

Załącznik do uchwały nr 1840/14
Zarządu Województwa
Zachodniopomorskiego
z dnia 23 października 2014 r.

Gmina Złocieniec
ul. Stary Rynek 3
78-250 Złocieniec

WWRPO.VIII.3162.26.2014.Ała

DECYZJA
Nr WWRPO/43/W/2014

podjęta w dniu 23 października 2014 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego
w osobach:

Andrzej Jakubowski - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Wojciech Drożdż - Wicemarszałek Województwa Zachodniopomorskiego,
Anna Mieczkowska - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego,
Jarosław Rzepa - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego.

Na podstawie art. 25 pkt 1, art. 26 ust. 1 pkt 15 ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2009 r., Nr 84, poz. 712 tekst jednolity ze zm.), art. 207 ust. 1 pkt 2, ust. 9 pkt 1 i ust. 12a pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 tekst jednolity ze zm.), art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 3, art. 12a ust. 2 pkt 1, art. 24 ust. 2 pkt 4 zw. z art. 26 ust. 2a, art. 38 ust. 4a oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 tekst jednolity ze zm.) oraz art. 41 ust. 2 pkt 4 i art. 46 ust. 2a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2013 r., poz. 596 tekst jednolity ze zm.) oraz art. 138 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r., poz. 267 tekst jednolity ze zm.)

po rozpatrzeniu wniosku Beneficjenta - Gminy Złocieniec z siedzibą przy ul. Stary Rynek 3, 78-250 Złocieniec - o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr WWRPO/31/W/2014 z dnia 23.07.2014 r. orzekającą zwrot środków otrzymanych w ramach umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.05.02-32-011/10-00 z dnia 08.10.2010 r. na realizację projektu pn. „Zapobieganie i ograniczanie skutków zagrożeń naturalnych oraz przeciwdziałanie poważnym awariom na terenie Gminy Złocieniec” w wysokości 221 663,22 zł (słownie: dwieście dwadzieścia jeden tysięcy sześćset sześćdziesiąt trzy złote 22/100) wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych

- utrzymuje się w mocy decyzję administracyjną Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 23.07.2014 r. nr WWRPO/31/W/2014 w całości.

Uzasadnienie

Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego na mocy art. 25 pkt 1 ustawy z dnia 06 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, zwanej dalej: uzppr (Dz. U. z 2009 r., Nr 84, poz. 712 tekst jednolity ze zm.), pełni rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (zwanej dalej: IZ RPO WZ), do której zadań należy m.in. zawieranie z Beneficjentami umów o dofinansowanie projektu, zarządzanie środkami finansowymi przeznaczonymi na realizację programu operacyjnego, pochodzącymi z budżetu państwa, budżetu województwa lub ze źródeł zagranicznych, prowadzenie kontroli realizacji programu operacyjnego, w tym kontroli realizacji poszczególnych dofinansowanych projektów, a także odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawanie decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach o finansach publicznych.

Beneficjent - Gmina Złocieniec z siedzibą przy ul. Stary Rynek 3 w Złocięcu - zawarł z IZ RPO WZ w dniu 08.10.2010 r. umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.05.02-32-011/10-00 na realizację projektu pn. „Zapobieganie i ograniczanie skutków zagrożeń naturalnych oraz przeciwdziałanie poważnym awariom na terenie Gminy Złocieniec” Oś priorytetowa 4 „Infrastruktura ochrony środowiska”, Działanie 4.5 „Ochrona przyrody i zapobieganie zagrożeniom”, Poddziałanie 4.5.2 „Zapobieganie zagrożeniom”. Dodatkowo pomiędzy Beneficjentem a IZ RPO WZ w dniu 29.03.2013 r. został zawarty aneks do w/w umowy: nr UDA-RPZP.04.05.02-32-011/10-01.

W ramach przedmiotowej umowy o dofinansowanie określono szczegółowe zasady dofinansowania projektu oraz prawa i obowiązki Beneficjenta z tym związane. IZ RPO WZ, zgodnie z zapisami umowy, zobowiązała się do dofinansowania części wydatków kwalifikowalnych poniesionych na realizację projektu na podstawie zweryfikowanego przez IZ RPO WZ poprawnego wniosku o płatność. Natomiast Beneficjent, w § 4 ust. 4 umowy o dofinansowanie, zobowiązał się realizować projekt z należytą starannością, w szczególności ponosząc wydatki celowo, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami w ramach programu oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację projektu oraz osiągnięcie celów (produktów i rezultatów) zakładanych we wniosku o dofinansowanie. Ponadto w związku z realizacją projektu i w wykonaniu umowy Beneficjent obowiązany był do stosowania procedur zapewniających ponoszenie wydatków kwalifikowalnych zgodnie z prawem, zwłaszcza odnoszącym się do zamówień publicznych, tj. m.in. do stosowania - zgodnie z § 11 ust. 1 umowy o dofinansowanie - ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej: pzp (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 tekst jednolity ze zm.). W tym miejscu warto dodać, iż to stosownie do zapisu § 11 ust. 7 umowy o dofinansowanie, w przypadku naruszenia pzp stosuje się korekty finansowe obniżające dofinansowanie zgodnie z Taryfikatorem (dokument określający tryb postępowania i sposób nakładania korekt finansowych w procesie realizacji przedsięwzięć współfinansowanych z funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności opracowany przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, obecnie Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju – zwane dalej: MIR). Dokument pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE” został przyjęty przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego uchwałą nr 1295/10 z dnia 26.07.2010 r., a następnie zaktualizowany uchwałą nr 94/12 z dnia 27.01.2012 r. i uchwałą nr 205/13 z dnia 13.02.2013 r. Z uwagi na datę wszczęcia czynności kontrolnych, w niniejszej sprawie uwzględniono Taryfikator w brzmieniu nadanym uchwałą nr 205/13 z dnia 13.02.2013 r.

W dniach 19-21.06.2013 r. IZ RPO WZ w związku z zakończeniem realizacji projektu oraz złożeniem przez Beneficjenta wniosku o płatność końcową, przeprowadziła kontrolę planową projektu w trakcie, której stwierdziła wystąpienie nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt. 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11.07.2006 r., ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1260/1999, zwanego dalej: rozporządzeniem nr 1083/2006 (Dz. Urz. UE L 210 z 31.07.2006 r., ze zm.). Należy wskazać, iż poprzez „nieprawidłowości”, których wystąpienie skutkuje nałożeniem korekty finansowej (według art. 98 rozporządzenia nr 1083/2006), należy rozumieć - stosownie do brzmienia art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 - jakiegokolwiek naruszenia przepisów prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powodują lub mogłyby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej (zwanej dalej: UE) w drodze finansowania nieuzasadnionych wydatków z budżetu ogólnego. Zatem do stwierdzenia nieprawidłowości konieczne jest łączne wystąpienie trzech elementów przedstawionej definicji. Przy tym warto nadmienić, iż zarówno Komisja Europejska, jak i Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zwany dalej: TSUE) przyjmują szeroką

wykładnię przesłanki naruszenia prawa wspólnotowego, która obejmuje naruszenie prawa unijnego, jak i prawa krajowego.

Nieprawidłowości stwierdzone w toku czynności kontrolnych przeprowadzonych przez IZ RPO WZ w dniach 19-21.06.2013 r. związane były z następującymi naruszeniami pzp:

- 1) w ramach postępowania pn. „Zapobieganie i ograniczanie skutków zagrożeń naturalnych oraz przeciwdziałanie poważnym awariom na terenie gminy Złocieniec – zakup podnośnika pożarniczego o wysokości ratowniczej 25 m”:
 - art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 29 ust. 3 pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz nie zapewnia równego traktowania wykonawców. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje maksymalny wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 25% (Tabela nr 1, poz. 18 „Niejednoznaczny lub dyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia”),
- 2) w ramach postępowania pn. „Zapobieganie i ograniczanie skutków zagrożeń naturalnych oraz przeciwdziałanie poważnym awariom na terenie gminy Złocieniec – II etap”:
 - art. 12a ust. 2 pkt 1 pzp polegające na uchybieniu terminom ogłoszenia. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje maksymalny wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 25% (Tabela nr 1 poz. 13 „Uchybienie terminom przy sprostowaniu treści ogłoszenia”),
 - art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp w zw. z art. 26 ust. 2a pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu w związku z uzupełnieniem przez niego oferty o brakujące oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu sporządzone po upływie terminu składania ofert oraz wybór jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu w związku z uzupełnieniem przez niego oferty po upływie wskazanego przez Zamawiającego terminu na uzupełnienie dokumentów lub oświadczeń. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje maksymalny wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 25% (Tabela nr 1, poz. 29 „Naruszenia w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty”),
 - art. 38 ust. 4a pzp poprzez modyfikację treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: SIWZ) przed upływem terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu bez wymaganej zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje maksymalny wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 25% (Tabela nr 1, poz. 14 „Niedozwolona modyfikacja treści SIWZ”).

