

Załącznik do uchwały nr 451/20  
Zarządu Województwa  
z dnia 1 kwietnia 2020 r.

Powiat Łobeski  
ul. Konopnickiej 41  
73-150 Łobez

WWRPO.VIII.3162.36.2019.AK

## **DECYZJA**

### **Nr WWRPO/2014-2020/8/W/2020**

podjęta w dniu 1 kwietnia 2020 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego  
w osobach:

Olgierd Geblewicz - Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego,  
Olgierd Kustosz - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,  
Tomasz Sobieraj - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,  
Stanisław Wziątek - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego,  
Anna Bańkowska- Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego.

Na podstawie art. 9 ust. 1 pkt 2, art. 9 ust. 2 pkt 9 lit. a ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (Dz. U. z 2018 r. poz. 1431 tekst jednolity ze zm.), art. 207 ust. 1 pkt 2, ust. 2a, ust. 9 pkt. 1 i ust. 12 a pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 869 tekst jednolity ze zm.), art. 30 ust. 4 i art. 36 ust. 1 pkt 5a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 tekst jednolity ze zm.) oraz art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 46 ust. 2a ustawy z dnia 05 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2019 r. poz. 512 tekst jednolity z późn. zm.) oraz art. 138 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2020 r. poz. 256 tekst jednolity)

po rozpatrzeniu wniosku Beneficjenta – Powiatu Łobeskiego z siedzibą przy ul. Konopnickiej 41 w Łobzie – o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją administracyjną Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/2014-2020/9/W/2019 z dnia 15 października 2019 r. orzekającą zwrot środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 na podstawie umowy o dofinansowanie nr RPZP.05.04.00-32-0002/18-00 zawartej w dniu 18 maja 2018 r. na realizację projektu pn. „Przebudowa i rozbudowa drogi powiatowej nr 4314Z Resko-Radowo-Borkowo-Węgorzyno-Brzeźniak na odcinku Węgorzyno-Gościśław od km 29+439 do km 31+392” w łącznej kwocie 139 718,79 zł

(słownie: sto trzydzieści dziewięć tysięcy siedemset osiemnaście złotych 79/100) wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych

– utrzymuje w całości w mocy decyzję administracyjną Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/2014-2020/9/W/2019 z dnia 15 października 2019 r.

## Uzasadnienie

Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego na mocy art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (Dz. U. 2018 r. poz. 1431 tekst jednolity ze zm., dalej: ustawa wdrożeniowa) pełni funkcję instytucji zarządzającej, do zadań której należy m.in. prowadzenie kontroli realizacji programu operacyjnego, w tym weryfikacja prawidłowości wydatków ponoszonych przez beneficjentów – w przypadku krajowego albo regionalnego programu operacyjnego; nakładanie korekt finansowych; odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w szczególności kwot związanych z nałożeniem korekt finansowych, na zasadach określonych w ustawie z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 869 tekst jednolity ze zm., dalej: ufp) albo w umowie o dofinansowanie projektu, albo w decyzji o dofinansowaniu projektu, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przeznaczonych na realizację programów, projektów lub zadań oraz decyzji o zapłacie odsetek, o których mowa odpowiednio w art. 207 ust. 9 i art. 189 ust. 3b ufp.

W dniu 18 maja 2018 r. pomiędzy Powiatem Łobeskim z siedzibą przy ul. Konopnickiej 41 w Łobzie a Województwem Zachodniopomorskim reprezentowanym przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego, pełniącym rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 (zwanej dalej: IZ RPO WZ) została zawarta umowa o dofinansowanie nr RPZP.05.04.00-32-0002/18-00 na realizację projektu pn. „Przebudowa i rozbudowa drogi powiatowej nr 4314Z Resko-Radowo-Borkowo-Węgorzyno-Brzeźniak na odcinku Węgorzyno-Gościsław od km 29+439 do km 31+392” Oś Priorytetowa 5 „Zrównoważony Transport” Działanie 5.4 „Budowa i przebudowa dróg powiatowych”. Dodatkowo podpisane zostały trzy aneksy do umowy o dofinansowanie, tj. nr RPZP.05.04.00-32-0002/18-01 z dnia 18 maja 2018 r., nr RPZP.05.04.00-32-0002/18-02 z dnia 03 sierpnia 2018 r. oraz nr RPZP.05.04.00-32-0002/18-03 z dnia 29 listopada 2018 r.

Na podstawie zapisu § 7 ust. 10 w/w umowy o dofinansowanie, Beneficjent zobowiązał się do realizacji projektu w oparciu o wnioski o dofinansowanie, z należytą starannością, w szczególności ponosząc wydatki celowo, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie z zachowaniem zasad optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa unijnego oraz prawa krajowego, Regulaminem naboru projektów w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014-2020 Oś priorytetowa 5 Zrównoważony transport, Działanie 5.4 „Budowa i przebudowa dróg powiatowych”, wytycznymi oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację projektu oraz osiągnięcie jego celów oraz wskaźników zakładanych we wniosku o dofinansowanie.

Ponadto Beneficjent zobowiązał się do stosowania odpowiednich zasad gospodarowania środkami publicznymi wynikającymi z przepisów ufp (§ 19 ust. 1 umowy o dofinansowanie). Z regulacji art. 44 ust. 3 ufp wynika, iż wydatki publiczne powinny być dokonywane m.in. w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Pod pojęciem oszczędności należy rozumieć minimalizację wykorzystywanych zasobów przy czym istotne jest także, aby oszczędne wydatkowanie nie oznaczało obniżenia jakości działalności (tak komentarz do art. 44 ufp B. Kucia – Guściora (w:) Smoleń (red.), Ustawa o finansach publicznych. Komentarz, Warszawa 2014).

Konieczność zachowania powyższych zasad, sprowadza się w szczególności do konieczności wypełnienia przez Beneficjenta obowiązku wybrania i udzielenia zamówienia w oparciu o najbardziej korzystną ekonomicznie ofertę z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji.

IZ RPO WZ w dniach 25–26 marca 2019 r., na podstawie art. 9 ust. 2 pkt 7 ustawy wdrożeniowej oraz § 20 umowy o dofinansowanie, przeprowadziła kontrolę planową w zakresie realizacji postępowania przetargowego pn. „Przebudowa i rozbudowa drogi powiatowej nr 4314Z Resko-Radowo-Borkowo-Węgorzyno-Brzeźniak na odcinku Węgorzyno-Gościśław od km 29+439 do km 31+392” (ogłoszenie o zamówieniu z dnia 25 kwietnia 2018 r.), z ustaleń której sporządzono protokół pokontrolny. IZ RPO WZ stwierdziła wystąpienie w projekcie nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 347 z dnia 20 grudnia 2013 r. ze zm., dalej: rozporządzenie nr 1303/2013), zgodnie z którym są to „(...) każde naruszenia prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii Europejskiej (zwanej dalej: UE) poprzez obciążenie budżetu UE nieuzasadnionym wydatkiem”. Wspomniane nieprawidłowości polegają na naruszeniu:

- 1) art. 30 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 tekst jednolity ze zm., zwanej dalej: pzp) poprzez brak określenia zarówno w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: SIWZ) jak i dokumentach będących opisem przedmiotu zamówienia możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych, podczas gdy Zamawiający opisując przedmiot zamówienia wymagał zastosowania przez wykonawców materiałów wykonanych według Polskich Norm (PN-EN, PN-C), za co przewidziano korektę finansową w wysokości 25% z możliwością obniżenia do 10% albo 5% (poz. 20 Załącznika – zwanego dalej: Taryfikatorem – do Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2018 r. poz. 971 tekst jednolity), zwanego dalej: Rozporządzeniem),
- 2) art. 36 ust. 1 pkt 5a pzp poprzez rozbieżność zapisów polegającą na braku opisanego w SIWZ podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 1–8 pzp, które zostały ujęte w ogłoszeniu o zamówieniu, za co została przewidziana korekta finansowa w wysokości 25% z możliwością obniżenia do 10% albo 5% (poz. 11 Taryfikatora).

