

INFORMACJA POKONTROLNA

dotycząca zamówienia zarejestrowanego pod numerem: ND

1	Nazwa Beneficjenta	Gmina i Miasto Lwówek Śląski
2	Adres Beneficjenta	Al. Wojska Polskiego 25a, 59-600 Lwówek Śląski
3	Nazwa projektu	Dwa miasta - (bez) jednej granicy - myślą interaktywnie i bez granic
4	Numer projektu	PLSN.02.02-IP.01-0003/23
5	Nazwa postępowania	„Prace konserwatorskie w ratuszu miejskim w Lwówku Śląskim”: Część 1 – Prace konserwatorskie w Sieni ratusza w Lwówku Śląskim Część 2 – Prace konserwatorskie przy posadzce Sali Mieszczańskiej ratusza w Lwówku Śląskim”
6	Oznaczenie postępowania	IN.271.65.2024.AM
7	Data zakończenia kontroli	19.01.2026 r.
8	Ustalenia z zakończenia kontroli postępowania: Stwierdzone uchybienia formalne i merytoryczne	

Uchybienia formalne bez wpływu na ocenę postępowania:

- 1) Rozdz. XI.5 SWZ Zamawiający pominął część zapisu § 4 ust. 1 pkt 3b rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. 2023 poz. 1824 ze zm), zwanego dalej rozporządzeniem ws podmiotowych środków dowodowych, tj. w zakresie treści „...jego aktywami nie zarządza likwidator lub sąd, nie zawarł układu z wierzycielami, jego działalność gospodarcza nie jest zawieszona ani nie znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury”.

Dodatkowo w pkt XI.6 SWZ Zamawiający nie wskazał na odniesienia również do pkt 4.7, tj. nie zażądał odpowiednika dokumentu wskazanego w przedmiotowym punkcie od wykonawców zagranicznych, do czego zobowiązuje § 4 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia ws podmiotowych środków dowodowych, jak również cytując treść § 4 ust. 3 rozporządzenia ws podmiotowych środków dowodowych wskazał jego treść z nieobowiązującego rozporządzenia ws dokumentów oraz pominął odniesienie do art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2024, poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej ustawą PZP, co było konsekwencją pominięcia wskazania w przedmiotowym punkcie treści § 4 ust. 1 pkt 3a w wymaganym przez Zamawiającego zakresie wobec wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania w granicach Rzeczypospolitej Polskiej.

Powyższe skutkowało żądaniem od wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania w granicach Rzeczypospolitej Polskiej w szerszym zakresie niż od wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej i w rezultacie mogło mieć wpływ na potencjalny krąg zainteresowanych wykonawców tym samym naruszać konkurencję postępowania.

Równolegle zamawiający nie wskazał żadnego z odpowiedników krajowych podmiotowych środków dowodowych żądanych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia od wykonawców zagranicznych w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zamawiający wobec powyższego naruszył § 4 ust. 1 pkt 3a i 3b oraz ust. 3 rozporządzenia ws podmiotowych środków dowodowych wz z art. 16 ustawy PZP. poprzez zastosowanie: – kryteriów wykluczenia, kwalifikacji, udzielenia zamówienia które nie są dyskryminacyjne w rozumieniu poprzedniego rodzaju nieprawidłowości, ale w inny sposób ograniczają dostęp dla wykonawców

W celu ustalenia czy opisane powyżej naruszenie odpowiada definicji nieprawidłowości - wynikającej z 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 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, zwanego dalej Rozporządzeniem ogólnym. Zgodnie z art. 2 pkt 31 ww. Rozporządzenia „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 budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem) – KK dokonał adekwatnej analizy poszczególnych elementów definicji nieprawidłowości z art. 2 pkt 31 ww. *Rozporządzenia*, tj. jej źródła i możliwości obciążenia budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem, czyli szkody w budżecie UE w odniesieniu do stwierdzonego wyżej naruszenia przepisów ustawy PZP.

Zgodnie z treścią *Wytycznych dotyczących sposobu korygowania nieprawidłowości na lata 2021-2027*, zwanych dalej *Wytycznymi* poprzez naruszenie prawa należy rozumieć nie tylko naruszenie przepisów aktów prawnych, takich jak ustawy czy rozporządzenia, ale również zasad i procedur określonych w dokumentach, których obowiązek stosowania wynika z umowy o dofinansowanie projektu.

Źródłem stwierdzonego naruszenia było *zaniechanie* Beneficjenta polegające na niewypełnieniu przez Beneficjenta obowiązków wynikających z § 4 ust. 1 pkt 3a i 3b oraz ust. 3 rozporządzenia ws podmiotowych środków dowodowych wz z art. 16 ustawy PZP, z uwagi na brak zamieszczenia prawidłowych zapisów wynikających z § 4 ust. 1 pkt 3a i 3b oraz ust. 3 rozporządzenia ws podmiotowych środków dowodowych zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i SWZ wobec podmiotów zagranicznych, co stanowi naruszenie ww. przepisów rozporządzenia ws podmiotowych środków dowodowych wz z art. 16 ustawy PZP.

Ostatnią – poza naruszeniem prawa i działaniem bądź zaniechaniem podmiotu gospodarczego – przesłanką umożliwiającą stwierdzenie nieprawidłowości jest obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem, czyli szkoda w budżecie UE. Z przywołanej powyżej definicji nieprawidłowości wynika, że szkoda oznacza zarówno faktyczny uszczerbek finansowy w budżecie UE, jak i potencjalną możliwość wystąpienia takiego uszczerbku. Takie ujęcie szkody wynika z aksjologicznego założenia ustawodawcy, że beneficjent, który otrzymuje bezzwrotną pomoc finansową powinien środki te wydatkować w zgodzie z przepisami prawa. Dopiero brak wystąpienia zarówno szkody rzeczywistej jak i potencjalnej, uniemożliwia zakwalifikowanie danego naruszenia jako nieprawidłowości i tym samym rozpoczęcie procedury związanej z oszacowaniem wysokości szkody.

W przypadku naruszenia opisanego powyżej polegającego na niewypełnieniu przez Zamawiającego obowiązków wynikających z § 4 ust. 1 pkt 3a i 3b oraz ust. 3 rozporządzenia ws podmiotowych środków dowodowych wz z art. 16 ustawy PZP, z uwagi na brak zamieszczenia prawidłowych zapisów wynikających z § 4 ust. 1 pkt 3a i 3b oraz ust. 3 rozporządzenia ws podmiotowych środków dowodowych zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i SWZ wobec podmiotów zagranicznych Kontroler nie dopatrył się nawet potencjalnej możliwości wystąpienia uszczerbku w budżecie UE, gdyż krąg potencjalnych wykonawców nie został – z uwagi na powyższą rozbieżność – ograniczony.