Zgodnie z Wytocznymi MIR w sprawie „Wymierzania korekt finansowych za naruszenie prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE” w przypadku wykrycia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dwóch lub większej ilości przypadków niestosowania zasad zamówień publicznych IZ RPO WZ powinna zastosować korektę finansową o największej wartości procentowej. W związku z powyższym, za naruszenia stwierdzone w ramach powyższego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, IZ RPO WZ nałożyła łączną korektę finansową stosując wskaźnik na poziomie 25%.

- 3) w ramach postępowania pn. „Zapobieganie i ograniczanie skutków zagrożeń naturalnych oraz przeciwdziałanie poważnym awariom na terenie gminy Złocieniec – III etap”:
 - art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej, oferty podlegającej odrzuceniu. Za powyższe naruszenie Taryfikator przewiduje maksymalny wskaźnik procentowy korekty finansowej na poziomie 25% (Tabela nr 1, poz. 28 „Naruszenia w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty”).

Z uwagi na nieprawidłowości wykryte w ramach trzech w/w postępowań o udzielenie zamówień publicznych w projekcie pn. „Zapobieganie i ograniczanie skutków zagrożeń naturalnych oraz przeciwdziałanie poważnym awariom na terenie Gminy Złocieniec”, IZ RPO WZ podjęła czynności zmierzające do odzyskania należnej jej kwoty. Zgodnie z art. 207 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, zwanej dalej: ufp (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 tekst jednolity ze zm.), 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.

W tym miejscu należy dodać, iż z dniem 13.09.2014 r. weszła w życie ustawa z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz. U. z 2014 r., poz. 1146), którą zmieniono m.in. zapisy art. 207 ufp. Z uwagi na fakt, iż w/w ustawa z dnia 11 lipca 2014 r. w zakresie powyższej zmiany nie wprowadziła przepisów przejściowych, przepis art. 207 w zmienionym brzmieniu należy stosować począwszy od dnia 13.09.2014 r., a zatem stanowi on podstawę prawną wydania niniejszej decyzji administracyjnej.

Naruszenie procedur przy wykorzystaniu środków europejskich, określonych w przepisie art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp, dotyczy przede wszystkim procedur wskazanych w umowie o dofinansowanie projektu, zawieranej na podstawie art. 206 ufp, w szczególności w zakresie zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z art. 184 ust. 1 ufp wydatki związane z realizacją programów i projektów finansowanych ze środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 ufp, są dokonywane zgodnie z procedurami określonymi w umowie międzynarodowej lub innymi procedurami obowiązującymi przy ich wykorzystaniu. Jednym z istotnych elementów składających się na procedury, których przestrzeganie jest ważne w kontekście możliwości finansowania wydatków z funduszy strukturalnych, jest postępowanie zgodne z procedurami dotyczącymi zamówień publicznych. W praktyce ich naruszenie oznacza nieprawidłowe wydatkowanie środków, zarówno w świetle przepisów krajowych (pzp, a w konsekwencji także ufp), jak i przepisów unijnych. Stosownie bowiem do art. 60 rozporządzenia nr 1083/2006, instytucja zarządzająca odpowiada za zarządzanie programami operacyjnymi i ich realizację zgodnie z zasadą należytego zarządzania finansami, a w szczególności za: a) zapewnienie, że operacje są wybierane do finansowania zgodnie z kryteriami mającymi zastosowanie do programu operacyjnego oraz że spełniają one mające zastosowanie zasady wspólnotowe i krajowe przez cały okres ich realizacji, b) weryfikację, że współfinansowane towary i usługi są dostarczone oraz że wydatki zadeklarowane przez Beneficjentów na operacje zostały rzeczywiście poniesione i są zgodne z zasadami wspólnotowymi i krajowymi (...).

Z uwagi na naruszenie przez Beneficjenta procedur obowiązujących w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013 (zwanego dalej: RPO WZ), IZ RPO WZ pismem z dnia 17.04.2014 r. (doręczonym Beneficjentowi dnia 22.04.2014 r.) wezwała Beneficjenta do zwrotu środków w wysokości 295 258,16 zł wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych. Ponadto poinformowano Beneficjenta, że wydatki ujęte we wniosku o płatność końcową, dla których środki nie zostały jeszcze wypłacone, zostały również poniesione z naruszeniem procedur, w związku czym nałożono korektę finansową w kwocie 25 209,17 zł. W odpowiedzi na w/w wezwanie, Beneficjent wyraził zgodę na pomniejszenie kolejnej przysługującej płatności o kwotę nałożonej korekty, jednocześnie wnosząc o podjęcie działań mających na celu ustalenie kwoty pozostającej do zwrotu po dokonaniu wspomnianego pomniejszenia (pismo Beneficjenta z dnia 28.04.2014 r.). W tym miejscu warto wskazać, że kwota zatwierdzona do wypłaty we wniosku o płatność końcową nr WNP-RPZP.04.05.02-32-011/10-11/K01 wynosiła 125 191,57 zł i po dokonaniu pomniejszenia o kwotę korekty finansowej 25 209,17 zł, nie wystarczyła ona na pokrycie całej kwoty należnej do zwrotu, tj. 295 258,16 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych. Po dokonaniu przez IZ RPO WZ pomniejszenia płatności końcowej o część środków należnych do zwrotu wraz z odsetkami, Beneficjentowi pozostała do zwrotu kwoty należności głównej w wysokości 221 663,22 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych oraz z odsetkami stałymi w wysokości 20 649,54 zł.

Z uwagi na niedokonanie przez Beneficjenta zwrotu całej wymaganej kwoty w terminie określonym w wezwaniu do zwrotu, z dniem 07.05.2014 r. wobec Beneficjenta wszczęte zostało postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu części środków otrzymanych na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.05.02-32-011/10-00, tj. kwoty pozostającej do zwrotu po dokonaniu pomniejszenia za zgodą Beneficjenta.

Następnie po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego, w dniu 23.07.2014 r. Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego podjął administracyjną nr WWRPO/31/W/2014 (doręczono dnia 28.07.2014 r.) orzekającą zwrot od Beneficjenta środków otrzymanych w ramach umowy nr UDA-RPZP.04.05.02-32-011/10-00 z dnia 08.10.2010 r. na realizację projektu pn. „Zapobieganie i ograniczanie skutków zagrożeń naturalnych oraz przeciwdziałanie poważnym awariom na terenie Gminy Złocieniec” w łącznej kwocie 221 663,22 zł wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych oraz odsetkami stałymi w wysokości 20 649,54 zł. W tym miejscu należy podkreślić, iż Beneficjent dokonał zwrotu środków w terminie i wysokości określonej w/w decyzją administracyjną (wydaną przed wejściem w życie ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020, wprowadzającej zmianę przepisu art. 207 ufp).

Następnie korzystając z uprawnień wynikających z art. 207 ust. 12a pkt 1 ufp, Beneficjent pismem z dnia 07.08.2014 r. (doręczonym dnia 11.08.2014 r.) wniósł o ponowne rozpatrzenie sprawy

zakończoną w/w decyzją administracyjną, uchylenie zaskarżonej decyzji i umorzenie postępowania w sprawie. Jednocześnie Beneficjent przedstawił potwierdzenie wpłaty należności głównej określonej w/w decyzją administracyjną wraz z odsetkami.

W przedmiotowym wniosku Beneficjent wskazał, iż samo uwzględnienie naruszonych przepisów prawa w Taryfikatorze, nie wystarczy do tego, aby nałożyć na Beneficjenta korektę finansową w związku z przeprowadzonymi postępowaniami o udzielenie zamówień publicznych w projekcie. Beneficjent podkreślił, iż IZ RPO WZ powinna uprzednio m.in. ustalić czy doszło w ogóle do wystąpienia nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006, tj. przede wszystkim czy wystąpiła szkoda w budżecie ogólnym UE. Zdaniem Beneficjenta, gdyby przyjąć jakiegokolwiek uchybienia w przeprowadzonych w ramach projektu postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, to miały one wyłącznie charakter formalny, a zatem niepowodujący wspomnianej szkody. Nadto należy wspomnieć, iż zarzuty przedstawione przez Beneficjenta we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy dotyczyły również częściowo nieprawidłowości spowodowanych naruszeniami pzp (dot. art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 22 pzp oraz art. 25 ust. 1 pzp w postępowaniu pn. „Zapobieganie i ograniczanie skutków zagrożeń naturalnych oraz przeciwdziałanie poważnym awariom na terenie gminy Złocieniec – zakup podnośnika pożarniczego o wysokości ratowniczej 25”; art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 22 pzp, art. 25 ust. 1 pzp oraz art. 92 ust. 1 pzp w postępowaniu pn. „Zapobieganie i ograniczanie skutków zagrożeń naturalnych oraz przeciwdziałanie poważnym awariom na terenie gminy Złocieniec – II etap” oraz art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 22 pzp oraz art. 25 ust. 1 pzp w postępowaniu pn. „Zapobieganie i ograniczanie skutków zagrożeń naturalnych oraz przeciwdziałanie poważnym awariom na terenie gminy Złocieniec – III etap”), od których stwierdzenia IZ RPO WZ odstąpiła jeszcze na etapie czynności kontrolnych w projekcie i które nie były przedmiotem ustaleń zaskarżonej przez Beneficjenta decyzji administracyjnej.

W związku ze złożonym wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy, IZ RPO WZ ponownie przeprowadziła postępowanie wyjaśniające, obejmujące całościową ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie (w tym m.in. umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.05.02-32-011/10-00 z dnia 08.10.2010 r. wraz z aneksem, wyników czynności kontrolnych, a także wyjaśnień Beneficjenta) oraz pełną analizę stanu faktycznego i prawnego sprawy, co pozwoliło na odniesienie się do przedmiotowego wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy jak poniżej.

Na skutek ponownego rozpoznania sprawy IZ RPO WZ ustaliła, iż Beneficjent opisując - w postępowaniu pn. „Zapobieganie i ograniczanie skutków zagrożeń naturalnych oraz przeciwdziałanie poważnym awariom na terenie gminy Złocieniec – zakup podnośnika pożarniczego o wysokości ratowniczej 25 m” (ogłoszenie o postępowaniu nr 2011/S 035466-2011 z dnia 02.02.2011 r.) - przedmiot zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz nie zapewnia równego traktowania wykonawców, nie spełnił przesłanek wynikających z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 3 pzp.

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 przedmiotu 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 opisu 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 miało by 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 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 przy użyciu cech technicznych i jakościowych. Przez pojęcia te należy rozumieć wyspecyfikowane przez Zamawiającego cechy, które opisują fizyczne właściwości przedmiotu zamówienia (np. takie parametry i jednostki jak: długość, szerokość, wysokość itd.) oraz wybrane cechy jakościowe, które dotyczą wartości użytkowych przedmiotu zamówienia (np. wydajność, żywotność, odporność, łatwość obsługi, bezpieczeństwo eksploatacji, komfort użytkowania, standard wykończenia itd.). Jednocześnie jednak cechy te powinny być zgodne z polskimi normami przenoszącymi normy europejskie, a w przypadku ich braku z normami innych państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego (art. 30 ust. 1 pzp). Zamawiający może odstąpić od opisywania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem ust. 1, jeżeli zapewni dokładny opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych. Jednocześnie ustawodawca wyraźnie zaznaczył, iż Zamawiający w przypadku opisywania przedmiotu zamówienia obowiązany jest zawsze wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym (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.

W analizowanej sprawie w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ w punkcie dotyczącym określenia przedmiotu zamówienia, Zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest „zakup podnośnika pożarniczego o wysokości ratowniczej 25 m (PMT-25D)”. Nazwa PMT-25D odnosi się do konkretnego typu podnośnika hydraulicznego Bumar-Koszalin S.A., typ PMT-25D o wysokości roboczej 25 m i maksymalnym wysięgu roboczym 12,5 m, którego jedynym producentem jest firma „Bumar-Koszalin” S.A. Opisanie przedmiotu zamówienia w ten sposób, mogło przyczynić się do pozbawienia

potencjalnych dostawców możliwości udziału w postępowaniu, a tym samym naruszyło zasadę konkurencyjności wyrażoną w art. 7 ust. 1 pzp. 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. Stanowisko takie potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (zwanej dalej: KIO) z dnia 25.08.2010 r. (sygn. KIO/UZP 1733/10).: „Zaniechanie podania minimalnych wymagań w zakresie sposobu oceny równoważności produktów, przy jednoczesnym wskazaniu konkretnego produktu, stanowi nie tylko naruszenie dyspozycji przepisu art. 29 ust. 3 pzp, ale również może utrudniać uczciwą konkurencję, zniechęcając do udziału w postępowaniu wykonawców mogących zaoferować inne produkty tej samej klasy, jak wskazane jako referencyjne w SIWZ (...) Zamawiający powinien wręcz stworzyć zamknięty katalog kryteriów oceny równoważności i podać go w SIWZ, by wykluczyć w tym zakresie jakąkolwiek uznaniowość”. Opis przedmiotu zamówienia nie powinien bezzasadnie ograniczać dostępu do wykonania zamówienia wykonawcom obiektywnie zdolnym do jego realizacji. Należy przypomnieć, iż pzp nie tylko chroni interes Zamawiającego, ale także nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Istotnym jest, aby na każdym etapie postępowania wykonawcy traktowani byli jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących. Zakazany jest stosowanie wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wybór albo na konkretnego wykonawcę. Dosłowne wskazanie znaku towarowego stanowi przejaw bezpośredniej dyskryminacji, tudzież uprzywilejowania konkretnego producenta i produktu przez niego wykonanego. Swoboda Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców.

Naruszenie przez Beneficjenta zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców mogło doprowadzić do wystąpienia szkody w budżecie UE, bowiem nie jest wykluczonym, iż z udziału w postępowaniu zrezygnowałyby firmy, które byłyby w stanie zaproponować produkt spełniający kryteria wskazane przez Zamawiającego, ale nie posiadały typu podnośnika PMT-25D, który jest produkowany wyłącznie przez firmę „Bumar-Koszalin” S.A., której oferta została wybrana. Zamawiający mógł w przedmiotowym postępowaniu zastosować „dostatecznie dokładne określenia” (o których mowa w art. 29 ust. 3 pzp) dla opisu przedmiotu zamówienia bez wskazywania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Przedmiot zamówienia, tj. podnośnik pożarniczy, można było opisać granicznymi parametrami technicznymi, które podają ich producenci w kartach katalogowych lub cechami użytkowymi czy funkcjonalnymi. Cechy techniczne i jakościowe przedmiotu zamówienia mogły zostać określone z zachowaniem polskich norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy. Zamawiający tworząc opis przedmiotu zamówienia miał możliwość wyodrębnienia parametrów użytkowych mogących jednoznacznie przesądzać o odmienności opisanego urządzenia i wskazywać wymagane przez Zamawiającego cechy. Na marginesie warto dodać, iż w sytuacji określenia wymagań, które odnoszą się do potrzeb Zamawiającego, a mogą ograniczać krąg potencjalnych wykonawców, to Zamawiający winien wykazać, że wyłącznie produkt o parametrach przez niego określonych umożliwia mu realizację celu założonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Resumując, opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia doprowadziło do potencjalnej szkody w budżecie UE, bowiem Zamawiający ograniczył dostęp do złożenia oferty potencjalnym wykonawcom, którzy mogliby zaproponować korzystniejsze warunki realizacji zamówienia, w tym niższą cenę.

Mając na uwadze potencjalną szkodę dla budżetu UE spowodowaną naruszeniem, którego dopuścił się Beneficjent, IZ RPO WZ uznaje za bezzasadny wskazany we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy zarzut Beneficjenta jakoby naruszenie art. 29 ust. 3 pzp miało w opisanym powyżej przypadku jedynie charakter formalny.

Ponadto IZ RPO WZ stwierdziła, iż Beneficjent w ramach postępowania pn. „Zapobieganie i ograniczanie skutków zagrożeń naturalnych oraz przeciwdziałanie poważnym awariom na terenie gminy Złocieniec – II etap” przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego (ogłoszenie nr 2012/S 22-03550303 z dnia 02.02.2012 r.) dopuścił się nieprawidłowości naruszając art. 12a ust. 2 pkt 1 pzp poprzez uchybienie terminom określonym w tym przepisie, w przypadku zmiany istotnych elementów ogłoszenia.

W przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, Zamawiający obowiązany jest do przedłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminu składania ofert o czas niezbędny do

wprowadzenia zmian we wnioskach lub ofertach, jeżeli jest to konieczne (art. 12a ust. 1 pzp). Jednocześnie w przypadku, gdy zmiana, o której mowa, jest istotna, Zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach lub ofertach, z tym że w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp, termin składania ofert nie może być krótszy niż 22 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej (zwanemu dalej: UOPWE) – w trybie przetargu nieograniczonego (art. 12a ust. 2 pkt 1 pzp). Ustawodawca jako istotne zmiany ogłoszenia o zamówieniu wskazał przykładowo te dotyczące określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania (art. 12a ust. 2 pzp).

W przedmiotowej sprawie Zamawiający w dniu 07.03.2012 r. przekazał zmianę treści ogłoszenia UOPWE, zaś otwarcie ofert nastąpiło w dniu 12.03.2012 r. Zgodnie z treścią art. 12a ust. 2 pkt 1 pzp od daty przekazania zmiany ogłoszenia UOPWE do dnia otwarcia ofert powinno upłynąć przynajmniej 22 dni, podczas gdy w analizowanym stanie faktycznym termin ten wyniósł 5 dni. Tym samym Zamawiający ograniczył dostęp do złożenia oferty potencjalnym oferentom, którzy mogliby złożyć ofertę konkurencyjną, w terminie, który zostałby wydłużony zgodnie z w/w przepisem.

Modyfikacje w zakresie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (jak w przedmiotowej sprawie), choćby polegały na niewielkiej zmianie czy doprecyzowaniu określeń użytych w treści wymogów postawionych wykonawcom, należy uznać za zmiany istotne. Należy zaś podkreślić, iż w przypadku istotnej zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, na Zamawiającym ciąży obowiązek przedłużenia terminu na składanie ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach, w przypadku przetargu nieograniczonego nie krótszy niż 22 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia UOPWE. Zresztą Zamawiający w każdym przypadku, w którym dokonuje zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu publicznym, powinien wziąć pod uwagę konieczność przedłużenia terminu składania ofert lub też odpowiednio terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Przedłużenie terminu może bowiem okazać się niezbędne, aby wykonawcy mogli wprowadzić stosowne zmiany w swoich ofertach lub wnioskach.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy IZ RPO WZ uznała, iż opisane powyżej zachowanie Beneficjenta doprowadziło do potencjalnej szkody w budżecie UE, bowiem Zamawiający ograniczył dostęp do złożenia oferty potencjalnym wykonawcom, którzy mogliby zaproponować korzystniejsze warunki realizacji zamówienia, w tym niższą cenę, gdyby termin do złożenia oferty został wydłużony zgodnie z art. 12a ust. 2 pkt 1 pzp. Warto zwrócić uwagę, iż ograniczenie to mogło dotknąć również wykonawców zagranicznych. Obecnie Zamawiający wszczynając procedurę o udzielenie zamówienia publicznego nie może zapominać, że podmiotami zainteresowanymi i ubiegającymi się o dane zamówienie publiczne mogą być także wykonawcy z innych państw (konkurencyjność uzyskała wymiar ponadpaństwowy). Po dokonaniu przez Zamawiającego zmian dotyczących spełnienia warunków postawionych w postępowaniu, mogli wziąć udział wykonawcy, którzy z uwagi na brak wydłużenia terminu do składania ofert, zrezygnowali z ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem nie zdążyliby przedstawić oferty w terminie.

Mając na uwadze, iż zagwarantowanie konkurencyjności było jednym z podstawowych celów wprowadzenia w Polsce regulacji z zakresu zamówień publicznych, a Zamawiający ograniczył dostęp do złożenia w wydłużonym terminie konkurencyjnej oferty potencjalnym wykonawcom, IZ RPO WZ nie podziela zdania Beneficjenta wyrażonego we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy, iż naruszenie art. 12a ust. 2 pkt 1 pzp miało w opisanym powyżej przypadku jedynie charakter formalny, a IZ RPO WZ nie uzasadniła należycie wystąpienia choćby potencjalnej szkody.

W postępowaniu pn. „Zapobieganie i ograniczanie skutków zagrożeń naturalnych oraz przeciwdziałanie poważnym awariom na terenie gminy Złocieniec – II etap” (które było podzielone na 12 odrębnych części o numerach od I do XII) Beneficjent dopuścił się także nieprawidłowości poprzez naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp zw. z art. 26 ust. 2a pzp, tj. wybór jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu w związku z uzupełnieniem przez niego oferty o brakujące oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu sporządzone po upływie terminu składania ofert (dotyczy umów nr: 18/2012 i 23/2012 zawartych z firmą Krokus Rajmund Soboński oraz umów nr 20/2012 i 21/2012 zawartych z firmą Marabut Sp. z o.o.) oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu w związku z uzupełnieniem przez niego oferty po upływie wskazanego przez Zamawiającego terminu na uzupełnienie dokumentów lub oświadczeń (dotyczy umów nr: 18/2012 i 23/2012 zawartych z firmą Krokus Rajmund Soboński).

Zgodnie ze wskazaniem przepisu art. 26 ust. 2a pzp, wykonawca na żądanie Zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać spełnianie warunków, o których mowa w

art. 22 ust. 1 pzp, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 pzp. Powinno to nastąpić nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert. Odstępstwo od art. 26 ust. 2a pzp ustawodawca przewidział w art. 26 ust. 3 pzp. Istota tego przepisu sprowadza się do tego, aby nie pozbawiać możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, którzy złożyli korzystne oferty, lecz w wyniku niedopatrzienia, przeoczenia czy zwykłej omyłki, nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, ale faktycznie warunki te spełniają. Data wystawienia wymaganego dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu jest wtórna wobec wymagań stawianych treści dokumentu. Ustawodawca wymaga potwierdzenia stanu faktycznego istniejącego w dacie nie późniejszej niż na dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminu składania ofert. Fakt wystawienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu po upływie terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest bez znaczenia, jeśli z treści dokumentu wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu nie później niż na dzień składania ofert. Zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 2a pkt 4 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

W wyniku ponownego rozpoznania sprawy IZ RPO WZ ustaliła, iż w dniu 16.03.2012 r. Zamawiający wezwał firmę Krokus Rajmund Soboński do uzupełnienia do dnia 19.03.2012 r. do godziny 10.00 oferty o brakujące oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (dot. postępowania w części I zakończonej podpisaniem umowy nr 18/2012, a także w części VIII zakończonej podpisaniem umowy nr 23/2012). Oświadczenie, o którym mowa zostało przesłane przez wykonawcę, ale z datą 19.03.2012 r., czyli po upływie terminu składania ofert przypadającego na dzień 12.03.2012 r. Nadto nie wynikało z niego, iż wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu na dzień 12.03.2012 r. Mając na uwadze wybór przez Zamawiającego wykonawcy, który podlegał wykluczeniu w związku z uchybieniem przez niego terminu wymaganego do uzupełnienia brakującego oświadczenia, a także z uwagi na brak potwierdzenia spełnienia na dzień 12.03.2012 r. warunków udziału w postępowaniu, IZ RPO WZ stwierdziła, iż Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp w zw. z art. 26 ust. 2a pzp.

W dniu 16.03.2012 r. Zamawiający wezwał również firmę Marabut Spółka z o.o. do uzupełnienia oferty o brakujące oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (dot. postępowania w części III zakończonej podpisaniem umowy nr 20/2012 i w części V zakończonej podpisaniem umowy nr 21/2012). Wykonawca przesłał wymagane oświadczenie z datą 16.03.2012 r., a zatem także po upływie terminu składania ofert, który był wyznaczony na dzień 12.03.2012 r. Tym samym IZ RPO WZ stwierdza, iż Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp w zw. z art. 26 ust. 2a pzp poprzez wybór przez Zamawiającego wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania z uwagi na brak potwierdzenia spełnienia na dzień 12.03.2012 r. warunków udziału w postępowaniu.

Jeszcze raz należy podkreślić, iż oświadczenie może być wystawione po terminie składania ofert, ale musi potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu najpóźniej na dzień składania ofert. Innymi słowy, nie jest zatem decydującą data znajdująca się na oświadczeniu składanym w wyniku uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp, ale z treści oświadczenia musi jednoznacznie wynikać, iż w dacie upływu terminu składania ofert warunki te były spełnione. Tymczasem z oświadczenia złożonego przez wykonawcę Krokus Rajmund Soboński w dniu 19.03.2012 r., a przez firmę Marabut Spółka z o.o. w dniu 16.03.2012 r. nie wynika, iż w dacie złożenia ofert, czyli dnia 12.03.2012 r., w/w wykonawcy spełniali warunki udziału w postępowaniu. Należy zauważyć, iż w oświadczeniach brak jest jakiegokolwiek odwołania do terminu składania ofert. Jeżeli doszło już do sytuacji, gdy oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 pzp zostały złożone po upływie terminu na złożenie ofert to wykonawcy którzy je przedkładali winni dołożyć szczególnej staranności, aby wynikało z nich, że warunki udziału w postępowaniu były spełnione w wymaganym terminie. Powyższa powinność po stronie wykonawców wiąże się z obowiązkiem po stronie Zamawiającego wykluczenia wykonawców, którzy nie wykazali należyte spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wybór przez Zamawiającego ofert takich wykonawców jest równoznaczny z naruszeniem zasady konkurencyjności oraz równego traktowania wykonawców, czyli podstawowej zasady na której opiera się pzp. Nie sposób nie zauważyć, iż działanie Zamawiającego doprowadziło do pokrzywdzenia innych potencjalnych oferentów, których oferta mimo spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie została wybrana. Oferty złożone przez firmę Marabut Spółka z o.o. oraz przez firmę Krokus Rajmund Soboński zostały potraktowane priorytetowo względem innych ofert złożonych w ramach postępowania również dlatego, że Zamawiający zezwolił na wydłużenie ostatecznego wskazanego w SIWZ terminu składania ofert,

a mianowicie dnia 12.03.2012 r. jedynie w stosunku do w/w. Należy zauważyć, że gdyby Zamawiający przedłużył termin z dnia 12.03.2012 r. na dzień 19.03.2012 r. dla wszystkich oferentów, zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców mogłyby zostać zachowane. Wówczas Zamawiający umożliwiłby złożenie ofert takim potencjalnym oferentom, którzy mogliby spełnić warunki udziału w postępowaniu również w dacie późniejszej, a nie jedynie tym, którzy spełniali warunki w dacie do dnia 12.03.2012 r. Podkreślenia wymaga fakt, iż wybrano wykonawców, którzy oświadczyli, że spełniali warunki udziału w postępowaniu na dzień późniejszy niż 12.03.2012 r. (firma Marabut Spółka z o.o. - na dzień 16.03.2012 r. oraz firma Krokus Rajmund Soboński - na dzień 19.03.2012 r.). Wydłużenie terminu na złożenie ofert do dnia 19.03.2012 r. mogło spowodować, że do udziału w postępowaniu przystąpiłoby szersze grono wykonawców mogących złożyć korzystniejsze oferty.

Reasumując należy stwierdzić, że z uwagi na fakt, iż zachowanie Zamawiającego - tj. dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a następnie wybór jako najkorzystniejszych ofert, w których wykonawcy oświadczyli, że spełniają warunki udziału w postępowaniu na dzień 16.03.2012 r. i 19.03.2012 r. (ostatecznym dniem, w którym wszyscy wykonawcy powinni spełnić warunki był dzień 12.03.2012 r.) - mogło spowodować przynajmniej potencjalną szkodę w budżecie UE, naruszenie przez Beneficjenta art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp zw. z art. 26 ust. 2a pzp w postępowaniu pn. „Zapobieganie i ograniczanie skutków zagrożeń naturalnych oraz przeciwdziałanie poważnym awariom na terenie gminy Złocieniec – II etap” nie ma charakteru formalnego.

W w/w postępowaniu przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego stwierdzono nadto nieprawidłowość polegającą na naruszeniu przez Beneficjenta art. 38 ust. 4a pzp w ten sposób, że zmodyfikował on treść SIWZ przed upływem terminu składania ofert bez wymaganej zmiany ogłoszenia o zamówieniu. IZ RPO WZ w wyniku ponownego rozpoznania sprawy ustaliła, iż w dniu 20.02.2012 r. Zamawiający opublikował odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące treści SIWZ i w odpowiedzi nr 20 wskazał, iż „w części III w zadaniu częściowym 3 pkt 3 dopisuje ppkt 8: Agregat prądotwórczy typu AP-3-16000 szt. 1 – agregat zabudowany na przyczepie jednoosiowej homologowanej”, nie dokonując przy tym wymaganej zmiany ogłoszenia o zamówieniu w tym zakresie.

Ustawodawca w szczególnie uzasadnionych przypadkach przewidział dla Zamawiającego możliwość zmiany treści SIWZ, niemniej jednak zaznaczając, iż musi to nastąpić przed upływem terminu składania ofert. Nadto dodał, że jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści SIWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, obowiązkiem Zamawiającego jest przekazanie UOPWE ogłoszenia dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach (art. 38 ust. 4a pzp). Należy wskazać, iż ogłoszenie o zamówieniu zawiera co najmniej warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków (art. 41 ust. 1 pkt 7 pzp). Przechodząc na realia niniejszej sprawy, ponieważ Zamawiający zmienił zapisy SIWZ w zakresie jaki obejmuje ogłoszenie o zamówieniu powinien dokonać korekty jego treści i opublikować ogłoszenie o zmianie ogłoszenia, czego nie uczynił. Należy dodać, iż zasadą jest publikacja ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w tym samym publikatorze, w którym zamieszczone było ogłoszenie ulegające zmianie. Ogłoszenia przekazywane UOPWE publikuje się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - jedynym periodyku, który ukazuje się w każdym dniu roboczym we wszystkich językach urzędowych UE. Z uwagi na to, opublikowane ogłoszenia o udzielenie zamówienia publicznego mają o wiele szersze grono odbiorców na terenie wszystkich krajów UE.

Nie można uznać za prawidłową sytuacji, gdy dochodzi do niezgodności pomiędzy treścią SIWZ i ogłoszenia o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowanie o udzielenie zamówienia powinno się toczyć według jasno sprecyzowanych reguł podanych z góry w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ. Zamawiający powinien podejmować przewidywalne decyzje w oparciu o warunki, które ustanowił wiążące zarówno go, jak i wykonawców. Jeśli zatem już Zamawiający zdecyduje się na zmianę SIWZ powinien również pamiętać o stosownej zmianie ogłoszenia o zamówieniu, aby nie doprowadzić w rezultacie do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie. W przedmiotowym postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego Beneficjent poprzez niedopełnienie obowiązku przekazania zmiany ogłoszenia o zamówieniu UOPWE niewątpliwie tą zasadę naruszył. Zaniechanie Beneficjenta mogło doprowadzić do tego, iż przynajmniej część zainteresowanych wykonawców mogła zrezygnować z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Szczególnie utrudnioną czy wręcz zablokowaną możliwość dotarcia do dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji mieli wykonawcy zagraniczni, którzy mogliby zaproponować korzystniejsze warunki realizacji zamówienia, w tym niższą cenę, gdyby zostali poinformowani o zmianie przez jej publikację. Zatem zasadnym jest wskazanie, iż Beneficjent

przynajmniej potencjalnie naraził budżet UE na szkody, gdyż poniósł wydatki, które przy zachowaniu w/w zasad mogłyby być niższe, a co z tym związane niższy byłby wkład finansowy z budżetu UE. Postępowanie według zasad określonych w pzp, z uwzględnieniem otwartości na konkurencję zagraniczną, ma służyć lepszemu i bardziej efektywnemu wykorzystaniu środków publicznych będących głównym źródłem finansowania zamówień.

Mając na uwadze powyższe, IZ RPO WZ dokonując kwalifikacji wspomnianego naruszenia jako nieprawidłowości wykazała, że zaniechanie Beneficjenta, o którym była mowa, mogłoby spowodować szkodę w budżecie UE w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku. W rezultacie naruszenia art. 38 ust. 4a pzp w opisanym powyżej przypadku nie można potraktować jako naruszenia o charakterze formalnym. Beneficjent nie zagwarantował warunków, które dawałaby gwarancję wyłonienia wykonawców (także zagranicznych) oferujących najkorzystniejsze warunki, w tym najniższą cenę.

Ponadto w postępowaniu pn. „Zapobieganie i ograniczanie skutków zagrożeń naturalnych oraz przeciwdziałanie poważnym awariom na terenie gminy Złocieniec – III etap” (ogłoszenie nr 2012/S 72-119226 z dnia 13.04.2012 r.) Beneficjent dopuścił się nieprawidłowości, naruszając art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej, oferty podlegającej odrzuceniu.

Odrzucenie oferty może nastąpić w przypadkach wskazanych w art. 89 ust. 1 pzp. Zgodnie z ust. 1 pkt 2 przywołanego przepisem Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Czynność odrzucenia oferty jest jednocześnie obowiązkiem Zamawiającego i nie zależy od jego oceny, samo wystąpienie przesłanki zmusza go do podjęcia tego kroku. Jak podkreślono w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 31.08.2010 r. sygn. V SA/Wa 769/10: „Wymienione w art. 89 pzp przesłanki stanowią podstawy do odrzucenia oferty. Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia choćby jednej wymienionej w nim przesłanki Zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie do odrzucenia oferty. Katalog przesłanek jest zamknięty, co oznacza, że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn Zamawiający nie może odrzucić oferty”. Należy wyjaśnić, iż zgodnie z orzecznictwem niezgodność oferty z treścią SIWZ można zdefiniować szeroko jako każde istotnie, odmienne ukształtowanie oferty w porównaniu do postanowień SIWZ, np.: w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, sposobu jego świadczenia, jak również terminu realizacji przedmiotu zamówienia. I tak przykładowo, KIO w wyroku z dnia 28.04.2011 r. (sygn. KIO 788/11) wskazała, że: „(...) niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w szczególności w sytuacji, gdy oferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi opisanemu w SIWZ co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów dotyczących wykonania przedmiotu zamówienia. Treść oferty jest zobowiązaniem wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz Zamawiającego na warunkach określonych w SIWZ, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego”.

Przepis regulujący instytucję odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ pozostaje w niniejszej sprawie w korelacji z przepisem art. 26 ust. 3 pzp, zgodnie z którym Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Należy dodać, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wiążą go na równi ze złożoną ofertą i stanowią modyfikację jej treści.

W przedmiotowej sprawie, powołując się na w/w art. 26 ust. 3 pzp Zamawiający w dniu 23.05.2012 r. wezwał firmę ARKOM do złożenia oświadczenia wynikającego z formularza ofertowego: „iż oferowany przez nas asortyment jest towarem oryginalnym (tzn. firmowanym przez producenta), fabrycznie nowym wyprodukowanym w ...r. oraz że dostawę objętą przedmiotem zamówienia zrealizujemy w terminie do ... r.”. Przy czym należy wskazać, iż oświadczenie, którego przedstawienia żądał Zamawiający nie potwierdzało, ani spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, ani spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań, które określił Zamawiający. Warto zwrócić uwagę na fakt, iż wykonawca w oświadczeniu, które zostało przesłane w dniu 24.05.2012 r. wskazał, iż dostawę objętą przedmiotem zamówienia zrealizuje w terminie do 6 tygodni od dnia podpisania umowy, co było sprzeczne z zapisami ogłoszenia o

zamówieniu oraz SIWZ wskazującymi, iż terminem realizacji zamówienia jest dzień 25.06.2012 r. Zatem mając na uwadze brzmienie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, Zamawiający obowiązany był odrzucić ofertę firmy ARKOM jako nieodpowiadającą treści SIWZ.

W tym miejscu należy podkreślić, iż odrzucenie oferty musi mieć miejsce, gdy w okolicznościach faktycznych postępowania zostaną wypełnione przesłanki ustawowe tej instytucji. Odrzucenie oferty nie podlega więc swobodnej ocenie Zamawiającego, stanowi jego obowiązek, który musi zrealizować. W przedmiotowej sprawie, dopuszczając do udziału w postępowaniu, a później wybierając jako najkorzystniejszą ofertę, w której wykonawca nie spełnił wskazanych warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający bezwzględnie dopuścił się naruszenia pzp. Zamawiający nie dokonał rzetelnej oceny ofert i odrzucenia tych niezgodnych z postanowieniami SIWZ, do czego był obowiązany zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Jest to o tyle istotne, że wybór oferty wykonawcy ARKOM, która powinna zostać odrzucona, został dokonany z pokrzywdzeniem innych potencjalnych oferentów, których oferty mimo spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie zostały wybrane. Zamawiający potraktował ofertę wykonawcy ARKOM preferencyjnie względem innych ofert złożonych w ramach postępowania, bowiem zezwolił na wydłużenie terminu realizacji zamówienia wskazanego w SIWZ, tj. dnia 25.06.2012 r. Innymi słowy w analizowanym przypadku doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Warto zauważyć, iż zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców mogłyby zostać zachowane, gdyby Zamawiający przedłużył termin realizacji zamówienia z dnia 25.06.2012 r. na termin do 6 tygodni od dnia podpisania umowy z wykonawcą dla wszystkich oferentów. Takie postępowanie umożliwiłoby złożenie ofert takim potencjalnym oferentom, którzy mogliby spełnić warunki udziału w postępowaniu również w dacie późniejszej, a nie jedynie tym, którzy spełniali warunki w dacie do dnia 25.06.2012 r. Wówczas do udziału w postępowaniu mogłoby przystąpić szersze grono wykonawców, w tym takich, którzy byłiby w stanie wykonać zamówienie w terminie do 6 tygodni od daty podpisania umowy z Zamawiającym, a zarazem zaproponować niższą cenę. Termin wykonania umowy jest terminem kluczowym i jego zmiana mogła wpłynąć na zwiększenie liczby ofert, tym bardziej, że termin zostałby wydłużony co najmniej o kilka tygodni. Porównując sytuację wykonawcy po wydłużeniu terminu na realizację przedmiotu zamówienia w stosunku do wykonawców biorących udział w postępowaniu, potencjalny wpływ takiej zmiany mógł zwiększyć zainteresowanie ofertą i doprowadzić do wyboru innej, korzystniejszej oferty niż ta, która została wybrana z naruszeniem przepisów pzp. Mając na uwadze powyższe zasadnym jest wskazanie, że Zamawiający mógł spowodować przynajmniej potencjalną szkodę w budżecie UE.

Mając na względzie powyższe, IZ RPO WZ podtrzymuje swoje stanowisko dot. przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskazując naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp jako powodujące potencjalną szkodę w budżecie UE i skutkujące koniecznością nałożenia korekty finansowej. Gdyby Zamawiający nie potraktował preferencyjnie wykonawcy ARKOM i nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp to oferta innego, potencjalnego wykonawcy mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Tym samym IZ RPO WZ nie podziela zdania Beneficjenta wyrażonego we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy, iż naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp miało w opisanym powyżej przypadku jedynie charakter formalny.

Reasumując mając na uwadze zarzuty podniesione przez Beneficjenta we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy, należy wskazać, iż IZ RPO WZ odniosła się do każdego ze stwierdzonych, skutkujących nałożeniem korekty finansowej naruszeń, uzasadniając szczegółowo w jaki sposób każde z tych naruszeń mogło wpłynąć na przeprowadzone postępowania o udzielenie zamówień publicznych prowadząc do potencjalnej szkody w budżecie UE. Jak podkreślił TSUE w wyroku z dnia 15.09.2005 r. w sprawie C-199/03 dotyczącej zaskarżonej przez Irlandię decyzji Komisji C(2003) 99 z dnia 27.02.2003 r.: „nawet nieprawidłowości, które nie wywołują konkretnych skutków finansowych mogą poważnie wpłynąć na finansowe interesy Unii oraz na poszanowanie prawa wspólnotowego, a zatem mogą uzasadniać zastosowanie korekty finansowej przez Komisję”. Również krajowe sądy administracyjne (np. wyrok WSA z dnia 25.04.2013 r. sygn. I SA/OI 150/13 czy wyrok WSA w Gliwicach z dnia 29.07.2013 r. sygn. III SA/GI 763/13) podkreślają, że nie jest koniecznym wystąpienie rzeczywistego uszczerbku finansowego do przyjęcia, że doszło do istotnego - skutkującego nałożeniem korekty finansowej - naruszenia przepisów regulujących realizację dofinansowywanego projektu. Wystarczającą przesłanką do nałożenia korekty, a następnie żądania zwrotu dofinansowania jest wykazanie naruszenia prawa zamówień publicznych, które mogło doprowadzić do uszczerbienia środków unijnych. W niniejszej sprawie Beneficjent nie przestrzegając w trzech przeprowadzonych przez siebie postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych zasad określonych w pzp, przynajmniej potencjalnie naraził budżet UE na szkodę. Naruszenie przepisów pzp mogło spowodować wyeliminowanie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć swoje oferty, gdyby Zamawiający przeprowadził

procedurę zgodnie z przepisami pzp. Warto jeszcze raz podkreślić, iż przepisy zapewniające uczciwą konkurencję zostały stworzone po to, aby dawać gwarancję wyłonienia wykonawców oferujących najkorzystniejsze warunki.

W tym miejscu należy wyjaśnić, iż jak wynika z Wytycznych MIR, ustalenie wysokości korekty finansowej przez IZ RPO WZ może następować na dwa sposoby: przez zastosowanie metody dyferencyjnej lub metody wskaźnikowej. Metoda dyferencyjna polega na ustaleniu, o ile na skutek danej nieprawidłowości dokonanej przez Beneficjenta zmniejszyła się kwota budżetu ogólnego UE, a następnie zastosowanie korekty w tej wysokości. Powyższa metoda powinna mieć pierwszeństwo przed metodą wskaźnikową w sytuacjach, kiedy istnieje możliwość obliczenia szkody na podstawie analizy stosownej dokumentacji postępowania. Do jej zastosowania konieczne jest jednak precyzyjne i jednoznaczne ustalenie rozmiaru szkody wyrządzonej przez Beneficjenta lub grożącej na skutek zachowania Beneficjenta. W sytuacjach niejasnych i bardziej skomplikowanych, dopuszczono możliwość zastosowania metody wskaźnikowej do obliczenia wysokości korekty finansowej. Jeżeli z uwagi na okoliczności nie jest możliwe dokładne wskazanie wysokości szkody, bo skutki finansowe są pośrednie lub rozproszone i pojawia się trudność ich oszacowania, stosuje się metodę wskaźnikową pozwalającą na obniżenie wydatku o kwotę odpowiednią co do wagi naruszenia. Niewątpliwie w analizowanej sprawie wysokość powstałej szkody jest trudna do oszacowania, gdyż na tę chwilę trudno jest wskazać jednoznacznie, o ile niższy byłby to wkład UE, dlatego posłużono się metodą wskaźnikową dla zastosowania korekty finansowej. Nie sposób wycenić o ile korzystniejsze i niższe byłyby oferty wykonawców konkurencyjnych, którzy mogliby przystąpić do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przy zachowaniu zasad konkurencyjności. Należy pamiętać, iż naruszenie przez Beneficjenta przepisów pzp polegało na ograniczeniu możliwości wzięcia udziału w postępowaniu przetargowym większej ilości oferentów (którzy mogliby złożyć korzystniejsze oferty niż ta, która została wybrana w postępowaniu), a nie na wybraniu przez Zamawiającego wykonawcy, który zaproponował mniej korzystne warunki.

Mając na uwadze powyższe rozważania, bezzasadnym jest argument Beneficjenta dotyczący tego, iż korekta finansowa została nałożona bezpodstawnie, gdyż zdaniem Beneficjenta IZ RPO WZ nie wykazała wystąpienia nieprawidłowości, głównie poprzez niewskazanie na istnienie choćby potencjalnej szkody dla budżetu UE. Należy podkreślić, iż IZ RPO WZ obliczając kwotę do zwrotu wzięła pod uwagę wagę i charakter dokonanych przez Beneficjenta nieprawidłowości, których powaga została uwypuklona w przedmiotowej decyzji administracyjnej.

Nadto, mając na uwadze zarzuty sformułowane we wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy, należy dodać, iż IZ RPO WZ już w piśmie z dnia 21.03.2014 r. o zakończeniu czynności kontrolnych ostatecznie odstąpiła od stwierdzenia części nieprawidłowości, które pierwotnie wykazano w trakcie przeprowadzonych czynności kontrolnych, a mianowicie:

- w postępowaniu pn. „Zapobieganie i ograniczanie skutków zagrożeń naturalnych oraz przeciwdziałanie poważnym awariom na terenie gminy Złocieniec – zakup podnośnika pożarniczego o wysokości ratowniczej 25” – odstąpiono od stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 22 pzp oraz art. 25 ust. 1 pzp,
- w postępowaniu pn. „Zapobieganie i ograniczanie skutków zagrożeń naturalnych oraz przeciwdziałanie poważnym awariom na terenie gminy Złocieniec – II etap” - odstąpiono od stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 22 pzp, art. 25 ust. 1 pzp oraz art. 92 ust. 1 pzp,
- w postępowaniu pn. „Zapobieganie i ograniczanie skutków zagrożeń naturalnych oraz przeciwdziałanie poważnym awariom na terenie gminy Złocieniec – III etap” – odstąpiono od stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 22 pzp oraz art. 25 ust. 1 pzp.

Odnosząc się do w/w naruszeń pzp, IZ RPO WZ w piśmie z dnia 21.03.2014 r. podkreśliła, iż co prawda doszło do naruszenia zapisów pzp, tym nie mniej nie doprowadziły one do ograniczenia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Tym samym przedmiotowe naruszenia uznano za uchybienia niepowodujące szkody, a co za tym idzie skutków finansowych w budżecie UE. Analizując materiał w przedmiotowej sprawie, IZ RPO WZ podtrzymała stwierdzenie jedynie takich naruszeń, które rzeczywiście mogły wpłynąć na wynik postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Fakt ten świadczy również o tym, iż IZ RPO WZ nie nakłada automatycznie korekty finansowej w każdym przypadku naruszenia przepisów prawa wskazanych w Taryfikatorze, bez uwzględnienia pozostałych przesłanek niezbędnych dla zaistnienia nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006.

Warto jeszcze wspomnieć, iż jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny (zwany dalej: NSA) w wyroku z dnia 08.05.2014 r. (sygn. II GSK 249/13) nałożenie korekt finansowych jest rezultatem postanowień umownych, które Beneficjent przyjął podpisując umowę, a ustalenie i nałożenie korekt finansowych jest specyficznym skutkiem niewykonania umowy zgodnie z zasadami w niej

przewidzianymi. Jedną z tych zasad jest w przypadku umowy o dofinansowanie obowiązek przestrzegania przepisów ustawy pzp. NSA pokreślił, iż nałożenie korekt finansowych jest rodzajem sankcji, którą strony umowy przewidziały w chwili jej zawierania. Taryfikator przewiduje nałożenie na Beneficjenta odpowiednich korekt finansowych w przypadku stwierdzenia naruszenia przez niego procedur udzielania zamówień publicznych wspólnotowych lub/i przepisów ustawy pzp, przy czym Beneficjent podpisując umowę wyraża zgodę na zastosowanie przez Instytucję Zarządzającą zaleceń określonych przez MIR. Wytyczne, co do zasady nie stanowią źródła prawa, lecz w stosunkach między stronami umowy, stają się warunkami umowy poprzez stosowne zapisy w umowach.

Stosując zapisy Taryfikatora w wyniku przeprowadzonych czynności kontrolnych ustalono i nałożono korektę finansową odpowiednio dla następujących umów w ramach:

- postępowania pn. „Zapobieganie i ograniczanie skutków zagrożeń naturalnych oraz przeciwdziałanie poważnym awariom na terenie gminy Złocieniec – zakup podnośnika pożarniczego o wysokości ratowniczej 25 m” wysokość korekty obliczona została jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (25%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków UE (85%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia (umowy nr 20/2011 z dnia 01.04.2011 r.). W związku z powyższym kwota korekty finansowej w ramach w/w postępowania wynosi 232 942,50 zł,
- postępowania pn. „Zapobieganie i ograniczanie skutków zagrożeń naturalnych oraz przeciwdziałanie poważnym awariom na terenie gminy Złocieniec – II etap” wysokość korekty obliczona została jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (25%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków UE (85%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia (umów: nr 18/2012 z dnia 16.04.2012 r., nr 19/2012 z dnia 16.04.2012 r., nr 20/2012 z dnia 16.04.2012 r., nr 21/2012 z dnia 16.04.2012 r., nr 22/2012 z dnia 16.04.2012 r., nr 23/2012 z dnia 16.04.2012 r., nr 24/2012 z dnia 17.04.2012 r., nr 25/2012 z dnia 16.04.2012 r., nr 26/2012 z dnia 16.04.2012 r.). W związku z powyższym kwota korekty finansowej w ramach w/w postępowania wynosi 54 685,68 zł,
- postępowania pn. „Zapobieganie i ograniczanie skutków zagrożeń naturalnych oraz przeciwdziałanie poważnym awariom na terenie gminy Złocieniec – III etap” wysokość korekty obliczona została jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (25%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków UE (85%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia (umowa: nr 37/2012 z dnia 18.06.2012 r.). W związku z powyższym kwota korekty finansowej w ramach w/w postępowania wynosi 32 839,15 zł.

Wobec powyższych wyliczeń, łączna wysokość korekty finansowej za stwierdzone naruszenia, została przez IZ RPO WZ ustalona w wysokości: 320 467,33 zł. Powyższe kwoty zawierały należność główną wymaganą do zwrotu, tj. 295 258,16 zł, którą należało powiększyć o odsetki jak dla zaległości podatkowych (liczone od dnia przekazania środków do dnia zwrotu) oraz wysokość korekty finansowej, o którą została pomniejszona płatność końcowa, tj. 25 209,17 zł. Kwota 25 209,17 zł dotyczyła korekty finansowej nałożonej na wydatki ujęte we wniosku o płatność końcową, dla której środki nie zostały jeszcze wypłacone.

Jak już wspomiano, z uwagi na fakt, iż Beneficjent w terminie wyznaczonym w wezwaniu do zwrotu wyraził zgodę na pomniejszenie korekty finansowej z przysługującej mu płatności, IZ RPO WZ określając kwotę wymaganą do zwrotu uwzględniła powyższą okoliczność. Kwota zatwierdzona do wypłaty we wniosku o płatność końcową nr WNP-RPZP.04.05.02-32-011/10-11/K01 wynosiła 125 191,57 zł i po dokonaniu pomniejszenia o kwotę korekty finansowej nałożonej na wydatki, dla których dofinansowanie nie zostało jeszcze wypłacone, tj. 25 209,17 zł, nie wystarczyła ona na pokrycie całej kwoty należnej do zwrotu, tj. 295 258,16 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych. W związku z powyższym, IZ RPO WZ dokonała pomniejszenia płatności końcowej, zgodnie z art. 55 § 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2012 r., poz. 749 tekst jednolity ze zm.) o część środków należnych do zwrotu wraz z odsetkami. Kwotę 99 982,40 zł (125 191,57 zł – 25 209,17 zł) rozliczono proporcjonalnie w następujący sposób:

- na należność główną, tj. 73 594,94 zł,
- na odsetki jak dla zaległości podatkowych, tj. 26 387,46 zł (odsetki wyliczone za okres od dnia 26.05.2011 r. do dnia 25.03.2014 r. (data zakończenia czynności kontrolnych) od kwoty należności głównej, tj. 131 186,73 zł - stanowiącej korektę finansową nałożoną na wniosek o płatność nr WNP-RPZP.04.05.02-32-011/10-04/K01 - wynoszą 47 037,00 zł).

Po pomniejszeniu jak powyżej, Beneficjentowi pozostała do zwrotu kwota należności głównej w wysokości 221 663,22 zł (295 258,16 zł – 73 594,94 zł) wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości

podatkowych oraz z odsetkami zaległymi w wysokości 20 649,54 zł (47 037,00 zł - 26 387,46 zł), na które to kwoty opiewała decyzja administracyjna nr WWRPO/31/W/2014 z dnia 23.07.2014 r..

W tym miejscu należy podkreślić, iż Beneficjent w terminie określonym w decyzji Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 23.07.2014 r. nr WWRPO/31/W/2014 dokonał zwrotu środków powiększonych o odsetki w kwotach wskazanych w w/w decyzji.

IZ RPO WZ ustalając wysokość kwoty wymaganej do zwrotu wzięła pod uwagę wszystkie okoliczności, w tym przede wszystkim naruszone przez Beneficjenta przepisy prawa, a ponadto zapisy umowy o dofinansowanie. Z uwagi na wagę i charakter szczegółowo opisanych naruszeń, których dopuścił się Beneficjent podczas stosowania pzp, IZ RPO WZ do wyliczenia wysokości korekty przyjęła maksymalne wskaźniki procentowe, bowiem Beneficjent swoim zachowaniem doprowadził do naruszenia przepisów prawa, które mogło spowodować szkodę finansową w budżecie UE. Poprzez swoje działanie lub zaniechanie Beneficjent ograniczył równy udział w opisanych postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, nie zapewniając równego traktowania wszystkich wykonawców i ograniczając konkurencję, czym zablokował możliwość udziału w postępowaniach większej ilości oferentów, którzy mogliby zaproponować korzystniejsze warunki realizacji zamówień w tym niższą cenę. Tym samym IZ RPO WZ, po ponownym rozpoznaniu sprawy, również nie dostrzegła podstaw do obniżenia wskaźnika korekty finansowej wskazanego w Taryfikatorze w ramach przedmiotowych postępowań.

Od decyzji wydanej na podstawie art. 207 ust. 1 upf nie służy stronie odwołanie, lecz strona niezadowolona z decyzji może się zwrócić do IZ RPO WZ z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy. Organ rozpatrujący wniosek, jest zobowiązany do przeprowadzenia powtórnego postępowania w celu rozstrzygnięcia sprawy co do istoty, gdyż do wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące odwołań od decyzji. Zgodnie z art. 138 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz .U. z 2013 r., poz. 267 tekst jednolity ze zm.), organ odwoławczy wydaje decyzję, w której: utrzymuje w mocy zaskarżoną decyzję, uchyla zaskarżoną decyzję w całości albo w części i w tym zakresie orzeka co do istoty sprawy, albo uchylając tę decyzję - umarza postępowanie pierwszej instancji w całości albo w części, bądź też umarza postępowanie odwoławcze.

Kierując się powyższym oraz mając na uwadze cały zgromadzony dotychczas materiał dowodowy, w szczególności umowę o dofinansowanie wraz z zawartym aneksem, wyniki czynności kontrolnych, wyjaśnienia Beneficjenta, a także uzasadnienie wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, po ponownym przeanalizowaniu wszystkich okoliczności w sprawie, 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 z dnia 23.07.2014 r. nr WWRPO/31/W/2014 orzekającą zwrot od Beneficjenta części środków, które otrzymał na podstawie umowy nr UDA-RPZP.04.05.02-32-011/10-00 z dnia 08.10.2010 r. na realizację projektu pn. „Zapobieganie i ograniczanie skutków zagrożeń naturalnych oraz przeciwdziałanie poważnym awariom na terenie Gminy Złocieniec”.

Pouczenie

Od niniejszej decyzji przysługuje wniesienie skargi do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie, ul. Staramłyńska 10 w terminie 30 dni od daty jej doręczenia za pośrednictwem Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego.

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego