



Załącznik do uchwały nr 1618/15  
Zarządu Województwa  
Zachodniopomorskiego  
z dnia 22 października 2015 r.

Gmina Police  
ul. Stefana Batorego 3  
72-010 Police

WWRPO.VIII.3162.57.2015.AJ

### **DECYZJA Nr WWRPO/38/W/2015**

podjęta w dniu 22 października 2015 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego  
w osobach:

Olgierd Geblewicz - Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego,  
Anna Mieczkowska - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego,  
Robert Grzywacz - Członek Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego.

Na podstawie art. 25 pkt 1, art. 26 ust. 1 pkt 15 ustawy z dnia 06 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2014 r. poz. 1649 tekst jednolity ze zm.), art. 207 ust. 1 pkt 2, ust. 2a i ust. 9 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885 tekst jednolity ze zm.) w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 5 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. 2 a ustawy z dnia 05 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2015 r. poz. 1392 tekst jednolity)

#### **orzeka:**

zwrot od Beneficjenta – Gminy Police z siedzibą przy ul. Stefana Batorego 3 w Policach, środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013 na podstawie umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.05.02-32-010/10-00 zawartej w Policach w dniu 19.11.2013 r. na realizację projektu pn. „Przebudowa budynku OSP w Trzebieży oraz zakup sprzętu ratowniczo-gaśniczego i rozpoznawczego w ramach kompleksowej ochrony i zapobiegania zagrożeniom na terenie gminy Police i Powiatu Polickiego” w łącznej kwocie 196 632,00 zł (słownie: sto dziewięćdziesiąt sześć tysięcy sześćset trzydzieści dwa złote 00/100) wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych liczonymi od daty przekazania środków tj. od dnia 10.06.2014 r. do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej

na rachunek bankowy Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego, tj. Zarządu Województwa nr 35 1020 4795 0000 9002 0210 4768, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji o zwrocie, z zastrzeżeniem, że po bezskutecznym upływie tego terminu zwrot środków nastąpi przez pomniejszenie kolejnej płatności przysługującej Beneficjentowi o środki należne do zwrotu wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych.

## Uzasadnienie

Beneficjent - Gmina Police z siedzibą przy ul. Stefana Batorego 3 w Policach - w dniu 19.11.2013 r. zawarł z Województwem Zachodniopomorskim reprezentowanym przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego, pełniącym na podstawie art. 25 pkt 1 ustawy z dnia 06 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2014 r. poz. 1649 tekst jednolity ze zm.), rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007 – 2013 (zwanej dalej: IZ RPO WZ), umowę o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.05.02-32-010/10-00 na realizację projektu pn. „Przebudowa budynku OSP w Trzebieży oraz zakup sprzętu ratowniczo-gaśniczego i rozpoznawczego w ramach kompleksowej ochrony i zapobiegania zagrożeniom na terenie gminy Police i Powiatu Polickiego” 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 zostały zawarte aneksy do umowy o dofinansowanie: nr UDA-RPZP.04.05.02-32-010/10-01 z dnia 02.01.2014 r., nr UDA-RPZP.04.05.02-32-010/10-02 z dnia 31.12.2014 r. oraz nr UDA-RPZP.04.05.02-32-010/10-03 z dnia 26.02.2015 r.

Umowa o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.05.02-32-010/10-00 określa szczegółowe zasady dofinansowania projektu, a także prawa i obowiązki Beneficjenta z tym związane. Zgodnie z zapisami przedmiotowej umowy IZ RPO WZ zobowiązała się do dofinansowania części wydatków kwalifikowalnych poniesionych na realizację projektu na podstawie zweryfikowanego przez IZ RPO WZ poprawnego wniosku o płatność. Beneficjent natomiast zobowiązał się do realizacji projektu w oparciu o wnioski o dofinansowanie, z należytą starannością, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami w ramach programu oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację projektu, a także osiągnięcie celów zakładanych we wniosku o dofinansowanie (§ 4 ust. 4 umowy o dofinansowanie).

Ponadto podczas realizacji projektu Beneficjent zobligowany był stosować procedury zapewniające ponoszenie wydatków zgodnie z prawem, zwłaszcza odnoszącym się do zamówień publicznych. Beneficjent zobowiązał się do stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm., zwanej dalej: pzp) w zakresie w jakim ustawa ta ma zastosowanie do Beneficjenta i do projektu (§ 11 ust. 1 umowy o dofinansowanie). Podkreślić należy, iż wedle zapisu § 11 ust. 8 umowy o dofinansowanie w przypadku naruszenia przez Beneficjenta pzp stosuje się korekty finansowe obniżające dofinansowanie, zgodnie z tzw. „Taryfikatorem” – dokumentem opracowanym przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego (obecnie Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju, zwane dalej: MIR), określającym tryb postępowania i sposób nakładania korekt finansowych w procesie realizacji przedsięwzięć współfinansowanych z funduszy strukturalnych i Funduszu Spójności (zwanym dalej: Taryfikatorem). Uchwałą nr 1295/10 z dnia 26.07.2010 r. Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego przyjął dokument pn. „Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE”, który następnie zaktualizowano uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 94/12 z dnia 27.01.2012 r. Uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 205/13 z dnia 13.02.2013 r., a następnie uchwałą Zarządu Województwa Zachodniopomorskiego nr 1002/14 z dnia 09.06.2014 r. zmieniono uchwałę nr 94/12, w związku z czym dotychczas obowiązujący dokument otrzymał nowe brzmienie, które z uwagi na datę wszczęcia czynności kontrolnych zostało uwzględnione w niniejszej sprawie.

Na mocy zapisów art. 26 ust. 1 pkt 14 uzppr oraz § 13 umowy o dofinansowanie, w dniach 03-05.02.2015 r., IZ RPO WZ przeprowadziła kontrolę planową realizacji w/w projektu. W toku czynności kontrolnych stwierdzono wystąpienie nieprawidłowości – w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. Urz. UE L 210 z dnia 31 lipca 2006 r. ze zm., zwane dalej: rozporządzeniem nr 1083/2006) – spowodowane uchybieniami w stosowaniu pzp w następujących postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych:

- 1) w ramach postępowania przetargowego pn. „Dostawa samochodu specjalnego ciężkiego – ciągnik siodłowy przeznaczony do ciągnięcia naczepy zabudowanej cysterną przeznaczoną do transportu 20m<sup>3</sup> wody na potrzeby Komendy Powiatowej Państwowej Straży Pożarnej w Policach” stwierdzono naruszenie art. 7 ust. 1 pzp poprzez wskazanie w ramach zapisów ogłoszenia o zamówieniu zaświadczenia Krajowego Rejestru Karnego, jakie winny złożyć podmioty mające siedzibę poza granicami kraju, wobec braku takiego wymogu względem podmiotów krajowych. Za powyższe naruszenie nałożono korektę finansową, którą ustalono w

- oparciu o wskaźnik na poziomie 25% (Taryfikator, Tabela nr 2 poz. 12 „Określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów oceny ofert”);
- 2) w ramach postępowania przetargowego pn. „Przebudowa remizy ochotniczej straży pożarnej w Trzebieży” stwierdzono naruszenie:
    - art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp poprzez postawienie warunku udziału w postępowaniu nieadekwatnego do przedmiotu zamówienia – żądanie od wykonawcy dysponowania osobą posiadającą uprawnienia budowlane w branży drogowej. Za powyższe naruszenie nałożono korektę finansową, którą ustalono w oparciu o wskaźnik na poziomie 25% (Taryfikator, Tabela nr 2 poz. 12 „Określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów oceny ofert”);
    - art. 144 ust. 1 pzp poprzez wprowadzenie niedozwolonych (nieprzewidzianych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – zwanej dalej: SIWZ – i ogłoszeniu o zamówieniu) zmian do umowy w zakresie zmiany terminu realizacji zadania. Za powyższe naruszenie nałożono korektę finansową, którą ustalono w oparciu o wskaźnik na poziomie 25% (Taryfikator, Tabela nr 2 poz.26 „Niedozwolona zmiana postanowień zawartej umowy”);
  - 3) w ramach postępowania przetargowego pn. „Roboty dodatkowe na zadaniu inwestycyjnym „Przebudowa remizy OSP w Trzebieży”” stwierdzono naruszenie art. 67 ust 1 pkt 5 pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy w trybie z wolnej ręki bez wykazania ustawowych przesłanek umożliwiających zastosowanie procedury niekonkurencyjnej. Za powyższe naruszenie Taryfikator w Tabeli nr 2 poz. 8 „Bezprawne udzielenie w trybie zamówienia z wolnej ręki zamówień dodatkowych lub uzupełniających, których wartość nie przekracza 20% lub 50% wartości zamówienia realizowanego”, przewiduje korektę w wysokości 25%;
  - 4) w ramach postępowania przetargowego pn. „Dostawa samochodów ratowniczo-gaśniczych dla OSP – czterech fabrycznie nowych średnich samochodów ratowniczo-gaśniczych z napędem 4x4” stwierdzono naruszenie:
    - art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp poprzez postawienie warunku udziału w postępowaniu nieadekwatnego do przedmiotu zamówienia – żądanie od wykonawcy zrealizowania min. 5 dostaw (wobec przedmiotu zamówienia dotyczącego 1 dostawy) wozów średnich lub ciężkich samochodów ratowniczo-gaśniczych o łącznej wartości 3 500 000,00 zł. Za powyższe naruszenie nałożono korektę finansową, którą ustalono w oparciu o wskaźnik na poziomie 25% (Taryfikator, Tabela nr 1 poz. 19 „Określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów oceny ofert”);
    - art. 29 ust. 2 pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób mogący naruszać uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców (w ramach opisu przedmiotu zamówienia ujętym w SIWZ Zamawiający wskazał m.in., iż będzie wymagał od dostawców dostarczenia wozów z napędem na obie osie oraz możliwością odłączenia osi przedniej).  
W przypadku potwierdzenia się wątpliwości zespołu kontrolującego co do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób preferujący jednego wykonawcę, będzie to skutkowało uznaniem wydatków związanych z dostawą samochodów ratowniczo-gaśniczych dla OSP w całości za niekwalifikowalne.

Już w tym miejscu warto wskazać, iż przez „nieprawidłowość” zgodnie z brzmieniem art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006 należy rozumieć jakiegokolwiek naruszenie przepisu prawa wspólnotowego wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub mogłoby spowodować szkodę w budżecie ogólnym Unii Europejskiej (zwanej dalej: UE) w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego. Szkoła w budżecie UE określona została na dwa sposoby, jako szkoda rzeczywista, poprzez którą należy rozumieć środki Wspólnoty, które zostały już nieprawidłowo wypłacone Beneficjentowi, oraz szkoda potencjalna, na którą składają się środki Wspólnoty, które mogłyby zostać nieprawidłowo wypłacone Beneficjentowi, gdyby nieprawidłowość nie została wykryta. Zgodnie z powyższym, do stwierdzenia nieprawidłowości konieczne jest wystąpienie łącznie trzech podstawowych elementów tej definicji: naruszenie prawa, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje choćby potencjalną szkodę finansową w budżecie ogólnym UE. Należy wskazać, iż zarówno Komisja Europejska, jak i Trybunał Sprawiedliwości UE przyjmują szeroką wykładnię przesłanki naruszenia prawa wspólnotowego, która obejmuje tak naruszenie prawa unijnego, jak i prawa krajowego. Zaś wykrycie takowego naruszenia i uznanie go za nieprawidłowość rodzi obowiązek nałożenia korekty finansowej (art. 98 rozporządzenie nr 1083/2006), nawet jeżeli wywołuje ono jedynie możliwość powstania szkody w budżecie UE.

Pismem z dnia 08.04.2015 r. Beneficjent złożył wyjaśnienia i zastrzeżenia do wyników przeprowadzonych przez IZ RPO WZ w dniach 03-05.02.2015 r. czynności kontrolnych. Po przeanalizowaniu wyjaśnień i zastrzeżeń Beneficjenta IZ RPO WZ uznała (pismo kończące czynności

kontrolne z dnia 25.05.2015 r.) w części argumenty Beneficjenta i odstąpiła od nałożenia korekty finansowej za następujące naruszenia:

- 1) w ramach postępowania przetargowego pn. „Dostawa samochodu specjalnego ciężkiego – ciągnik siodłowy przeznaczony do ciągnięcia naczepy zabudowanej cysterną przeznaczoną do transportu 20m<sup>3</sup> wody na potrzeby Komendy Powiatowej Państwowej Straży Pożarnej w Policach” - art. 7 ust. 1 pzp poprzez wskazanie w ramach zapisów ogłoszenia o zamówieniu zaświadczenia Krajowego Rejestru Karnego jakie winny złożyć podmioty mające siedzibę poza granicami kraju, wobec braku takiego wymogu względem podmiotów krajowych;
- 2) w ramach postępowania przetargowego pn. „Przebudowa remizy ochotniczej straży pożarnej w Trzebieży” – art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp poprzez postawienie warunku udziału w postępowaniu nieadekwatnego do przedmiotu zamówienia – żądanie od wykonawcy dysponowania osobą posiadającą uprawnienia budowlane w branży drogowej oraz art. 144 pzp poprzez wprowadzenie zmiany do umowy w zakresie terminu zakończenia robót budowlanych związanych z przedmiotem zamówienia;
- 3) w ramach postępowania przetargowego pn. „Dostawa samochodów ratowniczo-gaśniczych dla OSP-czterech fabrycznie nowych średnich samochodów ratowniczo-gaśniczych z napędem 4x4” – art. 29 ust. 2 poprzez sporządzenie dyskryminacyjnego opisu przedmiotu zamówienia, który bezpodstawnie preferował wskazanego producenta wozu pożarniczego-gaśniczego.

Jednocześnie po analizie wyjaśnień i zastrzeżeń Beneficjenta do wyników czynności kontrolnych wskazujących na m.in. konieczność zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia na możliwie najwyższym poziomie uwzględniającym potrzeby Zamawiającego, brak odpowiedniego doświadczenia podmiotów wykonujących jednostkowe dostawy pojazdów pożarniczych, zbieżność postawionego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w postaci wykazania się zrealizowaniem min. 5 dostaw określonych pojazdów z ilością samochodów dostarczanych w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia oraz brak ograniczenia uczciwej konkurencji (na co miała wskazywać m.in. analiza udzielonych zamówień publicznych w okresie wskazanym w SIWZ) IZ RPO WZ podtrzymała swoje ustalenia w zakresie stwierdzonego naruszenia przez Beneficjenta przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp w ramach postępowania pn. „Dostawa samochodów ratowniczo-gaśniczych dla OSP – czterech fabrycznie nowych średnich samochodów ratowniczo-gaśniczych z napędem 4x4”. IZ RPO WZ podtrzymała również ustalenia w zakresie naruszenia przez Beneficjenta art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp w ramach postępowania pn. „Roboty dodatkowe na zadaniu inwestycyjnym „Przebudowa remizy OSP w Trzebieży””, nie uznając argumentu Beneficjenta o braku możliwości przewidzenia konieczności wykonania robót dodatkowych.

Z uwagi na fakt, iż Beneficjent realizował projekt, wykorzystując środki przekazane na ten cel z naruszeniem obowiązujących go w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2007-2013 (zwanego dalej: RPO WZ) procedur, IZ RPO WZ pismem z dnia 11.06.2015 r. wezwała Beneficjenta do zwrotu środków w łącznej kwocie 196 632,00 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych w terminie 14 dni od doręczenia wezwania (lub wyrażenie zgody na pomniejszenie powyższej kwoty z kolejnej płatności). Zgodnie bowiem z treścią art. 207 ust. 8 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885 tekst jednolity ze zm., zwanej dalej: ufp) w przypadku stwierdzenia okoliczności, że środki zostały wykorzystane z naruszeniem procedur, Instytucja Zarządzająca wzywa do zwrotu środków lub do wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności, w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania. 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 359 307,34 zł. Wobec powyższego, jak wskazano w piśmie z dnia 11.06.2015 r. kwota ta zostanie potrącona z płatności końcowej w projekcie (zgoda Beneficjenta w tym przypadku nie jest wymagana).

W związku z tym, iż Beneficjent nie dokonał zwrotu środków w wyznaczonym terminie (ani nie wyraził zgody na ich potrącenie z kolejnej przysługującej płatności), z dniem 30.06.2015 r. wszczęte zostało wobec niego postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków otrzymanych w ramach umowy o dofinansowanie nr UDA-RPZP.04.05.02-32-010/10-00 na realizację projektu pn. „Przebudowa budynku OSP w Trzebieży oraz zakup sprzętu ratowniczo-gaśniczego i rozpoznawczego w ramach kompleksowej ochrony i zapobiegania zagrożeniom na terenie gminy Police i Powiatu Polickiego”. Strona została również poinformowana o możliwości złożenia dowodów, wyjaśnień i zastrzeżeń w sprawie. Beneficjent korzystając z niniejszego uprawnienia, pismem z dnia 08.07.2015 r. przedłożył opinię prawną z dnia 30.06.2015 r. dotyczącą zastrzeżeń odnośnie stwierdzonego w protokole pokontrolnym naruszenia przez Beneficjenta w ramach postępowania pn. „Dostawa samochodów ratowniczo-gaśniczych dla OSP – czterech fabrycznie nowych średnich

samochodów ratowniczo-gaśniczych z napędem 4x4” art. 7 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp poprzez żądanie w ramach warunku udziału w postępowaniu dotyczącym wiedzy i doświadczenia wykazania min. 5 dostaw średnich lub ciężkich samochodów o wartości łącznej min. 3 500 000,00 zł, co stanowiło warunek nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i prowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Opiniujący nie zgodził się ze stanowiskiem IZ RPO WZ przedstawionym w tym zakresie w piśmie kończącym czynności kontrolne z dnia 25.05.2015 r., wskazując, iż stanowi ono jednostronną, subiektywną wykładnię stanowisk poszczególnych organów, która nie jest poparta konkretnymi wnioskami odnoszącymi się do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy. Zdaniem opiniującego stanowiska cytowane przez IZ RPO WZ w piśmie kończącym czynności kontrolne co do zasady są zapewne słuszne i uzasadnione, jednakże organ wedle opiniującego nie wykazał, że znajdują one odniesienie w niniejszej sprawie. Jak podał opiniujący, cytowanie bez odwołania się do stanu faktycznego danej sprawy, nie może zastępować uzasadnienia merytorycznego w ocenianej przez organ sprawie. Opiniujący zarzucił IZ RPO WZ, iż w piśmie kończącym czynności kontrolne wskazała, że „...argument Beneficjenta (dopisek własny: zawarty w piśmie z dnia 08.04.2015 r.) dotyczący konieczności takiego sformułowania warunku udziału w postępowaniu, który w jego ocenie będzie jednocześnie gwarancją spełnienia oczekiwanych standardów realizowanej dostawy, nie zasługuje na uwzględnienie”, nie przywołując jednocześnie twierdzeń które mogłyby uzasadniać dokonanie takiej oceny. Nadto nie zgodził się z wnioskiem sformułowanym w w/w piśmie IZ RPO WZ, iż Beneficjent „w ramach wyjaśnień nie uzasadnił na jakiej podstawie przyjął błędnie w ocenie IZ RPO WZ założenie, że firma która zrealizowała jedną dostawę opiewającą na zakładaną liczbę wozów strażackich posiada mniejsze doświadczenie niż firma, która zrealizowała większą ilość jednostkowych dostaw”. W wyjaśnieniach Beneficjenta z dnia 08.04.2015 r. wskazano bowiem, iż: „Na rynku samochodów strażackich w Polsce realizowany jest zakup ok. 400-500 pojazdów strażackich rocznie, w tym około połowę stanowią średnie i ciężkie samochody ratowniczo-gaśnicze. Samochody te nie posiadają określonych standardów (w zakresie samochodów Państwowej Straży Pożarnej określono tylko minimalny standard wyposażenia; nie dotyczy pojazdów OSP) i w praktyce każda dostawa realizowana jest w ramach indywidualnych zamówień poszczególnych Zamawiających. Firmy realizujące tego typu zamówienia muszą posiadać stosowne doświadczenie, które uzyskuje się poprzez realizację dużej ilości dostaw różnego typu pojazdów. Muszą posiadać dostęp do technologii projektowej i dysponować bardzo rozbudowanym zapleczem wykonawczym oraz posiadać co równie istotne odpowiednie zaplecze serwisowe (samochody eksploatowane są w ekstremalnych warunkach). Oczywiście jest, że takiego potencjału nie posiadają firmy mogące się pochwalić pojedynczymi realizacjami dostaw”. W przedstawionej opinii prawnej podkreślono, iż w przypadku pojazdów pożarniczych, które są pojazdami jednostkowymi, bardzo zaawansowanymi technicznie, o różnym stopniu skomplikowania i możliwościach wykonania zarówno zabudowy jak i wyposażenia w armaturę oraz sprzęt, nie można mówić o posiadaniu odpowiedniego poziomu wiedzy i doświadczenia przy wykonywaniu jednostkowych takich pojazdów. Zgodnie z przytoczonym przez Stronę wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (zwanej dalej: KIO) z dnia 16.03.2015 r. (sygn. KIO 413/15): „Nie sposób mówić o doświadczeniu przy założeniu, że wykonawca zrealizował należycie 1 usługę tego rodzaju. Istotna jest tutaj pewna powtarzalność, która daje rękojmię (...), iż wykonawca wykona zamówienie w sposób prawidłowy i rzetelny”. Ponadto zwrócono uwagę, iż pzp ma gwarantować zapewnienie jak największej liczbie podmiotów możliwość udziału w postępowaniu. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b pzp wykonawca ma możliwość korzystania przy realizacji danego zamówienia z zasobów innych podmiotów, w tym również ich wiedzy i doświadczenia, a także możliwość złożenia oferty w ramach konsorcjum, co również poszerza dostęp podmiotów do udziału w postępowaniu, którego przedmiotem jest udzielenie zamówienia publicznego. Dodatkowo opiniujący, polemizując ze stwierdzeniem zawartym w piśmie kończącym czynności kontrolne, iż „przedmiotem analizowanego postępowania przetargowego była dostawa wozów pożarniczo-gaśniczych, wobec czego katalog możliwych wykonawców biorących udział w postępowaniu nie ograniczał się jedynie do podmiotów produkujących wozy, lecz również do podmiotów zajmujących się ich sprzedażą”, poczynił uwagę, iż w jego ocenie nie jest potrzebne rozważanie czy dostawcą może być jedynie sprzedawca czy tylko producent. Definicja dostaw przewidziana w pzp ma na celu przede wszystkim odróżnienie tej kategorii czynności od objętych przepisami ustawy usług i robót budowlanych. Istotą rzeczy jest sformułowanie warunków zamówienia publicznego. Charakter tego zamówienia wskaże jakiego rodzaju podmiot będzie de facto występował obok Zamawiającego – czy będzie to pośrednik, producent, firma leasingowa czy wynajmujący. Poza tym jak podano w opinii prawnej, Beneficjent dokonując w zamówieniu weryfikacji w odniesieniu do liczby wykonywanych zamówień oraz do ich wartości, które stanowić miały swego rodzaju gwarancję, rękojmię należytego wykonania umowy, dopuścił do udziału kilku wykonawców. Przepisy

pzp nie precyzują w przypadku przetargu nieograniczonego minimalnej liczby wykonawców, którzy zapewnią uczciwą konkurencję. Jednak analizując stosowne opracowania należy przyjąć, iż liczbą wykonawców zapewniającą konkurencję jest co najmniej trzech. W przedmiotowej sprawie warunki udziału w postępowaniu zostały określone na podstawie przeprowadzonej analizy udzielonych zamówień na rynku polskim zgodnie z informacjami zawartymi w bazie TED (Tenders Electronic Daily). Jak podano w opinii prawnej, przyjmując kryteria wyszukiwania (CPV 34144210\* Udzielenie zamówienia, PL, od 25.02.2011 do 24.02.2014, średni\*,ciężki\*) \*-34144210-3 Wozy strażackie można uzyskać informację, iż w okresie który dotyczył warunków przedmiotowego postępowania zrealizowano odpowiednio 96 dostaw dla samochodów średnich i 98 dostaw dla samochodów ciężkich. Zebrane dane przeanalizowano pod kątem poszczególnych wykonawców i uznano, że sformułowany przez Zamawiającego warunek nie ograniczył żadnego z dostawców w możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Jak podano jedynie 1 z 6 potencjalnych wykonawców nie spełniłby żadnego warunku doświadczenia porównywalnego z analizowanym. Tym samym w ocenie opiniującego nie doszło do naruszenia art. 7 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp w ramach postępowania pn. „Dostawa samochodów ratowniczo-gaśniczych dla OSP – czterech fabrycznie nowych średnich samochodów ratowniczo-gaśniczych z napędem 4x4”, tym bardziej nie spowodowało ono ujemnych skutków finansowych dla budżetu UE.

Z uwagi na konieczność dokonania szczegółowej analizy m.in. zarzutów podniesionych w opinii prawnej z dnia 30.06.2015 r., IZ RPO WZ postanowieniem z dnia 29.07.2015 r. i 26.08.2015 r. zawiadomiła Beneficjenta o konieczności przedłużenia postępowania w przedmiocie zwrotu środków. Nadto pismem z dnia 18.09.2015 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. Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2013 r. poz. 267 tekst jednolity ze zm.). Mając na uwadze konieczność zapewnienia Beneficjentowi możliwości zapoznania się z aktami i umożliwienie wypowiedzenia się co do zebranych materiałów i zgłoszonych żądań, postanowieniem z dnia 28.09.2015 r. organ przedłużył postępowanie administracyjne, o którym mowa powyżej.

Po dokonaniu całościowej oceny materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, w tym analizy wyjaśnień przedstawionych przez Gminę Police, IZ RPO WZ wskazuje co następuje.

Środki publiczne przeznaczone na wykonywanie projektów realizowanych w ramach programów finansowych ze środków europejskich mają charakter bezzwrotny i powinny być wykorzystywane zgodnie z prawem, obowiązującymi procedurami, a także ściśle z celem, na który zostały przekazane. Wykrycie nieprawidłowości w zakresie wydatkowania środków publicznych powoduje konieczność dochodzenia ich zwrotu.

Mając na uwadze, iż do zadań IZ RPO WZ należy m.in. w oparciu o art. 26 ust. 1 pkt 15 i 15 a uzppr ustalanie i nakładanie korekt finansowych, 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 ufp, IZ RPO WZ podjęła czynności zmierzające do odzyskania należnej jej kwoty. Zgodnie z art. 207 ust. 1 ufp, 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 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 której mowa w ust. 9, na wskazany w tej decyzji rachunek bankowy.

Należy podkreślić, iż pod pojęciem procedur, których naruszenie uprawnia do wydania decyzji określającej kwotę zwrotu, rozumiane są postanowienia dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystania dofinansowania, w tym zasady ponoszenia wydatków w ramach projektu, a także zapisy umowy o dofinansowanie, Wytocznych dla Wnioskodawców, Uszczegółowienia RPO WZ. Ustawodawca nie przewidział zamkniętego katalogu procedur, na podstawie których wydatkowane są środki unijne związane z realizacją konkretnych programów operacyjnych. Do dofinansowania kwalifikowane są te projekty, które pozytywnie przeszły wszystkie etapy jego oceny, przeprowadzanej w ramach konkursu, a dofinansowanie jest możliwe w ramach dostępnej alokacji na realizację poszczególnych działań i priorytetów w ramach programu operacyjnego (zob. art. 28 ust. 1 pkt 3, art. 30a ust. 1 uzppr). Podstawę dofinansowania projektu stanowi m.in. umowa o dofinansowanie zawarta z Beneficjentem przez instytucję zarządzającą albo działającą w jej imieniu instytucję pośredniczącą lub instytucję wdrażającą. Umowa ta określa warunki dofinansowania projektu, a także prawa i obowiązki Beneficjenta z tym związane (art. 30 ust. 1 i 2 uzppr). Umowa jest zatem elementem projektu. W związku z powyższym, niewypełnienie postanowień

umowy oraz dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystania dofinansowania, powoduje konieczność odzyskiwania przez IZ RPO WZ kwot podlegających zwrotowi.

W analizowanej sprawie Beneficjent poprzez naruszenie przepisów pzp, naruszył procedury, o których mowa w art. 184 ust. 1 ufp, albowiem podejmował działania niezgodne z umową o dofinansowanie, oraz niezgodne z przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Wskazać należy, iż podczas realizacji projektu Beneficjent zobligowany jest stosować procedury zapewniające ponoszenie wydatków kwalifikowalnych zgodnie z prawem, zwłaszcza odnoszącym się do zamówień publicznych. Ponadto wskazać należy, iż Beneficjent podczas realizacji projektu oraz wykonywania umowy ma obowiązek przestrzegania właściwych przepisów prawa wspólnotowego, przepisów prawa polskiego, w tym wszelkich wytycznych do nich, a także obowiązujących reguł, zasad i postanowień wynikających z Programu, Uszczegółowienia Programu, obowiązujących procedur, wytycznych, a także informacji IZ RPO WZ (§ 10 ust. 5 umowy o dofinansowanie).

Jak ustalono w toku postępowania wyjaśniającego, Beneficjent w postępowaniu pn. „Roboty dodatkowe na zadaniu inwestycyjnym „Przebudowa remizy OSP w Trzebieży”” dopuścił się naruszenia art. 67 ust 1 pkt 5 pzp poprzez bezprawne udzielenie zamówienia z wolnej ręki wykonawcy robót budowlanych. Zamawiający udzielił zamówienia dodatkowego polegającego na dostosowaniu wymiarów budynku (garażu) do wymiarów zakupionego wozu strażackiego. Według IZ RPO WZ konieczność dostosowania obiektu do możliwości garażowania wozu strażackiego stanowi niedopatrzenie Zamawiającego na etapie sporządzania opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego przebudowy budynku remizy, gdyż możliwym było wybudowanie garażu zapewniającego możliwość garażowania wozów o różnych wymiarach. Poza tym Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego dostawy wozów ratowniczo – gaśniczych był w posiadaniu informacji o kubaturze przebudowanego garażu. Tym samym nie została wypełniona podstawowa przesłanka dotycząca trybu zamówienia z wolnej ręki określona w art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp, tj. brak możliwości przewidzenia konieczności wykonania robót. Staranny i rzetelny opis przedmiotu zamówienia jest jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego, zatem zaniedbania w przedmiotowym zakresie nie mogą stanowić podstawy do udzielenia wykonawcy zamówienia w oparciu o tryb szczególnie, którego zastosowanie uzależnione jest ściśle od spełnienia ustawowych przesłanek.

W tym miejscu należy wskazać, iż zamówienie dodatkowe to m.in. robota budowlana niezbędna dla prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, a więc taka bez której zamówienie podstawowe nie może zostać prawidłowo wykonane. Immanentną cechą zamówienia dodatkowego jest to, że jego wykonanie jest konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, która powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny oraz winna wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od Zamawiającego. Ma to miejsce w przypadku, gdy Zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego nie mógł przewidzieć potrzeby wykonania pewnych robót budowlanych. Należy podkreślić, iż nie chodzi zatem o roboty nieprzewidziane na etapie zamówienia podstawowego, ale o niemożliwe do przewidzenia – pomimo zachowania należytej staranności.

Naruszenie powyższej przesłanki wynika co do zasady z błędów i zaniedbań popełnianych w związku z przygotowaniem zamówienia podstawowego. W świetle wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego (zwanego dalej: NSA) z dnia 22.03.2000 r. (sygn. akt II SA 2169/99) nie jest zamówieniem dodatkowym zamówienie, którego należy udzielić w wyniku źle przeprowadzonego przez Zamawiającego procesu inwestycyjnego. Konieczność udzielenia takiego zamówienia nie może wynikać ani ze względów gospodarczych, organizacyjnych, czy też skomplikowanego charakteru zamówienia (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego – zwanego dalej: WSA - w Warszawie z dnia 29.07.2010 r., sygn. akt V SA/Wa 875/10), ani być następstwem zawinionych działań Zamawiającego. Przy prawidłowo zaplanowanej inwestycji Zamawiający powinien w umowie przewidzieć odpowiednie postanowienia na taką okoliczność, umożliwiające prawidłową realizację zadania i wykonanie niezbędnych robót w ramach zawartej umowy. W przypadku natomiast, gdy Zamawiający zamierza skorzystać z możliwości wykonania robót dodatkowych, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp powinien on udowodnić zaistnienie przesłanek tam wymienionych. Beneficjent wskazał co prawda w sformułowanych w odpowiedzi na protokół pokontrolny wyjaśnieniach zawartych w piśmie z dnia 08.04.2015 r., iż: „Przystępując w roku 2012 do realizacji robót budowlanych związanych z przebudową remizy OSP w Trzebieży, zadanie miało być realizowane wyłącznie ze środków budżetowych Gminy Police. Już w trakcie realizacji robót budowlanych, pojawiła się szansa dofinansowania ze środków UE przedmiotowych robót budowlanych, jak i dofinansowania dostawy nowych wozów strażackich na potrzeby OSP z terenu Gminy Police i Komendy Powiatowej Państwowej Straży Pożarnej w Policach. W trakcie opracowywania wytycznych dotyczących kompleksowego projektu okazało się, że obecnie planowane do dostarczenia wozy strażackie mają wymiary odbiegające od dotychczasowych wozów strażackich (są nieco wyższe i dłuższe). Mając na

uwadze powyższe informacje i szansę dofinansowania realizacji kompleksowego projektu, już w trakcie realizacji robót budowlanych podjęto działania zmierzające do dostosowania gabarytów obiektu do wymiarów nowych wozów strażackich - opracowano zamienną dokumentację projektową i otrzymano (w listopadzie 2012 roku) decyzję o zmianie decyzji o pozwoleniu na budowę. Mając powyższe wyjaśnienia na uwadze, nie możemy się zgodzić z wnioskiem Zespołu Kontrolującego o ewidentnych zaniedbaniach Zamawiającego, do których doszło na etapie sporządzania opisu przedmiotu zamówienia - Zamawiający opracowując pierwotną dokumentację projektową w 2002 roku (zmienianą w 2004, 2010) nie miał możliwości przewidzieć, że realizując w 2012 roku roboty budowlane związane z przebudową remizy będzie jednocześnie wymieniał wozy strażackie na nowe i to o innych wymiarach. Zamawiający nie miał również możliwości przewidzieć takiego faktu przystępując do postępowania o zamówienie publiczne na przedmiotowe roboty budowlane na przełomie 2011 i 2012 roku - konieczność wprowadzenia odpowiednich zmian wyniknęła dopiero w trakcie realizacji robót". Należy zaznaczyć, iż IZ RPO WZ wzięła pod uwagę powyższe wyjaśnienia Beneficjenta, jednakże uznała je za niewystarczające dla przyjęcia, iż Beneficjent poprawnie zastosował w postępowaniu pn. „Roboty dodatkowe na zadaniu inwestycyjnym „Przebudowa remizy OSP w Trzebieży”” procedurę wskazaną w art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp.

W ocenie organu, możliwym było przyjęcie przez Beneficjenta takich rozwiązań projektowych dot. pomieszczeń remizy, które uwzględniałyby możliwość zakupu wozów o różnych gabarytach. Ponadto Beneficjent w chwili wszczęcia procedury przetargowej dotyczącej zakupu jednostek ratowniczo – gaśniczych (ogłoszenie o zamówieniu wysłano dnia 13.01.2014 r., zaś opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE pod nr 2014/S 010-012887 dnia 15.01.2014 r.), był w posiadaniu informacji dotyczących kubatury przebudowanego garażu (dokumentacja projektowa z listopada 2012 r.). Zdaniem IZ RPO WZ, Zamawiający nie dołożył zatem należytej staranności planując inwestycję polegającą na zakupie wozów strażackich i przebudowie remizy.

Reasumując, w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z zamówieniem dodatkowym, którego realizacji nie można było wcześniej przewidzieć. Należy podkreślić, że nieprzewidywalność sytuacji, z której zaistnieniem związana jest konieczność wykonania zamówienia dodatkowego powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny. Ponadto roboty dodatkowe nie dotyczą sytuacji, która z różnych powodów nie została przewidziana przez Zamawiającego chociaż mogła lub powinna była być przewidziana, lecz sytuacji nieprzewidywalnej i niemożliwej do przewidzenia, co wskazane zostało wprost w pzp. Wobec faktu, iż w ramach przedmiotowego zamówienia Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanki dotyczącej wystąpienia sytuacji niemożliwej do przewidzenia przez Zamawiającego, naruszono dyspozycję ujętą w art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp. Zamawiający zgodnie z art. 10 ust. 2 pzp, korzystając z innych trybów niż przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony, zobowiązany jest wykazać ich prawidłowe zastosowanie. W oparciu o obowiązujące przepisy Zamawiający mógł zabezpieczyć prawidłowe wykonanie zamówienia, już na etapie jego przygotowywania. W zaistniałym stanie faktycznym zakres robót budowlanych dotyczących zmiany parametrów kubaturowych remizy winien zostać zrealizowany przez wykonawcę wyłonionego w drodze postępowania konkurencyjnego, jako odrębne zamówienie.

W związku z bezprawnym udzieleniem przez Beneficjenta zamówienia z wolnej ręki wykonawcy robót budowlanych, doszło do naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp. Wspomniane naruszenie doprowadziło do powstania potencjalnej szkody w budżecie ogólnym UE, gdyż Zamawiający nie przeprowadził w ogóle postępowania o udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym. Zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Podstawową zasadą pzp jest udzielanie zamówień w trybach podstawowych z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bez jakiegokolwiek dyskryminacji. Nieprzeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym, co przekłada się na istotną wagę tego naruszenia, co do zasady ogranicza dostępność oferty potencjalnym wykonawcom mogącym złożyć korzystniejsze oferty, co w efekcie przynajmniej potencjalnie prowadzi się do powstania szkody w budżecie unijnym. W tym miejscu warto dodać, iż zgodnie z umową nr TI-272/39/2012 z dnia 07.12.2012 r., za wykonanie przedmiotu umowy tj. robót dodatkowych na zadaniu inwestycyjnym „Przebudowa remizy OSP w Trzebieży” wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy ustalono w formie ryczałtu w wysokości 66 981,03 zł brutto. Nie jest wykluczonym, iż konkurencyjność pomiędzy wykonawcami, której nie zapewniono, mogłaby pozwolić Zamawiającemu na wybór wykonawcy mogącego zagwarantować lepsze warunki realizacji zamówienia, w tym niższą cenę. Innymi słowy, stworzenie możliwości wzięcia udziału w przetargu większej liczbie podmiotów daje szansę na uzyskanie korzystniejszych ofert. Zatem prawdopodobnym jest, iż Zamawiający nie stosując trybu konkurencyjnego nie zagwarantował udzielenia zamówienia w sposób oszczędny. Tym samym, w związku z finansowaniem przez IZ RPO WZ wydatku, który mógłby być niższy, gdyby Beneficjent przestrzegał zasad wynikających z pzp, a co z tym związane

niższy byłby wkład finansowy z budżetu UE, doszło do powstania potencjalnej szkody. Zasady zapewniające uczciwą konkurencję zostały stworzone po to, aby dawać gwarancję wyłonienia wykonawców oferujących najkorzystniejsze warunki. Wobec powyższego pomiędzy wykazany naruszeniem a stwierdzoną szkodą potencjalną istnieje związek przyczynowo-skutkowy pozwalający organowi na nałożenie korekty finansowej za stwierdzone naruszenie.

Nadto IZ RPO WZ stwierdziła, iż w postępowaniu pn. „Dostawa samochodów ratowniczo-gaśniczych dla OSP – czterech fabrycznie nowych średnich samochodów ratowniczo-gaśniczych z napędem 4x4” (ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE pod nr 2014/S 010-012887 dnia 15.01.2014 r., wysłano dnia 13.01.2014 r.) doszło do naruszenia przez Beneficjenta art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp poprzez postawienie warunku udziału w postępowaniu nieadekwatnego do przedmiotu zamówienia.

Beneficjent formułując warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do niezbędnej wiedzy i doświadczenia określił w SIWZ (rozdział IIA pkt 3), iż o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą się „(...) należytych wykonaniem, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiednio co najmniej 5 dostaw średnich lub ciężkich samochodów ratowniczo-gaśniczych – o wartości min. 3 500 000 zł łącznie”. Tymczasem przedmiotem zamówienia była dostawa samochodów ratowniczo-gaśniczych dla OSP – czterech fabrycznie nowych średnich samochodów ratowniczo-gaśniczych z napędem 4x4 (rozdział I pkt 1.1 SIWZ), których wartość szacunkową ustalono na kwotę 2 450 422,11 zł. W tym miejscu warto dodać, iż kwota na sfinansowanie zamówienia jaką Zamawiający podał na otwarcie ofert wyniosła 2 874 000,00 zł, zaś cena oferty najkorzystniejszej wyniosła 2 898 028,80 zł (umowę z wykonawcą zawarto dnia 12.03.2014 r.).

Zgodnie z przepisem art. 22 ust. 4 pzp, opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków m.in. posiadania wiedzy i doświadczenia powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny. Przepis ten wskazuje dyrektywy dla Zamawiającego przy dokonywaniu w/w opisu, które mają zapewnić realizację podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 pzp). Należy zaznaczyć, iż opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji.

Przez „związany z przedmiotem zamówienia” należy rozumieć opis warunków dokonywany przez pryzmat celu jakiego ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia, lecz nie w sposób, który wykracza poza realizację tego celu, z uwzględnieniem specyfiki zamówienia, jego zakresu i stopnia złożoności. Przez „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” należy rozumieć opis adekwatny do osiągnięcia wspomnianego celu. Fakt, iż ograniczanie konkurencji jest możliwe w stopniu jak najmniejszym i niezbędnym do osiągnięcia zamierzonych celów potwierdza orzecznictwo KIO. Przykładowo w uchwale z dnia 20.05.2010 r. (sygn. akt KIO/KU 34/10) wskazano, iż „przepis ten nie nakazuje określenia warunku mniejszego niż przedmiot zamówienia, lecz proporcjonalnego, a zgodnie ze słownikową definicją „proporcja”, to „równość dwóch stosunków”, a zatem proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oznaczałoby „mniej więcej taki sam” jak przedmiot zamówienia, jednocześnie „nie za duży, ale i nie za mały””. Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie.

Jak wskazał Beneficjent w piśmie z dnia 08.04.2015 r.: „Zamawiający ma prawo i obowiązek tak opisać warunki udziału w postępowaniu, aby dopuścić do niego wykonawców dających rękojmię należytego wykonania przyszłej umowy. Korzystając ze swoich uprawnień określono warunki które znalazły odzwierciedlenie w zapisach ogłoszenia i SIWZ. Przyjęto min. wartość dotychczas realizowanych zamówień w wysokości 3,5 mln zł (jest ona zbliżona do wartości szacunkowej zamówienia – ok. 2,7 mln zł) oraz określono minimalną ilość dostaw na 5 średnich lub ciężkich samochodów ratowniczo-gaśniczych (min. 5 dostaw to w przeniesieniu na grunt praktyczny dostawa 5 pojazdów). Ilość dostaw jest zbieżna z ilością dostarczanych samochodów w ramach prowadzonego postępowania – 4 szt. W warunkach postępowania operowano ilością dostaw gdyż (...) praktycznie wszystkie dostawy są odmienne, jak i są różni Zamawiający z bardzo odmiennym podejściem do realizowanych zamówień (realizacja np. 5 zamówień dla 5 Zamawiających jest istotnie różna od realizacji 5 zamówień dla jednego Zamawiającego)”.

W ocenie organu nie można uznać, iż do wykonania zamówienia dotyczącego 1 dostawy czterech samochodów ratowniczo-gaśniczych niezbędne jest doświadczenie w zakresie dostarczenia większej liczby samochodów, bo co najmniej 5, gdyby przyjął jak wskazał Beneficjent, że „min. 5 dostaw to w przeniesieniu na grunt praktyczny dostawa 5 pojazdów”. Poza tym należy zauważyć, iż liczba ta może być jeszcze większa, gdyż Zamawiający nie wymagał wykazania się dostarczeniem 5 średnich lub

ciężkich samochodów ratowniczo-gaśniczych, lecz zrealizowaniem 5 dostaw. Zaś jak pokazuje choćby przykład postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ogłoszonego przez Beneficjenta, częstokroć w ramach jednej dostawy dostarczana jest większa liczba pojazdów. Sformułowany przez Zamawiającego w przedmiotowej sprawie warunek udziału w postępowaniu uniemożliwia udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia podmiotom, które byłyby zdolne do jego wykonania – np. nabyły doświadczenie wykonując jedną dostawę średnich lub ciężkich samochodów ratowniczo-gaśniczych, która obejmowała większą liczbę pojazdów o różnych rozwiązaniach technologicznych czy wyposażeniu – a nie mogą się wykazać wykonaniem aż 5 dostaw określonych pojazdów. Zamawiający uniemożliwił również udział w postępowaniu wykonawcom, którzy mogliby wykazać się zrealizowaniem 2 lub 3 dostaw określonych pojazdów (których wykonanie również świadczy o powtarzalności zamówień, co daje rękojmię należytego wykonania zamówienia). W tym miejscu należy dodać, iż IZ RPO WZ zgadza się z twierdzeniem Beneficjenta, iż weryfikacja doświadczenia jest istotna, zwłaszcza pod kątem powtarzalności realizacji wykonanych zamówień. Niemniej jednak ilość dostaw określona na poziomie 5, mając na uwadze wielkość zamówienia jest wygórowana, a Beneficjent nie wykazał, iż określenie wymaganego poziomu w liczbie dostaw (a także wartości przekraczającej wartość zamówienia – o czym szerzej w dalszej części niniejszej decyzji) było niezbędne i nie spowodowało ograniczenia dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania. Zamawiający uzasadniając proporcjonalność warunku względem opisu przedmiotu zamówienia nie wykazał, że realizacja mniejszej liczby dostaw nie gwarantowała wyboru wykonawcy zdolnego do realizacji danego zamówienia. Za przedstawionym stanowiskiem IZ RPO WZ przemawiają uchwały i informacje z przeprowadzonych kontroli, gdzie zarówno KIO jak i Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazują, że wymagania dostarczenia takiej samej liczby jak zamawiana w postępowaniu winny być traktowane jako nadmierne i ograniczające uczciwą konkurencję. Fakt, iż opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu ma być proporcjonalny nie oznacza, że ma być dokładnie taki sam, tożsamy z przedmiotem zamówienia. Przykładowo w uchwale KIO z dnia 12.08.2011 r. (sygn. akt KIO/KU 63/11) wskazano, iż „(...) wymaganie w przedmiotowym postępowaniu obejmującym między innymi dostawę 30 szt. autobusów przegubowych posiadania doświadczenia w należywym dostarczeniu co najmniej takiej samej ich liczby, stanowi dokonanie opisu spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia ograniczającego uczciwą konkurencję, gdyż uniemożliwia ubieganie się o zamówienie wykonawcom potencjalnie zdolnym do jego wykonania (...)”. Mając na uwadze przedmiot zamówienia, o którym mowa w cyt. uchwale można przyjąć, iż może stanowić ona odniesienie również w niniejszym stanie faktycznym. Podobnie w wyroku KIO z dnia 26.08.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1053/09) Izba stwierdziła, iż: „Niezasadne jest również postawienie warunku udziału - równego wykazaniem zrealizowanych dostaw, na poziomie ilości tramwajów, odpowiadających ściśle przedmiotowi zamówienia (24 sztuki) (...) Wykonawca, który wykonał np. 20 wagonów, zdolny będzie wykonać je zarówno w ilości 24 sztuk”.

Podkreślenia wymaga, iż Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu musi mieć na uwadze zasady rządzące systemem zamówień publicznych, przede wszystkim zapewnienie odpowiedniej konkurencyjności, której występowanie jest także w interesie Zamawiającego. Na kwestię tą (znajdującą wprost odzwierciedlenie w przepisach prawnych) zwracano również uwagę w orzecznictwie sądów międzynarodowych. W wyroku z dnia 23.12.2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano (sygn. akt C-376/08), Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zwany dalej: TSUE; dawniej: Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich zwany dalej: TSWE) wskazał, że przy określaniu jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji, gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską, w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. Nadto w wyroku z 27.10.2005 r. w sprawie Conste SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (sygn. akt C-234/03) wyjaśniono, iż naruszeniem Traktatu jest żądany przez Zamawiającego wymóg doświadczenia, który winni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Ponadto TSWE (obecnie TSUE) w wyroku z 16.09.1999 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii (sygn. akt C-414/97) wskazał, że przy ocenie czy podjęte środki są zgodne z Traktatem niezbędny jest tzw. test proporcjonalności, czyli wykazanie, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu.

Opisanie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji oznacza, że powinny być one, co już zaznaczano wcześniej, adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Przepis art. 22 ust. 4 pzp ma charakter blankietowy, a więc podlega konkretyzacji w danym postępowaniu, ale nie oznacza to, że Zamawiający ma całkowitą swobodę w formułowaniu warunku udziału w postępowaniu

w postaci wymogu posiadania wiedzy i doświadczenia. Winien on dokonać konkretyzacji w taki sposób, ażeby warunki udziału w postępowaniu były adekwatne do przedmiotu zamówienia tzn. pozostawały z nim w związku na tyle ścisłym, aby spełniający je wykonawca był w stanie wykonać przedmiot zamówienia z należytą starannością. Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. W wyroku z dnia 20.03.2009 r. (sygn. akt VIII Ga 58/09) Sąd Okręgowy w Szczecinie podkreślił, iż „(...) celem przepisu (dot. art. 22 pzp) jest wyłącznie ochrona interesu publicznego i nie może on stanowić podstawy do nieuzasadnionego zawężenia kręgu potencjalnych wykonawców. (...) jeżeli więc Zamawiający twierdzi, że ma prawo żądać od oferenta chcącego wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (...) spełnienia określonych kryteriów, to (...) jest zobowiązany wykazać istnienie faktów uzasadniających to prawo w tym również tego, że jego żądanie nie narusza zakazu określonego normą art. 22 ust. 2 (w aktualnym stanie prawnym przepis znajduje odzwierciedlenie w art. 22 ust. 4 ustawy pzp). Określenie warunków udziału w postępowaniu przez Zamawiającego, co do zasady nie może prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji przez wykluczenie uczestnictwa w postępowaniu wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Ustawodawca wskazał, iż dostęp do zamówienia powinien być zapewniony wszystkim wykonawcom, którzy spełniają podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia, niekoniecznie zaś wymogi wygórowane, tj. takie, których spełnienie nie jest konieczne do wykazania zdolności do realizacji zamówienia” (wskazane powyżej wywody sądu dot. ogólnych reguł, które winny być brane przez Zamawiających pod uwagę przy każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego).

Zamawiający uzasadniając (zarówno na etapie czynności kontrolnych jak i postępowania administracyjnego w przedmiocie zwrotu środków) proporcjonalność warunku do opisu przedmiotu zamówienia nie wykazał w ocenie IZ RPO WZ, że postawienie wymogu wykazania się zrealizowaniem dostaw na poziomie 5 było niezbędne dla wyłonienia wykonawcy, który będzie w stanie należycie wykonać zamówienie. IZ RPO WZ podziela twierdzenie, iż to Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, w związku z czym, dla zabezpieczenia prawidłowego jego przebiegu, zagwarantowania wykonania zamówienia w sposób należyty, zobowiązany jest do wymagania od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu. Należy jednak pamiętać, iż zgodnie z zasadą proporcjonalności warunek udziału w postępowaniu w postaci wymaganego doświadczenia nie może przekraczać wielkości zamówienia. Tymczasem jak już wskazywano przy przedmiocie zamówienia obejmującym 1 dostawę czterech samochodów Zamawiający wymagał od potencjalnych wykonawców wykazania się realizacją 5 dostaw, zaś zdaniem IZ RPO WZ doświadczenie dla zrealizowania takiego zamówienia wykonawca mógł również nabyć wykonując w przeszłości (w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności był krótszy – w tym okresie) 1 dostawę np. kilku samochodów ratowniczo-gaśniczych o różnych rozwiązaniach technologicznych i przeznaczeniu. Za analogiczną należy uznać sytuację, gdy wykonawca zrealizował w przeszłości 5 dostaw średnich lub ciężkich samochodów ratowniczo-gaśniczych, z których każda dotyczyła dostarczenia jednego pojazdu o takich samych bądź zbliżonych (czy nawet różnych) rozwiązaniach technologicznych lub przeznaczeniu, co było dopuszczalnym w ramach postawionego przez Zamawiającego warunku. Należy podkreślić, iż w pierwszej z opisanych sytuacji wykonawca mógłby wykazać się również, tak jak i w przypadku drugim, dostarczeniem 5 samochodów, jednakże Beneficjent uniemożliwił udział w postępowaniu wykonawcom w pierwszej z opisanych sytuacji. Do ograniczenia tego doszło pomimo przyjęcia przez Beneficjenta, zgodnie z treścią pisma z dnia 08.04.2015 r., iż „(...) min 5 dostaw do w przeniesieniu na grunt praktyczny dostawa 5 pojazdów (...)”. Ponadto wykonawca mógł uzyskać doświadczenie niezbędne do realizacji zamówienia wykonując w przeszłości również 2 czy 3 dostawy określonych pojazdów.

Gdyby Zamawiający nie ustanowił nadmiernego warunku udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia i nie uniemożliwił ubiegania się o zamówienie wykonawcom, którzy mogliby wykazać się doświadczeniem w realizacji mniejszej liczby dostaw średnich lub ciężkich wozów ratowniczo gaśniczych, nie jest wykluczonym, iż uzyskanoby więcej ofert, a także nie jest wykluczonym, iż wpłynęłaby oferta korzystniejsza cenowo. Ograniczenie konkurencyjności, o którym mowa mogło przyczynić się do powstania szkody w budżecie UE poprzez sfinansowanie przez IZ RPO WZ wydatku wyższego aniżeli mogłoby być to konieczne. Należy podkreślić, iż w przedmiotowym postępowaniu ofertę złożył tylko jeden podmiot. Gdyby Zamawiający nie naruszył pzp, złożonych ofert mogłoby być więcej, mogłaby wpłynąć również oferta niższa od tej wybranej w postępowaniu, wskutek czego niższy byłby wkład z UE na sfinansowanie wydatku. Tym samym zaistniały wszystkie elementy nieprawidłowości tj. naruszenie prawa spowodowane działaniem

Beneficjenta, stwierdzenie możliwości wystąpienia szkody i związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy wspomnianym naruszeniem a szkodą potencjalną. Zasadnym było zatem nałożenie przez IZ RPO WZ korekty finansowej w przedmiotowym postępowaniu.

W tym miejscu odnosząc się do wyjaśnień Beneficjenta zawartych w opinii prawnej z dnia 30.06.2015 r. dotyczących okoliczności jakimi kierowano się przy dokonywaniu opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, stwierdzić należy, iż te oparte były na analizie rynku dostaw wozów strażackich w skali globalnej. Beneficjent wskazał bowiem w opinii prawnej z dnia 30.06.2015 r., iż „warunki udziału w zamówieniu zostały określone na podstawie analizy udzielonych zamówień na rynku polskim zgodnie z informacjami zawartymi w TED”. Tym samym nie zostały one porównane i zweryfikowane pod kątem wielkości i rozmiarów przedmiotowego zamówienia. Określanie warunków na podstawie danych z TED (czy też Biuletynu Zamówień Publicznych, zwanego dalej: BZP) nie może być uznane za prawidłowe i wypełniające dyspozycję przepisu art. 22 ust. 4 pzp. Te muszą bowiem odnosić się do przedmiotu zamówienia, a nie wielkości i wartości w skali kraju, regionu itp. Na ocenę warunku udziału w postępowaniu nie wpływa analiza rynku dokonana przez Beneficjenta, który przedstawił krąg potencjalnych wykonawców startujących na terenie Polski (2011-2014) w postępowaniach na dostawę wozów strażackich. Powyższe dane stanowią jedynie obraz rynku (w szczególności polskich producentów samochodów stanowiących przedmiot zamówienia) i nie mogą być uznane jako wyczerpujący katalog wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Nie obejmuje on bowiem przykładowo podmiotów zagranicznych. O tym, iż jak wspomniano katalog wykonawców nie jest wyczerpujący, świadczy chociażby analiza BZP, w którym można odnaleźć informacje, że umowy na dostawy samochodów ratowniczo-gaśniczych (CPV 34144210-3) zawierane są także z wykonawcami nieujętych w analizie przedstawionej w opinii prawnej z dnia 30.06.2015 r. Przykładowo wśród takich podmiotów można wymienić:

- Frank-Cars Sp. z o.o. (ogłoszenie w BZP nr 327798-2013 dot. dostawy fabrycznie nowego lekkiego samochodu ratowniczo-gaśniczego, 417540-2014 dot. dostawy nowego lekkiego samochodu ratowniczo-gaśniczego, 181489-2014 dot. dostawy fabrycznie nowego lekkiego samochodu ratowniczo-gaśniczego),
- Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BIBMOT Sp.j. (ogłoszenie w BZP nr 463794-2013 dot. dostawy nowego lekkiego samochodu ratowniczo-gaśniczego 4x2, 224425-2014 dot. zakupu nowego lekkiego samochodu ratowniczo-gaśniczego),
- P.P.H.U. STAR SAN DUO Dominik Pater (ogłoszenie w BZP nr 413736-2014 dot. zakupu samochodu pożarniczego, 206630-2014 dot. zakupu pojazdu pożarniczego),
- Konsorcjum AluSteel Power Sp. zo.o. (ogłoszenie w BZP nr 350864-2014 dot. dostawy lekkiego samochodu ratowniczo-gaśniczego z napędem 4x4 typu pick-up),
- AUTONIX R.Podkułski, S.Podkułski Sp.j. (ogłoszenie w BZP nr 319068-2014 dot. dostawy samochodu osobowo-terenowego typu pick-up),
- F.H.U. PROFIS Robert Janczy (ogłoszenie w BZP nr 310686-2014 dot. dostawy używanego średniego samochodu pożarniczego),
- MARVEL Sp. o.o. (ogłoszenie w BZP nr 535792-2013 dot. dostawy jednego fabrycznie nowego lekkiego samochodu rozpoznawczo-ratowniczego, 277433-2013 dot. dostawy lekkiego samochodu rozpoznawczo-ratowniczego),
- NAWROT Sp. z o.o. (ogłoszenie w BZP nr 494564-2013 dot. dostawy samochodu operacyjnego wraz z wyposażeniem).

Powyższe świadczy więc o znacznie szerszym kręgu wykonawców niż wskazuje w swoich wyjaśnieniach Beneficjent. To z kolei nie przemawia za wykazaniem braku wpływu warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia na zainteresowanie postępowaniem przetargowym.

Warto wspomnieć, iż sytuacja, która miała miejsce w analizowanym przez IZ RPO WZ przetargu ogłoszonym przez Zamawiającego, w sposób trafny została podsumowana w wyroku TSUE z dnia 04.12.2003 r. (sygn. akt C-488/01) w sprawie EVN AG i Wienstrom GmbH przeciwko Republice Austrii, w którym wskazano, iż postawienie zbyt wygórowanego warunku może faworyzować „duże” przedsiębiorstwa i dyskryminować jednocześnie niewielkich wykonawców dających rękojmię należytego wykonania zamówienia. Takie ograniczenia udaremniają realizację celów dyrektyw wspólnotowych w dziedzinie zamówień, do których zalicza się otwarcie rynku na konkurencję.

Odnosząc się do wyjaśnień Beneficjenta zawartych w opinii prawnej z dnia 30.06.2015 r. należy również wskazać, iż dążenie Zamawiającego do nabycia sprzętu najwyższej jakości winno zostać uwzględnione w drodze szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia na zasadach określonych w pzp. Wszelkie wymogi jakościowe dostarczanych wozów ratowniczo-gaśniczych Zamawiający winien sprecyzować w ramach zapisów dokumentacji przetargowej.

Ponadto analizując sposób sformułowania przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia należy zauważyć, iż łączna wartość zamówień jaką mieli

wykazać się potencjalni wykonawcy celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest wyższa zarówno od wartości szacunkowej zamówienia, jak i wartości udzielonego zamówienia. Zgodnie z dokonany w SIWZ opisem warunku udziału w postępowaniu odnoszącym się do niezbędnej wiedzy i doświadczenia (rozdział IIA pkt 3), o zamówienie mogli ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą się „(...) należytych wykonaniem, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiednio co najmniej 5 dostaw średnich lub ciężkich samochodów ratowniczo-gaśniczych – o wartości min. 3 500 000 zł łącznie”. Z kolei jak wynika z protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, wartość zamówienia została określona na kwotę 2 450 442,11 zł, zaś bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 2 874 000,00 zł. W postępowaniu zaś wybrano jedyną złożoną ofertę, która opiewała na kwotę 2 898 028,80 zł (w tym VAT 214 668,80 zł). W związku z faktem, iż kwota 3 500 000,00 zł wskazana w SIWZ, stanowiąca element warunku udziału w postępowaniu, przekracza wartość zamówienia, należy uznać, iż Beneficjent dopuścił się naruszenia art. 22 ust. 4 pzp stawiając nadmierny warunek udziału w postępowaniu. Zamawiający naruszając pzp uniemożliwił ubieganie się o zamówienie wykonawcom, którzy mogliby wykazać się zrealizowaniem dostaw o łącznej wartości poniżej 3 500 000,00 zł. Gdyby Zamawiający zażądał od wykonawców wykazania się dostawami o wartości łącznej mniejszej aniżeli 3 500 000,00 zł, a zatem nie ustanowił nadmiernego warunku udziału w postępowaniu nie jest wykluczonym, iż w postępowaniu wpłynęłoby więcej ofert spośród których mogłyby znaleźć się oferty korzystniejsze cenowo. Tym samym ograniczono konkurencyjność, co mogło przyczynić się do powstania szkody w budżecie unijnym poprzez sfinansowanie przez IZ RPO WZ wydatku wyższego aniżeli mogłoby być to konieczne. Podkreślenia wymaga, iż w przedmiotowym postępowaniu ofertę złożył tylko jeden podmiot. Zapewnienie większej konkurencyjności poprzez prawidłowe sformułowanie warunku udziału w postępowaniu, dawałoby szansę na wpływ większej ilości ofert, niewykluczone że w porównaniu z ofertą wybraną korzystniejszych dla Zamawiającego. Reasumując, działanie podmiotu gospodarczego prowadzące do naruszenia pzp spowodowało potencjalną szkodę w budżecie UE. Mając na uwadze powyższe wywody, należy podkreślić fakt wystąpienia związku przyczynno-skutkowego pomiędzy stwierdzonym naruszeniem a możliwością wystąpienia szkody w budżecie UE. Wszak gdyby Zamawiający stworzył możliwość wzięcia udziału w postępowaniu większej liczbie podmiotów, tj. nie określił nadmiernie wartości dostaw jaką mają wykazać się wykonawcy, mogłoby dojść do wyłonienia wykonawcy oferującego korzystniejszą cenę, a zatem wkład finansowy z budżetu UE byłby niższy.

Należy również odnieść się do podniesionego w opinii prawnej z dnia 30.06.2015 r. argumentu, iż wykonawca ma również możliwość korzystania przy realizacji danego zamówienia z zasobów innych podmiotów, w tym ich wiedzy i doświadczenia, a także możliwość złożenia oferty w ramach konsorcjum, co poszerza dostęp podmiotów do udziału w postępowaniu, którego przedmiotem jest udzielenie zamówienia publicznego. Wskazania wymaga, iż organ nie poddaje w wątpliwość, że możliwość powoływania się przez wykonawców na zasoby osób trzecich, w tym ich wiedzę czy doświadczenie (art. 26 ust. 2b pzp) czy też możliwość wspólnego ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia (art. 23 pzp), zostały wprowadzone w celu zwiększenia konkurencyjności postępowań, a zatem zwiększenia dostępności zamówień dla wykonawców, jednakże zaznaczyć należy że rozwiązania te nie mogą być argumentem uzasadniającym możliwość stawiania wyższych wymagań niż gdyby nie było tych instytucji systemu zamówień publicznych. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 28.04.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 350/08): „Zamawiający nie może tak konstruować warunków zamówienia, aby praktycznie uniemożliwić wykonawcom samodzielne ubieganie się o zamówienie. Możliwość wspólnego ubiegania się o zamówienie jest prawem wykonawców, a nie ich obowiązkiem”.

Tym samym właściwym jest ustalenie, iż postawiony warunek udziału w postępowaniu był nieadekwatny do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 4 pzp), co mogło doprowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 pzp), tj. podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może określić, jako warunek udziału w postępowaniu wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia, przy czym blankietowy charakter przepisu art. 22 pzp nie oznacza, że Zamawiający dysponuje pełną swobodą działania. Na każdym etapie postępowania Zamawiający związany jest bowiem brzmieniem art. 7 pzp. Należy pamiętać, iż większa konkurencja w postępowaniu daje Zamawiającemu możliwość uzyskania korzystniejszej oferty, więc jej ograniczenie mogło przyczynić się do powstania potencjalnej szkody w budżecie UE poprzez finansowanie wydatku, który gdyby Beneficjent nie dopuścił się w/w naruszenia pzp mógłby być niższy, a tym samym niższy byłby wkład finansowy z budżetu UE.

W tym miejscu warto dodać, iż organ nie podziela stanowiska wyrażonego w opinii prawnej z dnia 30.06.2015 r., iż wnioski zawarte w piśmie kończącym czynności kontrolne z dnia 25.05.2015 r. mają charakter jednostronny i subiektywny, a przytoczone orzecznictwo niemające odniesienia do stanu

faktycznego niniejszej sprawy zastępuje uzasadnienie wyników czynności kontrolnych. Warto wskazać, iż przytoczone w w/w piśmie IZ RPO WZ wyroki KIO z dnia 13.10.2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 2106/10) oraz dnia 12.08.2011 r. (KIO/KU 63/11) wyrażają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności opisu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia, które stanowią ogólne wytyczne dla Zamawiających w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a więc dotyczyły one również Beneficjenta. Podobnie jest w przypadku zacytowanego w piśmie z dnia 25.05.2015 r. stanowiska wyrażonego w publikacji pod red. Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Wyniki przeprowadzonych w 2011 r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej”. Ponadto jak już wskazywano, wyrok KIO z dnia 12.08.2011 r. (KIO/KU 63/11) - z uwagi na fakt, iż przedmiotem zamówienia w analizowanej przez Izbę sprawie była dostawa autobusów - może stanowić odniesienie również do prowadzonego przez Zamawiającego (Beneficjenta) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wyjaśniając dostrzeżoną przez Beneficjenta sprzeczność polegającą, w jego ocenie, na wskazaniu w piśmie IZ RPO WZ z dnia 25.05.2015 r., iż Beneficjent „w ramach wyjaśnień nie uzasadnił na jakiej podstawie przyjął błędnie w ocenie IZ RPO WZ założenie, że firma która zrealizowała jedną dostawę opiewającą na zakładaną liczbę wozów strażackich posiada mniejsze doświadczenie niż firma, która zrealizowała większą ilość jednostkowych dostaw”, podczas gdy wyjaśnienia takie znalazły się w piśmie Beneficjenta z dnia 08.04.2015 r. należy wskazać, iż IZ RPO WZ wzięła pod uwagę argumenty Beneficjenta wyartykułowane w w/w piśmie (o czym świadczy choćby fakt ich przytoczenia w piśmie z dnia 25.05.2015 r.), lecz uznała je za niewystarczające dla uzasadnienia stanowiska Beneficjenta. Wskazano m.in. w kontekście rozpatrywanej sprawy, iż „wobec tak sprecyzowanego warunku udziału w postępowaniu (dopisek własny: wykazanie się zrealizowaniem min. 5 dostaw średnich lub ciężkich samochodów ratowniczo-gaśniczych) wykonawca, który byłby w stanie wykazać, iż w ramach jednej dostawy dostarczył lub wykonał wozy pożarniczo-gaśnicze o różnych rozwiązaniach technologicznych i przeznaczeniu również podlegałyby wykluczeniu jako niespełniający warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta zostałaby odrzucona”. Tymczasem jak wskazywano już w niniejszej decyzji wykonawca realizując taką dostawę może nabyć doświadczenie podobne temu, który zrealizowałby kilka dostaw obejmujących dostarczenie jednego pojazdu. Ponadto w piśmie z dnia 25.05.2015 r. IZ RPO WZ wskazała, że „przedmiotem postępowania przetargowego była dostawa wozów pożarniczo-gaśniczych, wobec czego katalog możliwych wykonawców biorących udział w postępowaniu nie ograniczał się jedynie do podmiotów produkujących wozy, lecz również do podmiotów zajmujących się ich sprzedażą”.

Reasumując, mając powyższe na uwadze, po przeanalizowaniu całej zgromadzonej w sprawie dokumentacji, z uwzględnieniem wyjaśnień Beneficjenta z dnia 08.04.2015 r. i opinii prawnej z dnia 30.06.2015 r., IZ RPO WZ w przedmiotowej sprawie stwierdziła naruszenie art. 67 ust 1 pkt 5 pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Roboty dodatkowe na zadaniu inwestycyjnym „Przebudowa remizy OSP w Trzebieży” poprzez udzielenia zamówienia wykonawcy w trybie z wolnej ręki bez wykazania ustawowych przesłanek umożliwiających zastosowanie procedury niekonkurencyjnej oraz art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp w postępowaniu pn. „Dostawa samochodów ratowniczo-gaśniczych dla OSP – czterech fabrycznie nowych średnich samochodów ratowniczo-gaśniczych z napędem 4x4” poprzez postawienie warunku udziału w postępowaniu nieadekwatnego do przedmiotu zamówienia, które to naruszenia mogą prowadzić do powstania potencjalnej szkody w budżecie UE.

W wyniku przeprowadzonych czynności kontrolnych ustalono i nałożono korektę finansową (której zasadność i wysokość potwierdzono w postępowaniu administracyjnym w przedmiocie zwrotu środków) odpowiednio dla następujących umów w ramach:

- postępowania na zamówienie dodatkowe udzielone na podstawie umowy nr TI/272/39/2012 z dnia 07.12.2012 r.; w związku z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp wysokość korekty obliczona została jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (25%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków UE (74,9999994203%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia: umowy nr TI-272/39/2012 z dnia 07.12.2012 r. W związku z powyższym kwota korekty finansowej w ramach w/w postępowania wynosi 12 558,94 zł,
- postępowania pn. „Dostawa samochodów ratowniczo-gaśniczych dla OSP – czterech fabrycznie nowych średnich samochodów ratowniczo-gaśniczych z napędem 4x4”; w związku z naruszeniem art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp wysokość korekty obliczona została jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (25%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków UE (74,9999994203%) i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia: umowy nr SO.271.1.2014 z dnia 12.03.2014 r.

W związku z powyższym kwota korekty finansowej w ramach w/w postępowania wynosi 543 380,40 zł.

Tym samym łączna wartość środków wykorzystanych przez Beneficjenta z naruszeniem procedur wynosi 555 939,34 zł, z czego kwota 359 307,34 zł dotyczy korekty finansowej nałożonej na wydatki ujęte we wniosku o płatność końcową, gdzie środki nie zostały jeszcze wypłacone. Przekazanie Beneficjentowi środków w ramach płatności końcowej odbywa się dopiero po zatwierdzeniu przez IZ RPO WZ wniosku o płatność, natomiast sposób przekazania środków Beneficjentowi określa umowa o dofinansowanie, według której jednym z warunków rozliczenia wydatków lub przekazania środków jest dokonanie przez IZ RPO WZ weryfikacji i poświadczenia faktycznego i prawidłowego poniesienia wydatków, a także ich kwalifikowalności. Zatem w przypadku wykrycia nieprawidłowości i ustalenia korekty finansowej, gdy środki dofinansowania nie zostały jeszcze przekazane Beneficjentowi, IZ RPO WZ dokonuje pomniejszenia płatności przekazywanej w formie refundacji o odpowiednie kwoty. Podsumowując, decyzja o zwrocie środków obejmuje tę część korekty finansowej dotyczącej wydatków, dla których dofinansowanie zostało już wypłacone, tj. 196 632,00 zł (555 939,34 zł – 359 307,34 zł) wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych.

Należy dodać, iż z wytycznych MIR wynika, iż 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. 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, za niekwalifikowalną część wydatku przyjmuje się kwotę odpowiednią co do wagi naruszenia. Należy podkreślić, iż stosowanie Taryfikatora do obliczania korekt finansowych jest działaniem korzystniejszym dla Beneficjenta (opinię tę podziela także MIR), bowiem w przypadku, gdyby nie zastosowano metody wskaźnikowej, wszystkie wydatki związane z dokonaniem naruszeniem podlegałyby zwrotowi w pełnej wysokości.

W analizowanej sprawie wysokość powstałej na skutek powyższych naruszeń szkody jest trudna do oszacowania, gdyż na tę chwilę trudno jest wskazać jednoznacznie, o ile niższy byłby wkład UE gdyby zastosowano procedurę konkurencyjną zamiast tryb z wolnej ręki w postępowaniu obejmującym przebudowę remizy oraz zastosowano zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu na dostawę wozów ratowniczo-gaśniczych, dlatego zasadne było posłużenie się metodą wskaźnikową dla zastosowania korekty finansowej. Nie sposób bowiem wycenić o ile niższe byłyby oferty wykonawców konkurencyjnych, którzy mogliby przystąpić do postępowania przy zachowaniu zasad konkurencyjności.

W tym miejscu należy wskazać, iż organ rozważył również w niniejszej sprawie możliwość obniżenia korekty finansowej. Zgodnie z zapisami Taryfikatora, przedstawione w jego tabelach wskaźniki procentowe mogą być obniżane jedynie w przypadku wskazanych w tych tabelach kategorii, które w kolumnie uwagi zawierają informację o możliwości stopniowania korekty w zależności od wagi nieprawidłowości. Wskaźniki procentowe nie mogą być obniżane w przypadku kategorii, dla których wskazano jedną stawkę procentową bez możliwości jej obniżania. Obniżenie korekty powinno być każdorazowo rozpatrywane indywidualnie w odniesieniu do konkretnego zamówienia.

Odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy należy wskazać, iż w przypadku stwierdzonego w ramach postępowania przetargowego pn. „Roboty dodatkowe na zadaniu inwestycyjnym „Przebudowa remizy OSP w Trzebieży”” naruszenia art. 67 ust 1 pkt 5 pzp, Taryfikator w tabeli nr 2 poz. 8 „Bezprawne udzielenie w trybie zamówienia z wolnej ręki zamówień dodatkowych lub uzupełniających, których wartość nie przekracza 20% lub 50% wartości zamówienia realizowanego”, przewiduje korektę w wysokości 25% bez możliwości obniżenia tejże stawki procentowej. Z kolei w związku ze stwierdzonym w ramach postępowania przetargowego pn. „Dostawa samochodów ratowniczo-gaśniczych dla OSP – czterech fabrycznie nowych średnich samochodów ratowniczo-gaśniczych z napędem 4x4” naruszeniem art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp, Taryfikator w tabeli nr 1 poz. 19 „Określenie dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów oceny ofert”) podaje wskaźnik korekty na poziomie 25%. W tym przypadku dopuszczono możliwość obniżenia stawki procentowej do 10% lub 5% w zależności od wagi nieprawidłowości. Organ rozważył w tej sytuacji możliwość obniżenia korekty finansowej, lecz mając na uwadze wszystkie okoliczności sprawy stwierdził, że obniżenie takie będzie niezasadne i tym samym uznał za właściwe ustalenie i nałożenie korekty finansowej w postępowaniu pn. „Dostawa

samochodów ratowniczo-gaśniczych dla OSP – czterech fabrycznie nowych średnich samochodów ratowniczo-gaśniczych z napędem 4x4” w oparciu o wskaźnik na poziomie 25%.

Jak podkreślił TSWE (obecnie 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 UE oraz na poszanowanie prawa wspólnotowego, a zatem mogą uzasadniać zastosowanie korekty finansowej przez Komisję”. Podobne stanowisko prezentują także polskie sądy administracyjne. NSA w wyroku z dnia 20.01.2015 r. (sygn. akt II GSK 1745/13) wskazał, że „organy orzekające o zwrocie nie muszą zatem ustalać konkretnej wielkości szkody. W większości przypadków takie ustalenie w ogóle nie byłoby możliwe, co nie oznacza, jak wyżej to już zauważono, że w sprawach takich nie zachodzą nieprawidłowości implikujące zwrot dofinansowania”. Nadto NSA w wyroku z dnia 12.02.2015 r. (sygn. akt II GSK 2470/13) wyjaśnił, iż „do zaistnienia naruszenia przepisów regulujących realizację projektu w ramach programu operacyjnego nie jest konieczne wystąpienie rzeczowego uszczerbku finansowego z tym związanego, lecz jedynie zaistnienie możliwości spowodowania szkody w budżecie ogólnym Unii Europejskiej z tytułu finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego, co wynika z treści art. 2 pkt 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006. Z tego względu brak jest podstaw do wymagania od instytucji zarządzającej, by poddawała ocenie rozmiary i skutki naruszenia przepisów normujących realizację projektu w ramach programu operacyjnego dla finansów publicznych Unii Europejskiej w sytuacji, gdy zasadnym było posłużenie się metodą wskaźnikową dla zastosowania korekty finansowej”. Podobnie w wyroku z dnia 19.03.2015 r. NSA (sygn. akt II GSK 392/14) podał, że „nie może budzić wątpliwość, 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”.

Reasumując ustawodawca w art. 26 ust. 1 pkt 15 i 15a uzppr wskazał, że do zadań instytucji zarządzającej należy m.in. 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 oraz ustalanie i nakładanie korekt finansowych. Korzystając z przyznanych jej kompetencji IZ RPO WZ w trakcie trwania czynności kontrolnych ustaliła, iż Beneficjent dopuścił się naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp w ramach postępowania pn. „Roboty dodatkowe na zadaniu inwestycyjnym „Przebudowa remizy OSP w Trzebieży” oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp w ramach postępowania pn. „Dostawa samochodów ratowniczo-gaśniczych dla OSP – czterech fabrycznie nowych średnich samochodów ratowniczo-gaśniczych z napędem 4x4”, a w związku z tym nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 7 rozporządzenia nr 1083/2006. Podjęto zatem wstępne ustalenie administracyjne odnośnie stwierdzenia nieprawidłowości i w oparciu o zapisy Taryfikatora ustalono wysokość korekty finansowej. Z uwagi na powyższe, stosownie do wyniku ustaleń pokontrolnych IZ RPO WZ zobowiązana była podjąć właściwe działania, w szczególności mające na celu odzyskanie środków z budżetu UE, w przypadku zaistnienia przesłanek określonych przepisami prawa. Należy podkreślić, iż IZ RPO WZ w toku prowadzonego postępowania administracyjnego była zobowiązana zweryfikować zasadność stwierdzenia korekty finansowej i wysokość, co też uczyniono i wyniku przeprowadzonej analizy całokształtu materiału dowodowego, w tym wyjaśnień Strony z dnia 08.04.2015 r. oraz opinii prawnej z dnia 30.06.2015 r. potwierdzono naruszenie przez Beneficjenta art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp w ramach postępowania pn. „Roboty dodatkowe na zadaniu inwestycyjnym „Przebudowa remizy OSP w Trzebieży” oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 pzp w ramach postępowania pn. „Dostawa samochodów ratowniczo-gaśniczych dla OSP – czterech fabrycznie nowych średnich samochodów ratowniczo-gaśniczych z napędem 4x4”, mogące prowadzić do wystąpienia szkody w budżecie UE, a więc wystąpienie nieprawidłowości w projekcie.

Mając na uwadze całość dotychczas zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności umowę o dofinansowanie wraz z zawartymi aneksami, wyniki czynności kontrolnych, jak również korespondencję z Beneficjentem, właściwym jest wskazanie, iż doszło do naruszenia przepisów pzp, a tym samym procedur obowiązujących w ramach RPO WZ. W związku z tym, że zaszły przesłanki, o których mowa w art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp, a Beneficjent nie dokonał zwrotu środków wskazanych w skierowanym do niego wezwaniu do zwrotu, koniecznym stało się wydanie niniejszej decyzji administracyjnej.

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

### **Pouczenie**

Od niniejszej decyzji nie służy odwołanie, jednakże Strona może się zwrócić do Instytucji Zarządzającej RPO WZ z siedzibą w Szczecinie przy ul. Korsarzy 34, w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy.

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego

Otrzymują:

- 1) Gmina Police  
ul. Stefana Batorego 3  
72-010 Police
- 2) a/a

