (szkody rzeczywistej) następuje we wszystkich tych przypadkach, w których oceniając to wedle obiektywnych kryteriów możliwe jest jej oszacowanie i wówczas metoda dyferencyjna ma pierwszeństwo zastosowania przy ustalaniu szkody. Jednakże w przypadku naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych ujętych w Taryfikatorze właśnie z uwagi na brak owej obiektywnej możliwości ustalenia szkody do poszczególnych naruszeń u.p.z.p. przypisano określone stawki % pozwalające na ustalenie wysokości szkody. Co trzeba podkreślić Taryfikator ten jest opracowany na podstawie praktyki stosowanej przez organy UE, w tym TSUE, i jest na bieżąco uaktualniany poprzez uwzględnienie wytycznych tego Trybunału.”

Za wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 15 kwietnia 2019 r.⁶, podkreślić należy że: (cyt.): „nieprawidłowość” ma miejsce w sytuacji, gdy wskutek naruszenia procedur doszło do powstania szkody lub mogłoby dojść do jej powstania w budżecie ogólnym UE. Możliwość powstania szkody należy rozumieć jako możliwość uszczuplenia środków unijnych. Dla uznania zatem, że doszło do powstania „nieprawidłowości” w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia nr 1303/2013 wystarczy ustalenie, że wskutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE.

<https://sip.lex.pl/#/commentary/587871487/778574/gawronska-baran-andrzela-i-in-prawo-zamowien-publicznych-komentarz-aktualizowany?cm=URELATIONS>

5. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 18.12.2019r., sygn. akt I ACa 97/19

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



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

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

Sentencja ta, w związku z przywołaną powyżej definicją nieprawidłowości określoną w art. 2 pkt 31 Rozporządzenia ogólnego, pozostaje aktualna również na gruncie rozpatrywanej sprawy.

Tak więc nieprawidłowość indywidualna ma miejsce w sytuacji, gdy skutek naruszenia procedur (o ile nie miały one charakteru naruszeń formalnych) doszło do powstania szkody lub mogłoby dojść do jej powstania w budżecie ogólnym UE. Możliwość powstania szkody należy natomiast rozumieć jako możliwość uszczuplenia środków unijnych. Dla uznania zatem, że doszło do powstania nieprawidłowości w rozumieniu wskazanego powyżej art. 2 pkt 31 Rozporządzenia ogólnego wystarczy ustalenie, że skutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, iż wskazane powyżej zapisy art. 2 pkt 31 Rozporządzenia ogólnego nie zawierają definicji szkody. Zawierają natomiast definicję nieprawidłowości, w której wystąpienie szkodliwego wpływu lub sama tylko możliwość wystąpienia szkodliwego wpływu na budżet UE poprzez możliwość obciążenie tegoż budżetu nieuzasadnionym wydatkiem jest jednym z jej elementów.

Szkodą w interesach finansowych Unii Europejskiej jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, a nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa unijnego lub krajowego, w tym zasad określonych w ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. Dla wystąpienia potencjalnej szkody wystarczy zatem uprawdopodobnienie możliwości jej wystąpienia. Powyższe jest kluczowe w przypadku analizy rozpatrywanej sprawy. W kontekście przywołanych bowiem powyżej przepisów dla stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej nie jest koniecznym udowodnienie faktu wystąpienia takich okoliczności, ale samo dopuszczenie do możliwości ich wystąpienia.

Z możliwością wystąpienia szkodliwego wpływu na budżet Unii poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem mamy bowiem do czynienia wtedy, gdy właściwa instytucja, stwierdzając naruszenie, nie może z pewnością wykluczyć, że takie skutki mogły potencjalnie wystąpić. Zatem jeśli na podstawie konkretnych, indywidualnych okoliczności sprawy, właściwa instytucja poweźmie wątpliwości co do tego, że określone naruszenie ustawy mogło skutkować ryzykiem wystąpienia szkodliwego wpływu na budżet Unii poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem poniesionym z naruszeniem przepisów obowiązującego prawa, a więc wyrządzeniem potencjalnej szkody w budżecie UE, to absolutnie tego rodzaju wydatku nie można uznać w całości za kwalifikowalny.