W związku z powyższym dokumenty wymagane od wykonawców zagranicznych miały węższy zakres niż ten wymagany od wykonawców zagranicznych.

Jednocześnie – w postępowaniu 8 (część I postępowania) i 6 krajowych (część II postępowania) wykonawców złożyło oferty i nie odnotowano jakichkolwiek pytań wykonawców w zakresie rozbieżności dokumentów wymaganych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia od wykonawców krajowych i zagranicznych i w konsekwencji brak było również czynników, które mogły zniechęcić potencjalnych wykonawców do udziału w postępowaniu

Zatem w rezultacie można stwierdzić, iż ostatecznie krąg potencjalnych wykonawców nie został ograniczony.

W efekcie należy stwierdzić, iż wzmiankowane zaniechanie Beneficjenta nie wpłynęło na wynik postępowania, ponieważ na skutek przedmiotowej rozbieżności nie odrzucono żadnej oferty. W związku z powyższym potencjalny wpływ przedmiotowego zaniechania na budżet Unii Europejskiej jest wyłącznie formalny.

Podkreślenia wymaga, iż w analizowanym przypadku dokonano – zgodnie z pkt 1.1. Załącznika do decyzji Komisji C(2019)3452 z dnia 14 maja 2019 r. ustanawiającej wytyczne dotyczące określania korekt finansowych w odniesieniu do wydatków finansowanych przez Unię Europejską w przypadku nieprzestrzegania obowiązujących przepisów dotyczących zamówień publicznych, zwanej dalej decyzją Komisji, pn. Cel niniejszych wytycznych – przypisania potencjalnej nieprawidłowości do najbliższej rodzajowo kategorii, co wobec złożenia w postępowaniu przez 6 krajowych wykonawców ofert i braku odnotowania jakichkolwiek pytań wykonawców w zakresie rozbieżności dokumentów wymaganych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia od wykonawców krajowych i zagranicznych nie potwierdza, iż w przedmiotowej sytuacji doszło do zastosowania kryteriów wykluczenia, kwalifikacji, udzielenia zamówienia które nie są dyskryminacyjne w rozumieniu poprzedniego rodzaju nieprawidłowości, ale w inny sposób ograniczają dostęp dla wykonawców (część 2.1 pkt 11 decyzji Komisji). Skutkiem czego nie doszło wprost do naruszenia obarczonego pomniejszeniem wskazanym w przedmiotowym punkcie decyzji Komisji.

W rezultacie KK nie jest w stanie wykazać, iż niewypełnienie przez Zamawiającego obowiązków wynikających z § 4 ust. 1 pkt 3a i 3b oraz ust. 3 rozporządzenia ws podmiotowych środków dowodowych wz z art. 16 ustawy PZP, z uwagi na brak zamieszczenia prawidłowych zapisów wynikających z § 4 ust. 1 pkt 3a i 3b oraz ust. 3 rozporządzenia ws podmiotowych środków dowodowych zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i SWZ wobec podmiotów zagranicznych naruszało art. 16 ustawy PZP.

Warunkiem dokonania pomniejszenia wydatku kwalifikowalnego jest wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. Mając na względzie wszystkie okoliczności rozpatrywanej sprawy, pomimo ewidentnego naruszenia zasad prowadzenia postępowania jak wyżej, nie sposób wykazać takiego związku, a tym samym stwierdzić możliwości wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE, pomimo stwierdzonego naruszenia postanowień ustawy PZP. Krąg potencjalnych wykonawców nie został bowiem w żaden sposób ograniczony (nawet potencjalnie), a zaniechanie Zamawiającego nie doprowadziło ani do wypaczenia wyników postępowania (złożono 6 ofert w postępowaniu), a tym samym do ograniczenia konkurencji w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, po dokonaniu wieloaspektowej analizy, stwierdzić należy, iż jakkolwiek w przedmiotowej sprawie wystąpiły dwie przesłanki wymienione w definicji nieprawidłowości, tj. po pierwsze naruszenie przepisów prawa, po drugie *zaniechanie* Zamawiającego jako podmiotu gospodarczego, to jednak po dokonaniu oceny ryzyka, na jakie budżet UE mógł zostać narażony w wyniku stwierdzonego naruszenia, stwierdzić należy, iż nie wystąpiła przesłanka trzecia, tj. możliwość wywołania szkodliwego wpływu w budżecie środków europejskich.

Należy bowiem potwierdzić, iż w warunkach stanu faktycznego tej konkretnej sprawy nie można, nawet hipotetycznie, wykazać możliwości wystąpienia szkody potencjalnej. Nie sposób bowiem wykazać logicznego następstwa zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE ze względu na fakt, iż zebrany materiał dowodowy potwierdza w sposób nie budzący wątpliwości, że węższy zakres dokumentów wymaganych na wykazanie braku podstaw wykluczenia od wykonawców zagranicznych niż wykonawców krajowych zmniejszyłby krąg potencjalnych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Biorąc bowiem pod uwagę wszystkie okoliczności faktyczne i prawne w tej konkretnej sprawie nie sposób wykazać związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a nawet potencjalną szkodą w budżecie UE.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż w tym wypadku nie wystąpiły łącznie wskazane trzy przesłanki nieprawidłowości indywidualnej zdefiniowanej w art. 2 pkt 31 ww. Rozporządzenia pomimo, iż ziściły się dwie z nich, tj. po pierwsze naruszenie prawa, po drugie działanie Zamawiającego to jednak trzecia z nich czyli możliwość wywołania szkodliwego wpływu w budżecie środków europejskich nie wystąpiła. Zatem wykryte naruszenie nie spełnia definicji nieprawidłowości z art. 2 pkt 31 ww. Rozporządzenia i stanowi jedynie formalne uchybienie przepisom postępowania PZP.

