

Załącznik do uchwały nr 1802/19
Zarządu Województwa
z dnia 15 października 2019 r.

Powiat Łobeski
ul. Konopnickiej 41
73-150 Łobez

WWRPO.VIII.3162.36.2019.AK

DECYZJA
Nr WWRPO/2014-2020/9/W/2019

podjęta w dniu 15 października 2019 r. przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego
w osobach:

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

Na podstawie art. 9 ust. 1 pkt 2, art. 9 ust. 2 pkt 9 lit. a ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014 – 2020 (Dz. U. z 2018 r., poz. 1431 t. j. 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 2019 r., poz. 869 t. j.) 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 2019 r., poz. 512 t. j.)

orzeka:

zwrot od Beneficjenta – Powiatu Łobeskiego z siedzibą przy ul. Konopnickiej 41 w Łobzie, części środków otrzymanych w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 na podstawie umowy o dofinansowanie nr RPZP.05.04.00-32-0002/18-00 zawartej w dniu 18 maja 2018 r. na realizację projektu pn. „Przebudowa i rozbudowa drogi powiatowej nr 4314Z Resko-Radowo-Borkowo-Węgorzyno-Brzeźniak na odcinku Węgorzyno-Gościsław od km 29+439 do km 31+392” w łącznej kwocie 139 718,79 zł (słownie: sto trzydzieści dziewięć tysięcy siedemset osiemnaście złotych 79/100) wraz z odsetkami określonymi jak dla zaległości podatkowych w tym:

- kwotę odsetek określonych jak dla zaległości podatkowych od kwoty 67 500,00 zł liczonych od dnia 13 sierpnia 2018 r. (data przekazania środków) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,
- kwotę odsetek określonych jak dla zaległości podatkowych od kwoty 4 718,79 zł liczonych od dnia 05 listopada 2018 r. (data przekazania środków) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,
- kwotę odsetek określonych jak dla zaległości podatkowych od kwoty 67 500,00 zł liczonych od dnia 12 listopada 2018 r. (data przekazania środków) do dnia dokonania całkowitej zapłaty należności głównej,

na rachunek bankowy Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego, tj. Zarządu Województwa nr 80 1020 4795 0000 9202 0319 6953, w terminie 14 dni od dnia doręczenia ostatecznej decyzji o zwrocie, z zastrzeżeniem, że po bezskutecznym

upływie tego terminu częściowy zwrot środków nastąpi przez pomniejszenie kolejnej płatności przysługującej Beneficjentowi o środki należne do zwrotu wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych.

Uzasadnienie

Beneficjent – Powiat Łobeski z siedzibą przy ul. Konopnickiej 41 w Łobzie (zwany dalej Beneficjentem lub Stroną) – w dniu 18 maja 2018 r. zawarł z Województwem Zachodniopomorskim reprezentowanym przez Zarząd Województwa Zachodniopomorskiego, pełniącym rolę Instytucji Zarządzającej Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Zachodniopomorskiego 2014 – 2020 (zwaną dalej IZ RPO WZ) umowę o dofinansowanie nr RPZP.05.04.00-32-0002/18-00 (zwaną dalej Umową) na realizację projektu pn. „Przebudowa i rozbudowa drogi powiatowej nr 4314Z Resko-Radowo-Borkowo-Węgorzyno-Brzeźniak na odcinku Węgorzyno-Gościsław od km 29+439 do km 31+392” Oś Priorytetowa 5 „Zrównoważony Transport” Działanie 5.4 „Budowa i przebudowa dróg powiatowych (zwanym dalej Projektem). Pomędzy Stroną, a IZ RPO WZ zawarto dodatkowo trzy aneksy do Umowy nr RPZP.05.04.00-32-0002/18-01 z dnia 18 maja 2018 r., nr RPZP.05.04.00-32-0002/18-02 z dnia 03 sierpnia 2018 r. oraz nr RPZP.05.04.00-32-0002/18-03 z dnia 29 listopada 2018 r.

Umowa określa szczegółowe zasady dofinansowania Projektu, a także prawa i obowiązki Beneficjenta z nimi związane. Zgodnie z jej zapisami IZ RPO WZ zobowiązała się do dofinansowania części wydatków kwalifikowalnych poniesionych przez Beneficjenta na realizację Projektu na podstawie zweryfikowanego przez IZ RPO WZ wniosku o płatność. Beneficjent natomiast zobowiązał się do realizacji Projektu w oparciu o wniosek o dofinansowanie, z należytą starannością, w szczególności ponosząc wydatki celowo, rzetelnie, racjonalnie i oszczędnie z zachowaniem zasad optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa unijnego oraz prawa krajowego, Regulaminem naboru projektów w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Zachodniopomorskiego 2014-2020 Oś priorytetowa 5 Zrównoważony transport, Działanie 5.4 „Budowa i przebudowa dróg powiatowych”, wytycznymi oraz w sposób, który zapewni prawidłową i terminową realizację Projektu oraz osiągnięcie jego celów oraz wskaźników zakładanych we wniosku o dofinansowanie (§ 7 ust. 10 Umowy).

Na podstawie art. 9 ust. 2 pkt 7 ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 (Dz.U. z 2018 r., poz. 1431, zwana dalej ustawą wdrożeniową) jak też § 16 Umowy, IZ RPO WZ w dniach 25–26 marca 2019 r. przeprowadziła kontrolę w zakresie realizacji projektu nr RPZP.05.04.00-32-0002/18 pn.: „Przebudowa i rozbudowa drogi powiatowej nr 4314Z Resko-Radowo-Borkowo-Węgorzyno-Brzeźniak na odcinku Węgorzyno-Gościsław od km 20+439 do km 31+392”. Kontrola obejmowała weryfikację prawidłowości realizacji projektu pod względem rzeczowym i finansowym, wywiązywanie się przez Beneficjenta z obowiązków na niego nałożonych na podstawie umowy o dofinansowanie projektu oraz stosowanie obowiązujących przepisów prawa. Ponadto IZ RPO WZ badała zgodność wydatków zadeklarowanych przez Powiat w związku z realizowanym projektem, z wymaganiami programu operacyjnego oraz z zasadami unijnymi i krajowymi oraz potwierdziła, że współfinansowane towary i usługi zostały dostarczone, roboty budowlane wykonane, a stan faktyczny realizacji projektu odpowiada informacjom ujętym we wnioskach o płatność.

W wyniku przeprowadzonej oceny poprawności stosowania procedur wynikających z ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986, zwanej dalej ustawą pzp), w postępowaniu przetargowym pn. „Przebudowa i rozbudowa drogi powiatowej nr 4314Z Resko-Radowo-Borkowo-Węgorzyno-Brzeźniak na odcinku Węgorzyno-Gościsław od km 29+439 do km 31+392”, zespół kontrolujący stwierdził naruszenie:

1. art. 30 ust. 4 ustawy pzp poprzez brak określenia zarówno w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: SIWZ) jak i dokumentach będących opisem przedmiotu zamówienia możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych, podczas gdy Zamawiający opisując przedmiot zamówienia wymagał zastosowania przez wykonawców materiałów wykonanych według Polskich Norm (PN-EN, PN-C), za co została nałożona korekta finansowa w wysokości 5% (poz. 20 Załącznika do Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów Rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2018 r. poz. 971 t.j), zwanym dalej Taryfikatorem),
2. art. 36 ust. 1 pkt 5a ustawy pzp poprzez rozbieżność zapisów polegającą na braku opisanego w SIWZ podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 1– 8 ustawy pzp, które zostały ujęte w

ogłoszeniu o zamówieniu, za co została nałożona korekta finansowa w wysokości 5% (poz. 11 Taryfikatora).

Mając na uwadze, iż zostały nałożone dwie korekty finansowe trzeba wyjaśnić, iż zgodnie Rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz. U. z 2018 r. poz. 971 t.j., zwanym dalej Rozporządzeniem), w przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych wartość korekt finansowych lub pomniejszych nie podlega sumowaniu, a do wszystkich stwierdzonych nieprawidłowości indywidualnych, stosuje się jedną korektę finansową o najwyższej wartości. Tym samym w ramach przedmiotowego zamówienia za naruszenia wskazane w pkt 1 i 2 została nałożona łączna korekta finansowa w wysokości 5%.

Powyższe ustalenia IZ RPO WZ zostały przedstawione w protokole kontrolnym z dnia 12 kwietnia 2019 r. Beneficjent pismem z dnia 07 maja 2019 r. złożył swoje zastrzeżenia do ustaleń pokontrolnych. Następnie pismem z dnia 07 czerwca 2019 r., IZ RPO WZ odnosząc się do wszystkich zastrzeżeń Powiatu Łobeskiego, poinformowała Beneficjenta o braku podstaw do zmiany swojego stanowiska.

Pismem z dnia 01 lipca 2019 r. (odebrany w dniu 03 lipca 2019 r.) organ wezwał Beneficjenta do zwrotu w terminie 14 dni od doręczenia wezwania, środków w wysokości 139 718,79 zł wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych. Zgodnie bowiem z treścią art. 207 ust. 8 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 869 t. j. ze zm., dalej: ufp), w przypadku stwierdzenia okoliczności, że środki zostały wykorzystane z naruszeniem procedur organ pełniący funkcję instytucji zarządzającej, która podpisała umowę z Beneficjentem, wzywa go do zwrotu środków lub do wyrażenia zgody na pomniejszenie kolejnych płatności w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania. Jednocześnie poinformowano Beneficjenta, że kwota refundacji ujęta we wniosku o płatność końcową nr RPZP.05.04.00-32-0002/18-004-01, zostanie pomniejszona o wartość 9 979,30 zł z tytułu korekty za naruszenia wskazane w ramach prowadzonej kontroli nr KRP-RPZP.05.04.00-32-0002/18-01, dla której zgoda nie jest wymagana.

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

W związku z tym, iż Beneficjent nie dokonał zwrotu w wyznaczonym terminie, z dniem 18 lipca 2019 r. wobec Powiatu Łobeskiego wszczęte zostało postępowanie administracyjne w przedmiocie zwrotu środków otrzymanych w ramach umowy o dofinansowanie nr RPZP.05.04.00-32-0002/18-00. Jednocześnie Strona została poinformowana o możliwości złożenia dowodów, wyjaśnień i zastrzeżeń w sprawie.

Mając na względzie trwającą analizę całokształtu materiału dowodowego, przedłużono toczące się postępowanie administracyjne do dnia 18 września 2019 r. Następnie postanowieniem z dnia 17 września 2019 r. z uwagi na konieczność umożliwienia Beneficjentowi zapoznania się z aktami sprawy oraz wypowiedzenia się co do zebranych w sprawie dowodów i materiałów, a także zgłoszonych żądań, organ przedłużył niniejsze postępowanie administracyjne do dnia 18 października 2019 r. Pismem z dnia 17 września 2019 r. IZ RPO WZ poinformowała Beneficjenta o zamiarze zakończenia postępowania w przedmiotowej sprawie oraz pouczyła o prawach wynikających z art. 10 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2018 r. poz. 2096 t.j. ze zm., zwana dalej kpa). Beneficjent w dniu 27 września 2019 r. skorzystał z przysługującego mu uprawnienia do zapoznania się z aktami przedmiotowej sprawy.

IZ RPO WZ przeprowadziła postępowanie wyjaśniające, obejmujące całościową ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w przedmiotowej sprawie, w tym Umowy wraz z aneksami, dokumentacji z kontroli planowej przeprowadzonej przez IZ RPO WZ, a także stanowiska Beneficjenta w niniejszej sprawie, co pozwoliło na zajęcie stanowiska jak poniżej.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż środki publiczne przeznaczone na wykonywanie projektów realizowanych w ramach programów finansowanych ze środków europejskich mają charakter bezzwrotny i powinny być wykorzystywane zgodnie z prawem, obowiązującymi procedurami, a także ściśle z celem, na który zostały przekazane. Obowiązkiem IZ RPO WZ jest zatem nie tylko ustalanie zasad konkursu, zawieranie umów z beneficjentami czy zarządzanie środkami finansowymi przeznaczonymi na realizację programu operacyjnego, ale również czuwanie nad przebiegiem realizacji projektu i weryfikowanie czy w całym okresie realizacji projekt, na który przekazano środki publiczne, realizowany jest zgodnie z prawem oraz zasadami określonymi przez IZ RPO WZ dla danego konkursu. Stwierdzenie wykorzystania środków publicznych z naruszeniem procedur w tym w szczególności ustawy pzp powoduje konieczność dochodzenia ich zwrotu. Należy wskazać, iż do zadań instytucji zarządzającej należy między innymi, jak wynika z art. 9 ust. 2 ustawy

wdrożeniowej, nie tylko dokonywanie płatności na rzecz beneficjentów (pkt 4), ale i również prowadzenie kontroli realizacji programu operacyjnego, w tym weryfikacja prawidłowości wydatków ponoszonych przez beneficjentów (pkt 7) oraz nakładanie korekt finansowych (pkt 8), jak też odzyskiwanie kwot podlegających zwrotowi, w szczególności kwot związanych z nałożeniem korekt finansowych, w tym m.in. wydawanie decyzji o zwrocie środków przeznaczonych na realizację programów, projektów lub zadań (pkt 9 lit. a).

Mając na uwadze powyższe IZ RPO WZ w przedmiotowej sprawie podjęła czynności mające na celu odzyskanie środków finansowych. Zgodnie bowiem 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 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.

Beneficjent wykorzystał środki publiczne przekazane mu na podstawie Umowy z naruszeniem procedur obowiązujących w ramach RPO WZ, do których stosowania był zobowiązany podpisując w dniu 18 maja 2018 r. Umowę. Poprzez naruszenie procedur przy wykorzystaniu środków europejskich, określonych w przepisie art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp, należy rozumieć przede wszystkim procedury wskazane w umowie o dofinansowanie projektu, zawieranej na podstawie art. 206 ufp. 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. W niniejszym przypadku naruszonymi procedurami są przede wszystkim te wynikające z ustawy pzp.

Na marginesie wskazać należy, że względu na fakt, iż sądy administracyjne w ramach perspektywy finansowej 2014 – 2020, nie wypracowały dotychczas orzecznictwa dotyczącego relacji między zasadami realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowych, a normami prawnymi zawartymi w ufp, zasadnym jest posługiwanie się orzeczeniami wymienionych sądów wydanymi w czasie trwania poprzedniej perspektywy, tj. na lata 2007 – 2013. Z uwagi na powyższe, przywołać należy w tym miejscu wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13 października 2015 r. (sygn. akt II GSK 2109/14) zgodnie z którym, podpisana przez beneficjenta według wzoru umowa określa procedurę wykonywania przez niego projektu. W tej sytuacji, stosując zarówno gramatyczną, jak też systemową wykładnię przepisu art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp należy przyjąć, że w pojęciu „innych procedur” mieszczą się umowy zawierane przez beneficjentów na wykonanie zgłoszonych przez nich w ramach określonych programów operacyjnych i wyłonionych do dofinansowania projektów. Należy zaznaczyć, iż pod pojęciem procedur, których naruszenie uprawnia do wydania decyzji określającej kwotę zwrotu, rozumiane są także postanowienia dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystania dofinansowania, w tym zasady udzielania zamówień w projektach realizowanych w ramach RPO WZ. Tym samym Beneficjent podpisując Umowę zobowiązał się do ich przestrzegania i postępowania zgodnie z ich literą. W tym miejscu nadmienić należy ponadto, iż zasady konkursu określone w regulaminie są jednakowe dla wszystkich i nie mogą być zmieniane dla potrzeb poszczególnych beneficjentów, a każdy przystępując do konkursu godzi się na te zasady (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 01 grudnia 2016 r., sygn. akt I SA/Sz 319/16). Co więcej zaznaczyć należy, iż przystąpienie Beneficjenta do ubiegania się o dofinansowanie oznacza m.in. akceptację obowiązujących Zasad oraz innych norm wynikających z dokumentacji konkursowej oraz przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Skorzystanie z możliwości dofinansowania nie jest bowiem obowiązkiem a podmioty, w opinii których uregulowania wynikające z przywołanych dokumentów, bądź przepisów prawa są zbyt rygorystyczne nie muszą składać wniosków aplikacyjnych czy podpisywać umowy o dofinansowanie. Jak wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach w wyroku z dnia 11 lutego 2016 r. (sygn. akt III SA/GI 140/15) przystąpienie do realizacji projektów finansowanych w ramach programów operacyjnych jest dobrowolne, jednakże wiąże się ono z przestrzeganiem szeregu obowiązków wynikających z dysponowania środkami publicznymi, które beneficjent bierze na siebie z chwilą przystąpienia do umowy o dofinansowanie projektu. Korzystanie ze środków publicznych zawsze wiąże się z wyższymi wymaganiami co do ich wydatkowania, które winno być przeprowadzone w sposób celowy i oszczędny. Dlatego też niewypełnienie postanowień umowy oraz dokumentów regulujących zasady przyznawania i wykorzystania dofinansowania, powoduje konieczność odzyskiwania przez IZ RPO WZ kwot podlegających zwrotowi, w tym wydawania decyzji o zwrocie środków przekazanych na realizację programów, projektów lub zadań, o której mowa w przepisach ufp. Obowiązek zwrotu przez

Beneficjenta nieprawidłowo wykorzystanego dofinansowania wynika wprost z § 15 Umowy. W sytuacji, gdy projekt realizowany jest niezgodnie z przepisami prawa, a także postanowieniami RPO WZ, IZ RPO WZ ma nie tylko prawo, ale i obowiązek zakwestionować prawidłowość przyznania dofinansowania i w takim przypadku jest zobowiązana przepisami prawa do stosowania art. 207 ust. 1 pkt 2 ufp.

W postępowaniu przetargowym pn. „Przebudowa i rozbudowa drogi powiatowej nr 4314Z Resko-Radowo-Borkowo-Węgorzyno-Brzeźniak na odcinku Węgorzyno-Gościślaw od km 29+439 do km 31+392” IZ RPO WZ stwierdziła naruszenie przez Beneficjenta art. 30 ust. 4 ustawy pzp poprzez brak określenia zarówno w SIWZ jak i dokumentach będących opisem przedmiotu zamówienia możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych, podczas gdy Zamawiający opisując przedmiot zamówienia wymagał zastosowania przez wykonawców materiałów wykonanych według Polskich Norm (PN-EN, PN-C). W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na art. 31 ust. 1 ustawy pzp zgodnie z którym, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. W nawiązaniu do przedmiotowej sprawy należy wskazać, że w niniejszym postępowaniu przetargowym opis przedmiotu zamówienia odnosi się do Specyfikacji Technicznych Warunków Wykonania i Odbioru Robót, w którym zawarto zapis „Inspektor Nadzoru może dopuścić do użycia tylko te materiały które posiadają Certyfikat na znak bezpieczeństwa wskazujący, że zapewniono zgodność z kryteriami technicznymi określonymi na podstawie Polskich Norm, aprobat technicznych oraz właściwych przepisów i dokumentów technicznych”. Jednocześnie należy podnieść, że w dokumentacji projektowej, która jest elementem opisu przedmiotu zamówienia i została załączona do dokumentów niezbędnych do sporządzenia oferty wskazano wymaganie: „Rury grubościennne o ściankach litych, gładkich o parametrach zgodnych lub nie gorszych niż wynikające z normy PN-C-89219-2:1998” jak również „Prefabrykowane elementy betonowe i żelbetonowe muszą spełniać wymogi PN-EN 1917:2004 dla betonu C35/45”. W SIWZ jak i dokumentach będących opisem zamówienia nie określono możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych.

Z przedmiotowymi ustaleniami ujętymi w protokole z kontroli planowej, nie zgodził się Beneficjent. W piśmie z dnia 07 maja 2019 r. Powiat Łobeski odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 30 ust. 4 ustawy pzp, tj. braku użycia w dokumentach projektowych, będących elementem opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenia „lub równoważne” w przypadku wskazania wymagania do:

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

podniósł, iż materiały oznaczone lit. a i b zostały prawidłowo zastosowane i wykorzystane zgodnie z projektem w procesie realizacji zadania. Jednocześnie w niniejszym piśmie Powiat wskazał, iż nawet jeśliby uznać nałożenie korekt za zasadne, to ich wysokość jest zdecydowanie nieadekwatna bowiem zakupione materiały są znikomej wartości w stosunku do całości zadania.

Odnosząc się do powyższego, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż zasady opisywania przez zamawiającego przedmiotu zamówienia publicznego normują art. 29 i 30 ustawy pzp. Stosownie do art. 29 ust. 1 ustawy pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzanie oferty. Ustawa co do zasady zakazuje dokonywania opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Dopuszcza jednak posłużenie się wskazaniem znaku towarowego, patentu lub pochodzenia w sytuacjach wyjątkowych, uzasadnionych specyfiką przedmiotu zamówienia, a jednocześnie, gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, nakładając jednak obowiązek umieszczenia wyrazów „lub równoważny”. Zamawiający jest zobowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisanym.

Beneficjent powinien zastosować rozwiązania równoważne w przypadku gdy opisuje przedmiot zamówienia na podstawie art. 30 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, tj. z uwzględnieniem odrębnych przepisów technicznych poprzez odniesienie się w kolejności preferencji do:

- a) Polskich Norm przenoszących normy europejskie,
- b) norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie,
- c) europejskich ocen technicznych, rozumianych jako udokumentowane oceny działania wyrobu budowlanego względem jego podstawowych cech, zgodnie z odpowiednim europejskim dokumentem oceny, w rozumieniu art. 2 pkt 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiającego zharmonizowane warunki

wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającego dyrektywę Rady 89/106/EWG (Dz. Urz. UE L 88 z 04.04.2011, str. 5, z późn. zm.),

- d) wspólnych specyfikacji technicznych, rozumianych jako specyfikacje techniczne w dziedzinie produktów teleinformatycznych określone zgodnie z art. 13 i art. 14 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1025/2012 z dnia 25 października 2012 r. w sprawie normalizacji europejskiej, zmieniającego dyrektywę Rady 89/686/EWG i 93/15/EWG oraz dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 94/9/WE, 94/25/WE, 95/16/WE, 97/23/WE, 98/34/WE, 2004/22/WE, 2007/23/WE, 2009/23/WE i 2009/105/WE oraz uchylającego decyzję Rady 87/95/EWG i decyzję Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1673/2006/WE (Dz. Urz. UE L 316 z 14.11.2012, str. 12),
- e) norm międzynarodowych,
- f) specyfikacji technicznych, których przestrzeganie nie jest obowiązkowe, przyjętych przez instytucję normalizacyjną, wyspecjalizowaną w opracowywaniu specyfikacji technicznych w celu powtarzalnego i stałego stosowania w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa,
- g) innych systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organizacje normalizacyjne (art. 30 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp).

Ponadto Zamawiający powinien dopuścić rozwiązania równoważne także wtedy gdy opisuje przedmiot zamówienia na podstawie art. 30 ust. 3 ustawy pzp, tj. w przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie, norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie oraz norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, przy opisie przedmiotu zamówienia uwzględnia się w kolejności:

- 1) Polskie Normy;
- 2) polskie aprobaty techniczne;
- 3) polskie specyfikacje techniczne dotyczące projektowania, wyliczeń i realizacji robót budowlanych oraz wykorzystania dostaw;
- 4) krajowe deklaracje zgodności oraz krajowe deklaracje właściwości użytkowych wyrobu budowlanego lub krajowe oceny techniczne wydawane na podstawie ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz. U. z 2016 r. poz. 1570 oraz z 2018 r. poz. 650).

W tym miejscu należy przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, (zwanej dalej KIO) z dnia 18 listopada 2008 r. sygn. KIO/UZP 1216/08 zgodnie z którym „art. 30 ust. 4 ustawy pzp dotyczy nie tyle możliwości żądania dopuszczenia innego produktu niż wskazany przez zamawiającego ale tego, że wykonawca może zaproponować produkty niemające certyfikatu zgodności z normą czy specyfikacją techniczną zastosowaną przez zamawiającego, o ile wyroby te spełniają wymagania będące przedmiotem oceny tej zgodności. Ponadto w każdym przypadku, kiedy zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, jest obowiązany do wskazania, że dopuszcza rozwiązania równoważne. Wynika to z regulacji prawa europejskiego, na gruncie którym w przypadku harmonizacji wymogów odnoszących się do danego produktu na poziomie wspólnotowym przez przyjęcie dyrektywy producent może dostosować się do jej wymogów bądź do wymogów normy europejskiej”.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że Beneficjent opisał przedmiot zamówienia w sposób niezgodny ze wskazaną normą prawną, tj. nie zawarł w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ zapisów dopuszczających zastosowanie rozwiązań równoważnych.

Wobec opisanego w sposób dyskryminacyjny przedmiotu zamówienia przez Beneficjenta należy wskazać, że zgodnie z uchwałą KIO z dnia 4 kwietnia 2016 r. (sygn. akt KIO/KD 21/16), dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bezpośrednio na mniejszą liczbę ofert złożonych w postępowaniu ofertowym, oraz może skutkować oferowaniem przez wykonawców produktów wyłącznie jednego producenta czy dystrybutora. W efekcie prowadzi to do powstania zawężonego rynku kreowanego przez zamawiających, na którym rzeczywistą konkurencję zastępuje quasi-konkurencja między dostawcami tej samej technologii lub produktów tego samego producenta lub dystrybutora.

Przechodząc natomiast do omówienia zarzutu Beneficjenta przedstawionego w piśmie z dnia 7 czerwca 2019 r., dotyczącego zasadności i wysokości naliczonej korekty to w pierwszej kolejności przytoczyć należy brzmienie § 17 ust. 7 Umowy w myśl, którego w przypadku stwierdzenia naruszenia przez Beneficjenta ustawy pzp stosuje się korekty finansowe obniżające dofinansowanie zgodnie z Rozporządzeniem. Wskazać należy, że za opisane wyżej naruszenie Taryfikator (poz. 20) przewiduje korektę w wysokości 25% z możliwością jej obniżenia do 10% lub 5% w zależności od wagi nieprawidłowości. Tym samym, po przeanalizowaniu całokształtu materiału zgromadzonego w sprawie IZ RPO WZ wskazuje, iż z uwagi na wagę i charakter opisanych naruszeń, których dopuścił się

Beneficjent zasadnym jest nałożenie korekty finansowej. Jednakże z uwagi na fakt, iż wartościowy udział materiałów, których parametry odniesiono do Polskich Norm w stosunku do wartości całej inwestycji były niewielkiej wartości, zaistniały podstawy do nałożenia najniższej korekty finansowej, tj. 5%.

Podsumowując powyższe stwierdzić należy, iż Powiat Łobeski w postępowaniu przetargowym pn. „Przebudowa i rozbudowa drogi powiatowej nr 4314Z Resko-Radowo-Borkowo-Węgorzyno-Brzeźniak na odcinku Węgorzyno-Gościśław od km 29+439 do km 31+392”, poprzez niedopuszczenie rozwiązań równoważnych w przypadku gdy opisano przedmiot zamówienia poprzez odniesienie się do Polskich Norm (PN-EN, PN-C) naruszył art. 30 ust. 4 ustawy pzp.

W odniesieniu do kolejnego stwierdzonego naruszenia dokonanego przez Beneficjenta, tj. art. 36 ust. 1 pkt 5a ustawy pzp, w pierwszej kolejności należy wskazać, na charakter SIWZ. Zarówno w piśmiennictwie i praktyce SIWZ zwana jest instrukcją dla wykonawców, gdyż określa, kto może złożyć ofertę i na jakich warunkach. Zasadne jest jednak stwierdzenie, że należy ją traktować nie tylko jako instrukcję, jak bowiem wskazano w wyroku KIO z dnia 27 października 2015 r. sygn. akt KIO 2191/15 „Nie sposób w tym miejscu tracić z pola widzenia, czym jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Przypomnienia wymaga, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia ma charakter zobowiązania, w którym zamawiający z pełną odpowiedzialnością przyjmuje na siebie zapewnienie wykonywania zadania objętego postępowaniem, w tym gwarantuje, że elementy infrastruktury, również te do niego nienależące (pozostające w gestii innych podmiotów) będą dostępne do realizacji zamówienia. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia stanowi element przyszłego stosunku łączącego wykonawcę z Zamawiającym, a tym samym ma charakter pełnoprawnego zobowiązania się do zapewnienia do realizacji zamówienia tych elementów, które ze strony Zamawiającego zostały wskazane (...). Taki charakter specyfikacji istotnych warunków zamówienia podkreślany jest w orzecznictwie jak i w doktrynie. Jak podkreślono w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z 13 maja 2010 r. sygn. akt X Ga 71/10, (...) SIWZ, oraz sporządzone w oparciu o nią ogłoszenie o zamówieniu stanowią, oświadczenie woli Zamawiającego (jednostronne czynności prawne)”. Zgodnie z przedmiotowym wyrokiem treść specyfikacji może: „determinować decyzję wykonawcy o przystąpieniu lub nie do postępowania. By ten proces decyzyjny mógł być z odpowiednim rozeznaniem podjęty, wykonawca musi posiadać odpowiednią wiedzę o zakresie przedmiotu zamówienia i okolicznościach dotyczących jego wykonania. Kwestia, czy zakres informacji przekazany wykonawcom w oparciu o opracowane na użytek danego postępowania dokumenty (SIWZ, ogłoszenie) będzie wystarczający dla przygotowania oferty, nie może być pozostawiona bez oceny i wyłączona z możliwości weryfikacji w ramach środków ochrony prawnej pod pozorem tezy, że nawet wątpliwy co do swej klarowności opis przedmiotu zamówienia nie uniemożliwia wykonawcy złożenia oferty, a co najwyżej czyni trudniejszym jej złożenie (...)”. Następnie należy wskazać, iż w art. 36 ust. 1 ustawy pzp wskazano elementy, które „co najmniej” powinna zawierać SIWZ. Oznacza to, że przesłanki które zostały wymienione w przedmiotowym artykule obligatoryjnie muszą zostać ujęte w SIWZ. Dodatkowo należy wskazać, że przepis ten stanowi katalog otwarty. Powyższe potwierdza wyrok KIO z dnia 03 października 2017 r. sygn. akt KIO 1926/17, zgodnie z którym w „art. 36 ust. 1 Pzp, (...) jest pokazany katalog tematyki, która musi być zawarta w SIWZ. Jest to jednak tzw. katalog otwarty, czyli wskazujący minimalny zakres tematyczny SIWZ, a zamawiający mogą rozszerzyć zawartość SIWZ”. Ponadto należy wskazać, iż przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania przewidziane w art. 24 ust. 5 ustawy pzp są fakultatywne. Fakultatywność przedmiotowych przesłanek oznacza, iż w przypadku ich pominięcia w SIWZ nie można na ich podstawie wykluczyć przedsiębiorcy z postępowania.

W niniejszym postępowaniu Beneficjent w ogłoszeniu o zamówieniu opisał podstawy wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1–8 ustawy pzp, zaś w samej treści SIWZ brak jest przedmiotowej regulacji. W załączniku nr 3 do SIWZ wskazano jedynie podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 12–23 ustawy pzp i art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy pzp. Wobec powyższego organ reprezentuje pogląd, iż bezwzględny obowiązek Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu przetargowym jest ujednoczenie ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ pod względem najważniejszych elementów wynikających z zapisów ustawy pzp, a w szczególności ujętych w treści art. 36 i art. 41 ustawy pzp dla przetargu nieograniczonego.

W piśmie z dnia 07 maja 2019 r. Beneficjent wskazał, iż informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenia zamówienia umożliwiła wykonawcom złożenie oferty zgodnej z wymaganiami zamawiającego, ogłoszeniem o zamówieniu SIWZ i w żaden sposób nie utrudniła wzięcia wykonawcom udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Brak przywołania wprost art. 24 ust. 5 pkt 1-8 w SIWZ nie miało wpływu na procedurę przetargową ponieważ w dalszej kolejności zamawiający po dokonaniu oceny ofert badał czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powiat podniósł ponadto, że stwierdzone nieprawidłowości są nieistotne, ich waga jest znikoma, a także że

nie spowodowały one i nie zakończyły się możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku, wobec czego nie wystąpiły nieprawidłowości, które powinny skutkować naliczeniem korekty finansowej.

Organ stoi na stanowisku, iż rozbieżność zapisów dotycząca podstaw wykluczenia w powyższych dokumentach może w konsekwencji doprowadzić do wprowadzenia w błąd i nierównego traktowania potencjalnych wykonawców, którzy składając ofertę nie będą mieli pewności czy powinni wziąć pod uwagę podstawy wykluczenia określone w SIWZ, czy w ogłoszeniu o zamówieniu. Niniejsze stanowisko IZ RPO WZ potwierdza postanowienie KIO z dnia 12 października 2017 r. sygn. akt KIO 2083/17, zgodnie z którym KIO potwierdziła konieczność umorzenia postępowania ze względu na odwołanie Wykonawcy dotyczące między innymi rozbieżności w określeniu fakultatywnych podstaw wykluczenia ujętych w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu. Ponadto zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 25 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 285/15 „treść SIWZ, w tym warunki udziału oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków należy interpretować literalnie i nie domniemywać czegoś, co z niej nie wynika”.

Odnosnie zarzutu Beneficjenta, iż „stwierdzone naruszenie jest nieistotne z punktu widzenia finansów publicznych i wydatkowania środków finansowych pochodzących z UE, ponieważ ich istotność, waga i znaczenie nie powodują szkody dla budżetu UE”, organ nie może się z nim zgodzić. Sformułowanie przedmiotowych zapisów opisu przedmiotu zamówienia jak również rozbieżność zapisów zawartych w najważniejszych dokumentach w postępowaniu przetargowym jakim są ogłoszenie o zamówieniu i SIWZ przynajmniej potencjalnie przyczyniło się do powstania szkody w budżecie unijnym poprzez jego obciążenie nieuzasadnionym wydatkiem.

Wobec powyższego należy wskazać, że zgodnie z Taryfikatorem (poz. 11) za niniejsze naruszenie przewidziano korektę na poziomie 25%. Organ mając na uwadze wagę przedmiotowego naruszenia w odniesieniu do szkody dla budżetu UE zdecydował o nałożeniu korekty w wysokości 5%.

Podsumowując, w postępowaniu pn. „Przebudowa i rozbudowa drogi powiatowej nr 4314Z Resko-Radowo-Borkowo-Węgorzyno-Brzeźniak na odcinku Węgorzyno-Gościśław od km 29+439 do km 31+392”, na podstawie postanowień umowy o dofinansowanie ujętymi w §17, jak również w oparciu o Rozporządzenie, za naruszenie:

1. art. 30 ust. 4 ustawy pzp, IZ RPO WZ nałożyła korektę finansową w wysokości 5%;
2. art. 36 ust. 1 pkt 5a ustawy pzp, IZ RPO WZ nałożyła o korektę finansową w wysokości 5%.

Jednocześnie wskazania wymaga, co już podkreślono na s. 3 niniejszej decyzji, iż w przypadku stwierdzenia w ramach jednego zamówienia kilku nieprawidłowości indywidualnych wartość korekt finansowych lub pomniejszeń nie podlega sumowaniu. Do wszystkich stwierdzonych nieprawidłowości indywidualnych stosuje się jedną korektę finansową lub jedno pomniejszenie o najwyższej wartości procentowej, tj. w niniejszej sprawie 5%.

Wysokość poszczególnych korekt obliczona została jako iloczyn wskaźnika procentowego nałożonej korekty (5%), wskaźnika procentowego współfinansowania ze środków funduszy UE, który zgodnie z Umową wynosi 75,1951860242 % i wysokości faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia według wzoru $Wk = W\% \times Wkw. \times Wś$ gdzie:

Wk – wysokość korekty finansowej,

W% – wskaźnik procentowy nałożonej korekty,

Wkw. – wysokość faktycznych wydatków kwalifikowalnych dla danego zamówienia,

Wś – procentowa wysokość współfinansowania ze środków funduszy UE.

I tak w ramach postępowania pn. „Przebudowa i rozbudowa drogi powiatowej nr 4314Z Resko-Radowo-Borkowo-Węgorzyno-Brzeźniak na odcinku Węgorzyno-Gościśław od km 29+439 do km 31+392”, przy wysokości faktycznych wydatków kwalifikowalnych wynoszących 2 993 961,78 zł (umowa nr GNG.2222/6/10 z dnia 25 sierpnia 2010 r.), kwota korekty wynosi 149 698,09 zł ($Wk = 5\% \times 2\,993\,961,78 \text{ zł} \times 75,1951860242\% = 149\,698,09 \text{ zł}$).

Powyższa kwota zawiera należność główną wymaganą do zwrotu, tj. 139 718,79 zł, którą należy powiększyć o odsetki jak dla zaległości podatkowych (liczone od dnia przekazania poszczególnych środków do dnia zwrotu) oraz kwoty korekty finansowej, o którą zostanie pomniejszona płatność końcowa, tj. 9 979,30 zł.

Kwota 9 979,30 zł dotyczy korekty finansowej nałożonej na wydatki ujęte we wniosku o płatność końcową, dla której 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 wymienionemu określa Umowa, zgodnie z którą 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 kwoty ustalonej korekty. Konkludując, decyzja o zwrocie środków obejmuje tę część korekty finansowej, dotyczącej wydatków, dla których dofinansowanie zostało już wypłacone, tj. 139 718,79 zł (149 698,09 zł – 9 979,30 zł) wraz z odsetkami jak dla zaległości podatkowych.

Podsumowując wskazać należy, iż w związku ze stwierdzonym naruszeniem art. 30 ust. 4 ustawy pzp, oraz art. 36 ust. 1 pkt 5a ustawy pzp, Beneficjent dopuścił się nieprawidłowości indywidualnej wymienionej w art. 2 pkt 36 Rozporządzenia nr 1303/2013. Wskazać należy, iż do stwierdzenia przywołanej nieprawidłowości konieczne jest wystąpienie łącznie trzech podstawowych elementów tej definicji, tj. naruszenie prawa, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego, które powoduje lub może powodować szkodliwy wpływ na budżet UE poprzez jego obciążenie nieuzasadnionym wydatkiem. Warunkiem nałożenia korekty finansowej i wydania decyzji o zwrocie środków jest więc wykazanie związku przyczynowego między stwierdzonym naruszeniem prawa, a rzeczywistą lub potencjalną szkodą w budżecie UE. Konieczne jest zatem przeprowadzenie takiej operacji myślowej, w której zaprezentowane zostanie logiczne następstwo zdarzeń zapoczątkowanych naruszeniem prawa, a zakończonych finansowaniem lub możliwością finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu UE. Tylko w takiej sytuacji można bowiem mówić o nieprawidłowości w rozumieniu art. 2 pkt 36 rozporządzenia nr 1303/2013.

IZ RPO WZ analizując stwierdzone w przedmiotowej sprawie naruszenia pod kątem wystąpienia nieprawidłowości, o której mowa powyżej, ustaliła, iż Beneficjent w ramach postępowania przetargowego: „Przebudowa i rozbudowa drogi powiatowej nr 4314Z Resko-Radowo-Borkowo-Węgorzyno-Brzeźniak na odcinku Węgorzyno-Gościśław od km 29+439 do km 31+392”, poprzez brak użycia w dokumentacji projektowej, będącej przedmiotem opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenia „lub równoważne” podczas gdy zamówienie zostało opisane poprzez odniesienie się do Polskich Norm (PN-EN, PN-C), naruszył art. 30 ust. 4 ustawy pzp. Beneficjent poprzez niewskazanie w treści SIWZ podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 1–8 ustawy pzp, które zostały jedynie ujęte w ogłoszeniu o zamówieniu, naruszył także art. 36 ust. 1 pkt 5a ustawy pzp. Powyższymi działaniami Powiat Łobeski doprowadził do wykorzystania części środków przekazanych w ramach RPO WZ niezgodnie z warunkami określonymi w Umowie oraz przepisami prawa powszechnie obowiązującymi, szkodząc interesowi UE i narażając jej budżet na straty. Mając na uwadze fakt, iż Beneficjent dopuścił się naruszenia wskazanych norm prawnych, w przedmiotowej sprawie wystąpiła szkoda potencjalna, gdyż doszło do sfinansowania przez IZ RPO WZ wydatku, który mógłby być niższy poprzez dopuszczenie wykonawców konkurencyjnych, którzy przy prawidłowym sporządzeniu opisu zamówienia w omawianym postępowaniu przetargowym, tj. poprzez użycie w dokumentacji projektowej sformułowania „lub równoważne”, a także gdyby zawarto jednolite zapisy dotyczące podstaw wykluczenia wykonawców w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu, zaproponowałiby lepsze warunki realizacji zamówienia, w tym niższą cenę. W ten sposób Beneficjent przynajmniej potencjalnie naraził budżet UE na szkodę, bowiem poniósł wydatki, które przy zachowaniu przywołanych wyżej zasad mogłyby być niższe, a tym samym niższy byłby wkład finansowy z budżetu UE. W opisanych powyżej przypadkach wysokość szkody jest trudna do oszacowania, gdyż na tę chwilę trudno jest wskazać jednoznacznie, o ile niższy byłby wkład UE. Nie sposób bowiem wycenić o ile korzystniejsze i niższe byłyby oferty wykonawców konkurencyjnych, którzy mogliby przystąpić do postępowania, gdyby Beneficjent dochował wskazanych powyżej wymogów określonych przepisami pzp. W tym miejscu stwierdzić należy ponadto, iż zgodnie ze stanowiskiem Ministerstwa Rozwoju zawartym w piśmie z dnia 12 stycznia 2018 r. (znak: DKF-IV.7516.65.2017.EŚ), a wypracowanym na tle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) z dnia 14 lipca 2014 r. w sprawie C-406/14, właściwa miejscowo instytucja zarządzająca, wbrew dotychczasowej praktyce polegającej na uwidacznianiu negatywnych skutków finansowych (choćby potencjalnych) dla budżetu UE, winna obecnie wykazywać jedynie, że nie można wykluczyć, że naruszenie prawa miało wpływ na budżet, a ciężar udowodnienia okoliczności przeciwnych spoczywa na beneficjencie. Powyższa wykładnia nieprawidłowości znajduje swoje odzwierciedlenie również w wyroku TSUE z dnia 6 grudnia 2017 r. wydanym w sprawie C-408/16. Na marginesie nadmienić należy, iż przywołane wyroki odnoszą się do definicji nieprawidłowości zawartej w Rozporządzeniu Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającym przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającym rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. U. UE L 210 z dnia 31 lipca 2006 r. ze zm.), który to akt normatywny obowiązywał w czasie trwania poprzedniej perspektywy finansowej, tj. na lata 2007 – 2013. Jednakże w Rozporządzeniu nr 1303/2013 pojęcie nieprawidłowości zdefiniowane jest niemalże identycznie co pozwala przyjąć, że przywołana wyżej wykładnia dokonana przez TSUE nie ulegnie zmianie w obecnej perspektywie finansowej. Odnośnie powyższych rozważań podkreślenia wymaga fakt, iż

Beneficjent zarówno na etapie czynności kontrolnych, jak i w toku postępowania administracyjnego nie przedstawił okoliczności mogących świadczyć, iż naruszenie prawa wynikające z jego działania wykluczało negatywny wpływ na budżet UE.

NSA w postanowieniu z dnia 7 października 2011 r. (sygn. akt II GSK 1932/11) stwierdził, iż wynik kontroli udzielonego zamówienia publicznego jest czynnością nakierowaną na wywołanie konkretnych skutków prawnych wobec Beneficjenta, wynikających bezpośrednio z jego treści. Skutki te są widoczne poprzez odniesienie takiego wyniku do przepisu art. 207 ust. 8 ufp, który obliguje IZ RPO WZ do skierowania do wymienionego wezwania do zwrotu środków wykorzystanych z naruszeniem procedur. Bezskuteczny upływ 14-dniowego terminu wskazanego w wezwaniu do zwrotu, skutkuje wobec Beneficjenta wszczęciem postępowania administracyjnego zakończonego wydaniem decyzji administracyjnej określającej kwotę wymaganą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków.

Mając na uwadze całość dotychczas zgromadzonego materiału dowodowego, w szczególności Umowę wraz z zawartymi aneksami, wniosek o dofinansowanie Projektu, dokumentację z czynności kontrolnych, koniecznym stało się wydanie przedmiotowej decyzji. Zgodnie bowiem z treścią art. 207 ust. 9 pkt 1 ufp, po bezskutecznym upływie terminu, określonego w wezwaniu IZ RPO WZ wydaje decyzję określającą kwotę przypadającą do zwrotu i termin, od którego nalicza się odsetki, oraz sposób zwrotu środków.

Z uwagi na powyższe należało orzec jak w sentencji.

Pouczenie

Od niniejszej decyzji nie służy odwołanie, jednakże Strona niezadowolona z decyzji 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.

W trakcie biegu terminu do złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, Strona może zrzec się prawa do jego złożenia wobec Instytucji Zarządzającej RPO WZ, która wydała decyzję. Z dniem doręczenia Instytucji Zarządzającej RPO WZ oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do złożenia wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy decyzja staje się ostateczna i prawomocna.

Zgodnie z art. 52 § 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 2012 r. Prawo postępowania przed sądami administracyjnymi (Dz. U z 2018 r. poz. 1302 t.j. ze zm.) jeżeli stronie przysługuje prawo do zwrócenia się do organu, który wydał decyzję z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy, strona może wnieść skargę na tę decyzję bez skorzystania z tego prawa. Od skargi pobierany jest wpis stosunkowy, który wynosi 1 % wartości przedmiotu zaskarżenia, nie mniej jednak niż 2 000,00 zł i nie więcej niż 100 000,00 zł (§ 1 pkt 4 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2003 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu w postępowaniu przed sądami administracyjnymi Dz. U. z 2003 r., Nr 221, poz. 2193 ze zm.). Stronie przysługuje możliwość ubiegania się o zwolnienie od kosztów albo przyznanie prawa pomocy.

Marszałek Województwa Zachodniopomorskiego