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

Przenosząc zatem powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy należy wskazać że zachowanie minimalnych wymaganych zapisami ustawy PZP terminów składania ofert stanowi jeden z podstawowych elementów zachowania konkurencyjności, a więc jednej z podstawowych zasad udzielania zamówień. W procedurze udzielania zamówień zamawiający nie mają całkowitej dowolności w wyznaczaniu tych terminów. W ustawie PZP generalne zasady dotyczące wyznaczania terminów zostały bowiem szczegółowo uregulowane. Na zamawiających ciąży obowiązek aby wyznaczyć termin z uwzględnieniem złożoności zamówienia oraz czasu potrzebnego na sporządzenie ofert, przy czym przepisy odnoszące się do poszczególnych trybów zamówienia regulują minimalne terminy, których zamawiającym co do zasady nie wolno skrócić. Ewentualne skrócenie minimalnych terminów możliwe jest bowiem wyłącznie w przypadkach ściśle określonych w ustawie PZP. Każde skrócenie minimalnego terminu składania ofert bez wypełnienia ustawowych przesłanek do jego skrócenia, jest jednoznaczne z naruszeniem nie tylko konkretnego zapisu ustawy PZP dotyczącego minimalnego terminu składania ofert, ale także wiąże się z naruszeniem wskazanych zasad prowadzenia postępowania.

Z możliwością wystąpienia szkodliwego wpływu na budżet UE mamy do czynienia wtedy, gdy właściwa instytucja stwierdzając naruszenie, nie może z całą stanowczością i z całą pewnością, wykluczyć, że takie skutki potencjalnie mogły w rozpatrywanym przypadku wystąpić. Zatem jeśli na podstawie konkretnych, indywidualnych okoliczności sprawy właściwa instytucja poweźmie wątpliwości co do tego, że określone naruszenie mogło skutkować ryzykiem wystąpienia nieuzasadnionego wydatku poniesionego z naruszeniem przepisów obowiązującego prawa, a więc wyrządzeniem szkody w budżecie UE, to absolutnie tego rodzaju wydatku nie można uznać za kwalifikowalny w całości. Zamawiający poprzez swoje działanie do ryzyka takiego doprowadził, wyznaczając termin składania ofert z naruszeniem przepisów dotyczących wymaganego minimalnego terminu składania ofert. Skrócenie bowiem minimalnego, wymaganego przepisami ustawy PZP terminu składania ofert z takim ryzykiem co do zasady się wiąże. Potencjalni wykonawcy w przypadku prawidłowego określenia terminu składania ofert uzyskaliby dodatkowy czas pozwalający po pozyskaniu informacji o prowadzonym postępowaniu, na przygotowanie, dokończenie czy dopracowanie (w zależności od momentu uzyskania informacji o zamówieniu) i w konsekwencji złożenie oferty. Zamawiający w złożonych Zastrzeżeniach argumentując, iż termin składania ofert był wystarczający podkreślił m.in. że jedna z ofert została złożona już w dniu 30.06.2024r., a więc w drugim dniu po dniu upublicznienia informacji o prowadzonym postępowaniu. Tym samym przez analogię nie można bezsprzecznie wykluczyć sytuacji, w której potencjalny wykonawca pozyskując informację o prowadzonym postępowaniu np. w dniu 26.07.2024r., czy też w dniu 27.07.2024r. mógłby złożyć ofertę w przypadku zapewnienia przez Zamawiającego wymaganego minimalnego terminu na składanie ofert tj. do końca dnia 29.07.2024r., a z uwagi na jego skrócenie do godz. 10.00 tegoż dnia, odstąpił od złożenia oferty z uwagi na zbyt krótki czas pozostały na jej przygotowanie, dopracowanie i w konsekwencji złożenie. Jakkolwiek sytuacja taka wydaje się być mało prawdopodobna, to jednak nie można jej bezsprzecznie wykluczyć. Do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy już sam fakt, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda ta powstanie. Stwierdzone naruszenie potencjalnie mogło zatem skutkować ryzykiem wystąpienia szkodliwego wpływu na budżet Unii poprzez obciążenie go nieuzasadnionym wydatkiem.



