



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.02.07-IZ.00-0005/23-001-OST

DEFR-O-III.44.39.2025

Wrocław, dnia 06 maja 2025r.

Pisemne stanowisko wobec zgłoszonych Zastrzeżeń do Informacji pokontrolnej nr FEDS.02.07-IZ.00-0005/23-001-INF

W związku wniesieniem w dniu 22.04.2025r. Umotywowanych Zastrzeżeń do Informacji pokontrolnej nr FEDS.02.07-IZ.00-0005/23-001-INF [dalej Zastrzeżenia], poniżej dokonano szczegółowej analizy podniesionej przez Zamawiającego argumentacji w zakresie dotyczącym stwierdzonych w trakcie kontroli naruszeń zapisów § 16 ust. 1 Umowy o dofinansowanie poprzez naruszenia wskazanych w Informacji pokontrolnej przepisów ustawy PZP.

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. Poniżej dokonano szczegółowej analizy podniesionej przez Zamawiającego w złożonych Zastrzeżeniach argumentacji w zakresie poszczególnych naruszeń ustawy PZP.

Zamawiający w złożonych Zastrzeżeniach zakwestionował zawarte w Informacji pokontrolnej stanowisko dotyczące stwierdzonego skrócenia terminu składania ofert (pkt A złożonych Zastrzeżeń) podnosząc jednocześnie zarzut sztucznego rozdzielenia przez Kontrolujących kwestii terminu składania ofert oraz nałożenia w związku z tym działaniem łącznej korekty finansowej w wysokości 15%.

Odnosząc się do argumentacji w której Zamawiający podważa sam fakt wyznaczenia zbyt krótkiego terminu składania ofert raz jeszcze wskazać należy, iż Zamawiający wyznaczył pierwotny termin składania ofert na dzień 04.11.2024 r. godz. 11:00. W warunkach stanu faktycznego rozpatrywanej sprawy minimalny 14-dniowy termin na składanie ofert liczony od dnia zamieszczenia Ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych (z uwzględnieniem art. 111 § 2 K.C.), upływał o północy w dniu 04.11.2024 r. (poniedziałek). Fakt wyznaczenia pierwotnego terminu składania ofert na dzień 04.11.2024 r. godz. 11:00., pomijając już nawet zapisy art. 131 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, stanowił naruszenie dyspozycji art. 283 ustawy PZP. 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 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.

**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**



Ustawodawca jasno wskazał, że termin składania ofert dla przetargu przeprowadzanego w trybie podstawowym w przypadku robót budowlanych nie może być krótszy niż 14 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Jak podkreślano w Informacji pokontrolnej 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

„Ustawodawca określił minimalne terminy w dniach. Termin dłuższy dotyczy zamówień na roboty budowlane (14 dni), co uzasadnione jest wyższą wartością robót, które są nabywane w procedurach poniżej progów unijnych. Dla dostaw i usług to 7 dni. Jeżeli jednak którykolwiek z terminów wskazanych przez ustawodawcę w dniach nie byłby wystarczający ze względu na przedmiot zamówienia i jego złożoność – termin musi być dłuższy. Dla potrzeb postępowania zamawiający wyznacza natomiast termin datą dzienną i określa godzinę składania ofert. Jeśli godziny nie oznaczy, termin upływa wraz z upływem dnia ostatniego.”²

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”.³ Wskazane stanowisko dotyczące poprzednio obowiązującego

1. M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 131.

2. M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo..., op.cit.*, art. 283.

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



stanu prawnego pozostaje aktualne również na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019r.

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. 283 ustawy PZP to termin oznaczony w dniach. W związku z nałożonym na wykonawców obowiązkiem dokonania wizji lokalnej (pkt. 4.2. SWZ), uwzględniając zapisy art. 131 ust. 2 ustawy PZP oraz zapisy art. 111 § 1 K.C. określające dobę jako najmniejszą jednostkę czasu, Zamawiający zobowiązany był do obligatoryjnego wydłużenia minimalnego ustawowego terminu składania ofert co najmniej o jeszcze 1 pełny dzień. Tym samym w warunkach tego konkretnego stanu faktycznego minimalny termin składania ofert upływał o północy 05.11.2024 r. (wtorek).

W tym miejscu, odnosząc się do podniesionego przez Zamawiającego zarzutu wybiórczego przytaczania poglądów doktryny w związku z zaprezentowanym stanowiskiem w jednym z komentarzy dotyczącym art. 283 ustawy PZP, sugerującym brak konieczności uwzględnienia terminu wizji, należy stanowczo podkreślić, iż bezsporny fakt powołania się w Informacji pokontrolnej na doktrynę w celu uzasadnienia stanowiska Kontrolujących w określonym badanym obszarze a dotyczącym zasady określenia (liczenia) minimalnego terminu składania ofert w oparciu o zapisy K.C. (wskazany w Zastrzeżeniach komentarz M. Jaworska, D. Grześkowiak-Strojek, J. Jarnicka, A. Matusiak Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2021, s. 51) nie daje uzasadnionej podstawy to twierdzenia, iż Kontrolujący uznają wszystkie poglądy przedstawione w tym Komentarzu za własne i ich obowiązujące.

Dokonując czynności weryfikacji poprawności przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia Kontrolujący w pierwszej kolejności mają bezwzględny obowiązek dokonania oceny kontrolowanego stanu faktycznego przez pryzmat powszechnie obowiązujących przepisów prawa (w tym przypadku ustawy PZP). Zgodnie z zapisami art. 266 ustawy PZP do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88-90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132-188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej. Tak więc postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości mniejszej niż progi unijne regulowane są



przepisami dwóch działów – stosuje się bowiem do nich większość przepisów działu II, w którym unormowane zostały postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne. Ustawodawca jasno wskazał, iż do postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II z wyjątkiem przepisów enumeratywnie wyliczonych w treści art. 266 ustawy PZP. Wśród tych przepisów nie znalazł się przepis art. 131 ust. 2 ustawy PZP. Tym samym, na podstawie art. 131 ust. 2 w związku z art. 266 ustawy PZP w związku z nałożonym na wykonawców obowiązkiem dokonania wizji lokalnej (pkt. 4.2. SWZ) Zamawiający zobowiązany był do **obligatoryjnego wynikającego wprost z przepisów ustawy PZP** wydłużenia minimalnego ustawowego terminu składania ofert co najmniej o 1 dzień.

Uwzględniając bezsporny stan prawny zaprezentowane zarówno Zastrzeżeniach jak i w przywołanym w tych Zastrzeżeniach konkretnym Komentarzu stanowisko nie może być żadną miarą uznane za zgodne z obowiązującymi przepisami prawa i wiążące w zakresie będącym przedmiotem przeprowadzonej analizy.

Wbrew niezrozumiałemu twierdzeniu zaprezentowanemu w złożonych Zastrzeżeniach zamiarem kontrolujących nigdy nie było ustalenie z dokładnością do jednej godziny prawidłowego minimalnego terminu składania ofert. Dla terminów oznaczonych w dniach (a takim terminem jest minimalny termin składania ofert) najmniejszą jednostką czasu jest bowiem doba. Rolą Kontrolujących w tym zakresie była natomiast weryfikacja wyznaczonego terminu składania ofert polegająca na sprawdzeniu czy Zamawiający wyznaczając w badanym postępowaniu konkretny termin składania ofert zachował termin minimalny, wynikający obligatoryjnie z przepisów ustawy PZP.

Jak wskazano w przywołanym w Zastrzeżeniach stanowisku doktryny (cyt.): „*Kwestią problematyczną jest, czy termin składania ofert może być wyznaczony na 7. lub 14. dzień od dnia wszczęcia postępowania, czy też musi upłynąć 7 lub 14 dni i dopiero w 8. lub 15. dniu można wyznaczyć termin składania ofert. Jak stwierdził Urząd Zamówień Publicznych: „7-dniowy termin zostanie zachowany jeśli zamawiający zapewni, że od momentu publikacji ogłoszenia w BZP do terminu składania ofert wyrażonego w dniach i godzinach mieści się 7 dni. Powyższe stanowisko znajduje uzasadnienie m.in. w uchwale KIO z dnia 10 czerwca 2009 r., KIO/KD 15/09, LEX nr 590080. Powyższa interpretacja przyjmowana była również wielokrotnie w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówień publicznych będących przedmiotem kontroli przeprowadzanych przez Prezesa UZP, w których w okolicznościach wyznaczenia przez zamawiającego terminu składania ofert upływającego w 7 dniu od dnia wszczęcia postępowania, Prezes UZP nie wykazywał naruszeń przepisów ustawy Pzp.”*

W dalszej części tego stanowiska wskazano jednak, iż (cyt.): „*Ta interpretacja jest korzystna dla zamawiającego, niemniej ze względów daleko posuniętej ostrożności w postępowaniach przed różnymi organami kontrolnymi należy postulować zachowanie pełnych 7 lub 14 dób terminu składania ofert i wyznaczenie terminu składania ofert co najmniej na 8. lub 15. dzień po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia. **Zgodnie z art. 111 k.c. termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia, a jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło*** [podkreślenie kontrolujących]. Stąd bezpieczniejszym zachowaniem zamawiającego będzie, jeśli zachowa pełnych 7 lub 14 dni i wyznaczy termin składania ofert co najmniej na dzień następny po tych dniach.”

Odnosząc się do przywołanego w złożonych Zastrzeżeniach stanowiska podkreślić należy, iż ustawa 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, która weszła w życie z dniem 1.01.2021r. w sposób diametralnie odmienny zmieniła zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia wprowadzając zasadę, iż każda czynność dokonywana czy to przez



wykonawców, czy przez zamawiającego musi zostać przekazana drugiej stronie za pomocą wskazanych przez zamawiającego środków komunikacji elektronicznej bez względu na to, czy odnosić się to będzie do procesu wyjaśniania treści dokumentów zamówienia, składania ofert, wniosków o dopuszczenie, prac konkursowych, czy też składania przez wykonawców dokumentów lub wyjaśnień na wezwanie zamawiającego. Jak zauważono w doktrynie (cyt.): „Dla potrzeb postępowania zamawiający wyznacza natomiast termin datą dzienną i określa godzinę składania ofert. **Jeśli godziny nie oznaczy, termin upływa wraz z upływem dnia ostatniego. Przy składaniu ofert środkami komunikacji elektronicznej jest to rozwiązanie właściwe, gdyż w ostatnich godzinach terminu nie występują faktyczne przeszkody w złożeniu oferty. Przy wyliczeniu długości terminu należy stosować przepisy art. 111 k.c. z uwzględnieniem rozwiązań szczególnych z art. 8 p.z.p.**”⁴ [podkreślenie kontrolujących]. Uwzględniając zatem brak w obecnym stanie prawnym przeszkód natury organizacyjnej i technicznej zamawiający, mając na uwadze zapisy art. 283 w związku z zapisami art. 8 ustawy PZP i art. 111 § 2 K.C., ma prawny obowiązek zagwarantowania wykonawcom minimalnego terminu na składanie ofert wynikającego z powszechnie obowiązujących przepisów prawa.

I już tylko na marginesie wskazać należy, że wyznaczenie terminu nie może pomijać przede wszystkim dwóch elementów: złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz stopnia skomplikowania przygotowania samego dokumentu do złożenia. Im bardziej skomplikowane w realizacji jest zamówienie, czyli przedsięwzięcie, które zamawiający zamierza zlecić do wykonania, tym dłuższy czas jest potrzebny na przygotowanie się przez wykonawcę do wzięcia udziału w postępowaniu. Wykonawca powinien mieć zatem czas na dokładne zapoznanie się ze wszystkimi wymaganiami zamawiającego, sprawdzenie, czy spełnia warunki udziału w postępowaniu, przygotowanie do złożenia wymaganych dokumentów, ale też czas na nawiązanie relacji z potencjalnymi konsorcjantami, podwykonawcami czy dostawcami. Nierealne jest bowiem oczekiwanie, że w każdym przypadku wykonawca będzie mógł bez odpowiedniego przygotowania złożyć ofertę. Tym samym minimalne terminy składania ofert określone zapisami ustawy PZP winny być stosowane wyłącznie przy prostych i nieskomplikowanych zamówieniach.

Przechodząc do podniesionej przez Zamawiającego kwestii związanej z brakiem jakiejkolwiek reakcji potencjalnych wykonawców na zapisy dotyczące terminu składania ofert należy stwierdzić iż powyższe nie może mieć wpływu na dokonaną ocenę. Zaniechanie wykonawców ze skorzystania z przysługujących im uprawnień (w tym złożenia odwołania) i wystąpienie bezsprzecznego faktu, iż w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie wpłynęły zapytania w zakresie będącym przedmiotem niniejszej 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 podkreślany przez Zamawiającego fakt wpływu 4 ofert w ramach przeprowadzonej procedury nie może być uznany za argument przemawiający za brakiem wystąpienia naruszenia przepisów prawa.

Odnosząc się natomiast do przywołanego przez Zamawiającego poglądu, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że (cyt.): „*Brak reakcji wykonawców (np. poprzez odwołanie) może świadczyć o braku negatywnego wpływu danej czynności zamawiającego na dostępność postępowania*” wskazać należy, iż Krajowa Izba Odwoławcza [dalej KIO] jako organ właściwy do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego rozstrzyga o naruszeniu lub też o braku naruszeń zapisów ustawy PZP w warunkach

4. M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo..., op.cit.*, art. 283.



konkretnie rozpatrywanego przypadku. Co do zasady KIO jest także związana zarzutami podnoszonymi w składanych odwołaniach. Orzecznictwo KIO może stanowić (i z reguły stanowi) jeden z elementów w przypadkach uzasadniania stawianych zarzutów dotyczących stwierdzanych naruszeń zapisów ustawy PZP. Należy jednak stanowczo podkreślić, że oceny wpływu stwierdzonych naruszeń na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w którym ewentualne naruszenie zapisów ustawy PZP KIO stwierdza nie odbywa się w oparciu o zapisy 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.) [dalej ustawa wdrożeniowa]. W szczególności ocena wpływu stwierdzonego przez KIO naruszenia zapisów ustawy PZP nie jest dokonywana przez pryzmat możliwości wystąpienia w warunkach konkretnie rozpatrywanego przypadku nieprawidłowości indywidualnej, o której mowa w zapisach art. 2 pkt 17 ustawy wdrożeniowej bo nie taka jest rola i zakres zadań KIO.

W odpowiedzi na przywołany w Zastrzeżeniach art. 619 ustawy PZP określający katalog deliktów administracyjnych skutkujących odpowiedzialnością finansową zamawiającego Instytucja Zarządzająca Funduszami Europejskimi dla Dolnego Śląska 2021-2027 zwraca uwagę 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.**”⁵[podkreślenie Kontrolujących].

Reasumując, nie sposób uznać stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w złożonych Zastrzeżeniach iż naruszenie będące przedmiotem przeprowadzonej analizy w ogóle nie miało miejsca. Przepisy w tym zakresie są bowiem jednoznaczne a stan faktyczny bezsporny. Złożone Zastrzeżenia w zakresie braku wystąpienia naruszenia art. 283 ustawy PZP oraz art. 131 ust 2 pkt 1 ustawy PZP należy odrzucić w całości jako niemające odzwierciedlenia w obowiązujących przepisach prawa. Tym samym w warunkach stanu faktycznego i prawnego poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert Zamawiający naruszył zapisy § 16 ust. 1 Umowy o dofinansowanie.

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



Odnosząc się do podniesionego w tej części złożonych Zastrzeżeń zarzutu sztucznego rozdzielania przez Kontrolujących kwestii terminu składania ofert oraz nałożenia w związku z tym działaniem łącznej korekty finansowej w wysokości 15% należy jednoznacznie wskazać, iż zarzut ten jest nieuzasadniony i nie znajduje oparcia zarówno w faktach jak i w obowiązujących przepisach. Po pierwsze należy podkreślić, że wyznaczony z naruszeniem przepisów ustawy PZP termin składania ofert (pierwsze naruszenie) nie uległ zmianie pomimo dokonanej zmiany warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej (drugie naruszenie). Tym samym w rozpatrywanym przypadku, z uwagi na stan faktyczny sprawy, doszło do zbiegu dwóch naruszeń w zakresie wyznaczonego terminu składania ofert popełnionych na różnych etapach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym nie może być mowy o sztucznym rozdzieleniu kwestii terminu składania ofert. Po wtóre w wyniku stwierdzonych naruszeń nie nałożono łącznej korekty finansowej w wysokości 15%. Należy bowiem wskazać, że w przypadku stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości indywidualnych przed zatwierdzeniem wniosku o płatność, instytucja zatwierdzająca dokonuje pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych ujętych we wniosku o płatność złożonym przez beneficjenta o kwotę wydatków poniesionych nieprawidłowo (art. 26 ust. 8 pkt 1 ustawy wdrożeniowej) z zastosowaniem stawek pomniejszenia przypisanych do odpowiednich kategorii nieprawidłowości indywidualnej. Stwierdzona nieprawidłowość indywidualna pomniejsza faktyczne wydatki kwalifikowane w projekcie wynikające z realizacji umowy (umów) zawartych w wyniku przeprowadzonej procedury udzielenia zamówienia w ramach której takie nieprawidłowości stwierdzono (tzw. podstawa korekty). W przypadku wystąpienia kilku nieprawidłowości w ramach jednego zamówienia (części zamówienia) pomniejszenie wydatków kwalifikowanych z zastosowaniem odpowiednich stawek procentowych liczone jest od jednej i tej samej podstawy (faktycznych wydatków kwalifikowanych wynikających z realizacji umowy (umów)) zawartych w wyniku procedury udzielenia zamówienia. W konsekwencji wyliczone kwoty wydatków uznanych za niekwalifikowane nie sumują się, gdyż w wartości kwoty wydatków niekwalifikowanych wyliczonych od podstawy z zastosowaniem stawki procentowej pomniejszenia o najwyższej wartości zawierają się także wszystkie wartości kwot wydatków niekwalifikowanych wyliczonych od tej samej podstawy z zastosowaniem stawek procentowych pomniejszenia o mniejszej wartości. Reasumując w przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia (części zamówienia) kilku nieprawidłowości indywidualnych zastosowanie znajdzie pomniejszenie faktycznych wydatków kwalifikowanych o wartość wydatków wyliczonych z zastosowaniem stawki pomniejszenia o najwyższej wartości.

W drugiej części złożonych Zastrzeżeń (pkt B) Zamawiający zakwestionował zawarte w Informacji pokontrolnej stanowisko dotyczące braku przedłużenia terminu składania ofert po dokonanej zmianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający podniósł w tej części, iż liberalizowanie warunków udziału w postępowaniu następowało zawsze w ramach udzielonych wyjaśnień SWZ, gdzie Beneficjent starał się wyjść naprzeciw sygnalizowanym oczekiwaniom wykonawców, mimo iż formalnie – wobec braku zaskarżenia postanowień ogłoszenia oraz SWZ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, mógłby pozostawić treść warunku niezmienną.

Odnosząc się do tej części Zastrzeżeń, na wstępie wskazać należy iż immanentną cechą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzącego do wyboru wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie są warunki udziału w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu w zamówieniach publicznych pełnią istotną rolę w procesie wyłonienia takiego wykonawcy, który będzie zdolny realizować przedmiot zamówienia publicznego. Warunki udziału w postępowaniu to kluczowy element dokumentacji przetargowej, który określa, jakie wymagania musi spełnić wykonawca, aby móc ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym wprowadzając określone warunki udziału w postępowaniu zamawiający kształtują



krąg wykonawców potencjalnie mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia zawężając ten krąg do tych wykonawców, którzy postawione w postępowaniu warunki udziału są w stanie spełnić. Nie ulega najmniejszej wątpliwości, iż pierwotnie określone przez Zamawiającego warunki udziału mogły utrudnić niektórym podmiotom gospodarczym składanie ofert, o ile w ogóle ich do tego nie zniechęciły, a w konsekwencji ograniczyły liczbę podmiotów gospodarczych zdolnych do realizacji zamówienia. Powyższe wynika przede wszystkim z tego, że określając warunki udziału w postępowaniu będące przedmiotem niniejszej analizy, Zamawiający ograniczył okres z którego należy przedstawić roboty budowlane do 2 lat oraz wymagał legitymowania się odrębnie 2 robotami wykonanymi pod nadzorem dendrologicznym oraz 2 odrębnymi robotami wykonanymi pod nadzorem ornitologicznym. Nie ulega najmniejszej wątpliwości, iż dokonana przez Zamawiającego liberalizacja warunków udziału we wskazanym zakresie mogła wpłynąć na krąg potencjalnych wykonawców zainteresowanych prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia. Nie budzi także żadnych wątpliwości fakt, iż dokonana zmiana miała charakter zmiany istotnej a to właśnie ze względu na rolę warunków udziału w prowadzonym postępowaniu.

Jak podkreśla doktryna (cyt.): „Zmiana treści SWZ lub opisu potrzeb i wymagań może, ale nie musi mieć charakteru istotnego. Tego rodzaju zmiana zawsze będzie obligowała zamawiającego do wydłużenia terminu składania ofert. Co ważne, ustawodawca nie powiązał konieczności wydłużenia terminu składania ofert z faktem, iż zmiana treści SWZ lub opisu potrzeb i wymagań skutkuje także zmianą treści ogłoszenia o zamówieniu. Jeżeli jednak treść ogłoszenia ulegnie zmianie, to zgodnie z art. 271 ust. 2 p.z.p. zamawiający „przedłuża termin (...) termin składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian [w] ofertach, jeżeli jest to konieczne”. Tym samym brak jest automatyzmu, a zamawiający niezależnie od tego, czy dana zmiana treści SWZ lub opisu potrzeb i wymagań skutkuje zmianą ogłoszenia o zamówieniu, czy też nie, każdorazowo zobowiązany jest do dokonania analizy, czy wydłużenie terminu składania ofert jest konieczne. Z kolei będzie ono konieczne wówczas, gdy owa zmiana będzie wpływała na ilość czasu niezbędnego do sporządzenia i przygotowania oferty. Pojęcie czasu niezbędnego jest jednak względne. Inaczej bowiem należy ocenić konieczność wydłużenia terminu składania ofert, jeżeli zmiana zostanie wprowadzona dzień lub 2 dni po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia, a inaczej jeżeli będzie to na dzień lub 2 dni przed upływem terminu składania ofert. W tym ostatnim przypadku nawet stosunkowo drobna zmiana będzie stawiała się istotna, jeżeli wpływa, choćby pośrednio, na treść oferty.

Definicji istotności zmiany należy szukać w art. 271 ust. 3 p.z.p. Ustawodawca przyjął, iż zmianą istotną (poza innymi przypadkami) będzie zmiana dotycząca określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, **w warunków udziału w postępowaniu** [podkreślenie Kontrolujących] lub sposobu oceny ich spełniania. Wówczas, zgodnie z art. 271 ust. 3, zamawiający obligatoryjnie przedłuża termin składania ofert. Do uznania zamawiającego pozostaje jednak czas, o jaki owo wydłużenie zostanie dokonane. **Dla oceny istotności zmiany nie ma znaczenia, czy zamawiający dokonał zaostreżenia wymagań, czy ich poluzowania . Nie ma także znaczenia, w jakim zakresie owa zmiana dotyka jednego z wyżej wymienionych elementów. Może to być jedynie drobna korekta polegająca na doprecyzowaniu użytego sformułowania**”⁶ [podkreślenie Kontrolujących].

Jak wskazano w uchwale KIO z 12.04.2019r.⁷ podjętej w poprzednio obowiązującym stanie prawnym lecz aktualnej również na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych

6. P. Wójcik [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2025, art. 286.

7. Uchwała KIO z 12.04.2019 r., KIO/KD 25/19, LEX nr 2676529.



z dnia 11 września 2019r. (cyt.): „Przepis art. 12a ust. 2 ustawy Pzp jednoznacznie kwalifikuje zmiany ogłoszenia dotyczące treści warunków udziału w postępowaniu jako zmiany istotne, niezależnie od tego czy są to zmiany zaostrzające czy też upraszczające opis warunku. *Jakakolwiek zmiana opisu warunku udziału w postępowaniu zawartego pierwotnie w ogłoszeniu o zamówieniu musi być zatem traktowana jako istotna, która powoduje tym samym obowiązek przedłużenia przez Zamawiającego terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach lub ofertach. Przepis nie wskazuje konkretnego okresu, o jaki należy przedłużyć termin składania ofert ani też nie wskazuje "minimalnego czasu jaki przysługuje Wykonawcy na złożenie oferty od momentu wprowadzenia zmiany" co podnosił Zamawiający. Wobec powyższego, ocena o jaki czas wydłużyć należy ten termin, spoczywa na Zamawiającym, który jest "gospodarzem" danego postępowania."*

Zamawiający w złożonych Zastrzeżeniach podkreślił, że dokonane zmiany warunków zamówienia w istocie nie wymagały żadnego dodatkowego czasu na przygotowanie lub wprowadzenie zmian w ofertach, gdyż wszyscy zainteresowani wykonawcy, którzy dokonali wizji lokalnej, złożyli w terminie oferty. Zamawiający zdaje się jednak całkowicie nie zauważać kluczowych faktów w tym zakresie np. że dokonując liberalizacji warunków udziału w postępowaniu w dniu 31.10.2024r. (poprzez zmianę okresu z którego należy przedstawić roboty budowlane z dwóch na pięć lat), przy wyznaczonym terminie składania ofert na dzień 4.11.2024r. oraz przy uwzględnieniu obowiązku wykonania wizji, de facto uniemożliwił udział w prowadzonym postępowaniu tym wykonawcom, którzy po zmianie warunku choćby we wskazanym powyżej zakresie mogliby uczestniczyć w prowadzonym postępowaniu. W kontekście tych okoliczności podnoszony przez Zamawiającego argument, iż zmiany nie wymagały dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach nie ma żadnego znaczenia dla oceny zaistniałej sytuacji. Na marginesie wskazać jeszcze należy, iż w okolicznościach stanu faktycznego i prawnego tej konkretnej sprawy kilkugodzinne przedłużenie terminu składania ofert, przy jednoczesnym obowiązku wykonania wizji, w żaden sposób nie zmieniłoby sytuacji potencjalnych wykonawców, którzy dopiero po dokonanej liberalizacji warunków udziału w postępowaniu mogliby ubiegać się o udzielenie zamówienia. Zgodnie bowiem z naczelnymi zasadami udzielania zamówień określonymi zapisami art. 16 ustawy PZP Zamawiający jako gospodarz prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia winien je przygotować i prowadzić z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W kwestii podniesionej przez Zamawiającego dotyczącej braku reakcji potencjalnych wykonawców aktualne pozostaje stanowisko zaprezentowane w odpowiedzi na część A złożonych Zastrzeżeń.

Przechodząc do kolejnej części złożonych Zastrzeżeń (pkt C) Instytucja Zarządzająca Funduszami Europejskimi dla Dolnego Śląska 2021-2027 zwraca uwagę, iż Zamawiającemu umknęła treść ustalenia zawartego w Informacji pokontrolnej, zgodnie z którą Zamawiający nie zapewnił od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych bezpłatnego, pełnego, bezpośredniego i nieograniczonego dostępu do SWZ na stronie prowadzonego postępowania. Podniesiony, bezsporny fakt, zamieszczenia SWZ w Biuletynie Informacji Publicznej Zamawiającego, nie wypełnił dyspozycji art. 280 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP. Zgodnie z dyspozycją art. 280 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, w przypadku udzielania zamówienia w trybie podstawowym zamawiający zapewnia **na stronie internetowej prowadzonego postępowania**, bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych. Decyzję, która strona internetowa będzie stroną prowadzonego postępowania ustawodawca pozostawił Zamawiającemu. Jak sama nazwa wskazuje „strona internetowej prowadzonego postępowania” to strona, na której jest prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający, jako gospodarz



prowadzonego postępowania sam określił stroną internetową prowadzonego postępowania wskazując tę stronę w Sekcji III, pkt 3.1 Ogłoszenia o zamówieniu nr 2024/BZP 00556004 z dnia 21.10.2024 r. (<https://platformazakupowa.pl/transakcja/1002498>). Tym samym stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w złożonych Zastrzeżeniach jest co najmniej niezrozumiałe i nie może zostać uwzględnione w zapisach ostatecznej informacji pokontrolnej.

Odnosząc się do kolejnej części złożonych Zastrzeżeń dotyczących braku pełnej treści obligatoryjnych podstaw wykluczenia (Część D Zastrzeżeń) dokonano wykładni wskazanego w Informacji pokontrolnej przepisu. Kluczowa jest tu bowiem literalna wykładania przepisu art. 281 ust. 1 pkt 15 oraz rola SWZ w prowadzonym postępowaniu.

I tak wykładnia prawa polega na wyłożeniu przepisów prawa, czyli inaczej rzecz ujmując, na wyjaśnieniu ich istoty, nadaniu im właściwego znaczenia, bądź wyznaczeniu ich zakresu. Przez wykładnię rozumie się określone czynności podjęte w celu ustalenia znaczenia i zakresu wyrażen języka prawnego. Z ogólnych zasad stosowania wykładni wynika, że przepisy prawa powinny być interpretowane literalnie, a zatem, że w pierwszej kolejności należy przepisom prawa nadać sens wynikający z ich dosłownego brzmienia. Wykładnia językowa polega zatem na ustaleniu znaczenia i zakresu przepisu prawnego z uwzględnieniem języka, za pomocą którego dany przepis został sformułowany. W pierwszej kolejności należy dokonać wykładni dosłownej, zbadać literalny sens przepisu.

Zgodnie z zapisami art. 281 ust. 1 pkt 15 ustawy PZP **SWZ zawiera co najmniej podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108**. Użyte przez Ustawodawcę w treści wskazanego artykułu wyrażenie „zawierać”, zgodnie z dosłowną, literalną wykładnią oznacza: być składnikiem czegoś, zamieszczać w czymś lub znajdować się w obrębie czegoś (za Słownikiem Języka Polskiego PWN). Zapisami art. 108 ust. 1 ustawy PZP określono obligatoryjne podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia w formie zamkniętego katalogu. Każda z wymienionych tam okoliczności wykluczenia stanowi odrębną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania. A zatem zgodnie ze wskazaną literalną wykładnią przepisu art. 281 ust. 1 pkt 15 ustawy PZP SWZ winna zawierać obligatoryjne w swej treści pełny katalog przesłanek wykluczenia z postępowania a nie wyłącznie odesłanie do jednostki redakcyjnej tekstu prawnego poprzez wskazanie numeru artykułu w której te obligatoryjne przesłanki szczegółowo opisano. Wskazaną wykładnię potwierdza także doktryna, zgodnie z którą (cyt.): „Artykuł 108 p.z.p. zawiera obligatoryjne przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia. Przesłanki te muszą być wymienione w SWZ. Ustawowe sformułowanie, że SWZ zawiera co najmniej podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 p.z.p., sugeruje, że nie wystarczy powołać się w SWZ na numer artykułu ustawy, w którym znajdują się te przesłanki, ale trzeba wymienić je wszystkie w SWZ”⁸

W tym miejscu podkreślić należy, iż wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu jest jedną z podstawowych instytucji ustawy służących eliminacji takich wykonawców, którzy nie spełniają ustawowo określonych warunków dotyczących cech podmiotowych, tj. związanych z właściwością samego wykonawcy. Jeżeli zamawiający stwierdzi, że w stosunku do wykonawcy zachodzi jedna z okoliczności wymienionych w art. 108 ustawy PZP to na podstawie tego przepisu ma obowiązek wykluczyć takiego wykonawcę z postępowania. Przepis art. 108 ustawy PZP to przepis bezpośrednio wyznaczający określone zachowanie. Na podstawie tego przepisu można również rozstrzygnąć kto jest jego adresatem. Bezspornie adresatem tego przepisu jest zamawiający (nie wykonawca). Przepis wskazuje także jak ten adresat ma się zachować aby można było zakwalifikować jego zachowanie jako działanie nakazane. W przypadku wystąpienia

8. P. Wiśniewski [w:] J. E. Nowicki, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. V, Warszawa 2023, art. 134



przynajmniej jednej z okoliczności opisanych w tym przepisie adresat (zamawiający) ma obowiązek wykluczyć z prowadzonego postępowania wykonawcę co do którego okoliczność ta wystąpiła.

Poza literalną wykładnią brzmienia zapisów art. 281 ust. 1 pkt 15 ustawy PZP o obowiązku zamieszczenia w treści SWZ podstaw wykluczenia przesądza także rola jaką SWZ pełni w procedurze udzielenia zamówienia. Specyfikacja warunków zamówienia jest bowiem podstawowym i najważniejszym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. SWZ jest „dokumentem zamówienia”, o którym mowa w art. 7 pkt 3 ustawy PZP i służy do określenia i opisanie szeroko rozumianych warunków zamówienia. Sporządzanie specyfikacji warunków zamówienia należy do czynności związanych z przygotowaniem postępowania. SWZ to podstawowy dokument postępowania. To w nim wykonawca powinien znaleźć wszystkie szczegółowe informacje dotyczące zarówno przedmiotu zamówienia jak i procedury jego udzielenia. Ustawa PZP zawiera „spis treści” SWZ – katalog informacji, które muszą być w niej zawarte. Tą minimalną treść specyfikacji warunków zamówienia w przypadku udzielania zamówienia trybie podstawowym wyznacza art. 281 ust. 1 pkt 15 ustawy PZP. Tak więc SWZ ma zawierać konkretne informacje dotyczące poszczególnych pozycji zamieszczonego w zapisach art. 281 ust. 1 pkt 15 ustawy PZP „spisu treści”. W praktyce oznacza to, że to właśnie z SWZ wykonawca powinien co do zasady dowiedzieć się wszystkiego na temat planowanego przebiegu postępowania, stawianych wymogów (także tych wynikających bezpośrednio z przepisów prawa), obowiązujących terminów czy dokumentów, które będzie musiał przedstawić. To właśnie z lektury SWZ wykonawca powinien być w stanie uzyskać komplet niezbędnych informacji. Stąd też zamawiający powinien ograniczyć do minimum uszczuplenie treści SWZ na rzecz ogólnych odesłań do aktów prawnych regulujących daną sferę. Zgodnie z zapisami art. 281 ust. 1 pkt 15 ustawy PZP SWZ zawiera co najmniej podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 ustawy PZP. Z uwagi na brzmienie art. 281 ust. 1 pkt 15 ustawy PZP w treści SWZ powinna zostać zawarta pełna i wyczerpująca informacja na temat mających zastosowanie w postępowaniu podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 ustawy PZP. SWZ zawiera te podstawy wyłącznie wtedy, gdy w jego treści dokona się ich zamieszczenia (pełnego opisu). Z uwagi na doniosłość skutków informacja w tym zakresie winna być precyzyjnie ujęta w zapisach SWZ. Tylko w ten sposób wypełniony może zostać także walor informacyjny SWZ. Wskazana zasada dotyczy także przesłanki, o której mowa w art. 7 ustawy sankcyjnej stanowiącej samoistne, obligatoryjne i dodatkowe w stosunku do przesłanek, o których mowa w art. 108 ustawy PZP, podstawy wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro, jak wskazano w zapisach Informacji pokontrolnej, ustawodawca zapisami art. 22 pkt 2 ustawy sankcyjnej zobowiązał zamawiających do dostosowania dokumentacji zamówienia w tym zakresie w postępowaniach wszczętych i niezakończonych do dnia wejścia w życie niniejszej ustawy tym bardziej należy przyjąć, że w postępowaniach wszczynanych po wejściu w życie ustawy sankcyjnej dokumentacja zamówienia powinna być dostosowana do nowych regulacji. Najbardziej oczywistym sposobem, wypełniającym wymóg prowadzenia postępowania sposób transparentny (art. 16 ustawy PZP) jest wskazanie w SWZ oprócz podstaw wykluczenia wynikających z zapisów ustawy PZP także te określone zapisami art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej. W tym miejscu Instytucja Zarządzająca Funduszami Europejskimi dla Dolnego Śląska 2021-2027 zwraca uwagę, iż na stronie UZP <https://www.gov.pl/web/uzp/wojna-w-ukrainie> Urząd Zamówień Publicznych zamieścił szereg materiałów związanych z omawianym zagadnieniem, które bezspornie potwierdzają stanowisko zawarte w Informacji pokontrolnej.

Przechodząc do kolejnej części złożonych Zastrzeżeń (Część E) związanych ze stwierdzonym brakiem weryfikacji podmiotu trzeciego należy już na wstępie wyraźnie podkreślić, iż



Zamawiający przeprowadzając procedurę zmierzającą do udzielenia zamówienia, która to procedura co do zasady jest procedurą sformalizowaną, jest bezwzględnie zobowiązany do przestrzegania obowiązujących przepisów prawa w zakresie będącym przedmiotem tej części polemiki. Jak wskazano w Informacji pokontrolnej, na podstawie dyspozycji art. 119 ustawy PZP zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, **a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia [podkreślenie kontrolujących]**, które zostały przewidziane względem wykonawcy. Badanie wykonawcy korzystającego z zasobów podmiotów trzecich odbywa się na dwóch płaszczyznach. Oceny tej dokonuje się w kontekście spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych dla tego konkretnego zamówienia. Ponadto zamawiający obowiązkowo bada, czy nie zachodzą wobec podmiotu udostępniającego zasoby podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. Weryfikacja podmiotu udostępniającego zasoby musi zostać zatem przeprowadzona w takim samym zakresie, jak weryfikacja wykonawcy, któremu podmiot ten zasoby udostępnia. Stanowi to wyraz równego traktowania wykonawców powołujących się na zasoby podmiotu trzeciego i tych, którzy z pomocy takiego podmiotu nie korzystają. Ocena, czy w stosunku do podmiotu trzeciego realizują się przesłanki wykluczenia, powinna przebiegać na podstawie takich samych zasad, jakie dotyczą wykonawcy, który tym potencjałem się posługuje. Ustawa PZP w sposób nie budzący żadnych wątpliwości interpretacyjnych czy proceduralnych określiła obowiązki zarówno zamawiających jak i wykonawców w zakresie badania braku podstaw wykluczenia. I tak zgodnie z zapisami art. 125 ust. 1 ustawy PZP do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Zgodnie natomiast z dyspozycją art. 125 ust. 5 ustawy PZP wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1, **także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby [podkreślenie kontrolujących]**, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby. Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący i nie pozostawia żadnej możliwości uregulowania tej kwestii w sposób odmienny. Tym bardziej dziwi, iż Zamawiający w złożonych Zastrzeżeniach podnosi, iż, (cyt.): „*W celu maksymalnego ułatwienia składania ofert przez wykonawców, Beneficjent nie wymagał złożenia oświadczenia wstępnego w formie odrębnego dokumentu, lecz zawarł wariantową treść takiego oświadczenia w treści formularza oferty stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ. Punkt ciężkości kwalifikacji podmiotowej wykonawców został bowiem przeniesiony na weryfikację spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Beneficjenta, ustalenie dokonane przez Kontrolujących ma charakter wyłącznie formalny. Już samo złożenie zobowiązania jako podmiot trzeci w określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest entymematycznym złożeniem oświadczenia wstępnego, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP. Oczywiście jest także, że gdyby Beneficjent zwrócił się do wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 ustawy UZP o uzupełnienie oświadczenia wstępnego podmiotu trzeciego – ComfreyLab sp. z o.o., to zapewne oświadczenie takie zostałyby złożone. Kontrolujący nie wskazują bowiem na jakiejkolwiek przesłanki mogące świadczyć o podleganiu wykluczeniu z udziału w postępowaniu przez ComfreyLab sp. z o.o.*”

Mając na uwadze wskazaną treść wyjaśnienia nie sposób oprzeć się wrażeniu, iż Zamawiający rości sobie prawo do wybiórczego stosowania przepisów prawa powszechnie obowiązującego (ustawy PZP) oraz do jego dowolnej interpretacji. Należy bowiem podkreślić, iż na podstawie art.



63 ust. 2 ustawy PZP w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości mniejszej niż progi unijne ofertę, oświadczenie o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, składa się, **pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym**. W wyniku analizy dokumentacji przetargowej bezspornie stwierdzono, że w przedmiotowym zamówieniu Wykonawca takiego oświadczenia Podmiotu Trzeciego w sposób wymagany przepisami prawa nie złożył. Tym samym nie potwierdził w sposób wymagany przepisami ustawy PZP braku podstaw wykluczenia oraz odpowiednio spełniania warunków udziału w postępowaniu co jest warunkiem *sine qua non* dalszego udziału Wykonawcy w prowadzonym postępowaniu. Należy bowiem podkreślić, iż dokonanie czynności bez zachowania formy zastrzeżonej przez ustawę pod rygorem nieważności stanowi wadę tej czynności prawnej, która polega na niewywołaniu przez czynność zamierzonych skutków prawnych związanych z jej dokonaniem.

W tym miejscu przez analogię należy również przytoczyć stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 15.03.2023r.⁹ podniosła iż (cyt.): „*Jak wynika z treści art. 63 ust. 1 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, wniosek, o którym mowa w art. 371 ust. 3, oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej. W art. 781 § 1 k.c. określono odrębnie formę elektroniczną czynności prawnej, stanowiąc, że do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zgodnie z art. 73 k.c. zastrzeżenie formy elektronicznej w ustawie powoduje nieważność czynności dokonanej bez zachowania zastrzeżonej formy tylko i wyłącznie wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności, natomiast art. 63 ust. 1 Pzp przewiduje taki rygor. Tym samym pod rygorem nieważności w formie elektronicznej w postępowaniach dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne składa się oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wniosek stosowany w zamówieniach sektorowych, o którym mowa w art. 371 ust. 3 Pzp oraz JEDZ.*

Przepis art. 63 ust. 1 Pzp wymienia oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, a nie oświadczenie wykonawcy, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, co należy odnosić do JEDZ niezależnie od tego jakiego podmiotu ma on dotyczyć. W związku z tym każdy podmiot zobowiązany do złożenia JEDZ czy jest to wykonawca, podwykonawca lub podmiot trzeci udostępniający zasoby, powinien złożyć JEDZ w formie przewidzianej w art. 63 ust. 1 Pzp i ze wszystkimi tego skutkami.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego rozpatrywanej sprawy analogicznie należy wskazać, że przepis art. 63 ust. 2 ustawy PZP wymienia oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, a nie oświadczenie wykonawcy, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, co należy odnosić do oświadczenia o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP niezależnie od tego jakiego podmiotu ma on dotyczyć. W związku z tym każdy podmiot zobowiązany do złożenia oświadczenia o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP czy jest to wykonawca, podwykonawca lub podmiot trzeci udostępniający zasoby, powinien złożyć oświadczenia o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP w formie przewidzianej w art. 63 ust. 2 ustawy PZP i ze wszystkimi tego skutkami.

9. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 marca 2023 r., sygn. akt KIO 587/23, LEX nr 3511235.



Jak podkreślił Urząd Zamówień Publicznych w przygotowanym i udostępnionym na stronie uzp.gov.pl ekomentarzu Prawo Zamówień Publicznych¹⁰ (cyt.): „Jeżeli wykonawca polega na zdolnościach (np. na doświadczeniu) innych podmiotów, musi wykazać, że także w stosunku do tych podmiotów nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania oraz że podmioty te spełniają odpowiednie warunki udziału w postępowaniu lub ewentualnie kryteria selekcji (zob. komentarz do art. 119 Pzp). Dlatego art. 125 ust. 5 Pzp przewiduje, że jeśli wykonawca powołuje się na zasoby innych podmiotów, przedkłada – obok własnego oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji – **również odrębne oświadczenie każdego wspierającego go podmiotu trzeciego**[podkreślenie Kontrolujących]. Podobnie jak współwykonawcy, również podmioty trzecie wykazują w oświadczeniu tylko własne zasoby.

Oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji zarówno w postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, jak i mniejszej niż progi unijne, odnoszące się do podmiotu trzeciego **powinny być podpisane przez ten podmiot** [podkreślenie Kontrolujących]. Oczywiście, podmiot trzeci może upoważnić wykonawcę do tego, aby podpisał JEDZ w jego imieniu. W takim wypadku wraz z oświadczeniem o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji należy złożyć stosowne pełnomocnictwo udzielone przez podmiot trzeci. A zatem oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, powinno zostać sporządzone i podpisane przez podmiot udostępniający zasoby i dołączone do oświadczenia wykonawcy.”

Stanowisko doktryny w omawianym zakresie jest jednoznaczne. I tak np. (cyt.): „Ustęp 5 ma zastosowanie nie tylko do zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (tj. do sytuacji składania oświadczenia na formularzu JEDZ), lecz także – na mocy art. 266 p.z.p. – do zamówień o wartości mniejszej od progów unijnych. W przypadku tych ostatnich zamówień takie rozwiązanie stanowi novum w stosunku do Prawa zamówień publicznych z 2004 r., ponieważ dotychczas to wykonawca w swoim oświadczeniu o spełnianiu warunków lub oświadczeniu o braku podstaw wykluczenia zamieszczał odpowiednią informację o podmiotach trzecich, jeżeli na ich zasobach polegał. **Według nowych przepisów każdy z podmiotów trzecich składa oświadczenie wstępne.**”¹¹ [podkreślenie Kontrolujących].

W tym miejscu podkreślenia wymaga, iż art. 125 ustawy PZP reguluje instytucję oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Jest to oświadczenie własne wykonawcy (lub podmiotu trzeciego – jeżeli dotyczy) o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, które stanowi dowód **tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe**. W konkretnym postępowaniu oświadczenie wstępne powinno obejmować tylko te informacje, które są konieczne do potwierdzenia braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji - określonych na potrzeby konkretnego postępowania. Jak wynika z art. 125 ust. 1 ustawy PZP, oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji składa się w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Oświadczenie to jest podmiotowym środkiem dowodowym, który zamawiający obowiązany jest ocenić zgodnie z ustalonymi przez siebie warunkami przetargu. Powyższe, na podstawie art. 125 ust. 5 ustawy PZP w takim samym zakresie dotyczy podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby. Podkreślenia

10. <https://ekomentarzpzp.uzp.gov.pl/prawo-zamowien-publicznych/art-125>

11. A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2025, art. 125.



wymaga także, iż w sytuacji, w której zamawiający nie wymaga złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia oświadczenie wstępne stanowi **jedyny dowód potwierdzający możliwość udziału danego wykonawcy w prowadzonym postępowaniu**.

Co więcej, zgodnie z zapisami art. 128 ust. 1 ustawy PZP Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający **wzywa** [podkreślenie Kontrolujących] wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Zamawiający ma zatem bezwzględny obowiązek dokonać czynności, o której mowa w art. 128 ust. 1 ustawy PZP i nie może z góry przesądzić, jaki będzie jej rezultat (patrz np. wyrok KIO z dnia 21.04.2023r.¹²).

Jak podkreśla doktryna (cyt.): „W przepisie art. 128 ust. 1 p.z.p. ustawodawca wskazuje na trzy odmienne instytucje: wezwanie do złożenia, poprawienia i uzupełnienia. Użyte w art. 128 ust. 1 p.z.p. sformułowanie „nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 p.z.p., podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu” oznacza sytuację, gdy wykonawca nie złożył wymaganego oświadczenia lub dokumentu (brak wymaganego oświadczenia lub dokumentu). W żadnym przepisie Prawa zamówień publicznych ustawodawca nie wyjaśnia, na czym polega złożenie oświadczenia lub dokumentu niekompletnego lub zawierającego błędy. Zdaniem UZP „dokument (oświadczenie) jest niekompletny, jeżeli wprowadzie został fizycznie przedłożony, ale nie spełnia określonych przez zamawiającego wymagań formalnych (np. nie został podpisany, jest nieczytelny lub jego kopia nie została potwierdzona za zgodność z oryginałem). Od tych dwóch przypadków należy odróżnić dokumenty (oświadczenia) zawierające błędy. Są to dokumenty, które zostały fizycznie złożone oraz są formalnie poprawne, jednak nie potwierdzają spełniania odpowiednich wymagań” 20 . W praktyce nie ma znaczenia tytuł wezwania. O tym, jakich czynności powinien dokonać wykonawca na wezwanie zamawiającego, decyduje treść uzasadnienia wezwania.”¹³

W tym miejscu podkreślić należy, iż art. 17 ust. 2 ustawy PZP wprowadza tzw. zasadę legalizmu, tj. zasadę, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych. Dochowanie tej zasady wiąże się z koniecznością przeprowadzenia odpowiedniej dla danego trybu udzielenia zamówienia procedury, która pozwoli wyłonić ofertę najkorzystniejszą i jednocześnie doprowadzi do odrzucenia ofert, co do których wstąpi jakakolwiek przesłanka ich odrzucenia. Wyrażona zasada udzielenia zamówienia publicznego znajduje zastosowanie w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu Prawa zamówień publicznych, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający powinien więc mieć zawsze na uwadze, że zobligowany jest udzielić danego zamówienia wyłącznie takiemu wykonawcy, którego wybór został dokonany z poszanowaniem przepisów Prawa zamówień publicznych. Nie ulega wątpliwości, iż wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych będzie tylko taki podmiot, który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu i który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu. Z uwagi na zaniechanie wykonania określonych czynności wynikających z dyspozycji art. 128 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający (pomijając już bezsporne naruszenie przepisów) pewności takiej nie uzyskał.

Mając na uwadze obowiązujący stan prawny nakładający zarówno na Wykonawcę jak i na Zamawiającego określone obowiązki w zakresie będącym przedmiotem złożonych w pkt E

12. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2023r., sygn. akt KIO 948/23.

13. J. E. Nowicki [w:] P. Wiśniewski, J. E. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. V, Warszawa 2023, art. 128.



Zastrzeżeń, argumentacja Zamawiającego opierająca się w istocie w całości na fakcie złożenia zobowiązania Podmiotu Trzeciego (którego treść nie tylko nie umknęła Kontrolującym, ale była także przedmiotem analizy pod kątem wypełnienia ustawowych przesłanek) jest co najmniej chybiona. Podobnie jak podniesiony fakt przedłożenia Zamawiającemu umowy regulującej współpracę Wykonawcy z Podmiotem Trzecim w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, który nie może mieć wpływu na dokonaną ocenę w zakresie poprawności działań Zamawiającego na etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Mając zatem na uwadze obowiązujące przepisy ustawy PZP w zakresie będącym przedmiotem tej części analizy oraz obszerną argumentację popartą zarówno orzecznictwem jak i stanowiskiem doktryny zastrzeżenia tej części także należy odrzucić w całości.

Odnosząc się do kolejnej części złożonych Zastrzeżeń (Część F) dotyczącej żądania złożenia dokumentów przez wszystkich wykonawców wraz z ofertą należy wskazać, iż Zamawiający przytaczając fragment stanowiska zawartego w komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych dotyczący art. 274 ustawy PZP pominął dość istotną dla prawidłowej oceny stanu faktycznego część tego komentarza. Zgodnie ze stanowiskiem zawartym w przywołanej publikacji (cyt.): *Zasadą jest, że do złożenia podmiotowych środków dowodowych zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona (art. 274 ust. 1 Pzp). Dyspozycja art. 274 ust. 2 Pzp stanowi wyjątek od zasady określonej w art. 274 ust. 1 Pzp. Art. 274 ust. 2 Pzp daje bowiem zamawiającemu możliwość żądania podmiotowych środków dowodowych (wedle potrzeb) na każdym etapie postępowania, **jeżeli ich ocena w danym momencie postępowania jest niezbędna dla prawidłowego dalszego jego przebiegu** [podkreślenie Kontrolujących]. Ustawodawca zwraca w tym przepisie szczególną uwagę na etap składania ofert podlegających negocjacji lub etap niezwłocznie po złożeniu tych ofert, co ma znaczenie praktyczne dla sprawności przebiegu postępowania, bowiem żądanie podmiotowych środków dowodowych jeszcze przed rozpoczęciem negocjacji pozwoli zamawiającemu na uniknięcie problemu polegającego na zaproszeniu do negocjacji i prowadzeniu ich z wykonawcą, który nie będzie w stanie przedstawić podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw do wykluczenia lub potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy zostanie oceniona najwyżej.*¹⁴

W tym miejscu wskazać należy, na motyw 84 DYREKTYWY PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE, zgodnie z którym (cyt.): „Wielu wykonawców, zwłaszcza MŚP, uważa, że jedną z głównych przeszkód dla ich uczestnictwa w zamówieniach publicznych są obciążenia administracyjne wynikające z konieczności przedstawienia znacznej liczby zaświadczeń lub innych dokumentów dotyczących kryteriów wykluczenia i kwalifikacji. Ograniczenie takich wymogów, na przykład przez zastosowanie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia obejmującego zaktualizowane oświadczenie własne, mogłoby w znacznym stopniu uprościć procedurę z korzyścią zarówno dla instytucji zamawiających, jak i wykonawców. (...) Instytucje zamawiające powinny być także uprawnione do zwrócenia się w każdej chwili o całość lub część dokumentów potwierdzających, gdy uważają, że jest to niezbędne dla właściwego przebiegu postępowania. **Może to w szczególności dotyczyć procedur dwustopniowych – procedur ograniczonych, procedur konkurencyjnych z negocjacjami, dialogów konkurencyjnych oraz partnerstw innowacyjnych – w ramach którego instytucje zamawiające korzystają z możliwości ograniczania liczby kandydatów zaproszonych do złożenia oferty**”. [podkreślenie Kontrolujących].

14. <https://ekomentarzpzp.uzp.gov.pl/prawo-zamowien-publicznych/art-274>



Jak stwierdziła KIO w wyroku z 2.2.2017r.¹⁵, którego sentencja pozostaje aktualna również na gruncie rozpatrywanej sprawy (cyt.): „(...) art. 26 ust. 2f Prawa Zamówień Publicznych kreuje normę o charakterze *ius dispositivum* i uzależnia jej zastosowanie od oceny dokonanej na etapie postępowania. Izba wskazała, że podstawą uznania, że w określonym przypadku mamy do czynienia z sytuacją zmierzającą do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania muszą być okoliczności o charakterze obiektywnym, a nie subiektywnym (zależnym jedynie od oceny podmiotu zamawiającego)”.

Wyjątkowość tego rozwiązania potwierdził także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9.01.2017 r.¹⁶ zgodnie z którym (cyt.): „(...) Błędne było też wskazanie przez zamawiającego jako podstawy prawnej wezwania przepisu art. 26 ust. 2f ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów. Przepis ten umożliwia zamawiającemu – na zasadzie wyjątku – zażądanie dokumentów lub oświadczeń na innych etapach, aniżeli etap po ustaleniu, która oferta jest oceniana jako najkorzystniejsza.”

Już tylko ta argumentacja wyraźnie wskazuje, iż uprawnienie do skorzystania z możliwości tego szczególnego wezwania wykonawców przysługuje po pierwsze w sytuacji gdy jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu prowadzonego postępowania po drugie zaś wezwanie takie musi być uzasadnione okolicznościami o obiektywnym charakterze. Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy należy stwierdzić, iż skorzystanie z rozwiązania wynikającego z dyspozycji art. 274 ust. 2 ustawy PZP powinno być wyjątkiem, a nie regułą. I to wyjątkiem stosowanym wyłącznie w sytuacji zaistnienia obiektywnych okoliczności mogących wpłynąć na odpowiedni przebieg prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Należy bowiem podkreślić, że ustalenie charakteru mocy wiążącej norm prawnych wymaga w pierwszej kolejności dokonania analizy całej treści przepisu (jego brzmienia, redakcji słownej), a w razie wątpliwości także celu jego ustanowienia (*ratio legis*) czy funkcji przepisu. W tym miejscu należy zauważyć iż zgodnie z brzmieniem art. 274 ust. 2 ustawy PZP żądanie złożenia wymaganych dokumentów może być wystosowane wcześniej niż moment o którym mowa w art. 274 ust. 1 ustawy PZP. Tak więc absolutnym warunkiem sine qua non zastosowania wskazanego uprawnienia jest niezbędność zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania a nie subiektywne odczucia Zamawiającego jeszcze przed wszczęciem postępowania. Nie można bowiem zapominać że zamawiający ma obowiązek nie tylko przygotowania, ale i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny (art. 16 ustawy PZP). Zasada proporcjonalności jest dyrektywą, zgodnie z którą zamawiający powinien podejmować w postępowaniu działania adekwatne do osiągnięcia założonego celu, a zastosowane przez niego środki powinny być najbardziej odpowiednie, tj. nieograniczające w sposób nieuzasadniony dostępu wykonawców do postępowania. Przy czym wymóg proporcjonalności dotyczy wszystkich czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania. Jest to jedna z nadrzędnych, w stosunku do dalszych szczegółowych uregulowań ustawy PZP, zasad udzielania zamówień publicznych, która chroni wykonawców przed skrajnym formalizmem ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek kierowania się zasadą proporcjonalności determinuje zatem podejmowanie tylko takich działań, które są

15. Wyrok krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2017r., sygn. akt KIO 99/17, KIO 100/17 *Legalis*.

16. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09.01.2017 r., sygn. akt KIO 2437/16.



konieczne do osiągnięcia zamierzonych celów i które nie powinny wykraczać ponad to, co jest niezbędne dla ich zrealizowania oraz najmniej uciążliwe. Zasada ta ogranicza obciążenia proceduralne po stronie wykonawców i znajduje wprost odzwierciedlenie w brzmieniu zapisów art. 274 ust. 1 ustawy PZP i stanowi realizację motywu 84 DYREKTYWY PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE.

Mając zatem na uwadze obowiązujące przepisy ustawy PZP w zakresie będącym przedmiotem tej części analizy oraz obszerną argumentację popartą zarówno orzecnictwem jak i stanowiskiem doktryny zastrzeżenia tej części także należy odrzucić w całości.

Zamawiający w złożonych Zastrzeżeniach dotyczących części A, B, E oraz F podniósł także argument, iż w żadnym z rozpatrywanych przypadków nie wystąpiła nieprawidłowość indywidualna o której mowa w art. 2 pkt 31 Rozporządzenia ogólnego a ewentualne naruszenia mają charakter naruszeń formalnych. W związku z powyższym poniżej kompleksowo dokonano analizy rozpatrywanych naruszeń pod kątem wystąpienia przesłanek nieprawidłowości indywidualnej.

W pierwszej kolejności należy wyraźnie podkreślić, iż sam fakt osiągnięcia efektów rzeczowych zaplanowanych w realizowanym projekcie nie ma żadnego związku z możliwością wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej i nie może być jedną z badanych przesłanek w celu ustalenia czy do nieprawidłowości takiej doszło czy też nie. Ten bezsporny fakt wynika wprost z legalnej definicji nieprawidłowości o której mowa poniżej.

I tak 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].

Na podstawie art. 2 pkt 31 Rozporządzenia ogólnego należy wskazać iż 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 w wyniku rozpatrzenia złożonych Zastrzeżeń bezspornie potwierdzono, iż Zamawiający w poddanym weryfikacji postępowaniu o udzielenie zamówienia naruszył zapisy mającego zastosowanie prawa tj. odpowiednio w kolejności art. 283 ustawy PZP oraz art. 131 ust 2 pkt 1 ustawy PZP przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert (pkt A), art. 271 ust. 3 i art. 286 ust. 3 ustawy PZP przez brak przedłużenia terminu składania ofert z uwagi na dokonaną zmianę



warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej (pkt B), art. 16 pkt 1 w związku z art. 128 ust. 1, art. 119 i art. 125 ust. 5 ustawy PZP ustawy PZP poprzez brak weryfikacji podmiotu trzeciego zarówno w zakresie obligatoryjnych jak i przewidywanych fakultatywnych podstaw wykluczenia z art. 108 ust 1 i 109 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy PZP, a także tych określonych zapisami art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej (pkt E) oraz art. 16 pkt 3 w związku z art. 274 ust. 1 ustawy PZP poprzez żądanie złożenia wraz z ofertą środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu od wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu (pkt F).

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 definicję podmiotu gospodarczego spełnia. Ponadto odpowiednio zarówno działanie jak i zaniechanie Zamawiającego zostało we wszystkich rozpatrywanych przypadkach 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 w żadnym z wymienionych przypadków nie zaistniała trzecia z przesłanek nieprawidłowości indywidualnej. Brak jest bowiem według Zamawiającego możliwości 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.

Odnosząc się do zaprezentowanego przez Zamawiającego stanowiska należy wskazać, iż zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 stycznia 2017 r.¹⁷ (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** [podkreślenie Kontrolujących] 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 wątpliwość, że **szkoda o której mowa w tym przepisie, nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda ta powstanie** [podkreślenie Kontrolujących] (por. wyrok NSA z dnia 19 marca 2013 r., sygn. akt II*

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



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 raz jeszcze wskazać należy na zapisy art. 601 ust. 2 ustawy PZP, które omówione zostały obszernie w Stanowisku dotyczącym części A złożonych Zastrzeżeń. I już tylko dla przypomnienia podkreślić należy iż w przypadku postępowań o udzielenie zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej negatywne konsekwencje dla kontrolowanego są znacznie szersze, bardziej rygorystyczne. Podstawą stwierdzenia, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało przeprowadzone niezgodnie z ustawą, może być bowiem nie tylko takie naruszenie przepisu ustawy, które miało bezpośredni wpływ na wynik danego postępowania. Rozwiązanie to wynika z funkcjonowania odrębnego systemu kontroli takich zamówień uregulowanego w ustawie z dnia 28 kwietnia 2022r. o zasadach realizacji zadań finansowanych ze środków europejskich w perspektywie finansowej 2021-2027 czy też w 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).

Natomiast w wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 18.12.2019r.¹⁸ 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

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



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.¹⁹, 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.

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).”

Sentencje te, w związku z przywołaną powyżej definicją nieprawidłowości określoną w art. 2 pkt 31 Rozporządzenia ogólnego, pozostają aktualne również na gruncie rozpatrywanej sprawy.

Tak wbrew twierdzeniu zaprezentowanemu w złożonych Zastrzeżeniach nieuzasadniony wydatek nie zawsze musi się wiązać z faktycznym poniesieniem zwiększonego wydatku.

Nieprawidłowość indywidualna ma bowiem miejsce w sytuacji, gdy wskutek 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 wskutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, iż wskazane powyżej zapisy art. 2 pkt 31 Rozporządzenia ogólnego nie zawierają definicji szkody. Zawierają natomiast definicję nieprawidłowości, w której wystąpienie szkodliwego wpływu lub sama tylko możliwość

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



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 w kontekście pierwszego ze stwierdzonych naruszeń skutkujących wystąpieniem nieprawidłowości indywidualnej tj. naruszenia art. 283 ustawy PZP oraz art. 131 ust 2 pkt 1 ustawy PZP przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert (pkt A złożonych Zastrzeżeń), należy na wstępie podkreślić że 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 argumentował, iż termin składania ofert był wystarczający, ponieważ żaden z wykonawców nie wniósł odwołania w zakresie ustalonego terminu składania ofert ani nie zgłosił problemów z dostępnością wizji lokalnej. W tym miejscu należy podkreślić, że w dniu 29.10.2024r. Zamawiający wyznaczył na dzień 30.10.2024 r. na godz. 14.45 dodatkowy termin wizji lokalnej w zawiązku z dużym zainteresowaniem wykonaniem przedmiotu zamówienia. Tymczasem 30.10.2024r. był przedostatnim dniem roboczym przed wyznaczonym terminem składania ofert. Uwzględniając stan faktyczny nie sposób bezwzględnie wykluczyć, iż z uwagi na zbyt krótki czas pozostały pomiędzy wyznaczonym terminem wizji a terminem składania ofert potencjalnie zainteresowani wykonawcy mogli odstąpić od udziału w postępowaniu z uwagi na zbyt krótki czas pozostały na jej przygotowanie, dopracowanie i w konsekwencji złożenie. Jakkolwiek sytuacja taka wydaje się 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 taka 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 naruszenie spełnia 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 wykazania związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE w zakresie naruszenia art. 271 ust. 3 i art. 286 ust. 3 ustawy PZP, przez brak przedłużenia terminu składania ofert z uwagi na dokonaną zmianę warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej (pkt B złożonych Zastrzeżeń) należy wskazać, iż liberalizując w dniu 31.10.2024 r., tj. w ostatnim dniu roboczym przed terminem składania ofert, warunki udziału w postępowaniu (zmieniając okres z którego należy przedstawić wykaz robót budowlanych z dwóch na pięć lat) Zamawiający de facto pozbawił możliwości udziału w prowadzonym postępowaniu wszystkich tych wykonawców, którzy dopiero po tej zmianie mogli ubiegać się o udzielenie zamówienia. Warunkiem bowiem skutecznego w nim udziału było wypełnienie obowiązku przeprowadzenia wizji jej termin Zamawiający wyznaczył na dzień 30.10.2024 r. na godz. 14.45 tj. na dzień przed dokonaną zmianą w zakresie warunków. Uwzględniając stan faktyczny nie sposób bezwzględnie wykluczyć, iż potencjalnie zainteresowani wykonawcy zostali pozbawieni możliwości udziału w prowadzonym postępowaniu.

Należy zatem stwierdzić, iż wykryte naruszenie spełnia 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.

W zakresie stwierdzonego naruszenia art. 16 pkt 1 w związku z art. 128 ust. 1, art. 119 i art. 125 ust. 5 ustawy PZP ustawy PZP poprzez brak weryfikacji podmiotu trzeciego zarówno w zakresie obligatoryjnych jak i przewidywanych fakultatywnych podstaw wykluczenia z art. 108 ust 1 i 109 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy PZP, a także tych określonych zapisami art. 7 ust. 1 ustawy sankcyjnej (pkt E złożonych Zastrzeżeń) w pierwszej kolejności podkreślić należy, iż przygotowanie i prowadzenie postępowania z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 16 pkt 1 ustawy PZP, wymaga od zamawiających należytej staranności. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców może odnosić się bowiem do każdego elementu postępowania, wszędzie tam, gdzie następuje różnicowanie szans wykonawców np. w zakresie możliwości uzyskania zamówienia. Zamawiający powinien jednakowo traktować wszystkich wykonawców na każdym etapie prowadzonego postępowania. To na Zamawiającym spoczywał bezwzględny obowiązek prawidłowej weryfikacji podmiotowej wykonawców w zakresie obligatoryjnych podstaw wykluczenia. Poprzez swoje zaniechanie (brak wezwania z art. 128 ust. 1 ustawy PZP) Zamawiający powyższego obowiązku nie wypełnił. Zaniechanie ww. czynności spowodowało de facto wybór Wykonawcy, który przy realizacji zamówienia zadeklarował posiłkowanie się potencjałem zawodowym podmiotów udostępniających te zasoby, których kwalifikacja podmiotowa w zakresie podstaw wykluczenia nie została w sposób prawidłowy dokonana. W konsekwencji Zamawiający dopuścił do sytuacji w której, w warunkach tej konkretnej sprawy, mogło dojść do udzielenia zamówienia Wykonawcy, który podlegał wykluczeniu z postępowania z mocy prawa.

W tym miejscu raz jeszcze należy stanowczo podkreślić, że potwierdzenie w sposób wymagany przepisami ustawy PZP braku podstaw wykluczenia oraz odpowiednio spełniania warunków udziału w postępowaniu jest warunkiem *sine qua non* dalszego udziału Wykonawcy w prowadzonym postępowaniu. Natomiast dokonanie czynności bez zachowania formy zastrzeżonej przez ustawę pod rygorem nieważności stanowi wadę tej czynności prawnej, która polega na niewywołaniu przez czynność zamierzonych skutków prawnych związanych z jej dokonaniem. W warunkach stanu faktycznego rozpatrywanej sprawy Zamawiający nie wymagał złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia. Tym samym oświadczenie wstępne stanowiło jedyny dowód potwierdzający możliwość udziału danego wykonawcy w prowadzonym postępowaniu.

A zatem Zamawiający naraził budżet UE na potencjalną szkodę doprowadzając do możliwości finansowania nieuzasadnionego wydatku poprzez dopuszczenie do możliwości skutecznego udziału w prowadzonym postępowaniu Wykonawcy być może podlegającemu wykluczeniu z mocy prawa. Dla dokonanej oceny nie ma natomiast znaczenia, iż faktycznie do tego uszczuplenia w ostatecznym rozrachunku mogło nie dojść, gdyż Zamawiającemu udało się udzielić zamówienia Wykonawcy co do którego przesłanki wykluczenia nie zachodziły.

Należy zatem stwierdzić, iż wykryte naruszenie spełnia 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.



W zakresie stwierdzonego naruszenia art. 16 pkt 3 w związku z art. 274 ust. 1 ustawy PZP poprzez żądanie złożenia wraz z ofertą środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu od wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu (pkt F złożonych Zastrzeżeń) w kontekście wystąpienia trzeciej z przesłanek nieprawidłowości indywidualnej należy po raz kolejny podnieść, iż wprowadzona w ustawie PZP zmiana procedury w zakresie będącym przedmiotem analizy stanowiła bezpośrednią realizacją motywu 84 DYREKTYWY PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE. Dzięki takiemu rozwiązaniu zamawiający jest uwolniony od konieczności weryfikacji podmiotowych środków dowodowych wszystkich wykonawców, zwłaszcza tych, którzy nie mają realnych szans na otrzymanie zamówienia oraz co ważniejsze wykonawcy nie muszą z góry uzyskiwać i przedstawiać zamawiającemu całego kompletu wymaganych przez niego dokumentów składając wraz z ofertą oświadczenie wstępne, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP stanowiące dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, tymczasowo zastępujące wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Wprowadzone rozwiązania co do zasady miały na celu w znaczącym stopniu uprościć procedurę na tym jej etapie przenosząc jednocześnie etap badania przy pomocy podmiotowych środków dowodowych wyłącznie w stosunku do wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Co istotne składane na tym etapie podmiotowe środki dowodowe winny być aktualne na dzień ich złożenia. Zatem oświadczenia lub dokumenty „aktualne” to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia, innymi słowy potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie, i która obecnie (w czasie terażniejszym) występuje. Wezwanie zamawiającego o przedłożenie oświadczenia lub dokumentu implikuje odpowiedź wykonawcy, która ma być w czasie terażniejszym prawdziwa i potwierdzać prawdziwe okoliczności – adekwatnie do całego toku postępowania. Zamawiający, otrzymując od wykonawcy dokumenty, powinien uzyskać aktualne informacje na temat zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, którego oferta została oceniona najwyżej, a więc informacji zgodnych z istniejącym stanem faktycznym. Data wystawienia dokumentu, o ile dokument ten potwierdza istniejący stan rzeczy, nie ma zatem znaczenia dla uznania tego dokumentu przez zamawiającego za nieaktualny. Wykonawca, pozyskawszy wcześniej wskazane dokumenty, może się nimi posłużyć na wezwanie zamawiającego, o ile oczywiście pozostają aktualne, nie co do daty ich wystawiania, ale co do konkretnych podmiotowych kwestii, wstępnie potwierdzonych w ramach oświadczeń złożonych wraz z ofertą. Podmiotowe środki dowodowe stanowią jedynie potwierdzenie okoliczności uprzednio wykazanych w oświadczeniu wstępnym, a przez fakt, że przedłożone środki są aktualne na dzień ich złożenia potwierdzają, że stan spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wybranego wykonawcę i brak podstaw wykluczenia nie uległ zmianie i ma charakter ciągły. Żądając złożenia podmiotowych środków dowodowych wraz z ofertą oraz oświadczeniem wstępnym Zamawiający nie potwierdził w stosunku do wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, że stan spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wybranego wykonawcę i brak podstaw wykluczenia nie uległ zmianie. A zatem Zamawiający naraził budżet UE na potencjalną szkodę doprowadzając do możliwości finansowania nieuzasadnionego wydatku.

Należy zatem stwierdzić, iż w tym wypadku wystąpiły wszystkie trzy przesłanki wystąpienia nieprawidłowości indywidualnej. Wykryte naruszenie spełnia definicję nieprawidłowości z art. 2 pkt 31 Rozporządzenia ogólnego.

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.

Reasumując, po zbadaniu wszystkich istotnych okoliczności faktycznych i prawnych należy stwierdzić, że w rozpatrywanej sprawie Zamawiający w złożonych Zastrzeżeniach nie przedstawił żadnych okoliczności mogących stanowić podstawę do zmiany wniosku zawartego w zapisach Informacji pokontrolnej FEDS.02.07-IZ.00-0005/23-001-INF. W związku z powyższym zapisy Informacji pokontrolnej nie 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.)



Potwierdzam zgodność wydruku z dokumentem wydanym w postaci elektronicznej:

Identyfikator dokumentu	1818482.5019209.5458123
Nazwa dokumentu	Pisemne stanowisko wobec zgłoszonych Zastrzeżeń do Informacji pokontrolnej nr FEDS.02.07-IZ.00-000523_001-OST.pdf
Tytuł dokumentu	Pisemne stanowisko wobec zgłoszonych Zastrzeżeń do Informacji pokontrolnej nr FEDS.02.07-IZ.00-000523_001-OST
Sygnatura dokumentu	DEFR-O-III.44.39.2025
Data dokumentu	2025-05-06 00:00:00
Skrót dokumentu	8D3DDEBF3C06148DED123F5A5E0F726581CD3975
Wersja dokumentu	1.3
Data podpisu	2025-05-06
Sygnatariusz	Małgorzata Kuruc
Stanowisko	Zastępca Dyrektora Departamentu
Rodzaj certyfikatu	Certyfikat kwalifikowany podpisu elektronicznego
Akceptacja	Dobrowolska Ewa, 2025-05-06 10:54:15, wersja 1.0 (Dyrektor Wydziału, Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O), Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O)) Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
Akceptacja	Aleksandrowicz Marek, 2025-05-06 10:25:07, wersja 1.0 (Kierownik Działu, Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O), Dział Kontroli Projektów EFRR (DEFR-O-III)) Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
Akceptacja	Babij Marta, 2025-05-06 10:08:40, wersja 1.0 (Starszy Specjalista, Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O), Dział Kontroli Projektów EFRR (DEFR-O-III)) Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
Akceptacja	Michaluk Agnieszka, 2025-05-06 10:06:12, wersja 1.0 (Główny Specjalista, Wydział Obsługi Wdrażania EFRR (DEFR-O), Dział Kontroli Projektów EFRR (DEFR-O-III)) Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
	EZD 3.126.43.43.
Data wydruku:	2025-05-06 13:48:39
Autor wydruku:	Michaluk Agnieszka