Ze względu na wagę i charakter ww. naruszeń w świetle szkody dla budżetu UE IZ RPO WZ podjęła decyzję o pomniejszeniu powyższych współczynników do 5%.

Mając na uwadze, iż zostały nałożone dwie korekty finansowe trzeba wyjaśnić, iż zgodnie z Rozporządzeniem, w przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych wartość korekt finansowych lub pomniejszych nie podlega sumowaniu, a do wszystkich stwierdzonych nieprawidłowości indywidualnych, stosuje się jedną korektę finansową o najwyższej wartości. Tym samym w ramach przedmiotowego zamówienia za naruszenia wskazane w pkt 1 i 2 została nałożona łączna korekta finansowa w wysokości 5%.

Pismem z dnia 07 maja 2019 r. Beneficjent złożył swoje zastrzeżenia do wyników czynności kontrolnych. Powiat Łobeski odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 30 ust. 4 pzp, tj. braku użycia w dokumentach projektowych, będących elementem opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenia „lub równoważne” w przypadku wskazania wymagania do:

- 1) rury grubościennicze z PCV o ściankach litych, gładkich o parametrach zgodnych lub nie gorszych niż wynikające z normy PN-C-89219-2:1998,
- 2) prefabrykowane elementy betonowe i żelbetonowe muszą spełniać wymogi PN-EN 1917:2004 dla betonu C35/45,

podniósł, iż materiały oznaczone w powyższych pkt 1 i 2 zostały prawidłowo zastosowane i wykorzystane zgodnie z projektem w procesie realizacji zadania. Jednocześnie w niniejszym piśmie Beneficjent wskazał, iż nawet jeśliby uznać nałożenie korekt za zasadne, to ich wysokość jest zdecydowanie nieadekwatna bowiem zakupione materiały są znikomej wartości w stosunku do całości zadania. Ponadto odnośnie do naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 5a pzp Beneficjent podał, iż jako Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu nr 550325-N-2018 z dnia 25 kwietnia 2018 r., zamieszczonym jako pierwszy dokument przed SIWZ na stronie internetowej Biuletynu Zamówień Publicznych zaznaczył w pkt III.2 pn. „Podstawy wykluczenia”, że przewiduje fakultatywne podstawy wykluczenia określone w art. 24 ust. 5 pkt 1-8 pzp. Warunki udziału w postępowaniu zostały jednoznacznie opisane dla wszystkich wykonawców zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w SIWZ. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia umożliwiła wykonawcom złożenie oferty zgodnej z wymaganiami zamawiającego, ogłoszeniem o zamówieniu, SIWZ i w żaden sposób nie utrudniła wzięcia wykonawcom udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Brak przywołania wprost art. 24 ust. 5 pkt 1-8 pzp w SIWZ nie miało wpływu na procedurę przetargową ponieważ w dalszej kolejności Zamawiający po dokonaniu oceny ofert badał czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu. Beneficjent nadmienił, że żaden wykonawca, który złożył ofertę nie został wykluczony, ani też nie wpłynęło żadne odwołanie wobec czynności Zamawiającego od wykonawców.

Po analizie zastrzeżeń Beneficjenta, pismem z dnia 07 czerwca 2019 r. IZ RPO WZ poinformowała Powiat Łobeski o braku podstaw do zmiany swojego stanowiska.

W wyniku stwierdzonych nieprawidłowości IZ RPO WZ pismem z dnia 01 lipca 2019 r. wezwała Beneficjenta do zwrotu w terminie 14 dni od doręczenia wezwania, środków w wysokości 139 718,79 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych. Zgodnie bowiem z treścią art. 207 ust. 8 ufp, w przypadku stwierdzenia okoliczności, że środki zostały wykorzystane z naruszeniem procedur, organ pełniący funkcję instytucji zarządzającej, która podpisała umowę z Beneficjentem, wzywa go do zwrotu środków lub do wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania. Jednocześnie poinformowano Beneficjenta, że kwota refundacji ujęta we wniosku o płatność końcową nr RPZP.05.04.00-32-0002/18-004-01, zostanie pomniejszona o wartość 9 979,30 zł z tytułu korekty za naruszenia wskazane w ramach prowadzonej kontroli nr KRP-RPZP.05.04.00-32-0002/18-01, dla której zgoda nie jest wymagana.

W odpowiedzi na powyższe, Powiat Łobeski nie wyraził zgody na pomniejszenie środków wydatkowanych z naruszeniem procedur w łącznej wysokości 139 718,79 zł wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych z przysługującej mu płatności końcowej (pismo Beneficjenta z dnia 09 lipca 2019 r.).

W związku z brakiem dokonania stosownego zwrotu w wyznaczonym terminie, mając na uwadze naruszenie przez Beneficjenta procedur obowiązujących przy realizacji projektu w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp), w dniu 18 lipca 2019 r. wobec Beneficjenta zostało wszczęte postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu w/w środków. Jednocześnie Strona została poinformowana o możliwości złożenia dowodów, wyjaśnień i zastrzeżeń w sprawie.

Po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, obejmującego całościową ocenę materiału dowodowego zebranego w sprawie w tym m.in. umowy wraz z aneksami, dokumentacji związanej z weryfikacją zachowania trwałości projektu oraz pełną analizę stanu faktycznego i prawnego sprawy, dnia 15 października 2019 r. Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego podjął decyzję administracyjną nr WWRPO/2014-2020/9/W/2019 orzekającą zwrot od Beneficjenta środków otrzymanych na podstawie umowy o dofinansowanie nr RPZP.05.04.00-32-0002/18-00 w kwocie 139 718,79 zł wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych.

Pismem z dnia 31 października 2019 r. (wpływ do Kancelarii Ogólnej Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego dnia 04 listopada 2019 r.) Beneficjent wniósł o ponowne rozpoznanie sprawy zakończonej w/w decyzją administracyjną wskazując, iż organ rozpatrując sprawę skupił się jedynie na wykazaniu, że prawidłowo naliczył korekty finansowe. Rozpoznając sprawę, zdaniem Beneficjenta, IZ RPO WZ ograniczyła się do jednokierunkowej oceny i zawęziła jej rozpatrywanie jedynie do faktu nałożenia korekty finansowej i jej wysokości. Organ, w ocenie

Beneficjenta, nie dokonał w ogóle oceny skutków opisanych naruszeń dla ostatecznej realizacji projektu pn. „Przebudowa i rozbudowa drogi powiatowej nr 4314Z Resko-Radowo-Borkowo-Węgorzyno-Brzeźniak na odcinku Węgorzyno-Gościsław od km 29+439 do km 31+392”.