Dokonując zatem wieloaspektowej analizy, należy stwierdzić, iż wykryte naruszenia spełniają definicję nieprawidłowości z art. 2 pkt 31 Rozporządzenia ogólnego, przywołaną w zapisach art. 2 pkt 17 ustawy wdrożeniowej.

Tym samym Zastrzeżenia w zakresie braku wystąpienia w rozpatrywanej sprawie łącznie wszystkich trzech przesłanek nieprawidłowości indywidualnej, a w konsekwencji konieczności odstąpienia przez IZ FEDS od nałożenia korekty finansowej należy odrzucić w całości jako niezasadne.

Przechodząc do ostatniej podniesionej w złożonych Zastrzeżeniach kwestii dotyczącej możliwości miarkowania (obniżenia) korekty finansowej należy wskazać co następuje.

Jak wskazano w treści Informacji pokontrolnej stwierdzenie nieprawidłowości indywidualnej powoduje, zgodnie z zapisami ustawy wdrożeniowej, powstanie obowiązku podjęcia przez Instytucję Zarządzającą Funduszami Europejskimi dla Dolnego Śląska 2021-2027 [dalej IZ FEDS] odpowiednich działań określonych zapisami art. 26 ust. 8 tejże ustawy.

W warunkach stanu faktycznego rozpatrywanej sprawy zastosowanie znalazły zapisy pkt 2 Sekcji 5.2.1 Wytycznych dotyczących nieprawidłowości zgodnie z którymi, w przypadku gdy nieprawidłowość dotyczy zamówienia przeprowadzonego z naruszeniem prawa lub warunków wynikających z umowy o dofinansowanie projektu i nie skutkuje ona uznaniem wszystkich wydatków poniesionych w ramach zamówienia za niekwalifikowalne, a stwierdzenie wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej nastąpiło przed złożeniem wniosku o płatność, wartość pomniejszenia należy obliczyć z wykorzystaniem wzoru określonego w sekcji 5.2.1 pkt 3 Wytycznych dotyczących nieprawidłowości.

Nieprawidłowość indywidualna związana z nieprzestrzeganiem terminów składania ofert, została wskazana wprost w Załączniku do Wytycznych dotyczących nieprawidłowości w ramach kategorii nieprawidłowości indywidualnej nr 4. Nieprzestrzeganie terminów składania ofert lub terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub brak przedłużania terminów składania ofert w przypadku wprowadzania istotnych zmian w dokumentach zamówienia do której, w przypadku skrócenia terminu o mniej niż 30% (jak w rozpatrywanym przypadku) obostrzone jest stawką pomniejszenia w wysokości 5%.

W związku z wnioskiem Zamawiającego o miarkowanie zastosowanej korekty finansowej przy zastosowaniu metodyki przedstawionej w złożonych Zastrzeżeniach, IZ FEDS dokonała ponownej analizy w zakresie ewentualnej możliwości zmiany zastosowanej stawki pomniejszenia lub w zakresie miarkowania kwoty wydatków uznanych w rozpatrywanej sprawie za niekwalifikowane.

Jak wskazano w zapisach art. 26 ust. 6 ustawy wdrożeniowej, wartość korekty finansowej albo wartość wydatków poniesionych nieprawidłowo stanowiąca pomniejszenie, o którym mowa w ust. 8 pkt 1, może zostać obniżona, jeżeli Komisja Europejska określi możliwość obniżania tych wartości. Komisja Europejska Decyzją Komisji z dnia 14 maja 2019r. ustanowiła wytyczne dotyczące określania korekt finansowych w odniesieniu do wydatków finansowanych przez Unię w przypadku nieprzestrzegania obowiązujących przepisów dot. zamówień publicznych (Nr C (2019) 3452 [dalej Decyzja Komisji Nr C (2019) 3452]).