- 2) Analiza treści opisu przedmiotu zamówienia - dokumentacji technicznej wykazała, iż Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia posłużył się nazwą marki (firmy) wskazując na konkretne wyroby (źródło - źródło jest w zamierzeniu ustawowym pojęciem nieostрым i oznacza wszelkie

specyfikacje techniczne, karty katalogowe producenta lub wykonawcy itp., a także odesłania do specyfikacji i kart katalogowych, w których zawarty jest identyfikowalny konkretny produkt lub usługa - bez znaczenia, czy przywołany imiennie) oraz pochodzenia., tj.:

Część II postępowania (tj. wszędzie tam, gdzie nie użyto nawet wyrażenia „np.”):

- preparat KEIM Steinreniger, lub REMMERS Alkutex czy Covexan,
- preparat biobójczy KEIM Algicid,
- preparat KEIM Silex OH;
- Remmers Funcosil KSE 50DEST z wypełniaczem Funcosil KSE Fullstoff A/B;
- masa mineralna firmy Remmers,
- zaprawa konserwatorska KEIM - Restauro Grund;
- preparat KEIM Lotexan N lub REMMERS Funcosil SL.
- farby laserunkowe KEIM Restauro Lasur
- spoiwo Paraloid B -72 w toluenie
- preparaty krzemooorganiczne KSE 100, 300 f. Remmers.
- preparat krzemooorganicznym KSE 300 f. Remmers.
- preparat KSE 500STE,
- farby Historie Lasur

Część II postępowania:

ZASTOSOWANE POCHODZENIE - CZĘŚĆ II POSTĘPOWANIA:

W odpowiedzi udzielonej wykonawcom z dnia 7.01.2025 r. Zamawiający posłużył się pochodzeniem wskazanego materiału, tj. Odpowiedź nr 1: Informacja na temat materiału na posadzkę znajduje się na str. 21 projektu budowlanego. Pozwolenie Dolnośląskiego Konserwatora Zabytków jak i pozwolenie na budowę zostały wydane dla tej propozycji, a zatem do wyliczenia kosztów materiału należy przyjąć zgodnie z dokumentacją projektową wapien Solnhofener.

ZASTOSOWANE NORMY CZĘŚĆ II POSTĘPOWANIA:

SPECYFIKACJE TECHNICZNE WYKONANIA I ODBIORU ROBÓT BUDOWLANYCH:

- kruszywo do zapraw cementowych należy stosować piasek do zapraw budowlanych dowolnej klasy, odmiany 1 lub piasek uszlachetniony, odpowiadające normie PN-B/79-06711;
- cement workowy - w składach otwartych, zabezpieczonych przed opadami albo w magazynach zamkniętych. Inne warunki transportu i składowania odpowiadać muszą postanowieniom normy BN- 8 8/B-6731-08.

Należy zauważyć, iż art. 99 ust. 4 ustawy PZP stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać m.in. przez wskazanie znaków towarowych. W stosunku do tego zakazu ustawodawca dopuścił wyjątki. Opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych jest dopuszczalne jedynie w wyjątkowych sytuacjach tj. gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób.

W świetle generalnej zasady wynikającej z art. 99 ust. 5 ustawy PZP posługiwanie się znakami towarowymi i wskazaniami konkretnych produktów winno być minimalizowane, czyli regułą jest opis przedmiotu zamówienia bez ich użycia, a dopiero w obszarach, których inaczej opisać nie sposób (lub będzie to nazbyt skomplikowane, nieczytelne (...) etc.) oznaczenia tego typu mogą być wykorzystane.

Zamawiający w SWZ nie wskazał na dopuszczenie równoważności rozwiązań w przypadku wskazania w OPZ znaku towarowego przy opisie przedmiotu zamówienia bez określenia kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności.

KK – po analizie wyjaśnień złożonych przez Beneficjenta - uznał, iż w powyższej sytuacji opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, które charakteryzują produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę zamawiający wskazał na szczególne, uzasadnione potrzeby, z których wynikała konieczność ukształtowania postanowień opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretne produkty, niemniej

równolegle było obiektywnie możliwe opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, tj. w sposób inny niż za pośrednictwem znaku towarowego. Użytym znakiem towarowym nie towarzyszył zapis informujący o dopuszczeniu rozwiązań równoważnych opisywanym – poza przypadkami jak wyżej, w których wprost i pośrednio, poprzez użycie wyrażenia „np.” (wyrażenie „np.” co warto podkreślić służy do pokazania czegoś konkretnego lecz spośród wielu niewskazanych możliwości a zatem dopuszcza szerszy krąg możliwości niż wyrażenie „lub równoważne”) Zamawiający te równoważność dopuścił oraz nie wskazał w opisie przedmiotu zamówienia kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 4 oraz 5 i 6 ustawy PZP.

Opisane powyżej naruszenie musi zostać poddane analizie pod kątem ewentualnego stwierdzenia nieprawidłowości, zdefiniowanej w Rozporządzeniu ogólnym. Zgodnie z art. 2 pkt 31 ww. Rozporządzenia „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 budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem.

Źródłem stwierdzonej nieprawidłowości jest działanie Beneficjenta polegające na opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, które charakteryzują produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę, podczas gdy było obiektywnie możliwe opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób poprzez użycie znaku towarowego, przy czym użytym znakiem towarowym towarzyszył zapis informujący o dopuszczeniu rozwiązań równoważnych opisywanym, a Zamawiający nie wskazał w opisie przedmiotu zamówienia jedynie kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności co stanowi naruszenie art. 99 ust. 5 i 6 ustawy PZP.

Ostatnią – poza naruszeniem prawa i działaniem bądź zaniechaniem podmiotu gospodarczego – przesłanką umożliwiającą stwierdzenie nieprawidłowości jest obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem, czyli szkoda w budżecie UE. Z przywołanej powyżej definicji nieprawidłowości wynika, że szkoda oznacza zarówno faktyczny uszczerbek finansowy w budżecie UE, jak i potencjalną możliwość wystąpienia takiego uszczerbku. Takie ujęcie szkody wynika z aksjologicznego założenia ustawodawcy, że beneficjent, który otrzymuje bezzwrotną pomoc finansową powinien środki te wydatkować w zgodzie z przepisami prawa. Dopiero brak wystąpienia zarówno szkody rzeczywistej jak i potencjalnej, uniemożliwia zakwalifikowanie danego naruszenia jako nieprawidłowości i tym samym rozpoczęcie procedury związanej z oszacowaniem wysokości szkody.

W przypadku naruszenia opisanego powyżej w części I postępowania polegającego na opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych wyżej wskazanych bez dopuszczenia równoważności (tj. wszędzie tam, gdzie nie użyto nawet wyrażenia :np.), z czego udział w wartości zamówienia, wynosi 1 0836,00 brutto, co stanowi 4,85% wartości inwestycji (223 600,00 zł) pomimo niewskazania w opisie przedmiotu zamówienia kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności, KK uznał, iż w części I przedmiotowego postępowania nie wystąpiło znaczące ograniczenie konkurencji, a użycie ww. znaków towarowych nie wpłynęło na wynik postępowania, ponieważ wymóg odnośnie ww. znaków towarowych jest związany z częściami pomocniczymi umowy (4,85 % wartości umowy) i ich potencjalny wpływ na budżet Unii Europejskiej jest wyłącznie formalny.

Dostarczenie ww. elementów pomocniczych w części I postępowania w stosunku do właściwej części zamówienia, jaką są roboty budowlane, w odniesieniu do której kształtowany był w postępowaniu krąg potencjalnych wykonawców, mogących wykazać się niezbędną wiedzą i doświadczeniem w wykonywaniu robót budowlanych nie wpływało na poziom konkurencyjności postępowania.

Nie sposób dowieść, że użycie wskazanych znaków towarowych mogło zniechęcić jakiegoś wykonawcę do udziału w postępowaniu (złożono odpowiednio 8 - część I postępowania). Nie sposób również wykazać, że użycie wskazanych znaków towarowych miało wpływ na konstruowanie oferty. Brak wskazania kryteriów równoważności nie dotyczył bowiem zasadniczej części zamówienia a jedynie elementów pomocniczych. Uwzględniając zasadę proporcjonalności, pomniejszenie wydatków kwalifikowanych za pomocą stawki procentowej byłoby w warunkach tej konkretnej sprawy nieadekwatne i niewspółmierne do wagi i charakteru naruszenia.

Kontroler nie dopatrzyl się nawet potencjalnej możliwości wystąpienia uszczerbku w budżecie UE, gdyż nie można bezsprzecznie wykazać, iż wskazany opis przedmiotu zamówienia mógłby doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Co więcej, w postępowaniu nie pojawiły się żadne pytania dotyczące wymienionych elementów przedmiotu zamówienia opisanych za pomocą wskazanych producentów/znaków towarowych i nie można wykazać, iż nie istnieją na rynku rozwiązania równoważne do rozwiązań referencyjnych wskazanych w SWZ, ani też, że skutkiem takich zapisów była niemożność złożenia oferty zgodnej z tak sformulowanym opisem przedmiotu zamówienia przez wykonawcę innego niż preferowany lub zaproponowania innego niż preferowany produkt.

W związku z powyższym użycie znaku towarowego produktu jako wzorca nie oznaczało przede wszystkim, że wzorcowy produkt jest jedynym możliwym do zaoferowania zamawiającemu. Wykonawca mógł zaoferować produkt równoważny, pomimo braku określenia kryteriów równoważności.

Warunkiem dokonania pomniejszenia wydatku kwalifikowalnego jest wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. Mając na względzie wszystkie okoliczności rozpatrywanej sprawy, pomimo ewidentnego naruszenia zasad prowadzenia postępowania jak wyżej, nie sposób wykazać takiego związku, a tym samym stwierdzić możliwości wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE, pomimo stwierdzonego naruszenia postanowień ustawy PZP. Krąg potencjalnych wykonawców nie został bowiem w żaden sposób ograniczony (nawet potencjalnie), a podejmowane przez Zamawiającego czynności nie doprowadziły ani do wypaczenia wyników postępowania, ani do nierównego traktowania, czy uprzywilejowania poszczególnych wykonawców.

Biorąc powyższe pod uwagę, po dokonaniu wieloaspektowej analizy, stwierdzić należy, iż jakkolwiek w przedmiotowej sprawie wystąpiły dwie przesłanki wymienione w definicji nieprawidłowości, tj. po pierwsze naruszenie przepisów prawa, po drugie *działanie* Zamawiającego jako podmiotu gospodarczego, to jednak po dokonaniu oceny ryzyka, na jakie budżet UE mógł zostać narażony w wyniku stwierdzonego naruszenia, stwierdzić należy, iż nie wystąpiła przesłanka trzecia, tj. możliwość wywołania szkodliwego wpływu w budżecie środków europejskich.

W związku z powyższym wykryte naruszenie nie spełnia definicji nieprawidłowości indywidualnej i – jako takie – stanowi jedynie formalne uchybienie przepisom postępowania PZP.

W przypadku naruszenia opisanego powyżej w części II postępowania polegającego na opisanu przedmiotu zamówienia za pomocą norm wyżej wskazanych bez dopuszczenia równoważności Beneficjent wyjaśnił, iż w Części 2 postępowania kruszywo do zapraw oraz cement stanowią według kosztorysu inwestorskiego około 5% wartości całego zadania, a więc stanowią one jedynie pomocniczą część umowy.

KK przyjął wzmiankowane wyjaśnienia Beneficjenta w zakresie wyceny elementów przedmiotu zamówienia opisanych za pomocą norm w stosunku do których zamawiający nie wskazał na dopuszczenie rozwiązań równoważnych, są one związane z częściami pomocniczymi umowy a ich potencjalny wpływ na budżet Unii Europejskiej jest wyłącznie formalny.

Ponadto KK uznał, iż Odpowiedź nr 1 udzielona przez Zamawiającego w postępowaniu, tj. „Informacja na temat materiału na posadzkę znajduje się na str. 21 projektu budowlanego. Pozwolenie Dolnośląskiego Konserwatora Zabytków jak i pozwolenie na budowę zostały wydane dla tej propozycji, a zatem do wyliczenia kosztów materiału należy przyjąć zgodnie z dokumentacją projektową wapien Solnhofener.” - odsyła do str 21 ww. Projektu budowlanego, gdzie posłużono się określeniem „np.” w odniesieniu do wskazanego w ww. odpowiedzi wapienia Solnhofener, co pośrednio wskazuje na dopuszczenie równoważności w zakresie zastosowania tego materiału (wyrażenie „np.” co warto podkreślić służy do pokazania czegoś konkretnego lecz spośród wielu niewskazanych możliwości a zatem dopuszcza szerszy krąg możliwości niż wyrażenie „lub równoważne”).

Na powyższe wskazują również zapisy OPZ, tj. pkt. 2.4 SPECYFIKACJI TECHNICZNYCH WYKONANIA I ODBIORU ROBÓT BUDOWLANYCH, gdzie wskazano: „Jeżeli dokumentacja lub SST przewiduje możliwość wariantowego zastosowania rodzaju materiału w wykonywanych robotach, Wykonawca zobowiązany jest powiadomić Inspektora nadzoru inwestorskiego o swoim zamiarze najmnij 3 tygodnie przed użyciem materiału” oraz w PROJEKCIE ARCHITEKTONICZNO – BUDOWLANYM zapisano: „Dopuszcza się stosowanie materiałów zamiennych pod warunkiem uzasadnienia wskazania spełnienia warunków wytrzymałościowych i cieplnych oraz po uzyskaniu aprobaty projektanta i kierownika budowy (z wyjątkiem materiałów wykończeniowych nie mających bezpośredniego wpływu na wygląd zewnętrzny wewnętrzny budynku).”

Równolegle w DECYZJI Nr 577/2024 Pozwolenie na prowadzenie robót budowlanych w zabytku wskazano „2. Ostateczną decyzję dotyczącą materiału, rozmiaru płytek i ułożenia posadzki należy podjąć po zwołaniu komisji z przedstawicielem DWKZ del. w Jeleniej Górze i przeprowadzeniu próby materiału w miejscu ułożenia”

W zakresie kryteriów równoważności – uzasadnienie jak wyżej dla części I postępowania.

Jednocześnie należy zauważyć, iż w przedmiotowej sytuacji użycia znaków towarowych czy pochodzenia nie wystąpiła jakakolwiek szkoda w budżecie UE pomimo zastosowania ww., znaków towarowych i pochodzenia materiałów ponieważ zapewniono wysoki poziom konkurencji, tj. otrzymano 8 ofert w części I postępowania oraz 6 w części II postępowania, a użyte znaki towarowe wyżej wskazanych materiałów są powszechnie dostępne dla wszystkich uczestników rynku i w żaden sposób nie mogły utrudnić potencjalnym uczestnikom postępowania udziału w postępowaniu. Liczba złożonych ofert wskazuje jednoznacznie, że duża grupa firm miała możliwość przygotowania i skutecznego złożenia ważnej oferty.

W konsekwencji należy stwierdzić, iż Zamawiający umożliwił składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych i specyfikacji technicznych na rynku, co pozostaje w zgodzie z pkt 74 DYREKTYWY PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE.

- 3) Należy podkreślić, iż KK nie przyjął wyjaśnień Beneficjenta w zakresie uznania złożonego przez wykonawcę dokumentu ubezpieczenia wystawionego w formie papierowej bez podpisu odrębnego wykonawcy i potwierdzonego przez wykonawcę jedynie za zgodność z oryginałem podpisem elektronicznym (część II postępowania) oraz braku wzywania wykonawców w trybie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy PZP do uzupełnienia/wyjaśnienia złożonych dokumentów i ustalenia, czy odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się w momencie zawarcia umowy i opłacenia składki, czy też opłacenie składki zostało odroczone do określonego terminu.

W konsekwencji KK nie uznał złożonych przez wykonawców polis za dokumenty w sposób wystarczający potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz w przypadku dokument złożonego przez firmę GRUPA MTG Tomasz Gluza za spełniający wymogi ROZPORZĄDZENIA PREZESA RADY MINISTRÓW z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z dnia 31 grudnia 2020 r. Poz. 2452), zwanego dalej rozporządzeniem ws środków komunikacji

W związku z powyższym KK ustalił, iż w dokumentacji postępowania brak jest jakiegokolwiek wezwania wykonawcy przez zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP z prośbą o wyjaśnienie/uzupełnienie powyższych dokumentów, do czego w zaistniej sytuacji obligował wykonawcę wzmiankowany przepis, jak również treść art. 61 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 20 ust. 1 ustawy PZP, jak również zapisy rozdz. XII.4 SWZ.

Potwierdzenie za zgodność z oryginałem podpisem elektronicznym Polisy złożonej przez firmę GRUPA MTG Tomasz Gluza na czas postępowania nie stanowi jej podpisu odrębnego przez ubezpieczonego w dacie zbliżonej do jej wystawienia, ponieważ dokument wystawiono i podpisano przez przedstawiciela centrum ubezpieczeniowego w postaci papierowej. W konsekwencji dokument stanowi - zgodnie z § 6 ust. 2 rozporządzenia ws środków komunikacji - cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, wystawionego przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, zwane dalej „upoważnionymi podmiotami”, który zgodnie z treścią ust. 3 pkt 1) ww. rozporządzenia wykonawca poświadczył podpisem kwalifikowalnym za zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

Wystawienie polisy, na której nie znajduje się podpis klienta i równocześnie nie ma dowodów, iż została ona opłacona skutkuje możliwością stwierdzenia, że wcale nie doszło do zawarcia umowy o ubezpieczenie, a zatem nie stanowi ona dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia wymaganego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

W przypadku dokumentu o charakterze konstytutywnym tj. dokumentu, który tworzy określony stosunek prawny niezbędne jest zatem jego wystawienie (podpisanie) przed momentem otwarcia ofert.

Dodatkowo, dokument polisy ubezpieczeniowej składany na wezwanie, o którym mowa w art. 274 ustawy Pzp musi zatem potwierdzać istnienie stosunku ubezpieczenia przez cały czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym potwierdzać realne przejście odpowiedzialności ubezpieczyciela na skutek jego zawarcia.

Polisy złożone przez firmy GRUPA MTG Tomasz Gluza oraz Kontrapost Konserwacja Zabytków Urszula Girtler to polisy PZU, których OGÓLNE WARUNKI KOMPLEKSOWEGO UBEZPIECZENIA stanowią, iż „W przypadku umowy ubezpieczenia zawartej przy jednoczesnej obecności obu stron tej umowy, jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność PZU rozpoczyna się od dnia następującego po dniu zawarcia umowy ubezpieczenia, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki ubezpieczeniowej lub jej pierwszej raty”, w związku z czym Zamawiający winien był wymagać od wykonawców potwierdzenia zapłaty pierwszej składki przedłożonych polis, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału przez wykonawców w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Wobec powyższego nie można stwierdzić, iż wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą zarówno w części I i II postępowania spełnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

W tej sytuacji obowiązkiem Zamawiającego było skierowanie do tego wykonawcy – na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp – wezwania do uzupełnienia/wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie powyższego warunku, a następnie – w zależności od reakcji wykonawcy na to wezwanie – dokonanie pozytywnej oceny spełniania warunku albo odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy Pzp. Zamawiający tych czynności zaniechał, co stanowiło naruszenie wskazanych przepisów prawa.

Zamawiający wobec powyższego naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy PZP wz. z art. 128 ust. 1 i 4 ustawy PZP (dla części II postępowania) wz z § 6 ust. 2 rozporządzenia ws środków komunikacji poprzez niepoprawne zastosowanie kryteriów kwalifikacji na etapie kwalifikacji, czego skutkiem było przyjęcie oferty zwycięskiej, której nie należało przyjąć gdyby postępowano zgodnie z opublikowanymi kryteriami kwalifikacji.

Wobec powyższego nie można stwierdzić, iż wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą zarówno w części I i II postępowania spełnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Zamawiający wobec powyższego naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy PZP wz. z art. 128 ust. 1, 4 i 5 ustawy PZP (dla części II postępowania) wz z § 6 ust. 2 rozporządzenia ws środków komunikacji poprzez niepoprawne zastosowanie kryteriów kwalifikacji na etapie kwalifikacji, czego skutkiem było przyjęcie ofert zwycięskich, których nie należało przyjąć, gdyby postępowano zgodnie z opublikowanymi kryteriami kwalifikacji.

W celu ustalenia czy opisane powyżej naruszenie odpowiada definicji nieprawidłowości - wynikającej z Rozporządzenia ogólnego. Zgodnie z art. 2 pkt 31 ww. Rozporządzenia „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 budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem) – KK dokonał adekwatnej analizy poszczególnych elementów definicji nieprawidłowości z art. 2 pkt 31 ww. Rozporządzenia, tj. jej źródła i możliwości obciążenia budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem, czyli szkody w budżecie UE w odniesieniu do stwierdzonego wyżej naruszenia przepisów ustawy PZP.

Zgodnie z treścią *Wytycznych* poprzez naruszenie prawa należy rozumieć nie tylko naruszenie przepisów aktów prawnych, takich jak ustawy czy rozporządzenia, ale również zasad i procedur określonych w dokumentach, których obowiązek stosowania wynika z umowy o dofinansowanie projektu.

Źródłem stwierdzonego naruszenia było *zaniechanie* Beneficjenta polegające na niewypełnieniu przez Beneficjenta obowiązków wynikających z art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy PZP wz. z art. 128 ust. 1, 4 i 5 ustawy PZP i (dla części II postępowania) wz z § 6 ust. 2 rozporządzenia ws środków komunikacji, z uwagi na brak skierowania do wykonawcy – na podstawie art. 128 ust. 1, 4 i 5 ustawy PZP – wezwania do uzupełnienia/wyjaśnienia dokumentów

potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, a następnie – w zależności od reakcji wykonawcy na to wezwanie – dokonanie pozytywnej oceny spełniania warunku albo odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy PZP, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy PZP wz. z art. 128 ust. 1, 4 i 5 ustawy PZP i (dla części II postępowania) wz z § 6 ust. 2 rozporządzenia ws środków komunikacji.

Ostatnią – poza naruszeniem prawa i działaniem bądź zaniechaniem podmiotu gospodarczego – przesłanką umożliwiającą stwierdzenie nieprawidłowości jest obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem, czyli szkoda w budżecie UE. Z przywołanej powyżej definicji nieprawidłowości wynika, że szkoda oznacza zarówno faktyczny uszczerbek finansowy w budżecie UE, jak i potencjalną możliwość wystąpienia takiego uszczerbku. Takie ujęcie szkody wynika z aksjologicznego założenia ustawodawcy, że beneficjent, który otrzymuje bezzwrotną pomoc finansową powinien środki te wydatkować w zgodzie z przepisami prawa. Dopiero brak wystąpienia zarówno szkody rzeczywistej jak i potencjalnej, uniemożliwia zakwalifikowanie danego naruszenia jako nieprawidłowości i tym samym rozpoczęcie procedury związanej z oszacowaniem wysokości szkody.

W przypadku naruszenia opisanego powyżej polegającego na niewypełnieniu przez Zamawiającego obowiązków wynikających z art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy PZP wz. z art. 128 ust. 1, 4 i 5 ustawy PZP i (dla części II postępowania) wz z § 6 ust. 2 rozporządzenia ws środków komunikacji, tj. zaniechania, z uwagi na brak skierowania do wykonawcy – na podstawie art. 128 ust. 1, 4 i 5 ustawy PZP – wezwania do uzupełnienia/wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, KK uznał, iż w przedmiotowym postępowaniu nie wystąpiło ograniczenie konkurencji, pomimo, iż na etapie przeprowadzanego postępowania złożone przez wykonawców - na skutek wezwania w trybie art. 274 ust. 1 ustawy PZP do złożenia podmiotowych środków dowodowych - polisy, na której (dla części II postępowania) nie znajdował się podpis klienta i nie było dowodów, iż zostały one opłacone, co skutkowało możliwością stwierdzenia, że wcale nie doszło do zawarcia umowy o ubezpieczenie, a więc nie stanowiły one dokumentów potwierdzających, że wykonawcy są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia i ww. wykonawcy nie spełniali oni warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

W związku z powyższym przedstawione dokumenty nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie – Zamawiający – jak wynika z wyżej cytowanych wyjaśnień w dniu podpisania umowy dysponował (nieprzesłaną przez wykonawcę w adekwatny sposób w ramach prowadzonego postępowania) wersją kompletnego, tj. podpisanego obustronnie przez wykonawcę i wystawcę dokumentu papierowego, który (dla części II postępowania) wprawdzie zawiera wyższą sumę ubezpieczenia niż dokument złożony w postępowaniu, niemniej potwierdza, że jest to ta sama polisa ubezpieczeniowa, co złożona w postępowaniu o numerze 1066375934 i na ten sam okres ubezpieczeniowy oraz wskazuje na tę samą datę zawarcia umowy ubezpieczenia, tj. 13.II.2024 r. zamawiający dysponuje potwierdzeniem zapłaty składek ubezpieczenia polis złożonych przez firmy GRUPA MTG Tomasz Gluza oraz Kontrapost Konserwacja Zabytków Urszula Girtler, potwierdzającymi, iż na dzień składania ofert oraz w toku postępowania wykonawcy posiadali aktywne polisy.

Zatem w rezultacie można stwierdzić, iż ostatecznie obaj wykonawcy de facto spełniali wyżej wzmiankowany warunek udziału w postępowaniu i ich oferty nie podlegały odrzuceniu, pomimo, iż Zamawiający pozyskał ww. dokumenty z naruszeniem art. 128 ust. 1, 4 i 5 ustawy PZP i (dla części II postępowania) wz z § 6 ust. 2 rozporządzenia ws środków komunikacji.

W rezultacie jednak Zamawiający dysponował dokumentami potwierdzającym spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Powyższe w konsekwencji umożliwiło prawidłową realizację zadań, a temu nadrzędnemu celowi służą poprawnie postawione i spełnione warunki kwalifikacji wykonawców w postępowaniu.

KK uwzględnił również okoliczność, że w postępowaniu nie odnotowano jakichkolwiek pytań wykonawców w stosunku do postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności sytuacji ekonomicznej lub finansowej, a przedmiotowy warunek postawiony był w sposób proporcjonalny w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, w konsekwencji brak było również czynników, które mogły zniechęcić potencjalnych wykonawców do udziału w postępowaniu.

W efekcie należy stwierdzić, iż wzmiankowane zaniechanie Beneficjenta nie wpłynęło na wynik postępowania, ponieważ KK wobec ww. dowodów którymi dysponował Beneficjent (przesłane w uzupełnieniu wyjaśnień do KK) na potwierdzenie spełniania wyżej wskazanego warunku udziału w postępowaniu – jak również fakt polegający jedynie na zaniechaniu wezwania do ich formalnego uzupełnienia – może bezsprzecznie potwierdzić, iż obie wybrane oferty nie podlegały odrzuceniu. W związku z powyższym potencjalny wpływ przedmiotowego zaniechania na budżet Unii Europejskiej jest wyłącznie formalny.

Zatem można wykazać, iż wybrane oferty nie podlegały odrzuceniu, skoro kompletne dokumenty, jakie Beneficjent przekazał w ramach wyjaśnień do postępowania wyraźnie wskazują, iż wybrani wykonawcy de facto spełniali warunek udziału w postępowaniu na czas wyboru oferty najkorzystniejszej.

Podkreślenia wymaga, iż w analizowanym przypadku dokonano – zgodnie z pkt 1.1. Załącznika do ww. decyzji Komisji, pn. Cel niniejszych wytycznych – przypisania potencjalnej nieprawidłowości do najbliższej rodzajowo kategorii, co wobec przekazanych przez Beneficjenta dodatkowego dowodu nie potwierdza, iż w przedmiotowej sytuacji doszło do niepoprawnego zastosowania kryteriów kwalifikacji na etapie kwalifikacji, czego skutkiem było przyjęcie ofert zwycięskich, których nie należało przyjąć, gdyby postępowano zgodnie z opublikowanymi kryteriami kwalifikacji (część 2.1 pkt 14 decyzji Komisji). Skutkiem czego nie doszło wprost do naruszenia obarczonego pomniejszeniem wskazanym w przedmiotowym punkcie decyzji Komisji. W rezultacie KK nie jest w stanie wykazać, iż oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu, gdyby Zamawiający dopełnił obowiązków wynikających z art. 128 ust. 1, 4 i 5 ustawy PZP, wręcz przeciwnie zgromadzone dowody świadczą ostatecznie o poprawności wyboru oferty wykonawcy przez Zamawiającego.

Warunkiem dokonania pomniejszenia wydatku kwalifikowalnego jest wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. Mając na względzie wszystkie okoliczności rozpatrywanej sprawy, pomimo ewidentnego naruszenia zasad prowadzenia postępowania jak wyżej, nie sposób wykazać takiego związku, a tym samym stwierdzić możliwości wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE, pomimo stwierdzonego naruszenia postanowień ustawy PZP. Krąg potencjalnych wykonawców nie został bowiem w żaden sposób ograniczony (nawet potencjalnie), a zaniechanie Zamawiającego nie doprowadziło ani do wypaczenia wyników postępowania (wykonawca w rezultacie spełnił warunek postępowania w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej), ani do nierównego traktowania, czy uprzywilejowania poszczególnych wykonawców.

Biorąc powyższe pod uwagę, po dokonaniu wieloaspektowej analizy, stwierdzić należy, iż jakkolwiek w przedmiotowej sprawie wystąpiły dwie przesłanki wymienione w definicji nieprawidłowości, tj. po pierwsze naruszenie przepisów prawa, po drugie *zaniechanie* Zamawiającego jako podmiotu gospodarczego, to jednak po dokonaniu oceny ryzyka, na jakie budżet UE mógł zostać narażony w wyniku stwierdzonego naruszenia, stwierdzić należy, iż nie wystąpiła przesłanka trzecia, tj. możliwość wywołania szkodliwego wpływu w budżecie środków europejskich.

Należy bowiem potwierdzić, iż w warunkach stanu faktycznego tej konkretnej sprawy nie można, nawet hipotetycznie, wykazać możliwości wystąpienia szkody potencjalnej. Nie sposób bowiem wykazać logicznego następstwa zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE ze względu na fakt, iż zebrany materiał dowodowy potwierdza w sposób nie budzący wątpliwości, że na dzień składania ofert Wykonawca, pomimo zaniechania wezwania wykonawcy przez Zamawiającego w trybie wynikającym z art. 128 ust. 1, 4 i 5 ustawy PZP o uzupełnienie wyżej wzmiankowanego dokumentu, spełniał warunek udziału w postępowaniu a Zamawiający ostatecznie udzielił zamówienia wykonawcom, którzy przedstawili najkorzystniejszą ofertę, niepodlegającą odrzuceniu.

Biorąc bowiem pod uwagę wszystkie okoliczności faktyczne i prawne w tej konkretnej sprawie nie sposób wykazać związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a nawet potencjalną szkodą w budżecie UE.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż w tym wypadku nie wystąpiły łącznie wskazane trzy przesłanki nieprawidłowości indywidualnej zdefiniowanej w art. 2 pkt 31 ww. Rozporządzenia pomimo, iż ziściły się dwie z nich, tj. po pierwsze naruszenie prawa, po drugie działanie Zamawiającego to jednak trzecia z nich czyli możliwość wywołania szkodliwego wpływu w budżecie środków europejskich nie wystąpiła. Zatem wykryte naruszenie nie spełnia definicji nieprawidłowości z art. 2 pkt 31 ww. *Rozporządzenia* i stanowi jedynie formalne uchybienie przepisom postępowania PZP.

- 4) Zamawiający udzielając informacji o kryteriach negocjacji oraz możliwości złożenia ofert dodatkowych – w związku z problemami technicznymi platformy na której miały odbyć się negocjacje zgłaszanymi przez wykonawców - uchybił zapisom art. 20 ust. 1 ustawy PZP, niemniej bez wpływu na ocenę postępowania, ponieważ zaproszenia do złożenia ofert dodatkowych zostały przesłane na platformie, tj. w formie pisemnej.
- 5) KK przyjął złożone wyjaśnienia w zakresie oferty złożonej przez GRUPĘ MTG Tomasz Gluza również, niemniej w związku z faktem, iż zarówno w ofercie pierwotnej jak i dodatkowej nie zaznaczono pkt 9.9 w zakresie RODO, co stanowi uchybienie pozostające bez wpływu na ocenę postępowania ponieważ treść wskazanego pkt oferty nie stanowi jej istotnej treści.
- 6) KK po przeanalizowaniu wyjaśnień Beneficjenta ustalił, iż z treści oferty wynika, iż na etapie składania ofert wykonawca nie przetwarzał danych osób trzecich i nie powstał po jego stronie obowiązek wskazany w art. 13 i 14 RODO, co skutkowało brakiem konieczności złożenia omawianego oświadczenia. Tym samym nie wykreślenie odpowiedzi Tak/Nie oświadczenia było działaniem prawidłowym. Skoro bowiem nie zaktualizowała się podstawa wystąpienia obowiązku informacyjnego, to brak było konieczności złożenia oświadczenia w tym zakresie.

Powyższe natomiast nie wykluczało możliwości złożenia takiego oświadczenia przez wykonawcę i wypełnienia obowiązków wynikających z rozporządzenia RODO w momencie podania zamawiającemu danych osobowych podmiotów trzecich (np. na późniejszym etapie postępowania, czego jednak również nie uczynił).

- 7) Zamawiający w rozdz. IX. SWZ nie wskazał wprost regulacji określonych w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego, niemniej powyższe pozostaje bez wpływu na ocenę postępowania ponieważ jak Zamawiający wskazał w wyjaśnieniach weryfikował przedmiotową przesłankę wykluczenia na podstawie list sankcyjnych.
- 8) Zamawiający w rozdz. X.1.1.1 SWZ (analogicznie w sekcji V pkt 5.4 Ogłoszenia o zamówieniu) postawił warunek udziału w postępowaniu w zakresie „Zdolności do występowania w obrocie gospodarczym w brzmieniu „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunek jak wyżej tj. – „są wpisani do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych prowadzonych w kraju, w którym mają siedzibę lub miejsce zamieszkania, co w przypadku wykonawców mających siedzibę na terenie Rzeczypospolitej Polskiej (RP) oznacza, że są wpisani do Krajowego Rejestru Sądowego lub Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej”

Zamawiający formułując warunek udziału w postępowaniu w ww. kształcie pominął wskazanie ustawowe „aby wykonawcy prowadzący działalność gospodarczą lub zawodową (...)”, niemniej jednak powyższy sposób sformułowania warunku, pomimo pominięcia wzmiankowanego zapisu ustawowego w opinii KK nie wykluczył osób fizycznych, ponieważ zgodnie z opracowaniem UZP pn. Określenie i weryfikacja spełniania warunków udziału w postępowaniu wyraźnie wskazuje, iż: „*Omawiany warunek udziału w postępowaniu umożliwia zamawiającemu zidentyfikowanie wykonawcy, który jest przedsiębiorcą, a zwłaszcza ustalenie, czy podmiot ten jest wpisany do odpowiedniego rejestru. Wprowadzenie tego warunku nie oznacza jednak, że o dane zamówienie mogą ubiegać się wyłącznie przedsiębiorcy. Uzyskanie statusu wykonawcy nie jest uzależnione od faktu prowadzenia przez dany podmiot działalności gospodarczej, zatem wykonawcy, którzy nie są przedsiębiorcami nie muszą wykazywać spełniania tego warunku*”

W konsekwencji powyższe pozostaje bez wpływu na ocenę postępowania, dodatkowo mając na uwadze fakt, iż Zamawiający nie żądał przedstawienia na jego potwierdzenie dokumentu wskazanego w § 6 rozporządzenia ws podmiotowych środków dowodowych.

- 9) Brak wskazania podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2022 r. poz. 835), zwanej ustawą o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę zarówno w treści SWZ, we

wzorze oświadczenia składanego przez wykonawcę z art. 125 ustawy PZP, jak i treści oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu wstępnym z art. 125 ustawy PZP doszło do naruszenia formalnego art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę bez wpływu na ocenę postępowania. KK po przeprowadzeniu analizy doszedł do wniosku, iż w przypadku stwierdzonego naruszenia nie określono wprost - w zarówno decyzji Komisji, jak i załącznika do Wytycznych - stawki procentowej pomniejszenia a z uwagi na charakter naruszenia, które dotyczy art. 286 ust. 1 ustawy PZP nie można zastosować stawki procentowej odpowiadającej najbliższej rodzajowo kategorii nieprawidłowości.

- 10) Zamawiający w rozdz. X.6 SWZ (analogicznie w załączniku nr 4 do SWZ) wymagał od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby złożenia wraz z ofertą m.in. oświadczenia o braku podstaw wykluczenia z pominięciem wymogu złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu z pominięciem oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie w jakim potwierdza on spełnianie warunków udziału w postępowaniu, niemniej powyższe pozostaje bez wpływu na ocenę postępowania, z uwagi na brak udziału w postępowaniu ww. podmiotów.
- 11) Zamawiający w rozdz. XI.4.4 SWZ (analogicznie w załączniku nr 5 do SWZ) posłużył się zmodyfikowanym przez siebie zapisem § 9 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia ws podmiotowych środków dowodowych, tj. poprzez dodanie sformułowania „... w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone”, co w aktualnie brzmiących zapisach ww. rozporządzenia nie jest wymagane, niemniej powyższe pozostaje bez wpływu na ocenę postępowania, ponieważ dowody, które wykonawcy składają na potwierdzenie należytego wykonania robót budowlanych w istocie potwierdzają również zgodność z przepisami prawa budowlanego.
- 12) Zamawiający w oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (zał 2 do SWZ) wskazał do wyboru zbyt szeroki zakres art. 108 ustawy PZP podlegający możliwości samooczyszczenia, tj. w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 3, 4 i 6 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP – bez wpływu na ocenę postępowania, ponieważ żaden z wykonawców nie wskazywał na skorzystanie z instytucji samooczyszczenia.
- 13) Zamawiający zamieścił ogłoszenia o wykonaniu umów zarówno dla części I i II zamówienia z opóźnieniem, co narusza treść art. 448 ustawy PZP.

Naruszenia wskazane w pkt 10) – 13) pozostają bez wpływu na ocenę postępowania ponieważ KK po przeprowadzeniu analizy doszedł do wniosku, iż w przypadku stwierdzonego naruszenia nie określono wprost - w zarówno decyzji Komisji, jak i załączniku do Wytycznych - stawki procentowej pomniejszenia z uwagi na charakter naruszenia, które pozostawały bez wpływu na ocenę postępowania i krąg potencjalnych wykonawców oraz nie można zastosować w tych przypadkach stawki procentowej odpowiadającej najbliższej rodzajowo kategorii nieprawidłowości.

9	Wynik kontroli
Zamówienie publiczne zostało ocenione pozytywnie/negatywnie.*	

*Skreślić niewłaściwe.

Wrocław, dnia 01.01.2026 r.

/podpis Dyrektora/Z-cy Dyrektora RWT /