Rozwijając powyższe, Beneficjent we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy wskazał, iż IZ RPO WZ odnośnie pierwszego zarzutu postawionego Beneficjentowi w związku z realizacją projektu, tj. naruszenia art. 30 ust. 4 pzp ograniczyła się do stwierdzenia, że: „Wobec opisanego w sposób dyskryminacyjny przedmiotu zamówienia przez Beneficjenta należy wskazać, że zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej (zwanej dalej: KIO) z dnia 04 kwietnia 2016 r. (sygn. akt KIO/KD 21/16), dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bezpośrednio na mniejszą liczbę ofert złożonych w postępowaniu ofertowym, oraz może skutkować oferowaniem przez wykonawców produktów wyłącznie jednego producenta czy dystrybutora. W efekcie prowadzi to do powstania zawężonego rynku kreowanego przez Zamawiających, na którym rzeczywistą konkurencję zastępuje quasi-konkurencja między dostawcami tej samej technologii lub produktów tego samego producenta lub dystrybutora”. Beneficjent podał, że organ ustalił jedynie, iż stwierdzone uchybienia mogły skutkować oferowaniem przez wykonawców produktów wyłącznie jednego producenta czy dystrybutora, co mogło w efekcie doprowadzić do zawężonego rynku kreowanego przez zamawiającego. Jednak nie wykazał w żaden sposób, czy faktycznie taki fakt zaistniał.

Co do drugiego zarzutu postawionego Powiatowi Łobeskiemu, a mianowicie naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 5a pzp Beneficjent stwierdził, iż: „Organ stoi na stanowisku, iż rozbieżność zapisów dotycząca podstaw wykluczenia w powyższych dokumentach może w konsekwencji doprowadzić do wprowadzenia w błąd i nierównego traktowania potencjalnych wykonawców, którzy składając ofertę nie będą mieli pewności czy powinni wziąć pod uwagę podstawy wykluczenia określone w SIWZ, czy w ogłoszeniu o zamówieniu”. Organ w żaden sposób, wedle Beneficjenta, nie wykazał, że stwierdzone uchybienia doprowadziły do jakichkolwiek konsekwencji, nieprawidłowego wydatkowania środków czy realizacji zadania, czy powstania jakiegokolwiek szkody. Tymczasem zdaniem Beneficjenta, Powiat Łobeski wykazał, że powyższe uchybienia w żaden sposób nie wpłynęły na powstanie szkody. Co więcej, stanowisko Powiatu Łobeskiego zostało, w jego opinii, potwierdzone w tym samym protokole pokontrolnym, gdzie IZ RPO WZ w części A w pozycji A3 pkt 3 stwierdza, że poniesione w ramach realizacji projektu pn. „Przebudowa i rozbudowa drogi powiatowej nr 4314Z Resko-Radowo-Borkowo-Węgorzyno-Brzeźniak na odcinku Węgorzyno-Gościsław od km 29+439 do km 31+392” wydatki są niezbędne do jego realizacji oraz mieszczą się w katalogu wydatków kwalifikowanych, a w części A2 pkt 3 stwierdza, że zakres umowy z wykonawcą obejmuje zakres prac ujęty w dokumentacji aplikacyjnej. Ponadto w części B protokołu pokontrolnego, IZ RPO WZ stwierdza, że cel projektu pn. „Przebudowa i rozbudowa drogi powiatowej nr 4314Z Resko-Radowo-Borkowo-Węgorzyno-Brzeźniak na odcinku Węgorzyno-Gościsław od km 29+439 do km 31+392” wskazany we wniosku o dofinansowanie został zrealizowany, a w części B4 – że dokumentacja związana z realizacją projektu jest kompletna i zgodna z właściwymi przepisami i procedurami, zapewniająca przeprowadzenie właściwej ścieżki audytu, zaś w części B5 – że oględziny miejsca rzeczowej realizacji projektu potwierdza zgodność zrealizowanych zadań z zakresem określonym we wniosku o dofinansowanie. Ostatecznie, zdaniem Beneficjenta, organ potwierdził, że projekt został wykonany zgodnie z umową i projektem budowlanym. A powyższych ustaleń organ w ogóle nie wziął pod uwagę wydając decyzję administracyjną nr WWRPO/2014-2020/9/W/2019 z dnia 15 października 2019 r.

We wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy Beneficjent podkreślił, iż organ w żaden sposób nie ustalił w jaki sposób stwierdzone uchybienia miały wpływ na ewentualne nieprawidłowe wykonanie zadania, na wadliwe czy nieuzasadnione wydatkowanie środków przeznaczonych na realizację zadania. Nie ustalono żadnych strat, nieprawidłowo poniesionych kosztów, nie wykazano żadnej szkody. Organ nie podjął, według Beneficjenta, nawet próby wykazania tych okoliczności ustalając, że wystarczającym do uznania, że doszło do nieprawidłowości i szkody jest sam fakt naruszenia przepisów pzp, z czym Powiat Łobeski się nie zgadza. Zdaniem Beneficjenta, korekta finansowa jest niczym innym jak karą umowną przewidzianą jako zryczałtowane odszkodowanie należne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania w/w zadania (w tym przypadku naruszenia pzp). Zdaniem Powiatu Łobeskiego, wobec braku wykazania przez organ konkretnej szkody finansowej związanej z naruszeniami, wobec stwierdzenia organu, że zadanie zostało wykonane zgodnie z umową

o dofinansowanie w 100%, kara umowna organowi nie przysługuje. Sam zapis w umowie o dofinansowanie o możliwości nałożenia na drugą Stronę kary umownej (korekty finansowej) nie upoważnia do jej nałożenia w przypadku wykazania, że Wnioskodawca nie poniósł żadnej szkody z tytułu stwierdzonych uchybień.

Postanowieniem z dnia 02 grudnia 2019 r., 31 grudnia 2019 r. oraz 30 stycznia 2020 r. organ, z uwagi na trwającą analizę zarzutów wskazanych przez Beneficjenta we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy oraz materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, przedłużył prowadzone postępowanie administracyjne w przedmiocie ponownego rozpatrzenia sprawy zakończonej decyzją administracyjną Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/2014-2020/9/W/2019 z dnia 15 października 2019 r.

Pismem z dnia 02 marca 2020 r. IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta o zamiarze zakończenia postępowania w przedmiotowej sprawie oraz pouczyła o prawach wynikających z art. 10 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2020 r. poz. 256 tekst jednolity ze zm., zwanej dalej: kpa). Następnie postanowieniem z dnia 02 marca 2020 r. ze względu na przewidziane terminy zapoznania się z aktami i umożliwienie Beneficjentowi wypowiedzenie się co do zebranych materiałów i zgłoszonych żądań, IZ RPO WZ przedłużyła do dnia 03 kwietnia 2020 r. prowadzone postępowanie administracyjne.

W związku ze skorzystaniem przez Beneficjenta z prawa do złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, IZ RPO WZ przeprowadziła ponownie postępowanie wyjaśniające, obejmujące całościową ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, z uwzględnieniem złożonych wyjaśnień oraz pełną analizę stanu faktycznego i prawnego sprawy, co pozwoliło na odniesienie się do przedmiotowego wniosku jak poniżej.

Mając na uwadze charakter zarzutów postawionych przez Beneficjenta sprowadzających się zasadniczo, w kontekście nałożonej korekty finansowej, do niedokonania przez organ oceny skutków stwierdzonych uchybień powstałych podczas realizacji projektu pn. „Przebudowa i rozbudowa drogi powiatowej nr 4314Z Resko-Radowo-Borkowo-Węgorzyno-Brzeźniak na odcinku Węgorzyno-Gościśław od km 29+439 do km 31+392” dla ostatecznej realizacji tego projektu i niewykazania szkody finansowej dla budżetu UE, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż ustalenie i nałożenie korekty finansowej jest specyficznym skutkiem niewykonania umowy o dofinansowanie zgodnie z zasadami w niej przewidzianymi. Jedną z tych zasad jest obowiązek przestrzegania przepisów prawa krajowego (§ 7 ust. 10 umowy o dofinansowanie), w tym pzp.

W art. 24 ust. 13 ustawy wdrożeniowej zawarto delegację dla Ministra Rozwoju Regionalnego do określenia, w drodze rozporządzenia, warunków obniżania wartości korekt finansowych, o których mowa w art. 24 ust. 5 w/w ustawy, oraz wartości wydatków poniesionych nieprawidłowo, stanowiących pomniejszenie, o którym mowa w art. 24 ust. 9 pkt 1 w/w ustawy, a także ich stawek procentowych, przy uwzględnieniu charakteru i wagi nieprawidłowości, ich skutków finansowych, a także stanowiska Komisji Europejskiej, o którym mowa w art. 24 ust. 6 w/w ustawy. W rezultacie czego w rozporządzeniu z dnia 29 stycznia 2016 r. określono warunki obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień. Następnie dnia 22 marca 2017 r. ogłoszone zostało rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów zmieniające rozporządzenie w sprawie warunków obniżania korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień. Beneficjent poddany jest sankcjom wynikającym z w/w aktu (w szczególności stanowiącego załącznik do niego Taryfikatora), w sytuacji stwierdzenia przez organ nieprawidłowości powstałej w związku z działaniem/zaniechaniem Beneficjenta, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet UE poprzez obciążenie budżetu UE nieuzasadnionym wydatkiem (art. 2 pkt 36 Rozporządzenia nr 1303/2013).

W judykaturze przyjmuje się, że szkoda nie musi być konkretną stratą finansową, gdyż do stwierdzenia, że miała miejsce nieprawidłowość wystarczy, że istniało ryzyko, czy też zagrożenie, że szkoda ta powstanie (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego – zwanego dalej: NSA – z dnia 12 grudnia 2014 r., sygn. akt II GSK 1467/13; wyrok NSA z dnia 19 marca 2013 r., sygn. akt II GSK 51/13). Szkodą w interesach finansowych UE jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, z kolei nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem zasad prawa unijnego lub krajowego, w tym zasad określonych w pzp. Do oceny, czy

doszło do naruszenia przepisów regulujących realizację projektu w ramach programu operacyjnego nie ma podstawowego znaczenia wystąpienie rzeczywistej szkody. Wystarczy stwierdzenie możliwości wystąpienia potencjalnej szkody w budżecie UE. Podkreślenia wymaga, że z punktu widzenia art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 (z uwagi na podobne brzmienie definicji nieprawidłowości w rozporządzeniu nr 1083/2006 i nr 1303/2013, orzecznictwo ukształtowane w czasie obowiązywania rozporządzenia nr 1083/2006 i obecnie zachowuje swoją aktualność) istota nieprawidłowości wiąże się z bezprawnym działaniem lub zaniechaniem skutkującym naruszeniem norm prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, a zatem obowiązkiem organu krajowego jest ocena określonego działania lub zaniechania w płaszczyźnie jego zgodności z konkretnym wzorcem zachowania w celu ustalenia, czy doszło do jego naruszenia, a następnie, w razie ustalenia i potwierdzenia tego naruszenia, zastosowanie odpowiedniego środka (zob. wyrok NSA z dnia 24 listopada 2017 r., sygn. akt II GSK 841/16). W odniesieniu do definicji nieprawidłowości w motywach wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zwanym dalej: TSUE) z 14 lipca 2016 r. w sprawie C-406/14 wskazano, że z definicji tej wynika, iż naruszenie prawa UE stanowi nieprawidłowość w rozumieniu tego przepisu jedynie wtedy, gdy powoduje ono lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym UE w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku. Naruszenie takie należy uznać za nieprawidłowość, o ile może ono jako takie mieć skutki budżetowe. Natomiast nie trzeba udowadniać wystąpienia konkretnych skutków finansowych. TSUE przywołał stanowisko rzecznika generalnego oraz własny wyrok z dnia 21 grudnia 2011 r., *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre* (C-465/10, EU:C:2011:867, pkt 46, 47), wskazując, że UE zmierza do finansowania z funduszy strukturalnych i funduszy spójności jedynie działań podejmowanych w całkowitej zgodności z prawem UE. W przypadku stwierdzenia nieprawidłowości od państw członkowskich wymaga się dokonania korekty finansowej.

W przypadkach, gdy skutki finansowe stwierdzonej nieprawidłowości indywidualnej są pośrednie, rozproszone, trudne do oszacowania lub gdy nieprawidłowość indywidualna mogłaby zniechęcić potencjalnych wykonawców do złożenia oferty lub wniosku o udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia obniżenie wartości korekty finansowej oblicza się według wzoru:  $Wk = W\% \times Wkw \times Wś$ , gdzie  $Wk$  to wartość korekty finansowej,  $Wkw$  – wartość faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia,  $Wś$  – procentowa wartość współfinansowania UE,  $W\%$  – stawka procentowa (§ 5 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia). A zatem Instytucja Zarządzająca w przypadku naruszenia przepisów pzp, takich jak stwierdzone w tej sprawie, nie musi przeprowadzać postępowania wyjaśniającego na okoliczność faktycznej wysokości szkody w budżecie UE jaka powstała w związku ze stwierdzonym naruszeniem. Samo stwierdzenie naruszenia przepisów pzp jest równoznaczne z powstaniem potencjalnej szkody. Wysokość korekty finansowej jest ustalana w Taryfikatorze relatywnie do wagi i charakteru nieprawidłowości. Ustawodawca przyjmuje tu domniemanie, że skoro doszło do naruszenia przepisów pzp, to musiała zaistnieć szkoda w budżecie UE, przy czym nie musi to być szkoda rzeczywista, lecz może być potencjalna. Każdorazowo kiedy Instytucja Zarządzająca stwierdzi naruszenia pzp obowiązana jest zastosować przewidziany dla tego naruszenia wskaźnik %.

W tym miejscu wskazać należy ponadto na stanowisko Ministerstwa Rozwoju zaprezentowane w piśmie z dnia 12 stycznia 2018 r. (znak: DKF-IV.7516.65.2017.EŚ) wypracowane na tle wspomnianego wyroku TSUE z dnia 14 lipca 2014 r. w sprawie C-406/14, zgodnie z którym właściwa miejscowo Instytucja Zarządzająca, wbrew dotychczasowej praktyce polegającej na uwidacznianiu negatywnych skutków finansowych (choćby potencjalnych) dla budżetu UE, winna obecnie wykazywać jedynie, że nie można wykluczyć, że naruszenie prawa miało wpływ na budżet, a ciężar udowodnienia okoliczności przeciwnych spoczywa na Beneficjencie.

W ocenie organu, Beneficjent zarówno na etapie czynności kontrolnych, jak i w toku postępowania administracyjnego nie udowodnił, iż naruszenie prawa wynikające z jego działania/zaniechania wykluczało negatywny wpływ na budżet UE, a w opinii IZ RPO WZ przytaczane okoliczności mogły mieć jedynie wpływ na obniżenie wysokości korekty finansowej, o czym będzie mowa w dalszej części niniejszej decyzji.

Analizując ponownie sprawę na skutek złożonego przez Beneficjenta dnia 04 listopada 2019 r. wniosku, IZ RPO WZ doszła do przekonania, iż słusznie wskazano w decyzji administracyjnej

Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/2014-2020/9/W/2019 z dnia 15 października 2019 r., iż Beneficjent dopuścił się naruszenia art. 30 ust. 4 pzp. Jak ustalono, w postępowaniu przetargowym pn. „Przebudowa i rozbudowa drogi powiatowej nr 4314Z Resko-Radowo-Borkowo-Węgorzyno-Brzeźniak na odcinku Węgorzyno-Gościszew od km 29+439 do km 31+392” (ogłoszenie o zamówieniu z dnia 25 kwietnia 2018 r.) Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia wymagał zastosowania przez wykonawców materiałów wykonanych według Polskich Norm (PN-EN, PN-C), ale zarówno w SIWZ, jak i dokumentach będących opisem przedmiotu zamówienia nie wskazał na możliwość zastosowania rozwiązań równoważnych. W Specyfikacji Technicznych Warunków Wykonania i Odbioru Robót, Zamawiający zawarł zapis, iż: „Inspektor Nadzoru może dopuścić do użycia tylko te materiały, które posiadają Certyfikat na znak bezpieczeństwa wskazujący, że zapewniono zgodność z kryteriami technicznymi określonymi na podstawie Polskich Norm, aprobat technicznych oraz właściwych przepisów i dokumentów technicznych”. Jednocześnie w dokumentacji projektowej Zamawiający postawił wymóg „Rury grubościennne o ściankach litych, gładkich o parametrach zgodnych lub nie gorszych niż wynikające z normy PN-C-89219-2:1998” oraz „Prefabrykowane elementy betonowe i żelbetonowe muszą spełniać wymogi PN-EN 1917:2004 dla betonu C35/45”.

Należy wskazać, iż przygotowanie właściwego opisu przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych obowiązków Zamawiającego poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia. Co do zasady Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób na tyle swobodny i szczegółowy, by finalnie otrzymać produkt o oczekiwanej jakości i funkcjonalności. Dokonując opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający powinien jednak mieć na uwadze, iż jego swoboda w tym zakresie nie jest nieograniczona. Ustawodawca w art. 29 – 30 pzp, sformułował wytyczne według których należy opisywać przedmiot zamówienia tak, by wyważyć interes publiczny/interes Zamawiającego wyrażający się w pozyskaniu określonego dobra o oczekiwanych cechach i parametrach oraz interes wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, wyrażający się w dopuszczeniu ich do udziału w postępowaniu oraz przygotowaniu prawidłowej, konkurencyjnej oferty w oparciu o wyczerpujący i jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia.

Formułując opis przedmiotu zamówienia Zamawiający powinien mieć przede wszystkim na uwadze zasadę wynikającą z treści art. 29 ust. 2 pzp, zgodnie z którą przedmiot zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zamawiający nie może zatem poprzez zawężający opis przedmiotu zamówienia wykluczać z udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do zaoferowania produktu spełniającego usprawiedliwione potrzeby Zamawiającego. Innymi słowy Zamawiający jest uprawniony do żądania produktu spełniającego jego rzeczywiste potrzeby, powinien jednak tak opisać przedmiot zamówienia by bezzasadnie nie uniemożliwić ubiegania się o jego udzielenie wykonawcom obiektywnie zdolnym do jego prawidłowej realizacji. Krąg wykonawców winien być zatem zawsze maksymalnie szeroki, gdyż każdy opis zamówienia prowadzący do bezzasadnego wykluczenia niektórych wykonawców z możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia może spotkać się z zarzutem naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Nadto, takie działanie może odbić się negatywnie także na samym Zamawiającym, bowiem poprzez zmniejszenie kręgu oferentów spada konkurencyjność składanych ofert. Warto dodać, iż dla wykazania złamania zasady uczciwej konkurencji nie jest koniecznym wykazanie, iż do ograniczenia konkurencji doszło (tj. że konkretny wykonawca zdolny do jego realizacji nie mógł złożyć oferty w postępowaniu), a wystarczy sama możliwość wystąpienia takowego naruszenia na skutek określonego zachowania Zamawiającego.

Zamawiający obowiązany jest do możliwie jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 pzp). Wymóg jednoznaczności opisu nakazuje Zamawiającemu stosowanie zapisów konkretnych i nie budzących wątpliwości interpretacyjnych. Nakaz sporządzenia opisu wyczerpującego oznacza konieczność zawarcia w nim wszelkich istotnych kwestii mających wpływ na treść oferty wykonawcy.

Kolejną ważną zasadą jakiej należy zawsze przestrzegać dokonując opisu przedmiotu zamówienia jest zakaz używania w opisie przedmiotu zamówienia znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Powyższe oznacza, iż Zamawiający nie może opisując przedmiot zamówienia

posługiwać się pojęciem konkretnego producenta, konkretnego produktu, patentu czy też pochodzenia produktu, gdyż traktowane jest to jako przejaw dyskryminacji. Na marginesie wskazać należy, iż dotyczy to również sytuacji w której Zamawiający wprost nie posługuje się nazwą konkretnego produktu, czy też producenta, ale opisuje przedmiot zamówienia w taki sposób, iż wynika z niego, że tylko jeden produkt spełni wymagania SIWZ. Ustawodawca jedynie w wyjątkowych wypadkach dopuszcza posłużenie się znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem produktu, jeśli jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i jednocześnie Zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny” (art. 29 ust. 3 pzp). W orzecznictwie i doktrynie również wskazuje się, iż wyjątkowa możliwość użycia przy opisie przedmiotu zamówienia znaków towarowych, patentów lub pochodzenia dotyczy sytuacji gdy Zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, ale także zwraca się uwagę na sytuacje, gdy jest to nadmiernie trudne i nieracjonalne. Co najistotniejsze, Zamawiający ma obowiązek ową „trudność” i „nieracjonalność” wykazać. Jeśli Zamawiający zdecyduje się na wskazanie w SIWZ znaku towarowego, patentu lub pochodzenia produktu i dopuści rozwiązania równoważne, winien również określić sposób ustalenia równoważności, tj. powinien wskazać jakie konkretnie rozwiązania uzna za równoważne (np. poprzez określenie parametrów). Kryteria te powinny być na tyle jasne i czytelne, by na ich podstawie, wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mogli bez trudu ocenić, czy ich oferty będą spełniały wymogi SIWZ. Opis równoważności nie może jednak w żadnej mierze polegać na wskazaniu w charakterystyce dokładnie takich samych cech fizycznych i parametrów jakie posiada wskazany w SIWZ produkt. Takie działanie miałoby bowiem charakter działania pozornego, gdyż finalnie wymogi Zamawiającego spełniłby tylko jeden produkt. O istnieniu równoważności świadczą bowiem zbliżone, a nie tożsame parametry funkcjonalne i jakościowe. Gdyby przyjąć inaczej, Zamawiający nie byłby w stanie porównać złożonych ofert, a w konsekwencji należycie ich ocenić.

Mając na uwadze, iż pzp wymaga zarówno jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, jak i opisu, który nie naruszy zasad uczciwej konkurencji, należy rozważyć, w jaki sposób wyważyć interesy Zamawiającego oraz potencjalnych wykonawców. W tej kwestii ustawodawca wskazał w treści art. 30 ust. 1 pzp, że Zamawiający winien dokonać opisu przedmiotu zamówienia w jeden z następujących sposobów, z uwzględnieniem odrębnych przepisów technicznych:

- 1) przez określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, w tym wymagań środowiskowych, pod warunkiem że podane parametry są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu udzielenie zamówienia;
- 2) przez odniesienie się w kolejności preferencji do:
  - a) Polskich Norm przenoszących normy europejskie,
  - b) norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie,
  - c) europejskich ocen technicznych, rozumianych jako udokumentowane oceny działania wyrobu budowlanego względem jego podstawowych cech, zgodnie z odpowiednim europejskim dokumentem oceny, w rozumieniu art. 2 pkt 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiającego zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającego dyrektywę Rady 89/106/EEG (Dz. Urz. UE L 88 z dnia 04 kwietnia 2011 r., str. 5, ze zm.),
  - d) wspólnych specyfikacji technicznych, rozumianych jako specyfikacje techniczne w dziedzinie produktów teleinformatycznych określone zgodnie z art. 13 i art. 14 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1025/2012 z dnia 25 października 2012 r. w sprawie normalizacji europejskiej, zmieniającego dyrektywę Rady 89/686/EEG i 93/15/EEG oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 94/9/WE, 94/25/WE, 95/16/WE, 97/23/WE, 98/34/WE, 2004/22/WE, 2007/23/WE, 2009/23/WE i 2009/105/WE oraz uchylającego decyzję Rady 87/95/EEG i decyzję Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1673/2006/WE (Dz. Urz. UE L 316 z dnia 14 listopada 2012 r., str. 12),

- e) norm międzynarodowych,
  - f) specyfikacji technicznych, których przestrzeganie nie jest obowiązkowe, przyjętych przez instytucję normalizacyjną, wyspecjalizowaną w opracowywaniu specyfikacji technicznych w celu powtarzalnego i stałego stosowania w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa,
  - g) innych systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organizacje normalizacyjne;
- 3) przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w pkt 2, oraz przez odniesienie do wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w pkt 1, w zakresie wybranych cech;
  - 4) przez odniesienie do kategorii wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w pkt 1, i przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w pkt 2, stanowiących środek domniemania zgodności z tego rodzaju wymaganiami dotyczącymi wydajności lub funkcjonalności.

W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie, norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie oraz norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, Zamawiający winien przy opisie przedmiotu zamówienia uwzględnić w kolejności:

- 1) Polskie Normy;
- 2) polskie aprobaty techniczne;
- 3) polskie specyfikacje techniczne dotyczące projektowania, wycień i realizacji robót budowlanych oraz wykorzystania dostaw;
- 4) krajowe deklaracje zgodności oraz krajowe deklaracje właściwości użytkowych wyrobu budowlanego lub krajowe oceny techniczne (art. 30 ust. 3 pzp).

Jednocześnie ustawodawca wyraźnie zaznaczył, iż Zamawiający w przypadku opisywania przedmiotu zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 pzp, obowiązany jest zawsze wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, odniesieniu takiemu towarzyszyć mają wyrazy „lub równoważne” (art. 30 ust. 4 pzp). Należy wyjaśnić, iż produkt równoważny, to nie produkt tożsamy, a jedynie produkt, który w takim samym stopniu zaspokaja potrzeby Zamawiającego. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 18 listopada 2008 r. (sygn. KIO/UZP 1216/08): „Art. 30 ust. 4 ustawy pzp dotyczy nie tyle możliwości żądania dopuszczenia innego produktu niż wskazany przez Zamawiającego ale tego, że wykonawca może zaproponować produkty niemające certyfikatu zgodności z normą czy specyfikacją techniczną zastosowaną przez Zamawiającego, o ile wyroby te spełniają wymagania będące przedmiotem oceny tej zgodności. Ponadto w każdym przypadku, kiedy Zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, jest obowiązany do wskazania, że dopuszcza rozwiązania równoważne. Wynika to z regulacji prawa europejskiego, na gruncie których w przypadku harmonizacji wymogów odnoszących się do danego produktu na poziomie wspólnotowym przez przyjęcie dyrektywy producent może dostosować się do jej wymogów bądź do wymogów normy europejskiej”.

W analizowanej sprawie Beneficjent opisał przedmiot zamówienia w sposób niezgodny ze wskazaną powyżej normą prawną określoną w art. 30 ust. 4 pzp, tj. nie zawarł w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ zapisów dopuszczających zastosowanie rozwiązań równoważnych, wymagając od wykonawców zastosowania materiałów wykonanych według Polskich Norm (PN-EN, PN-C). Opisanie przedmiotu zamówienia w ten sposób, mogło przyczynić się do pozbawienia potencjalnych dostawców możliwości udziału w postępowaniu, a tym samym naruszyło też zasadę konkurencyjności wyrażoną w art. 7 ust. 1 pzp. Zgodnie z tym przepisem „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości”. Należy mieć na uwadze, że zakazane jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia

nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Beneficjent poprzez swoje działanie ograniczył możliwość składania ofert równoważnych, mających wpływ na zapewnienie warunków uczciwej konkurencji potencjalnym wykonawcom, biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest wykluczonym, iż wykonawcy którzy złożąliby oferty równoważne, zaproponowałyby ofertę korzystniejszą cenowo.

Tym samym należy stwierdzić, iż wystąpiły wszystkie przesłanki ziszczenia się definicji nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia nr 1303/2013. Naruszenie prawa (pzp – art. 30 ust. 4, czyli procedur o których mowa w art. 184 ufp) wynikające z działania podmiotu gospodarczego (Beneficjenta) doprowadziło do wystąpienia szkody potencjalnej, jako że doszło do sfinansowania przez IZ RPO WZ wydatku, który mógłby być niższy (naruszono zatem też art. 44 ust. 3 ufp), gdyby Beneficjent prawidłowo opisał przedmiot zamówienia.

Również w wyniku ponownego rozpoznania sprawy organ potwierdził, że w postępowaniu przetargowym pn. „Przebudowa i rozbudowa drogi powiatowej nr 4314Z Resko-Radowo-Borkowo-Węgorzyno-Brzeźniak na odcinku Węgorzyno-Gościśław od km 29+439 do km 31+392” doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 36 ust. 1 pkt 5a pzp, który stanowi iż SIWZ powinna zawierać co najmniej m.in. podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pzp (fakultatywne podstawy wykluczenia). W ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja III.2.2) Zamawiający opisał podstawy wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1-8 pzp (fakultatywne podstawy wykluczenia), zaś w samej treści SIWZ brak było przedmiotowej regulacji. Wskazano jedynie w rozdziale II IX pkt 2 SIWZ, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców w okolicznościach określonych w art. 24 ust. 1 pzp (obligatoryjne podstawy wykluczenia), a w załączniku nr 3 do SIWZ (stanowiącym Oświadczenie Wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu składane na podstawie art. 25a ust. 1 pzp) wskazano jedynie na podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 12-23 pzp (obligatoryjne podstawy wykluczenia) i art. 24 ust. 5 pkt 1-8 pzp (fakultatywne podstawy wykluczenia). W tym miejscu warto wskazać, iż zgodnie z treścią art. 41 pkt 7 pzp, ogłoszenie o zamówieniu w przypadku przetargu nieograniczonego zawiera co najmniej m.in. podstawy wykluczenia.