Zgodnie natomiast z zapisami pkt 3 Rozdziału 1 Wytycznych dotyczących nieprawidłowości (cyt.): „W wytycznych uregulowano sposób korygowania nieprawidłowości związanych z udzielaniem zamówień. W załączniku do wytycznych zawarto tabelę ze stawkami procentowymi korekt finansowych i pomniejszeń stosowanych w zamówieniach, w zależności od rodzaju stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej. Tabelę opracowano na podstawie decyzji Komisji z dnia 14



maja 2019r. C (2019) 3452 ustanawiającej wytyczne dotyczące określania korekt finansowych w odniesieniu do wydatków finansowanych przez Unię w przypadku nieprzestrzegania obowiązujących przepisów dotyczących zamówień publicznych.”

Celem zastosowania pomniejszenia wydatków kwalifikowanych/korekt finansowych jest spowodowanie sytuacji, w której wszystkie wydatki deklarowane do finansowania ze środków unijnych będą wydatkowane zgodnie z prawem i odpowiednimi zasadami i przepisami krajowymi oraz unijnymi. Jak podkreślono w zapisach pkt 1.4 Załącznika do Decyzji Komisji Nr C (2019) 3452 (cyt.): „(...) jeżeli ze względu na charakter nieprawidłowości precyzyjne określenie ilościowe skutków finansowych nie jest możliwe, ale dana nieprawidłowość może sama w sobie wywrzeć wpływ na budżet, Komisja może obliczyć kwotę korekty, uwzględniając trzy kryteria, mianowicie charakter i wagę nieprawidłowości oraz powiązaną stratę finansową dla funduszy. Oznacza to, że korekty finansowe dokonywane na podstawie stawek zryczałtowanych ustanowionych w sekcji 2 niniejszych wytycznych (5%, 10%, 25% i 100%) są zgodne z zasadą proporcjonalności. **Pozostaje to bez uszczerbku dla faktu, że w obliczeniach dotyczących ostatecznej kwoty korekty, którą należy zastosować, należy uwzględnić wszystkie cechy wykrytej nieprawidłowości związane z elementami branymi pod uwagę przy ustalaniu wysokości odpowiedniej stawki zryczałtowanej.**” [podkreślenie kontrolujących]. Jak wskazano w dokumencie wagę danej nieprawidłowości ocenia się, uwzględniając w szczególności następujące czynniki: poziom konkurencji, przejrzystość i równe traktowanie.

Odnosząc się do wskazanych powyżej zasad należy w pierwszej kolejności podnieść, że przedstawiona w złożonych Zastrzeżeniach metodyka miarkowania oparta na konkretnym wyliczeniu kwoty wydatków uznanych za niekwalifikowane w oparciu o wyliczony procent skrócenia terminu składania ofert w rozpatrywanej sprawie w stosunku do wymaganego minimalnego terminu składania ofert wynikającego z zapisów ustawy PZP przeliczonego na godziny nie może znaleźć zastosowania w rozpatrywanym przypadku. Po pierwsze termin składania ofert, jak już wskazywano w treści Stanowiska, jest terminem oznaczanym w dniach. Po drugie z uwagi na charakter nieprawidłowości w obszarze zamówień należy stosować stawkę ryczałtową korekty finansowej zgodnie z kryteriami ustanowionymi w pkt 1.4 Załącznika do Decyzji Komisji Nr C (2019) 3452. Przyjmuje się bowiem, że w obszarze zamówień publicznych precyzyjne określenie skutków stwierdzonych nieprawidłowości nie jest możliwe z uwagi na charakter tych nieprawidłowości. Dotyczy to także naruszeń związanych ze skróceniem wymaganego przepisami ustawy minimalnego terminu składania ofert. W przeciwnym wypadku instytucje zarządzające każdorazowo w sytuacji stwierdzenia nieprawidłowości indywidualnej związanej ze skróceniem minimalnego terminu składania ofert zobowiązane byłyby do wyliczania w każdej takiej sprawie wartości wydatków uznanych za niekwalifikowane w oparciu o procent skrócenia terminu składania ofert w stosunku do wymaganego minimalnego terminu składania ofert wynikającego z zapisów ustawy PZP. Zastosowanie takiego rozwiązania nie znajduje oparcia zarówno w przywołanych przepisach ustawy wdrożeniowej, Wytycznych dotyczących nieprawidłowości jak i Decyzji Komisji Nr C (2019) 3452.

Niemniej jednak uwzględniając, iż stawka procentowa pomniejszenia jest determinowana wysokością szkody poniesionej przez dany fundusz w związku z nieprawidłowością, którą z kolei relatywizuje się do charakteru naruszenia i jego wagi, IZ FEDS ponownie dokonała oceny wagi stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej przy uwzględnieniu okoliczności stanu faktycznego tej konkretnej sprawy.

Zamawiający skrócił minimalny wymagany termin składania ofert o 1 dzień, który to termin w warunkach stanu faktycznego tej konkretnej sprawy, uwzględniając zapisy art. 8, art. 138 ust. 1, art. 138 ust. 4 ustawy PZP, art. 111 § 1, 111 § 2 oraz art. 115 K.C. powinien wynieść pełne



32 dni (do końca dnia 29.07.2024r.). Tym samym skrócenie terminu składania ofert w tym konkretnym przypadku wyniosło około 3 % w stosunku do wymaganego terminu składania ofert obowiązującego w tej konkretnej sprawie.

Zgodnie z dyspozycją art. 138 ustawy PZP bieg terminu rozpoczyna się od dnia następującego po dniu przekazania ogłoszenia o zamówieniu do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej [dalej DUUE]. Trzeba pamiętać, że publikacja ogłoszenia o zamówieniu, na podstawie art. 51 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.) następuje nie później niż w terminie 5 dni od dnia przekazania go do publikacji.

Wykonawcy mają więc w praktyce co do zasady zawsze krótszy czas na zapoznanie się z dokumentami zamówienia i złożenie oferty niż termin określony w art. 138 ustawy PZP. Termin składania ofert to w rzeczywistości czas, w którym po pierwsze potencjalni wykonawcy mają możliwość powziąć informację o prowadzonym postępowaniu, a po drugie to czas niezbędny potencjalnym wykonawcom na przygotowanie i złożenie oferty po tym jak zapoznali się z informacją o prowadzonym postępowaniu. W warunkach stanu faktycznego tej konkretnej sprawy, Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w DUUE już w dniu 28.06.2024r. a więc de facto w pierwszym dniu biegu terminu składania ofert. W tym samym dniu Ogłoszenie o zamówieniu wraz z dokumentami zamówienia upubliczniono na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Tym samym dokumentacja postępowania (nie licząc dnia publikacji) była dostępna dla potencjalnych wykonawców przez pełne 30 dni.

W rozpatrywanej sprawie Zamawiający bezspornie skrócił minimalny wymagany termin składania ofert. Do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy już sam fakt, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda ta powstanie. Zgodnie zatem z zapisami ustawy wdrożeniowej, IZ FEDS jest zobowiązana do podjęcia odpowiednich działań określonych zapisami art. 26 ust. 8 tejże ustawy od których nie może odstąpić. Podkreślić jednak należy, iż negatywny wpływ stwierdzonego naruszenia na krąg potencjalnych oferentów, choć nie można go bezspornie wykluczyć, to jednak można stwierdzić iż w warunkach stanu faktycznego rozpatrywanej sprawy jest znikomy.

Jak wskazano w pkt 1.4 Załącznika do Decyzji Komisji Nr C (2019) 3452 pomimo, że korekty finansowe dokonywane na podstawie określonych stawek zryczałtowanych ustanowionych w sekcji 2 są zgodne z zasadą proporcjonalności to pozostaje to bez uszczerbku dla faktu, że w obliczeniach dotyczących ostatecznej kwoty korekty, którą należy zastosować, należy uwzględnić wszystkie cechy wykrytej nieprawidłowości związane z elementami branymi pod uwagę przy ustalaniu wysokości odpowiedniej stawki zryczałtowanej. A zatem w rozpatrywanej sprawie winna zostać zastosowana stawka ryczałtowa pomniejszenia uwzględniająca wskazane powyżej okoliczności faktyczne, która będzie proporcjonalna do charakteru i wagi stwierdzonego naruszenia ocenionego pod kątem poziomu konkurencji, przejrzystości i równego traktowania wykonawców.

Powyższe stwierdzenie znajduje swoje potwierdzenia w judykaturze europejskiej. I tak 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* stwierdził⁷(cyt.): „(...) Jeżeli chodzi o, tak jak w sprawie w postępowaniu głównym, nieprawidłowość jednorazową, a nie powtarzającą się, ten ostatni wymóg oznacza, że należy badać każdy przypadek

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



*indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności każdej sprawy istotne z punktu widzenia jednego z trzech wskazanych kryteriów. [pkt 48 – przypis kontrolujących]. Wobec tego, nawet jeśli, jak wskazała rzeczniczka generalna w pkt 60 opinii, nie wyklucza to tego, że pierwsze obliczenie można przeprowadzić na podstawie taryfikatora zgodnego z zasadą proporcjonalności, to nie zmienia to jednak faktu, że przy ustalaniu końcowej kwoty korekty, która ma zostać dokonana, należy uwzględnić wszystkie szczególne cechy, jakie charakteryzują stwierdzoną nieprawidłowość, w porównaniu do elementów branych pod uwagę przy ustalaniu tego taryfikatora, **które to cechy mogą uzasadniać dokonanie większej bądź niższej korekty**". [pkt 49 – przypis i podkreślenie kontrolujących]. Podobne stanowisko TSUE zaprezentowało w wyroku z dnia 6 grudnia 2017r. C-408/16⁸*

Jak już wskazano w treści Stanowiska tabelę zryczałtowanych stawek w Wytycznych dotyczących nieprawidłowości opracowano na podstawie decyzji Komisji z dnia 14 maja 2019r. C (2019) 3452. Skoro zatem stawki określone w Załączniku do Wytycznych dotyczących nieprawidłowości są odzwierciedleniem stawek ustanowionych w sekcji 2 Załącznika do Komisji z dnia 14 maja 2019r. C (2019) 3452, to oczywistym jest, że w stosunku do tych stawek należy także stosować zasady wynikające z zapisów pkt 1.4 Załącznika do Decyzji Komisji Nr C (2019) 3452.

Uwzględniając zatem zapisy w pkt 1.4 Załącznika do Decyzji Komisji Nr C (2019) 3452 oraz przywołane orzecznictwo należy stwierdzić, że zastosowanie zryczałtowanej stawki pomniejszenia w wysokości 5%, która miałaby zastosowanie m.in. także w przypadku skrócenia terminu składania ofert o np. 8 dni w stosunku do wymaganego minimalnego terminu wynoszącego 30 dni byłoby, w tym indywidualnym przypadku, nieadekwatne i nieproporcjonalne z punktu widzenia charakteru i wagi tej konkretnej nieprawidłowości indywidualnej.

Po ponownej analizie stanu faktycznego sprawy oraz po uwzględnieniu wskazanych zapisów pkt 1.4 Załącznika do Decyzji Komisji Nr C (2019) 3452 oraz przywołanego orzecznictwa europejskiego należy stwierdzić, że obniżenie wartości pomniejszenia wydatków kwalifikowalnych związanych z realizacją zamówienia pn.: „*Wdrożenie w Gminie Wałbrzych-miasto na prawach powiatu e-usług w zakresie informacji przestrzennej*” winno nastąpić przy zastosowaniu 2% stawki pomniejszenia która, zdaniem IZ FEDS, będzie adekwatna i proporcjonalna do charakteru i wagi stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej.

Tym samym stwierdzona nieprawidłowość indywidualna pomniejsza wydatki kwalifikowane w projekcie o 2 % faktycznych wydatków kwalifikowanych wynikających z realizacji umowy Nr ZDKiUM/U-INW/120-W/2024 z dnia 17.09.2024r.

W związku z powyższym odpowiednie zapisy Informacji pokontrolnej we wskazanym zakresie zostały zmienione.

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.)

8. Wyrok Trybunału (ósma izba) z dnia 6 lipca 2017 r., C-408/16 - Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, dawniej Compania Națională de Autostrăzi și Drumuri Naționale din România SA, przeciwko Ministerul Fondurilor Europene – Direcția Generală Managementul Fondurilor Externe (ECLI:EU:C:2017:940).