Zgodnie z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej (zwanej dalej: KIO) z dnia 18 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO/KU 28/19: „Ogłoszenie o zamówieniu musi zawierać wszystkie podstawy wykluczenia. Z kolei SIWZ musi zawierać fakultatywne przesłanki wykluczenia, o ile Zamawiający zdecydował się na zastosowanie którejs z nich. Jednakże posłużenie się ustawodawcy w art. 36 ust. 1 pzp sformułowaniem „co najmniej” oznacza, że zamawiający może zawrzeć w SIWZ również inne elementy, w tym również obligatoryjne przesłanki wykluczenia”.

Z uwagi na brak zamieszczenia w SIWZ informacji, iż Zamawiający przewiduje fakultatywne podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 1-8 pzp, doszło do rozbieżności pomiędzy zapisami ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ. Takie działanie, w ocenie organu, stoi w sprzeczności z zasadą przejrzystości zawartą w cytowanym już art. 7 ust. 1 pzp, która to przejrzystość jest z kolei warunkiem dochowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 10 maja 2012 r. (sygn. akt KIO 877/12): „Zasada przejrzystości postępowania ma służyć wprowadzaniu jasnych i klarownych reguł, dzięki którym wykonawcy będą mieli możliwość zweryfikowania oraz skontrolowania działań podejmowanych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. W praktyce przejrzystość interpretowana jest jako: obowiązek określania czytelnych, jasnych i jednoznacznych reguł postępowania o udzielenie zamówienia na każdym jego etapie, zobowiązanie Zamawiających do obiektywizmu, bezstronności, wymóg jawności działań Zamawiających i upubliczniania informacji związanych z procedurą oraz zamówieniem. Przejrzystość rozumiana jest też jako mechanizm pozwalający na kontrolę poprawności oraz zgodności działań Zamawiającego i prowadzonych przez niego postępowań z przepisami. Przejrzystość można zatem rozumieć jako sposób przygotowania i prowadzenia postępowań, który zapewnia zachowanie pozostałych zasad prowadzenia postępowań. Szczególnego znaczenia w kontekście zasady przejrzystości nabierają zawarte w dokumentacji postępowania informacje o podstawach wykluczenia wykonawców z postępowania. Podkreślenia wymaga, że zasada przejrzystości nakłada na Zamawiającego obowiązek odpowiedniego formułowania tych treści.

W szczególności informacje o podstawach wykluczenia, jako informacje o istotnym znaczeniu dla uczestników postępowania, muszą być sprecyzowane z odpowiednim wyprzedzeniem w sposób jasny i niebudzący wątpliwości.

Organ po ponownym przeanalizowaniu sprawy uznał, iż Beneficjent nie uczynił zadość temu warunkowi, gdyż rozbieżność zapisów pomiędzy SIWZ a ogłoszeniem o zamówieniu odnośnie podstaw wykluczenia mogła wprowadzać w błąd potencjalnych wykonawców, którzy nie mieli pewności czy brać pod uwagę podstawy wykluczenia określone w SIWZ czy w ogłoszeniu o zamówieniu. Powyższe mogło wpłynąć na liczbę złożonych ofert, a w konsekwencji na poniesiony przez Beneficjenta wydatek.

Naruszenie przez Beneficjenta procedur, o których mowa w art. 184 ufp, czyli art. 36 ust. 1 pkt 5a pzp mogło doprowadzić do wystąpienia szkody w budżecie UE przez sfinansowanie przez IZ RPO WZ wydatku wyższego, aniżeli mogłoby być to konieczne (art. 44 ust. 3 ufp).

Należy również wskazać, że nie można się zgodzić ze stanowiskiem Beneficjenta przedstawionym we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy, iż zapisy w protokole pokontrolnym, sporządzonym w związku z wykonanymi w dniach 25-26 marca 2019 r. czynnościami kontrolnymi, potwierdzają, iż „(...) uchybienia w żaden sposób nie wpłynęły na powstanie szkody”. Za taki zapis z pewnością nie można uznać informacji wskazanych przez Beneficjenta, a zawartych w części A w pozycji A3 pkt 3 protokołu, gdzie IZ RPO WZ stwierdziła, że poniesione w ramach realizacji projektu wydatki są niezbędne do jego realizacji oraz mieszczą się w katalogu wydatków kwalifikowalnych, jak i informacji zawartych w części A2 pkt 3 protokołu gdzie IZ RPO WZ stwierdziła, że zakres umowy z wykonawcą obejmuje zakres prac ujęty w dokumentacji aplikacyjnej. Podobnie w przypadku informacji umieszczonych w części B protokołu pokontrolnego, które potwierdzają realizację celu projektu wskazanego we wniosku o dofinansowanie, w części B4 – które wskazują, że dokumentacja związana z realizacją projektu jest kompletna i zgodna z właściwymi przepisami i procedurami, zapewniająca przeprowadzenie właściwej ścieżki audytu, oraz w części B5 – z których wynika, że oględziny miejsca rzeczowej realizacji projektu świadczą o zgodności zrealizowanych zadań z zakresem określonym we wniosku o dofinansowanie. Mając na uwadze przytoczone zapisy, na które powołuje się Beneficjent, należy wskazać, iż to w części C, nie zaś A czy B protokołu pokontrolnego, rozstrzygana jest kwestia przestrzegania przez Beneficjenta w związku z realizowanym projektem przepisów dotyczących zamówień publicznych. W analizowanym przypadku Beneficjentowi nie postawiono zarzutu jakoby wydatki w niniejszym projekcie zostały uznane za niekwalifikowalne czy też wskaźniki lub cel projektu nie został zrealizowany albo dokumentacja projektowa była prowadzona lub archiwizowana w niewłaściwy sposób. Stwierdzona nieprawidłowość wykryta w toku czynności kontrolnych i potwierdzona w toku postępowania administracyjnego dotyczyła naruszenia pzp, a konkretnie art. 30 ust. 4 i art. 36 ust. 1 pkt 5a pzp, co znalazło odzwierciedlenie w części C protokołu pokontrolnego, a następnie w decyzji administracyjnej Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 15 października 2019 r. nr WWRPO/2014-2020/9/W/2019.

Nie można się też zgodzić ze stwierdzeniem Beneficjenta zawartym we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy, iż korekta finansowa jest karą umowną przewidzianą jako zryczałtowane odszkodowanie należne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zadania (w tym przypadku naruszenia pzp). Zdaniem Powiatu Łobeskiego, wobec braku wykazania przez organ konkretnej szkody finansowej związanej z naruszeniami, wobec stwierdzenia organu, że zadanie zostało wykonane zgodnie z umową o dofinansowanie w 100%, kara umowna organowi nie przysługuje. Sam zapis w umowie o dofinansowanie o możliwości nałożenia na drugą Stronę kary umownej (korekty finansowej), zdaniem Beneficjenta, nie upoważnia do jej nałożenia w przypadku wykazania, że Wnioskodawca nie poniósł żadnej szkody z tytułu stwierdzonych uchybień. Nie zgadzając się z powyższym, należy wskazać, iż organ jest związany zapisami Taryfikatora i może stosować jedynie sankcje w granicach w nim określonych. W niniejszej sprawie nie jest tak, iż działanie Beneficjenta skutkujące naruszeniem pzp nie przyczyniło się do powstania szkody (potencjalnej) w budżecie UE co wykazano, a zatem zastosowanie sankcji z Taryfikatora było jak najbardziej uzasadnione. Należy podkreślić, iż nie mamy tu do czynienia ze stosunkami stricte cywilnoprawnymi, co zdaje się sugerować Beneficjent przywołując konstrukcję kary umownej.

W związku ze stwierdzonymi naruszeniami art. 30 ust. 4 i art. 36 ust. 1 pkt 5a pzp, IZ RPO WZ nałożyła łączną korektę finansową w wysokości 5%, obniżając 25% korektę przewidzianą w Taryfikatorze za w/w naruszenia. Wyliczona w oparciu o przywołany w § 5 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia wzór (przedstawiany już w niniejszej decyzji), wartość korekty finansowej wyniosła 149 698,09 zł ( $2\,993\,961,78\text{ zł} \times 5\% \times 75,1951860242\%$ ) z czego kwota 9 979,30 zł zostanie pomniejszona z wniosku o płatność końcową (środki niewypłacone, co do których zgoda Beneficjenta na ich pomniejszenie nie jest wymagana). Do zwrotu pozostała zatem kwota 139 718,79 zł ( $149\,698,09\text{ zł} - 9\,979,30\text{ zł}$ ) wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia ich przekazania. Należy podkreślić, iż wysokość korekty jest ustalana w odniesieniu do wagi i charakteru nieprawidłowości. Elementem definicji nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 rozporządzenia 1303/2013 jest pojęcie szkody dla budżetu UE, przy czym nie musi to być szkoda rzeczywista, lecz może być potencjalna. Organ nie jest obowiązany udowodniać wystąpienia w danym konkretnym przypadku szkody. Ocenia jedynie, jak wspomniano, charakter i wagę naruszenia, gdy istnieje możliwość obniżenia korekty w granicach określonych w Taryfikatorze. I tak w niniejszej sprawie przyjęto możliwie najniższy wskaźnik korekty, mając na uwadze podnoszone przez Beneficjenta argumenty, iż w przeprowadzonym przetargu nie doszło do wykluczenia żadnego z trzech wykonawców, którzy złożyli ofertę, nie wpłynęło żadne odwołanie wobec czynności Zamawiającego od wykonawców, a zakupione materiały były znikomej wartości w stosunku do całości zadania. Naruszenie art. 30 ust. 4 i art. 36 ust. 1 pkt 5a pzp nie może być uznane jedynie za formalne uchybienie, konsekwencją stwierdzonych wyżej naruszeń było bowiem potencjalne doprowadzenie do ograniczenia kręgu możliwych wykonawców i zmniejszenia konkurencji w postępowaniu ofertowym. Beneficjent poprzez swoje działanie ograniczył możliwość składania ofert równoważnych, a nie jest wykluczonym iż wykonawcy, którzy złożyliby oferty równoważne zaproponowałiby ofertę korzystniejszą cenowo. Poza tym rozbieżność zapisów pomiędzy SIWZ a ogłoszeniem o zamówieniu odnośnie do podstaw wykluczenia mogła wprowadzać w błąd potencjalnych wykonawców (nie mieli oni pewności czy brać pod uwagę podstawy wykluczenia określone w SIWZ czy w ogłoszeniu o zamówieniu), mogła wpłynąć na ilość złożonych ofert. Skutki nieprawidłowego wykorzystania dofinansowania, w tym konsekwencje niedochowania procedur, o których mowa w art. 184 ufp określa § 15 umowy o dofinansowanie oparty o zapis art. 207 ust. 1 ufp zgodnie z którym, w przypadku, gdy środki przeznaczone na realizację programów finansowanych z udziałem środków europejskich są:

- 1) wykorzystane niezgodnie z przeznaczeniem,
- 2) wykorzystane z naruszeniem procedur, o których mowa w art. 184,
- 3) pobrane nienależnie lub w nadmiernej wysokości

– podlegają zwrotowi przez Beneficjenta wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, liczonymi od dnia przekazania środków, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji o zwrocie na wskazany w tej decyzji rachunek bankowy.

Do zadań zaś instytucji zarządzającej należy m.in., jak wynika z art. 9 ust. 2 ustawy wdrożeniowej, nakładanie korekt finansowych, jak też odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w szczególności kwot związanych z nałożeniem korekt finansowych, w tym m.in. wydawanie decyzji o zwrocie środków przeznaczonych na realizację programów, projektów lub zadań.

Zatem w sytuacji stwierdzenia nieprawidłowości obowiązkiem IZ RPO WZ jest dochodzenie zwrotu środków, co też uczyniono.

Po przeprowadzeniu postępowania w przedmiocie ponownego rozpatrzenia sprawy IZ RPO WZ na podstawie art. 138 kpa wydaje jedno z trzech rozstrzygnięć:

- 1) utrzymujące w mocy zaskarżoną decyzję albo
- 2) uchylające zaskarżoną decyzję, w całości albo w części i w tym zakresie orzekające co do istoty sprawy albo uchylające decyzję – umarzające postępowanie w pierwszej instancji w całości albo w części, albo
- 3) umarzające postępowanie odwoławcze.

Mając na uwadze całość dotychczas zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności umowę o dofinansowanie wraz z zawartym aneksem, wnioskiem o dofinansowanie, korespondencją z Beneficjentem, jak również wniosek o ponowne rozpoznanie sprawy, IZ RPO WZ nie widzi podstaw do uchylecia zaskarżonej decyzji ani w całości ani w części, w związku z czym utrzymuje w całości w mocy zaskarżoną decyzję nr WWRPO/2014-2020/9/W/2019 z dnia 15 października 2019 r. orzekającą zwrot środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 na podstawie umowy o dofinansowanie nr RPZP.05.04.00-32-0002/18-00 na realizację projektu pn. „Przebudowa i rozbudowa drogi powiatowej nr 4314Z Resko-Radowo-Borkowo-Węgorzyno-Brzeźniak na odcinku Węgorzyno-Gościsław od km 29+439 do km 31+392” w łącznej kwocie 139 718,79 zł wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych.

Z uwagi na powyższe IZ RPO WZ orzeka jak w sentencji.

### **Pouczenie**

Od niniejszej decyzji przysługuje skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie, ul. Staromłyńska 10 w terminie 30 dni od daty jej doręczenia za pośrednictwem Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego. Od skargi pobierany jest wpis stosunkowy, który wynosi 1% wartości przedmiotu zaskarżenia, nie mniej jednak niż 2 000,00 zł i nie więcej niż 100 000,00 zł (§ 1 pkt 4 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2003 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu w postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2003 r., Nr 221, poz. 2193 ze zm.)). Stronie przysługuje możliwość ubiegania się o zwolnienie od kosztów albo przyznanie prawa pomocy.

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego